

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



TESIS DOCTORAL

**EL NEOCONSTITUCIONALISMO
COMO PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO**

MSc. ALEJANDRO JOSÉ GUTIÉRREZ DÁVILA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2017

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

**EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA
EPISTEMOLÓGICO**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MSc. ALEJANDRO JOSÉ GUTIÉRREZ DÁVILA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**DOCTOR EN DERECHO
con distinción CUM LAUDE**

Guatemala, octubre de 2017

**JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: MSc. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. Hugo Roberto Jáuregui
VOCAL: MSc. Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Saúl González Cabrera
VOCAL: Dr. Carlos Humberto Rivera
SECRETARIO: Dr. Jorge Mario Rodríguez

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 2 de mayo de 2017

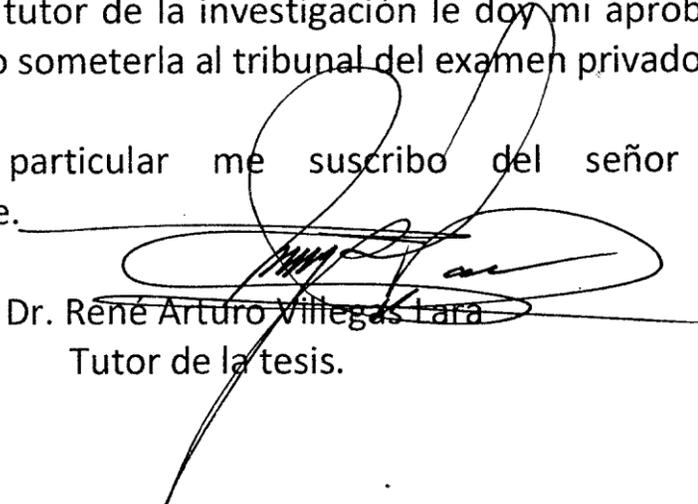
Señor Director
Escuela de postgrado
Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos.

Señor Director:

En cumplimiento de lo resuelto por esa Dirección, asesoré al maestro Alejandro José Gutiérrez Dávila, en la investigación que realizó sobre el tema "EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO", cuyo informe final presenta como tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho.

La investigación realizada es un esfuerzo serio sobre la finalidad de la investigación, al sostener que el neoconstitucionalismo es un paradigma para el estudio y el entendimientos del Derecho Constitucional, a partir de la terminación de la segunda guerra mundial y cuyo origen se dio en Europa, ahora difundido en América Latina, como teoría en el ámbito constitucional, sobre todo por la tendencia de interpretar las leyes fundamentales y ordinarias más allá de la corriente positivista y con mucha presencia de los Derechos Humanos. El maestro Gutiérrez Dávila ha sido muy responsable en la elaboración de su investigación, el contenido de su exposición es de singular consistencia científica y es un aporte valioso a la teoría jurídica de nuestros días. Por lo anterior, señor Director, como tutor de la investigación le doy mi aprobación a la tesis, para luego someterla al tribunal del examen privado.

Sin otro particular me suscribo del señor Director, deferentemente.



Dr. René Arturo Villegas Lara
Tutor de la tesis.

Guatemala, 22 de septiembre de 2017.

Dr. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO

Esta tesis fue presentada por el MSc. Alejandro José Gutiérrez Dávila del Doctorado en Derecho de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456

Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiada 5456



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, veintisiete de septiembre del dos mil diecisiete.----

En vista de que el MSc. Alejandro José Gutiérrez Dávila aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho con distinción Cum Laude**, lo cual consta en el acta número 33-2017 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PADADIGMA EPISTEMOLÓGICO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

A DIOS:

Mi Padre, mi Creador, el que me dio la vida, amor, el existir y todo lo bueno que tengo; a su Hijo Jesucristo mi Salvador, mi Redentor, el cual me ha llenado de su amor y felicidad y al Espíritu Santo mi Maestro por excelencia que me guía día a día a toda verdad y me da amor; a quienes doy la Honra y la Gloria por este y por todos mis triunfos y amo con todo mi corazón.

A LA SANTA BIBLIA

Que es la Palabra de Dios y constituye la autoridad espiritual y moral sobre mi conciencia y toda mi vida

MIS PADRES:

Carlos Humberto Gutiérrez Silva

Olga Yolanda Dávila de Gutiérrez

Por su amor, esfuerzo, sacrificio, aliento, consejos, ánimo, ejemplos, trabajo y comprensión. Y a quienes amo profundamente.

A MIS HERMANOS:

Giovanni

Por su amor, consejos, apoyo, ejemplo y preparación a quien admiro, respeto y que es un ejemplo profesional que quiero seguir.

Mabel

Por su amor, apoyo, consejos y ánimo y que fue mi compañera de estudios y es también una triunfadora.

A MIS ABUELAS:

IN MEMORIAM de Isabel Rivera Monterroso Viuda de Dávila que está en el Cielo con mi Padre Celestial, a quien agradezco por su amor incomparable y que fue una segunda madre en mi vida.

Argelia Silva

Por su cariño y afecto.

A MIS SOBRINOS:

Isaac, Abigail, Gabriel y David

Por el amor, regocijo, alegría y la felicidad que me provocan.

A MI NOVIA:

Licenciada Evelyn Mayen

Por su amor, cariño, ánimo, aliento, amistad y comprensión, a quien amo profundamente.

A MIS TÍOS:

IN MEMORIAM de Aracely y Estuardo.

Maritza, Julio y César

Que son un ejemplo a lo largo de la vida

Víctor Dávila

Por su apoyo y preparación en mi desarrollo académico.

A MIS CUÑADOS

En especial a Blanqui, por haber sido una segunda hermana en mi vida.

A MIS CATEDRÁTICOS:

En especial a: Doctor Aníbal González Dubón, Doctor Jorge Mario Rodríguez y Doctor Luis Felipe Saénz,

Por sus conocimientos invaluable, consejos, apoyo moral y preparación académica.

A MI MENTOR:

Doctor René Arturo Villegas Lara, por todos sus consejos, ejemplos, apoyo, conocimientos y preparación académica, científica, jurídica y profesional, a quien estimo profundamente y a quien considero el más connotado científico del Derecho de Guatemala.

A LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POST GRADO:

Por ser mi casa de preparación científica y académica.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

Por haberme formado en sus aulas, tanto en la Licenciatura, la Maestría y el Doctorado.

A LA TRICENTENARIA Y AUTÓNOMA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

Por haber sido la casa de estudios de donde salí.



ÍNDICE

Introducción.....	i
I La Epistemología como paradigma	1
1 La Epistemología.....	1
2 La Epistemología: marco conceptual.....	2
3 La Epistemología ¿paradigma?.....	5
4 Los Paradigmas epistemológicos.....	11
II Los Paradigmas tradicionales del Derecho.....	35
1 El Iusnaturalismo.....	37
2 El Positivismo.....	60
3 El Realismo jurídico.....	69
4 El neoconstitucionalismo: debate sobre su naturaleza.....	84
III Antecedentes históricos del neoconstitucionalismo.....	121
1 Surgimiento del neoconstitucionalismo.....	121
2 Etapas de implementación del neoconstitucionalismo en el mundo.....	122
IV El Derecho constitucional y el neoconstitucionalismo.....	133
1 El Derecho constitucional.....	133
2 El neoconstitucionalismo.....	136



V	Caracteres del neoconstitucionalismo.....	
VI	El neoconstitucionalismo como Paradigma Epistemológico en el Derecho Constitucional.....	159
1	Razones que demuestran la naturaleza del neoconstitucionalismo como paradigma epistemológico del Derecho Constitucional.....	159
2	Consecuencias de determinar el neoconstitucionalismo como simple método.....	226
3	Consecuencias de determinar el neoconstitucionalismo como paradigma epistemológico...	230
4	El neoconstitucionalismo como paradigma basado en un iusnaturalismo renovado y actualizado	243
VII	El neoconstitucionalismo en Guatemala.....	257
	Conclusiones.....	279
	Bibliografía.....	281

INTRODUCCIÓN

Una de las principales razones para la elaboración del presente trabajo constituye, la preocupación por la determinación del Derecho como ciencia y sus correspondientes ramas autónomas, entre ellas el Derecho constitucional como materia de capital importancia para la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, la presente investigación abordará lo relativo al estudio de los paradigmas epistemológicos del Derecho, pues si este último y sus correspondientes ramas, efectivamente constituyen materias científicas de estudio, en consecuencia estos también emplean modelos o esquemas de pensamiento para explicar sus conceptos, métodos, objetos, elementos, teorías y demás componentes. De esa forma, la presente investigación se orientará a descubrir si el neoconstitucionalismo es un verdadero paradigma epistemológico del Derecho constitucional o un simple método jurídico, lo anterior para evidenciar cuales serían las consecuencias de la determinación de este modelo de pensamiento como paradigma epistemológico, para finalmente establecer si el neoconstitucionalismo como paradigma constituye la renovación de alguno de los modelos tradicionales de pensamiento jurídico.

En ese sentido, el estudio inicia analizando y conceptuando todo lo referente a los paradigmas y a la epistemología a nivel general, para luego continuar describiendo, la naturaleza, elementos, características, teorías y demás componentes del Positivismo, el Iusnaturalismo y el Realismo como paradigmas tradicionales del Derecho, acto seguido se analizarán las distintas posturas de los autores más representativos del estudio del Derecho, en relación a la naturaleza del neoconstitucionalismo así como su desenvolvimiento científico, su análisis doctrinario a partir de las distintas teorías que han explicado la aplicación, naturaleza e interpretación del Derecho, así como su influencia en las distintas ramas autónomas del Derecho, especialmente el Derecho constitucional

El presente estudio continúa su trayecto de investigación, analizando a profundidad que es el Derecho constitucional, su desenvolvimiento histórico, su





relación con los paradigmas tradicionales, así como la conceptualización, caracteres, desarrollo histórico y naturaleza del neoconstitucionalismo, lo anterior para construir la plataforma teórica, sobre la que se procederá a demostrar el problema de investigación, así como a comprobar las hipótesis planteadas.

El trabajo de investigación continúa su cauce, tratando sobre la demostración del problema investigado consistente en determinar si el neoconstitucionalismo es o no un paradigma epistemológico del Derecho constitucional, para tal efecto se hará un estudio reflexivo y profundo, comparando al neoconstitucionalismo con los paradigmas tradicionales, lo anterior para desarrollar cada una de las razones y motivaciones teóricas, prácticas y científicas que permitirán demostrar la verdadera naturaleza del neoconstitucionalismo.

En ese sentido en el capítulo seis, se desarrollarán los elementos, motivos y fundamentos teóricos, doctrinarios y científicos que permitirán proveer las razones que permitirán comprobar las hipótesis planteadas, en el siguiente orden: a) el establecimiento de que el neoconstitucionalismo es un verdadero paradigma epistemológico del Derecho constitucional; b) las consecuencias positivas que se generan en la práctica de los derechos constitucional y ordinario, al admitir que el neoconstitucionalismo es un paradigma epistemológico del Derecho constitucional y c) determinar que el esquema de pensamiento jurídico objeto de la presente investigación, constituye una renovación y actualización del iusnaturalismo como paradigma tradicional del Derecho.

Finalmente se analizarán las normas constitucionales y la jurisprudencia establecida por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, para identificar los elementos del neoconstitucionalismo existentes en el sistema jurídico de Guatemala.



CAPÍTULO I

La Epistemología como paradigma

1. La Epistemología: la epistemología proviene del griego: Episteme, que significa ciencia. Se ha generalizado su uso como equivalente a criteriología o a la crítica que estudia las condiciones posibilidades, origen, valor y límites del conocimiento humano. (Torres, 2012) Gran parte del debate en este campo se ha centrado en el análisis de la naturaleza del conocimiento y cómo se relaciona con las nociones relacionadas como la verdad, creencia y justificación. El término fue introducido por el filósofo escocés James Frederick Ferrier (1808-1864) y se le conoce también como teoría del conocimiento. (Ramas de La Filosofía).

La epistemología o teoría del conocimiento, se ocupa de problemas tales como las circunstancias históricas, psicológicas y sociológicas que conducen a la obtención del conocimiento y los criterios por los cuales se le justifica o invalida, así como la definición clara y precisa de los conceptos epistémicos más usuales, tales como verdad, objetividad, realidad o justificación. La epistemología encuentra ya sus primeras formas en la Grecia Antigua, inicialmente en filósofos como Parménides o Platón.

Una vez determinado el origen histórico de la epistemología, es necesario establecer el significado del término que aparece en la filosofía de la ciencia a partir de la obra de Thomas Samuel Kuhn, "*The Structure of Scientific Revolutions* (Estructura de las Revoluciones Científicas) de 1969, T. S. Kuhn, comenzó a trabajar en el campo de la Física; pero, interesado por la historia de la ciencia, dedicó gran parte de su tiempo y talento a



esclarecer algo que no concordaba entre la ciencia que había estudiado la historia de la ciencia que estaba estudiando.

De este parangón surgió una reflexión filosófica a partir de la cual construye su tesis central: las nuevas teorías científicas no nacen por verificación ni por falsación, sino por sustitución; esta sustitución es muy compleja, laboriosa y penosa en cada caso. Pero, ¿sustitución de qué?. Sustitución de un modelo explicativo al que denominó “paradigma” (Serrano, 1990). Margaret Masterton, citada por Ricardo Rafael Contreras, habla de veintiuna formas diferentes en las cuales T. S. Kuhn utiliza la palabra paradigma. A los efectos de una primera aproximación se destacarán cuatro:

1. Los paradigmas son realizaciones científicas universalmente reconocidas (dogmáticas) que, durante cierto tiempo proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica en particular.
2. Los paradigmas son realizaciones científicas que en primer lugar carecen de precedentes como para atraer a un grupo duradero de partidarios, pero que son lo suficientemente incompatibles como para dejar problemas a resolver.
3. El paradigma puede ser visto también como un modelo o patrón aceptado tal como una decisión judicial es aceptada en el derecho común.
4. Finalmente en el “Postdata a la Edición de 1969”, Kuhn ante las dificultades derivadas de las múltiples connotaciones dadas al término paradigma, construye una generalización y señala que: “el paradigma es aquello que comparten los miembros de una comunidad científica en particular” (ésta definición es quizá la más aceptada). (2004: 43-44)

2. La Epistemología: marco conceptual. Epistemología es la manera de conocer la realidad y las circunstancias bajo las cuales los hechos y los objetos pueden convertirse en conocimiento. Entonces, quienes asumen que la realidad es realista admiten una epistemología objetivista. Pero, quienes consideran que es relativa, aceptan la epistemología subjetivista. Es decir que, lo epistemológico se refiere a la manera de entender y explicar cómo se conoce lo que se sabe: el tipo de conocimiento que se obtendrá, sus características y el valor de sus resultados.



Al abordar la realidad el investigador admite una postura epistemológica que le permite explicar cómo va a obtener el conocimiento de la misma, el estatus que se le debe asignar a las interpretaciones y comprensiones que se alcanzan, todo lo cual depende de cómo ve esa realidad y la interacción con ella. Crotty citado por Vilani, señala que las “tres perspectivas fundamentales son: el objetivismo, el constructivismo y el subjetivismo.” (2011: 5) La misma fuente sostiene “que el objetivismo epistemológico implica que la realidad y su significado existen independientemente del sujeto que la aprehende;” (2011: 5)

Por otro lado, en el subjetivismo el significado no surge de una interacción entre el sujeto y el objeto sino de la imposición del primero sobre el último; pero, por el contrario, en la epistemología construccionista, la realidad se construye o surge de la interacción entre el sujeto y el objeto; el conocimiento es contingente en las prácticas humanas, se erige a partir de la interacción entre seres humanos y el mundo y se desarrolla y transmite en contextos netamente sociales.

En la intencionalidad del construccionismo hay una activa relación entre la conciencia del sujeto y el objeto, por lo que están unidos en una intersubjetividad compartida; se produce una construcción social del conocimiento y se forjan significados colectivamente en procesos sociales. En este orden, es necesario hacer una comparación entre la epistemología y la metodología; al respecto. Al respecto Jorge Witker explica:

En virtud de que cuando se habla de metodología, normalmente la referencia es a la metodología de la ciencia, entonces, las relaciones más importantes son las que se dan entre esta metodología y la epistemología o teoría de la ciencia, la cual es una especie de la teoría del conocimiento en general o gnoseología. Estas relaciones son análogas a las que existen entre la denominada ciencia pura y la ciencia aplicada o tecnología: en la ciencia pura, el propósito es el conocimiento riguroso del mundo, por sí mismo; en la tecnología, lo importante es el desarrollo y manejo eficiente de los medios en que la ciencia puede ser útil para resolver problemas concretos en la vida del ser humano. Análogo a lo anterior, en la epistemología el objetivo es el conocimiento, por sí mismo, sobre la ciencia o conocimiento científico y, en la metodología, el propósito es el manejo y desarrollo de los medios para aplicar la

información que proporciona la epistemología en la producción de ciencia. 69)



La epistemología es el estudio de la ciencia ya lograda y de la actividad científica que busca consumarse. Por otro lado, los esquemas consisten, en la ciencia de cualquier medio que pretende explicar en términos o teorías familiares, más conocidos o sencillos, una teoría o fenómeno nuevo, menos conocido o más complicado. Fundamentalmente, existen dos clases de supuesto: los teóricos y los materiales o mecánicos. En los primeros se emplean conceptos o teorías conocidas o tradicionales; y en los segundos se usan elementos visuales, como maquetas o dibujos.

De ese modo, en un sentido similar al de los esquemas teóricos de la ciencia y con las reservas debidas, se buscará describir las características de las más importantes orientaciones en la historia del conocimiento humano, por medio de modelos y conceptos que tengan unidad y que permitan una comprensión, cuando menos parcial, dentro de la amplitud y complejidad del fenómeno. Estos conceptos son los de teorías objetivistas y subjetivistas del conocimiento, así como los de las posiciones epistemológicas con sus distintas denominaciones y corrientes. Las teorías objetivistas del conocimiento sostienen que la realidad o existencia de los objetos es independiente de las creencias u opiniones de los sujetos; destacan los elementos exteriores al sujeto o bien revelan que el conocimiento debe poseer su base en los hechos. De las teorías subjetivistas se puede decir que reducen la realidad o la existencia de los objetos a la realidad de los estados o actos mentales del sujeto; enfatizan los elementos interiores del sujeto subordinan la posibilidad o la calidad del conocimiento a los atributos intelectuales de la persona.

La determinación y diferencia de los dos conceptos anteriores evidencia las siguientes limitaciones: ambos términos no forzosamente se



excluyen entre sí, y poseen elementos que pueden complementarse por ejemplo, el carácter objetivista postula que el conocimiento debe poseer su base en los hechos y es concurrente con el carácter subjetivista de que el conocimiento se subordina a los atributos intelectuales del sujeto. Los componentes interiores de cada concepto no son, en todos los casos, complementarios entre sí; por ejemplo, el carácter objetivista sobre una realidad independiente de los objetos de conocimiento puede ser excluyente de una postura epistemológica basada en los hechos, pero que rechaza en sí la existencia de los mismos.

El carácter subjetivista es la postura que mantiene como única realidad la de las ideas, puede ser incongruente con el carácter subjetivista que subordina el conocimiento a las aptitudes intelectuales del sujeto, pero que niega la realidad de las ideas o de otras cosas. Por otro lado, el predicado "objetivista" puede relacionarse con la idea de objetividad y compartir, así, su sentido emocional positivo o deseable, cuando no en todas las posturas objetivistas se justifica este sentido positivo. Así mismo, *"el predicado "subjetivista" puede enlazarse con la idea de subjetivismo que conlleva un significado negativo o de arbitrariedad, cuando no en todas las posturas epistemológicas que se agrupan bajo tal denominación se justifica dicho significado."* (Witker: 1997: 76)

- 3. La Epistemología ¿paradigma?** para comprender con rigorismo teórico este tema, es necesario, dar respuesta a las interrogantes siguientes: ¿Cómo surgió la epistemología? ¿En qué consiste? ¿Cuál es su objeto de estudio? y ¿Qué funciones desempeña?

Para dar respuesta a la primera cuestión, cabe resaltar que la epistemología encuentra sus primeras manifestaciones en la Grecia Antigua, inicialmente en filósofos como Parménides o Platón. En Grecia, el tipo de



conocimiento denominado *episteme* se contraponía al conocimiento llamado *doxa*, debido a que esta última consistía en el conocimiento vulgar u ordinario del ser humano, no sometido a una rigurosa reflexión crítica. La *episteme* era el conocimiento reflexivo elaborado con rigor. De ahí que el concepto epistemología se haya empleado con frecuencia como equivalente a ciencia o teoría del conocimiento. Sin embargo, la epistemología propiamente se inicia en el Renacimiento; el conocimiento científico aparecerá en ella como conocimiento, análisis y síntesis de los fenómenos, es decir, de la apariencia o manifestación de la realidad en la experiencia humana. Los momentos más importantes de la consolidación de esta metodología están representados por Kepler, Galileo Galilei, Francis Bacon, René Descartes, Isaac Newton, Locke, Leibniz y Kant. No obstante el concepto de epistemología como tal, fue introducido por el filósofo escocés James Frederick Ferrier (1808-1864).

Para responder a la segunda interrogante, Jorge Witker, define de la siguiente manera:

La epistemología es el estudio de la ciencia ya lograda y, también, de la actividad científica que busca consumarse. Por su parte, los modelos consisten, en la ciencia, de cualquier medio que intenta explicar en términos o teorías familiares, más conocidos o sencillos, una teoría o fenómeno nuevos, menos conocidos o más complicados. Básicamente existen dos tipos de modelos, los teóricos y los materiales o mecánicos. En los primeros se utilizan conceptos o teorías conocidas o tradicionales, y en los segundos se utilizan elementos visuales, como maquetas o dibujos. (Witker, 1997, pág. 75)

Del concepto anterior, el suscrito infiere que la epistemología es el estudio del conocimiento y la creencia justificada. Como estudio del conocimiento, se pregunta por ¿cuáles son las condiciones necesarias y suficientes del conocimiento? ¿Cuáles son sus fuentes? ¿Qué estructura tiene? ¿Cuáles son sus límites? Como estudio de la creencia justificada, la epistemología trata de responder las preguntas: ¿Cómo entender el concepto de justificación? ¿Qué permite justificar las creencias justificadas? ¿Es la justificación interna o externa a la propia mente? En este sentido, la epistemología se interroga por la creación y diseminación del conocimiento en dominios particulares de la investigación



Junto a la consideración previa de los distintos usos del concepto 'epistemología' y sus problemas, no debe omitirse la pregunta acerca de la materia a la cual pertenece y que constituyó buena parte del debate en el siglo pasado.

Francisco Sierra indica lo siguiente:

Si bien, Descartes y Hobbes apoyaron la causa de Copérnico y Galileo contra las instituciones eclesiásticas y la teología, no hablaron todavía de una filosofía autónoma; para ellos, ciencias y filosofía van unidas. No así, Kant, que concibió la filosofía como disciplina autónoma, distinta de la ciencia y de la religión. Además, le asignó a la filosofía crítica el papel de fundamentar el conocimiento científico. Kant inició este proceso; para él, la filosofía ya no es más la "reina" de las ciencias sino su "base y fundamento". La filosofía tiene que ocuparse primero de esclarecer cómo conoce la razón los objetos de la experiencia, y cuáles son los alcances y límites de su conocimiento. Kant tuvo razones para ello: la física había desplazado a la metafísica en el conocimiento del mundo. El pensamiento moral se había secularizado y no necesitaba ya de fundamentos metafísicos ni teológicos. El problema real para Kant era saber cómo es posible el conocimiento científico en general y, si es posible aún concebir la metafísica como una ciencia. Al declinar el dominio del idealismo alemán, —especialmente el de Hegel, para el que la filosofía consistía en una gran enciclopedia de las ciencias, articulada como un saber conceptual sistemático y total, en el que los filósofos estarían llamados a encarnar el Espíritu Absoluto en el Mundo— y, tras una vuelta a Kant hacia 1860, la filosofía emprenderá un proceso de profesionalización y 'normalización'. (2014: Página 4)

Conforme a lo anterior, el concepto de epistemología no deja de ser muy ambiguo: ¿se origina la epistemología con el pensamiento filosófico o surge fuera de él una vez constituida la ciencia como modo autónomo de conocimiento crítico? ¿Pertenece a la ciencia o a la filosofía? Veamos algunos rasgos de estas dos perspectivas.

La preocupación por los problemas que conciernen a la naturaleza, el alcance, la validez, los límites, y las variedades del conocimiento humano, se extienden a los orígenes mismos de la filosofía. En tanto discurso sistemático, la epistemología halla en la filosofía sus principios y en la ciencia



su objeto, tendiendo un puente entre estas dos formas de discurso racional.
La ciencia era un pretexto para filosofar.

La epistemología filosófica desenvuelve espontáneamente sus propias teorías del conocimiento y sus filosofías de la ciencia; trata de evidenciar los medios del conocimiento científico, de caracterizar sus métodos, de precisar los objetos a los que se aplica, de determinar su validez y fundamento de la verdad. La epistemología filosófica obedeció así, por largo tiempo, al supuesto de que la filosofía era la ciencia de las ciencias *scientia scientiarum*; un saber totalizador que tenía por objetivo abrazar todo el saber inteligible en el orden temporal. Esa idea de la organización del saber ha sido difícil de extirpar, no sólo por el aura de poder ideológico que involucra, sino porque la empresa crítica del conocimiento humano y de las ciencias se radicaliza e implanta una "filosofía primera" que inquiere, en última instancia, por el ser y por la comprensión del ser en cuanto tal. El planteamiento de esta cuestión, incluso reformulado para la actualidad, poseería el beneficio de la no saturación de las demandas del espíritu humano bajo el horizonte de los conocimientos científicos.

En contraste, una epistemología científica, liberada de aproximaciones filosóficas y de connotaciones ideológicas de expresiones tales como 'la' ciencia, 'la' filosofía (totalidades inexistentes), se puede definir según J. Piaget citado por Francisco Sierra como: *"el estudio de la constitución de los conocimientos válidos" o, como "el estudio del paso de estados de mínimo conocimiento a un conocimiento más riguroso"*.(2014: 7) Por otra parte, Piaget, define el quehacer filosófico como *"una toma de posición razonada frente a la totalidad de lo real"*.(2014: 7)

De lo anterior se advierte que el análisis de la constitución de los conocimientos válidos se efectúa por medio del estudio de las condiciones de hecho y de las condiciones de validez de las distintas clases de



conocimiento humano. Este análisis se ocupa de las condiciones reales de generación del conocimiento científico, de las condiciones históricas de desarrollo de los problemas y los conceptos de las ciencias; del examen de los fundamentos y los obstáculos en la constitución del conocimiento científico.

Con todo, no puede sostenerse sin más que esta epistemología sea más verdadera que las anteriores. Incluso, esta epistemología podría devenir en otra ciencia al lado de las demás, aunque con algunas distinciones, y se encontraría con los problemas adicionales e insalvables de requerir también su propia epistemología y dar lugar así a una secuencia en infinito; o, más bien, la epistemología científica se disolvería, como sucede actualmente, en epistemologías al interior de cada ciencia (epistemologías regionales) sin intenciones de generalización.

Para Piaget las epistemologías científicas, provienen de tres fuentes:

Una fuente moralizadora que, ante las continuas transformaciones de las ciencias, busca fijar principios inamovibles. Las tendencias positivistas desde A. Comte hasta el positivismo vienés y anglosajón de comienzos del siglo veinte proceden de esta fuente. Una segunda proviene del interés de filósofos como Cournot y Brunschvicg que buscaron en la filosofía de las ciencias las informaciones que acerca de las transformaciones del conocimiento no les podía suministrar la reflexión especulativa. La tercera fuente surge de la reflexión de los científicos mismos sobre sus campos, categorías y métodos de conocimiento, reflexión destinada no a producir una filosofía sino a superar las crisis y divergencias en el interior de sus respectivas comunidades científicas. Finalmente, no sobra recordar que, también, fue Piaget quien puso en obra la ingente empresa de la interdisciplinariedad (Piaget 1979; Sierra-G. 2001), no sólo para atender al atomismo de las disciplinas especializadas, sino por requerimiento intrínseco mismo de estructuras, métodos y categorías que distintas disciplinas pudieran compartir entre sí." (2014: 7)

En ese sentido, los términos: 'filosofía de las ciencia' y 'teoría de la ciencia' encierran modos de abordar los desarrollos científicos actuales que no se concentran únicamente en los asuntos epistemológicos y lógicos del discurso científico, sino también en los asuntos técnicos, tecnológicos,



ontológicos, éticos, políticos, históricos, sociales y culturales de las prácticas científicas.

El concepto de paradigma procede directamente del griego y se puede traducir como "ejemplo que sirve de norma". En el mundo de las ideas, arquetipo del mundo sensible en que se vive; en el mundo de la praxis; conjunto de formas que sirven de esquema de distintos tipos que fundan y defienden un sistema material. Los paradigmas son también aquellos principios que asocian o disocian los conceptos fundamentales que rigen y controlan todo el discurso teórico que transforma la realidad. Una transformación en el paradigma significa una modificación de la realidad. Por ejemplo, el paso del modelo gravitatorio de Tolomeo (el sol gira alrededor de la tierra), al paradigma Galileano (la tierra gira alrededor del sol), produce consecuencias en la propia perspectiva del mundo. Otro ejemplo: del modelo escolástico al modelo de Descartes, y hay un salto cualitativo importante (siglo XVII).

Khun da ideas significativas al perfeccionamiento de la ciencia; pues afirma que la evolución científica involucra la evolución de las cosas y que la ciencia se desenvuelve por revoluciones paradigmáticas. La moderna epistemología ha permitido observar que el conocimiento científico no es el único conocimiento, pero es el más consistente. Es el conocimiento que ha permitido democratizar la ciencia y debilitar el conocimiento dogmático como manera de generar la verdad. La ciencia como dice Khun no es un dogma, no debe ser dogmática. La ciencia forma parte de la práctica social y las ideas científicas acerca de la naturaleza constituyen apenas una dimensión de esta estructura imaginaria. Los historiadores y filósofos modernos han evidenciado que la imaginación científica sufre transformaciones radicales de una época a otra y que las ciencias se parecen más a una epopeya novelística que a un progreso lineal; sobre esa base, Kuhn ha denominado



paradigma epistemológico a las *“realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica.”* (2004: 13)

- 4. Los paradigmas epistemológicos:** sobre este tema, debe tenerse en cuenta los aspectos que se deben analizar, tales como: ¿Qué son los paradigmas epistemológicos?, ¿Para qué sirven?, ¿De qué manera los paradigmas enfrentan el problema del conocimiento de los objetos naturales y sociales?, ¿Cuál es la manera en que los postulados construyen analíticamente el conocimiento de la ciencia? y ¿Cuáles son y en qué consisten los paradigmas epistemológicos? Con respecto al primer aspecto, que es un paradigma, Guillermo Briones, define así:

Un paradigma es la concepción del objeto de estudio de una ciencia acompañada de un conjunto de teorías básicas sobre aspectos particulares de ese objeto. Ese contenido define los problemas que deben investigarse, la metodología por emplear y la forma de explicar los resultados de la investigación. El paradigma con esas características es aceptado por una comunidad científica determinada que así se diferencia de otra tomará a continuación en el presente ensayo. (2002: 80)

A la idea agregaremos a Kuhn, citado por Pedro Serna quien define el paradigma de la siguiente forma: “Un paradigma es aquella teoría, que por su virtualidad, atrae un grupo duradero de partidarios y simultáneamente es lo suficientemente incompleta para permitir el desarrollo de nuevos trabajos en su interior”. (2006: 8)

Las definiciones anteriores, aclaran el significado de paradigma, ya que en opinión de Kuhn, los paradigmas obtienen su estatus específico porque tienen más éxito que sus competidores a la hora de resolver los problemas que el grupo de profesionales reconoce como agudos. En ese sentido, la ciencia entendida como la investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce durante cierto tiempo como fundamento para su práctica posterior, no aspira a obtener novedades



importantes, sino a resolver enigmas o acertijos dentro del marco teórico proporcionado por el paradigma. Es decir, que cuando los científicos perciben que algo va mal, que la ciencia en la cual han sido formados no es capaz de responder satisfactoriamente en un nivel fundamental, se provoca una remoción de los fundamentos y la aparición de nuevos paradigmas

En síntesis, las definiciones anteriores ilustran la connotación de un paradigma epistemológico, el cual, en palabras sencillas, se puede comprender como un modelo o esquema por medio del cual se analiza el conocimiento de cada una de las ciencias aceptadas como tales, en ese orden de ideas cada paradigma constituye el núcleo central para el conocimiento científico, es decir que el mismo supone una estructura sobre la cual se responde a cuestiones ontológicas, gnoseológicas y metodológicas que hacen diferentes unas escuelas de otras.

En cuanto a las respuestas que proveen los paradigmas epistemológicos, se determina lo siguiente: que en la ontología plantea una definición respecto de la naturaleza de la realidad y de lo que se puede conocer de ella, en la gnoseología se plantea una definición respecto al tipo de relación que se establece entre el científico que conoce y la realidad que se conoce; y en la metodología plantea una definición respecto de los métodos específicos con los que se puede conocer la realidad.

El segundo elemento de este tema, es importante, ya que está íntimamente ligado con el primero, debido a que en el segundo se encuentra la denotación y en el primero está contenida la connotación de su significado, en ese orden de ideas, la respuesta de para qué sirve el paradigma es la siguiente: con base a las definiciones antes descritas puede inferirse y proyectarse que el paradigma epistemológico tiene cuatro funciones.



En relación a cuáles son esas cuatro funciones a que se refiere en el párrafo anterior, dentro de la presente investigación se presenta a continuación: 1) Desarrolla un esquema aclaratoria que ayuda a estos problemas a que se resuelvan, 2) Sirve como guía al indicar los problemas en una investigación, 3) Proporciona una epistemología en la que las tareas precedentes pueden ser consideradas como principios organizadores y 4) Establece los criterios para el uso de metodologías en una investigación.

En lo que respecta al tercer elemento del presente tema, se considera que este constituye la parte medular, es decir la esencia de un paradigma epistemológico, debido a que de acuerdo a la rama científica de la que se hable, algunos enfrentan los problemas de los objetos naturales y sociales de una manera, mientras que los demás lo enfrentan de otra, al respecto nuevamente citamos a Guillermo Briones, el cual escribió lo siguiente:

En este tema, el lector debe tener presente que mientras algunas lo tratan con especial referencia al origen del conocimiento (el empirismo y el racionalismo, en particular), otras escuelas lo hacen desde la perspectiva de su esencia, es decir, de la relación entre objeto y sujeto (idealismo, materialismo y realismo). También se debe tener en consideración el hecho representado por diversas posiciones intermedias que se dan entre situaciones extremas, que combinan conceptos de unas y otras de estas últimas. (2002: 21).

Lo antes citado demuestra que los paradigmas epistemológicos enfrentan el problema ya sea desde la perspectiva de la esencia de un objeto natural o social y otros desde el origen del conocimiento, lo anterior evidencia, los enfoques que de la ciencia se plantean.

Por ejemplo al analizar el crimen organizado como fenómeno social, el empirismo y el racionalismo se centralizarían en definir: ¿Cuál es el origen de ese fenómeno?, ¿De dónde surgió?, ¿Cuáles fueron sus causas?, mientras que el materialismo y el realismo, se enfocarían en analizar ¿Qué es el crimen organizado?, ¿Cómo funciona?, ¿Cuáles son los fines que persiguen?,



es decir cuál es la relación entre los sujetos y los objetos que componen dicho flagelo.

Finalmente lo parte más importante del presente tema en cuanto al objetivo fundamental de esta investigación, lo constituye la última pregunta planteada, es decir a la manera en que los paradigmas epistemológicos construyen analíticamente la ciencia, al respecto se cita a Guillermo Briones, quien escribió lo siguiente:

Cada uno de esos modelos tiene, desde el punto de vista de la epistemología, varias diferencias sustantivas, como los lejanos horizontes filosóficos en los cuales encuentran su último fundamento, la caracterización del objeto de conocimiento, a las cuales deberían referirse las ciencias sociales, la estructura de sus teorías, de sus métodos y técnicas y, el principal de ellos, que distingue netamente dos tipos de ciencias sociales, la finalidad última de la investigación social. (2002: 43)

Lo citado anteriormente aclara que los paradigmas epistemológicos, se constituyen como fundamentos filosóficos, por medio de los cuales se explica la estructura de las teorías de la ciencia, sus métodos, técnicas y la finalidad última de su investigación, por ejemplo si se investiga un problema social como la criminalidad, los paradigmas epistemológicos ofrecen un panorama para explicar sus teorías, sus métodos, etc., así entonces, dentro del enfoque del positivismo lógico el cual se basa en el materialismo fisicalista, se utilizan los métodos de las experiencias sensibles, utilizando técnicas como la entrevista, la encuesta, y la investigación bibliográfica de documentos en donde se hayan comprobado de forma científica, las causas, efecto y otros factores respecto a la criminalidad.

Una vez comprendido que es un paradigma, es necesario describir las características de las más importantes orientaciones en la historia del conocimiento humano, por medio de modelos y de conceptos que tengan unidad y que permitan una comprensión, cuando menos parcial dentro de la amplitud y complejidad de tal fenómeno. Estos conceptos son los de teorías objetivistas y subjetivistas del conocimiento, así como los de las posturas epistemológicas con sus diversas denominaciones y corrientes.



Las teorías objetivistas del conocimiento sostienen que la realidad o existencia de los objetos es independiente de la creencia u opiniones de los sujetos; o en otro sentido, enfatizan elementos exteriores al sujeto, o bien, indican que el conocimiento debe tener su base en los hechos.

De las teorías subjetivistas, se puede decir que reducen la realidad o la existencia de los objetos a la realidad de los estados o actos mentales del sujeto; o también, en otro sentido, que enfatizan los elementos interiores del sujeto o que subordinan la posibilidad o la calidad del conocimiento a los atributos intelectuales de la persona. La determinación y diferencia de los dos conceptos anteriores tienen las siguientes limitaciones: Ambos conceptos no necesariamente se excluyen entre sí, y tienen elementos que pueden complementarse; por ejemplo, el carácter objetivista de que el conocimiento debe tener su base en los hechos, es compatible con el carácter subjetivista de que el conocimiento se subordina a los atributos intelectuales del sujeto.

Los elementos interiores de cada concepto no son, en todos los casos, complementarios entre sí; por ejemplo, el carácter objetivista sobre una realidad independiente de los objetos de conocimiento, puede ser excluyente de una postura epistemológica basada en los hechos, pero que rechaza la existencia en sí de tales hechos. O bien, el carácter subjetivista de la postura que sostiene como única realidad la de las ideas, puede ser incompatible con el carácter subjetivista que subordina el conocimiento a las aptitudes intelectuales del sujeto, pero que niega la realidad en sí, sea de las ideas o de otras cosas. Por otra parte, el predicado "objetivista" puede vincularse con la idea de objetividad y compartir, así, su sentido emocional positivo o deseable, cuando no en todas las posturas objetivistas se justifica este sentido positivo. Así mismo, el predicado "subjetivista" puede vincularse con



la idea de subjetivismo que conlleva un significado negativo o de arbitrariedad, cuando no en todas las posturas epistemológicas que se agrupan bajo tal denominación se justifica dicho significado.

Explicadas las corrientes objetivistas y subjetivistas de los paradigmas epistemológicos, a continuación exponemos los principales que a lo largo de la historia han servido como fundamento teórico del conocimiento de las ciencias

4.1 El Materialismo. Para iniciar el desarrollo del presente paradigma, hay que tener en cuenta los siguientes elementos en que se compone, tales como: ¿Qué es el materialismo? Y ¿Cuáles son las Clases de Materialismo?

Respecto al primer elemento, el materialismo es una doctrina muy antigua, ya que tiene sus orígenes entre los presocráticos griegos Demócrito y Epicuro, por tal razón su evolucionar histórico ha trascendido civilizaciones y épocas enteras de la humanidad, en las que ha presentado un enfoque analítico del conocimiento de las cosas, para dar una definición de materialismo, se citará la proporcionada por Guillermo Briones, quien al respecto del materialismo explicó lo siguiente.

En términos generales, el materialismo es la doctrina (o doctrinas) según la cual todo lo que existe es materia, es decir, solo existe, en última instancia, un solo tipo de realidad que es la realidad material. La materia es, así, el fundamento de toda realidad y la causa de todas las transformaciones que se dan en ella. (2002: 22)

Con base en esta definición se evidencia que para el materialismo, todas las cosas dependen de la materia, por lo que los temas como el espíritu y las ideas, no tienen existencia propia en sí, sino que son producto de la materia humana, la cual trasciende elevándose hasta producir las ideas.



En relación a la segunda pregunta, en el siglo XX, se han visibilizado dos clases de materialismo, por un lado el fisicalismo, el cual fue propuesto por algunos miembros del Círculo de Viena, es decir los representantes del positivismo lógico, para ellos un enunciado solamente tiene significado si puede ser verificado, por tal razón este paradigma, se encuentra íntimamente ligado con el positivismo lógico, situación por lo cual esta clase de materialismo se explicará cuando se toque el tema correspondiente.

La otra de clase de materialismo que se ha visibilizado en el siglo XX, y al cual se le prestará toda la atención en el presente tema, es el materialismo dialéctico, por tal razón lo primero que se establecerá a continuación es una definición de este supuesto epistemológico, citando para el efecto a Guillermo Briones, quien de este paradigma, expuso lo siguiente:

El materialismo dialéctico tiene como una de sus preocupaciones centrales el cambio de la realidad. Consecuentemente, considera al mundo como un proceso en el cual, históricamente, se dan fenómenos nuevos y cada vez más complejos a partir de los más simples, siguiendo las leyes de la dialéctica: a) la ley de transformación de los cambios cuantitativos en cualitativos; b) la ley de interpenetración de los opuestos que reconoce la existencia de contradicciones en la naturaleza; y c) la ley de la negación de la negación, o sea, una situación dada es reemplazada por otra, de tal modo que lo nuevo surge de la negación de la situación anterior y ésta es de nuevo negada y reemplazada, por otra nueva situación. (2002: 22)

Con base en la definición anterior, se evidencia que para el materialismo dialéctico el mundo es un proceso por medio del cual se producen cambios constantes, teniendo como punto de partida las leyes de la dialéctica, entre ellas se pueden observar la lucha de contrarios, el reemplazo de una situación dada por otra, de lo anterior entonces se coloca como estructura fundamental del materialismo dialéctico la lucha de clases, en donde coexisten doctrinas impulsadas por Marx y Engels, tales como la teoría de la plusvalía, de la superproducción y de las crisis, la luchas de clases sociales, el capital, así como conceptos fundamentales surgidos de este movimiento doctrinario tales como base económica, superestructura, los medios de producción, etc.



4.2 El Racionalismo. En relación a este paradigma, hay que tener en cuenta los siguientes elementos en que se compone, tales como: ¿Qué es el racionalismo? Y ¿Cuáles son las clases de racionalismo?

Respecto al primer elemento, el racionalismo constituye una doctrina nacida en la edad moderna de la historia de la humanidad, como una reacción a las corrientes idealistas existentes en esa época, especialmente las de corte religioso, en cuanto a la definición de racionalismo, se hace referencia a continuación a la proporcionada por Juan Hessen citado por Carlos Fuentes López, quien al respecto explicó lo siguiente:

Desde el punto de vista epistemológico, el racionalismo es definido y explicado por Juan Hessen en los siguientes términos: La posición epistemológica que ve en el pensamiento, en la razón, la fuente principal del conocimiento humano, se llama racionalismo (ratio=razón). Según él, un conocimiento su merece, en realidad, cuando es lógicamente necesario y universalmente válido. (2003: 127)

Partiendo de la definición anterior, el racionalismo enfoca el conocimiento científico partiendo de la razón, es decir que un conocimiento es válido, solamente si ha sido explicado por el entendimiento humano, y además dicha explicación racional, es universalmente aceptada como verdadera mediante las reglas de la lógica racional.

En cuanto a las clases de racionalismo, desde el momento que se formaliza dicho concepto doctrinario en la figura de René Descartes, los filósofos adheridos a dicha escuela, iniciaron a visibilizar varias formas de racionalismo, tales como: como el metafísico, en donde toda la realidad es de carácter racional, el psicológico, en el cual se concibe que el pensamiento, es superior a las emociones y a la voluntad y el racionalismo gnoseológico o epistemológico.

No obstante la clasificación antes descrita, para el presente ensayo la clase de racionalismo que interesa, es el gnoseológico o epistemológico, el cual fue desarrollado por Kant, y que contiene conceptos centrales, que



tienen mayor pertinencia dentro del tema de los supuestos filosóficos de las ciencias sociales.

4.3 El Empirismo. En este paradigma, hay que tener en cuenta los siguientes elementos en que se compone, tales como: ¿Qué es el empirismo? Y ¿Cuáles son las clases de empirismo?

En relación al primer elemento, el empirismo constituye una doctrina nacida en la edad moderna de la historia de la humanidad, como una reacción a las corrientes racionalistas también surgidas en esa época, en cuanto a la definición de empirismo, se hará referencia a la proporcionada por Guillermo Briones, quien al respecto explicó lo siguiente:

El empirismo (del griego “empeira” = experiencia) sostiene que todo conocimiento se basa en la experiencia, afirmación con la cual se opone directamente al racionalismo para el cual, según acabamos de ver, el conocimiento proviene, en gran medida, de la razón. Para el empirismo radical, la mente es como una “tabla rasa” que se limita a registrar la información que viene de la experiencia. (2002: 24)

Partiendo de la definición anterior, el empirismo enfoca el conocimiento científico partiendo de la experiencia, a diferencia de los racionalistas no acepta ideas innatas, ni verdades necesarias a priori, en ese sentido, los empiristas si creen en los juicios sintéticos a priori, pero basados en la experiencia, sobre esa, base solamente lo que ha sido sometido y deriva de los procesos humanos de la experiencia tiene un significado racional y por ende científico.

Respecto a las clases de empirismo, desde el momento que se formaliza dicho concepto doctrinario, los filósofos adheridos a dicha escuela, iniciaron a visibilizar varias formas de empirismo, similares a la clasificación del racionalismo tales como: a) el psicológico, para el cual el conocimiento se origina totalmente en la experiencia; b) el empirismo gnoseológico que sostiene que la validez de todo conocimiento tiene su base



en la experiencia; y c) el empirismo metafísico según el cual no hay otra realidad que aquella que proviene de la experiencia y, en particular, de la experiencia sensible.

4.4 El Realismo. En relación al desarrollo de este paradigma, hay que tener en cuenta los siguientes elementos en que se compone, tales como: ¿Qué es el realismo? Y ¿Cuáles son las clases de realismo?

Con respecto al primer elemento, el realismo constituye una doctrina nacida en la edad moderna de la historia de la humanidad, que tiende a extender un puente hacia el materialismo, en cuanto a la definición de realismo, se hará referencia a la proporcionada por Guillermo Briones, quien al respecto explicó lo siguiente:

(...)El realismo científico para el cual es la ciencia la que proporciona el mejor conocimiento de la realidad; en ella, la razón y la experiencia se necesitan para conocer la verdad. Según su principio básico, el racionalismo científico rechaza otro tipo de conocimiento que pretenda tener el valor de verdad, como el conocimiento ordinario, el conocimiento religioso, el conocimiento místico y el metafísico. (2002: 25)

En base a la definición anterior, el realismo enfoca el conocimiento científico en base a la realidad, y en esa realidad necesita de la razón y de la experiencia en forma conjunta para llegar al conocimiento de la verdad, es decir que combina al racionalismo con el empirismo para construir su concepto de realidad, para partir de esta última en la búsqueda del conocimiento de los objetos sociales.

En cuanto a las clases de realismo, desde el momento que se formaliza dicho concepto doctrinario, los filósofos adheridos a dicha escuela, iniciaron a visibilizar varias formas de realismo, tales como: a) realismo metafísico, según la cual las ideas generales o universales, como se decía entonces, tienen existencia real, independientes de ser pensadas o no b)



realismo gnoseológico afirma que el conocimiento es posible sin necesidad de que la conciencia imponga sus propias categorías a la realidad.

Dentro del realismo gnoseológico se distinguen tres versiones: 1) el realismo ingenuo, para el cual el conocimiento es una reproducción exacta de la realidad; 2) el realismo crítico, que afirma que no podemos aceptar sin crítica el conocimiento dado por los sentidos y 3) el realismo científico para el cual es la ciencia la que proporciona el mejor conocimiento de la realidad.

4.5 El Idealismo. En este paradigma, hay que tener en cuenta los siguientes elementos en que se compone, tales como: ¿Qué es el idealismo? Y ¿Cuáles son las clases de idealismo?

Respecto al primer elemento, el idealismo constituye una doctrina nacida en la edad moderna de la historia de la humanidad, que surge como una contraposición del materialismo, en cuanto a la definición de idealismo, se hará referencia a la proporcionada por Guillermo Briones, quien al respecto explicó lo siguiente:

El idealismo es, en general, la escuela opuesta al materialismo y al realismo: en oposición a este último sostiene que los objetos físicos no pueden tener existencia aparte de una mente que sea consciente de ellos. En su larga historia, el idealismo ha tomado muy diversas variantes y expresiones, pero todas ellas pueden caracterizarse por la importancia central dada a la conciencia, a las ideas, al pensamiento, al sujeto, al yo, en el proceso del conocimiento. (2002: 26)

Con base en la definición anterior, el idealismo enfoca el conocimiento científico en base a las ideas, concibiendo a estas como creencias, causas o factores independientes de la conciencia humana, según Kant existen ideas o fenómenos, que él los denominó “cosas en sí”, los cuales son independientes de las experiencias sensoriales y que se les considera incognoscibles; por lo que la mente y la razón no pueden imponer una estructura de la realidad como tal, puede hacerlo sobre las apariencias ya



que ella (la razón) posee ciertas categorías a priori (como sustancia y causa), que son independientes de toda experiencia sensorial.

Con respecto a las clases de idealismo, desde el momento que se formaliza dicho concepto doctrinario, los filósofos adheridos a dicha escuela, iniciaron a visibilizar varias formas de idealismo, tales como: a) idealismo objetivo o lógico, según la cual los objetos son engendrados, de una forma u otra, por factores, causas, creencias o ideas que son independientes de la conciencia humana; b) idealismo subjetivo los objetos que conocemos corresponden a nuestras sensaciones: la existencia de los objetos consiste en ser percibidos. Ellos son sólo ideas (de ahí el término idealismo.).

Las dos posturas de idealismo antes descritas se enfrentaron entre las ponencias de Kant y Hegel, ya que para el primero, dentro de su idealismo trascendental, las ideas eran fenómenos incognoscibles, independientes de la experiencia y que es a través de la razón que se pueden establecer categorías a priori, como sustancia y causa, que sirven como ideas fundamentales en donde se explica la realidad en apariencia; sin embargo esta posición fue criticada por Hegel, para el cual las ideas provenían de las experiencias sensoriales del espíritu.

Con base en lo anterior, las ideas surgidas de las experiencias sensoriales de la conciencia humana o como razonamientos a priori, constituyen metas imaginables como realizables, hacia donde se dirigen las acciones humanas, y que tienen una connotación ética o política

4.6 El Positivismo. En este apartado hay que tener en cuenta los siguientes elementos en que se compone, tales como: ¿Qué es el positivismo? ¿Cómo enfoca el análisis de la ciencia el positivismo?



En el primer elemento, el positivismo constituye una doctrina surgida en las postrimerías del siglo XVIII, y que incorpora la metodología de las ciencias naturales para comprender el objeto de estudio y los fines de las ciencias sociales, en cuanto a la definición de positivismo, se hará referencia a la proporcionada por Guillermo Briones, quien al respecto explicó lo siguiente:

En sentido amplio, el positivismo es la escuela filosófica según la cual todo conocimiento, para ser genuino, debe basarse en la experiencia sensible. El progreso del conocimiento sólo es posible con la observación y el experimento y, según esta exigencia, se debe utilizar el método de las ciencias naturales. La pretensión de algunos filósofos de buscar conocimientos por medio de especulaciones metafísicas son intentos perdidos, si bien la filosofía debería tener como única tarea la de hacer comprensibles los métodos de las ciencias naturales y desarrollar, además, las concepciones generales que se derivan de los resultados de las diferentes ciencias particulares. Francisco Bacon (1561 - 1626), que puede ser llamado el padre de la escuela, a la cual dio su nombre, sostiene que los filósofos no deben buscar más allá de los límites de la naturaleza. Hay hechos que deben ser abordados sin ninguna concepción previa y algunos de esos hechos .hechos positivos. Deben ser aceptados por la fe en la experiencia. Saint - Simón aplica la palabra .positivo. A las ciencias que se basan en .los hechos que han sido observados y analizados. (2002: 28)

En razón de lo anterior, para explicar el último elemento, consistente en cómo enfoca el positivismo el objeto de estudio de la ciencia; en ese sentido es importante destacar, que desde esta perspectiva los problemas científicos, sus causas y sus efectos deben investigarse con base en el método científico, de esa manera el descubrimiento del conocimiento de los mismos deben basarse en la experiencia sensible.

4.7 El Positivismo Lógico. Con relación a este paradigma, hay que tener en cuenta los siguientes elementos en que se compone, tales como: ¿Qué es el positivismo lógico? Y ¿Cuál es su metodología?

Respecto al primer elemento, el positivismo lógico constituye una doctrina surgida en los inicios del siglo XX dentro del denominado círculo de Viena, y que constituye una expresión del empirismo y un rechazo absoluto de la metafísica para comprender el objeto de estudio y los fines de las



ciencias sociales, en cuanto a la definición de positivismo lógico, se para referencia a la proporcionada por Guillermo Briones, quien al respecto explicó lo siguiente:

El núcleo del positivismo lógico está constituido por un empirismo total, apoyado en los recursos de la lógica moderna, una alta valoración de la ciencia, un rechazo también total a la metafísica y al propósito de unificar el lenguaje de las diferentes ciencias con un denominador común en el lenguaje de la física (fisicalismo). Para esta escuela, una proposición sólo tiene sentido si se apoya en un modo efectivo de verificación. Como dicen: El significado de una proposición es su modo de verificación. Las proposiciones que no se apoyan en un modo de verificación por la experiencia, de manera sensible, no pueden ser verdaderas ni falsas. Por lo tanto, solo las proposiciones empíricas son auténticas proposiciones. Como los enunciados de la metafísica no pueden ser probados por la experiencia, son pseudoproposiciones o proposiciones sin sentido, sin significado. Una característica importante del Círculo de Viena es su apoyo en la lógica moderna. Sus trabajos se exponen con todo rigor con el propósito de eludir la ambigüedad. En esta regla radica su aporte a la expresión más clara de los contenidos del trabajo científico. La influencia del positivismo lógico es clara en la metodología cuantitativa de las ciencias sociales y, en particular, en investigadores como Paul Lazarsfeld, Herbert Hyman, Raymond Boudon y un gran número de sus seguidores. (2002: 30)

Con base en lo anterior se comprende que para este paradigma se rechaza completamente los conocimientos metafísicos, se obtienen datos puros, los cuales al ser verificados mediante la experiencia (empirismo) apoyada por la lógica moderna se llega a la conclusión de que se obtiene un conocimiento de carácter científico, Los elementos anteriores permitían configurar el Principio de Verificación, que es la característica esencial del positivismo lógico.

De hecho, el objetivo fundamental de la metodología era formular y legitimar una regla de aceptación de los enunciados conforme a la convicción fundamental según la cual una proposición científica debe ser aceptada sólo cuando es verdadera. Para concretar esta norma es necesario un método, un criterio de significatividad, que permita establecer si determinada proposición es o no verdadera. En otras palabras, de acuerdo con el neopositivismo el método de la ciencia debe ofrecernos una estrategia infalible para el hallazgo de la verdad.



En resumen, el positivismo lógico utiliza como criterio de significatividad de las ciencias fácticas el principio de verificación que sirve como criterio de demarcación del discurso científico del no científico.

La teoría de la verificación o del significado, que es la característica definidora de la epistemología neopositivista, ofrece los medios para distinguir los enunciados con y sin significado; se entiende por verificación el procedimiento adoptado mediante el cual se comprueba la verdad o falsedad de algún enunciado.

4.8 La Fenomenología. En este paradigma, hay que tener en cuenta los siguientes elementos en que se compone, tales como: ¿Qué es la fenomenología? Y ¿Qué se entiende por reducción fenomenológica?

En lo que respecta al primer elemento, la fenomenología constituye una escuela epistemológica surgida en los inicios del siglo XX, y que se opone al positivismo y al pragmatismo, en cuanto a la definición de fenomenología, se hará referencia a la proporcionada por Guillermo Briones, quien al respecto explicó lo siguiente:

En la época actual, por fenomenología se entiende la doctrina desarrollada por Edmund Husserl (1859 - 1938) con ese mismo nombre. En ella nos referimos en esta muy breve y casi imposible síntesis, entendiéndola como método y como una manera de ver el mundo. Husserl se opone al positivismo y al pragmatismo, si bien reconoce el valor limitado de la primera escuela. También rechaza la creencia en una filosofía absoluta. Las tesis fundamentales de la fenomenología husserliana expuestas en su obra Investigaciones lógicas son básicamente dos: 1. Para captar el fluir y el contenido de la conciencia debemos limitarnos a describir lo que se presenta en ella, sin dejarnos condicionar por las teorizaciones que pudimos haber hecho sobre ese contenido. 2. La descripción señalada antes, muestra que en el fluir de la conciencia se presentan, además de referencia a objetos concretos, referencias a esencias ideales. (2002: 31)

Con base en la definición anterior, se comprende que el tema de investigación más característico de la fenomenología es la conciencia; se entiende por conciencia el ámbito en el que se hace presente o se muestra



la realidad; la realidad en la medida en que se muestra o aparece a una conciencia recibe el nombre de fenómeno. La característica fundamental que la fenomenología encuentra en la conciencia es la intencionalidad. En el lenguaje ordinario llamamos intencional a la conducta hecha mediante un acto de voluntad, a la conducta deliberada; en fenomenología la intencionalidad es una propiedad más básica: se refiere al hecho de que toda conciencia es conciencia de algo, todo acto de conciencia es siempre una relación con otra cosa, un referirse a algo.

La conciencia no se limita al conocimiento: se puede conocer un árbol, se puede percibirlo o pensar en él, pero también se puede vincular con él mediante otros modos de conciencia: se puede desear estar a su sombra, o imaginarlo con más hojas que las que tiene, o temer que se pueda secar, y tal vez hasta lo puedo amar u odiar. La percepción, el recuerdo, la imaginación, el pensamiento, el amor, el odio, el deseo, el querer, son distintas formas de darse el vivir de la conciencia. Una importante tarea de la fenomenología es la descripción de los tipos distintos de vivencias, de sus géneros y especies, y de las relaciones esenciales que entre ellas se establecen.

La conciencia se mueve en tres tiempos (imaginación, sensación y memoria como futuro, presente y pasado). Los tiempos de conciencia se dan indisolublemente en estructura primando siempre el "ir hacia", la intención. En la conciencia, a diferencia del tiempo público que va desde el pasado hacia el futuro, puede estar en el pasado "recordando" algo mientras experimenta la sensación que le produce ese recuerdo. Recuerdo que no se presenta pasivamente sino que es evocado por una necesidad de futuro (intencionado). El primado del futuro coloca a la conciencia frente al problema de la muerte (finitud), de tal manera que no hay acto en ella que en última instancia no esté relacionado.



La conciencia trabaja en estructura con el mundo, por lo cual hablar de un fenómeno es indisoluble de hablar de la conciencia y a la inversa, para hablar de la conciencia siempre tendremos que hacerlo con un fenómeno. Entendemos por descripción fenomenológica a toda descripción que se haga de la conciencia referida a un fenómeno desde el punto de vista de la temporalidad.

Se entiende por reducción fenomenológica a la intención que pone conciencia en todo acto, en todo fenómeno. De ahí que en toda descripción fenomenológica lleve implícita en su desarrollo su correspondiente reducción fenomenológica. Y a su vez, no es posible hacer una reducción fenomenológica sin su correspondiente descripción fenomenológica. La intención que pone conciencia en un acto, también se llama esencia y es el objeto de la reducción fenomenológica.

4.9 La Hermenéutica. En cuanto a este modelo, hay que tener en cuenta los siguientes elementos en que se compone, tales como: ¿Qué es la hermenéutica? Y ¿Cómo actúa la hermenéutica objetivista?

Respecto al primer elemento, la hermenéutica constituye una escuela epistemológica surgida en la segunda mitad del siglo XX, y que pasa de ser visibilizada como un método a ser concebida como una doctrina filosófica, en cuanto a la definición de hermenéutica, se hará referencia a la proporcionada por Guillermo Briones, quien al respecto explicó lo siguiente:

A partir de Hans - Georg Gadamer (nacido hacia 1900), con su obra fundamental Verdad y método (1960), la hermenéutica deja de ser un método, como quería Dilthey, para convertirse en una doctrina filosófica con una propuesta coherente acerca de la comprensión. Ya su objeto no es la exploración del ser individual sino la investigación del ser histórico. En esta versión de Gadamer, la comprensión, que tiene un carácter objetivo, no consiste en entender al otro, sino entenderse con otro sobre un texto. Un texto puede ser un acontecimiento histórico, una obra de arte, etc., pero en cualquiera de esos casos, la comprensión que se logra es histórica, en cuanto ese acontecimiento u objeto está mediado históricamente. Por otro lado, no es posible lograr una comprensión libre de todo prejuicio (que para Gadamer significa juicio previo). La comprensión de un texto., sólo es posible desde una precomprensión o de



un prejuicio que el investigador proyecta sobre ese objeto, prejuicio que será modificado por éste, lo cual conducirá a una nueva comprensión de éste sucesivamente, sin un fin de la comprensión. En palabras del filósofo, comprensión se realiza dentro de un .círculo hermenéutico. Comprender no significa trasladarse a la época del autor del texto o del acontecimiento estudiado, sino que supone una .fusión de horizontes. Con lo cual se define un horizonte más amplio que los abarca. Por ello, Gadamer dice que el intérprete de un texto lo comprende mejor que su autor. (2002: 36)

De acuerdo a la definición anterior, la hermenéutica como doctrina filosófica no se desprende del aspecto de la conciencia como ámbito de sentido. La conciencia es representativa y reproductiva de una realidad externa, significativa. Lo que origina pensar a la realidad social como un texto: “todos los hechos humanos quieren decir algo”. En ese orden de ideas se trata de buscar el sentido de las cosas, el mundo como una cifra, como un mensaje codificado. La significación está en un medio lingüístico socialmente objetivado. El lenguaje dice algo, y lo que dice está definido por las posibilidades que le ofrece la lengua.

Frente a estas aseveraciones, la hermenéutica se libera en parte de la sedimentación lingüística para cubrir también el plano antropológico. Por ese motivo las ciencias sociales con el tratamiento filosófico de Dilthey se establecen como perspectiva teórica además de conservar su componente metodológico. Añade a su vez este mismo tratamiento el aspecto micro (el análisis se restringe a la particularidad de las interpretaciones) que alcanzaría posteriormente gran desarrollo en la investigación social.

En cuanto a la hermenéutica objetivista que se basa fundamentalmente en la recuperación de la interpretación a partir de sus condiciones lingüísticas o discursivas. Se entiende que la hermenéutica presentada de esta manera presupone como unidad de análisis las obras o los textos en el sentido de ser una composición de signos codificados que forman una unidad de sentido.



El texto, baluarte de la interpretación objetiva, se define como el discurso o conjunto de discursos que poseen unidad temática, argumentativa y han sido fijados en un documento; de esa manera se reconoce el papel de los textos como unidades fundamentales de comunicación social, ligadas a la cultura escrita. En ese sentido el texto es un sistema abierto en relación con el resto de la cultura escrita y el contexto social; otras propiedades inherentes del texto son la coherencia semántica, la cohesión formal, la progresividad argumentativa, además de las características de las unidades comunicativas, como intencionalidad, significación o gramaticalidad.

La unidad de sentido puede ser caracterizada de muchas maneras, agrupa y clasifica la enorme diversidad de textos al grado que se han propuesto tipologías textuales. Estas se basan en distintos criterios como la función que cumple el texto en relación con los interlocutores o la estructura global interna que presenta. Se ha hecho muy común dividir los textos por el predominio de características: narrativas, compositivas, descriptivas, argumentativas, conmutativas, explicativas.

Se toma en cuenta a la hermenéutica como enfoque teórico desde su orientación textual discursiva. De esta manera se entiende que la realidad social se constituye también en las mediaciones intercomunicativas. Uno de los registros materiales del proceso intercomunicativo son los textos que vienen a representar el conjunto de discursos que poseen unidad temática, unidad gramatical e intencionalidad.

4.10 La Filosofía Analítica del Lenguaje. En este paradigma, hay que tener en cuenta los siguientes elementos en que se compone, tales como: ¿Qué es la filosofía analítica del lenguaje? Y ¿Cuál es su característica común?



En relación al primer elemento, la filosofía analítica del lenguaje constituye una escuela epistemológica surgida en la primera mitad del siglo XX, en la que se establece como tesis central el lenguaje para explicar los hechos de la realidad, en cuanto a la definición de filosofía analítica del lenguaje, se hará referencia a la proporcionada por Guillermo Briones, quien al respecto explicó lo siguiente:

El objetivo del Tractatus es el de establecer los límites de aquello que puede decirse con significado. El lenguaje tiene como propósito principal establecer hechos para lo cual necesita hacer una figura de ellos, proceso que implica establecer una correspondencia entre el plano de lo real y el plano lingüístico. O, en otras palabras, es necesario establecer una similitud estructural. La tesis central en esta relación la expresa Wittgenstein con la frase: .lo que puede ser dicho, puede ser dicho con toda claridad, y sobre lo que no se puede hablar se debe guardar silencio. El mundo no es la totalidad de las cosas, sino la totalidad de los hechos, que son figuras de las cosas, de los objetos. Todo lo que puede ser pensado puede ser expresado por el lenguaje. Pero la única función significativa del lenguaje consiste en describir los hechos. Más allá de las descripciones, el lenguaje sólo puede establecer tautologías (.Llueve porque está lloviendo.). Por eso, cualquier uso más allá de esos dos no tienen sentido, los enunciados éticos ni la metafísica, porque no son empíricos. La segunda concepción filosófica de Wittgenstein se desarrolla principalmente de sus Investigaciones lógicas. Aquí dice que no pretende teorizar ni explicar nada, salvo describir el fenómeno del lenguaje. Al respecto, señala que el lenguaje comprende varios juegos lingüísticos, cada uno de los cuales está sometido a sus propias reglas. Por otro lado, dice que el significado de las palabras se define por su uso. Sólo cuando se sabe cómo han de ser usadas las palabras, sea para interrogar, describir objetos, nombrar, etc., sólo, entonces, puede decirse que se conoce y se puede hablar un cierto lenguaje. Los juegos lingüísticos expresan la forma de vida de una comunidad. En los últimos trabajos del filósofo, el lenguaje ya no se concibe como figura de la realidad, sino como un instrumento, como una herramienta. La tarea del filósofo consiste en colocar las palabras en su uso cotidiano, las cuales expresan la forma de vida de la comunidad. El resto de su obra está dedicada a aplicar su método lingüístico a una variedad de problemas: toma conjuntos de conceptos, sea de las matemáticas o de la conversación ordinaria, separa las cosas paradójicas que decimos desde la perplejidad filosófica, para tratar de desvanecerla recordándonos el uso normal de los conceptos, mediante la descripción de los usos reales y posibles del lenguaje en sus diversos contextos. (2002: 34)

Derivado de la definición anterior se concluye que este paradigma, es el conjunto de tendencias de filosofía del lenguaje, resultado del giro lingüístico producido en las primeras décadas del siglo XX, que como característica común sostienen que los problemas filosóficos consisten en confusiones conceptuales, derivadas de un mal uso del lenguaje ordinario y que su solución consiste en una clarificación del sentido de los enunciados cuando se aplican a áreas como la ciencia, la metafísica, la religión, la ética,



el arte, etc. Por lo general, los autores que siguen estas tendencias entienden que la filosofía es una actividad para unos terapéutica para otras clarificadoras, cuyo objeto es esclarecer el significado de los enunciados. De acuerdo a la filosofía moderna, se produce un cambio de paradigma, al pasar de una filosofía de la conciencia, o de una epistemología, -en la que importan las relaciones entre el sujeto y el objeto a una filosofía del lenguaje, en la que importan las relaciones entre el enunciado y el mundo, esto es, a una teoría del significado. Una cuestión tan clásica, por ejemplo, como la que puede formularse en teoría del conocimiento acerca de “qué es conocer” se reformula y reinterpreta como una cuestión sobre el significado, referente a “qué se quiere de y reinterpreta como una cuestión sobre el significado, referente a “qué se quiere decir cuando se dice que conocemos algo”.

A manera de conclusión del presente capítulo, hay que indicar que la temática de la epistemología y los paradigmas se trataron desde un enfoque general, sin hacer diferencia entre las llamadas ciencias duras, tales como las naturales y las físicas y las denominadas ciencias blandas como las sociales y humanas por ser términos contruidos, de forma un tanto coloquial y por lo tanto no utilizados institucionalmente por su carácter problemático; aunado a lo anterior es necesario enfatizar, que el concepto de paradigmas de Kuhn está más referido a paradigmas científicos (relacionados a ciencias sólidas válidamente unificadas); no obstante esto, se ha tomado como base teórica de la temática de los paradigmas epistemológicos, por ser el fundamento histórico de los otros paradigmas a que se hará referencia en el siguiente capítulo, por tal razón el pensamiento de Kuhn, no constituirá el parámetro comparativo para demostrar la primera de las hipótesis del presente trabajo de tesis, relacionada a que el Neoconstitucionalismo es un paradigma epistemológico del Derecho constitucional, sino que se utilizará la base de los denominados “paradigmas filosóficos” (en relación a la Filosofía del Derecho), los cuales según Pedro Serna en su obra Filosofía del Derecho y paradigmas Epistemológicos no deben analizarse en el mismo sentido que los



científicos (2006: 5), pues la Filosofía, según este mismo autor, es un intento de acceder a una imagen de la realidad, pero no del modo en que el espejo refleja la imagen de esta, sino en forma aporética, identificando problemas y tratando de darles una respuesta que supere o, al menos, complete la ofrecida por las imágenes disponibles en un determinado momento, tanto en lo que se refiere a su consistencia o coherencia interna como desde el punto de vista de su confrontación con esa realidad que no deja de existir por más que el acceso a ella esté mediado por un instrumento conceptual, metodológico y teórico recibidos o heredados. En ese sentido el pensar filosófico es, pues un pensar que no cabe iniciar aisladamente, aunque tal vez su prosecución meramente individual sí resulte posible. Algo semejante puede decirse de la Ciencia, que se realiza esencialmente en comunidad y también de la dogmática, versión contemporánea de la Ciencia jurídica, que opera institucionalmente, al menos en algunos países y sistemas jurídicos. Aunque no se puede decir que la comunidad científica de los filósofos sea exactamente del mismo tipo que la de los científicos, e incluso puede razonablemente afirmarse que dicha comunidad ni existe, ni puede existir, ni sería deseable que las cosas fueran de otro modo, no debe dejarse de lado que sí existe una comunidad académica de los cultivadores de la Teoría y la Filosofía del Derecho, que guarda ciertas analogías con la comunidad científica (2006: 7-8).

Sobre esa base Pedro Serna, define paradigma de la siguiente forma: “Un paradigma es aquella teoría, que por su virtualidad, atrae un grupo duradero de partidarios y simultáneamente es lo suficientemente incompleta para permitir el desarrollo de nuevos trabajos en su interior”. (2006: 8); no obstante lo anterior, este mismo autor, afirma que la Ciencia se distancia notablemente de los saberes humanísticos, que no operan por sustitución de unas teorías por otras, sino que lo hacen normalmente en la forma de acumulación. En ese sentido, Serna apuntala que la Filosofía se parece mucho más a las humanidades que a las ciencias en este punto, pues si bien es posible que dos sistemas filosóficos sean incompatibles entre sí, sucede a menudo que no lo son en todas sus afirmaciones, o que algunas de las tesis de un sistema pueden incorporarse a otros formulados con posterioridad.



En el caso específico de la Filosofía del Derecho, esto se comprueba, por ejemplo, en la posibilidad de incorporar debidamente corregidos, muchos elementos procedentes de la Teoría de la norma jurídica o de la Teoría del orden jurídico elaboradas por la Teoría general del Derecho positivista, a modelos que no suscriben, e incluso niegan los presupuestos epistemológicos u ontológicos del positivismo. De esa manera, en el caso de la Filosofía del Derecho, cuyo principal problema es precisamente la delimitación del concepto de Derecho, que algunos pretende situar al comienzo de la especulación filosófica, antes bien, sin perjuicio de nociones más o menos provisionales o difusas de las que se dispone inmediatamente a modo de precomprensión, el concepto, o la idea (en sentido hegeliano) del Derecho comparece como uno de los resultados más acabados de la Teoría jurídica, y no como su punto de partida. Esta peculiaridad de la actividad filosófica permite comprender por qué la Filosofía se encuentra, en cierto modo, comenzando siempre, por qué cada cultivador suyo puede cuestionar la totalidad de los puntos de partida de sus antecesores, y por qué tal concepción haya desaparecido como paradigma o modelo dominante, o también antes de que llegue a serlo. Tal vez podría pensarse que lo anterior, conduce, si se quiere ser coherente, a negar la existencia de una comunidad *sensu stricto* de los filósofos y, por lo tanto, también de los filósofos del Derecho. No hay problema en admitir esto, siempre que no se pierda de vista la existencia de una comunidad académica, y que se combinen los datos que avalan esa conclusión con la ya expuesto del carácter necesariamente histórico del pensamiento filosófico.

Además, la influencia del positivismo, que identifica Ciencia positiva y racionalidad, ha producido en la Historia reciente de la disciplina jurídica un cierto fortalecimiento de sus aspectos comunitarios e institucionales, marcando en la investigación filosófico-jurídica una tendencia a comportarse de manera análoga a la de la “ciencia normal” (tendencia a construir una “dogmática” filosófica, desinterés por los puntos de partida, afición a los temas monográficos, incluso minúsculos y de escaso calado, etc.). Si se toman en cuenta todos estos factores, lo más razonable será concluir que en el ámbito filosófico hay también ciertos modelos o



paradigmas y que en el plano académico existe incluso una cierta comunidad, más difusa y, desde luego, menos institucional que la de los científicos. En ese sentido ¿Cuáles son las teorías matrices o los paradigmas del pensamiento jurídico contemporáneo? No parece muy arriesgado señalar al iusnaturalismo como el paradigma o modelo inicial, luego aparece, el positivismo, el realismo y finalmente otros modelos o esquemas que algunos denominarían de maneras diversas (2006: 9-11).

Lo anteriormente indicado permite establecer que en el presente trabajo de tesis, se tomará el concepto de paradigma epistemológico, desde el enfoque analizado por Pedro Serna, es decir como una analogía de los paradigmas científicos de Kuhn, pero con la diferencia, de que en el caso del Derecho, por ser una ciencia filosófica, se enfocarán como paradigmas filosóficos, es decir como esquemas o modelos humanísticos, que explican no por sustitución sino por acumulación en coexistencia con otros paradigmas, pues, en el caso de la Filosofía del Derecho y de la Teoría del Derecho (ciencia jurídica) conviven esquemas teóricos opuestos entre sí y como modelos que son sostenidos no por una comunidad científica como tal, sino por una comunidad académica de filósofos o teóricos del Derecho que explican el conocimiento jurídico desde distintos puntos de vista; siendo algunos de estos paradigmas los que tanto en el transcurso del desarrollo histórico del derecho, como en la época contemporánea, se han conocido como iusnaturalismo, positivismo y realismo, y además de estos, que son históricos y vigentes, también es necesario incluir el conjunto de teorías, conceptos y métodos que enfocan el Derecho de manera distinta al positivismo jurídico, pues estudian a este desde la perspectiva de la realidad del Estado Constitucional de Derecho y que muchos autores denominan neoconstitucionalismo y alrededor del cual girará la comprobación de la primera de las hipótesis del presente trabajo de tesis, como anteriormente se señaló.



CAPÍTULO II

Los paradigmas tradicionales del Derecho

El Derecho es un fenómeno que ha sido motivo de estudio desde distintos puntos de vista. Para algunos es una simple técnica para la aplicación de la ley; para otros, es una ciencia. En este segundo punto se considera al derecho como una ciencia positiva, equiparándolo a las ciencias naturales; otros lo entienden como una ciencia social o del espíritu; mientras que la Escuela Histórica, encabezada por Savigny, postuló que el derecho es una ciencia histórica.

El debate sobre la naturaleza del derecho, se ha enfocado en torno a su cientificidad o no cientificidad; no obstante, para la mayoría de jurisconsultos el derecho posee un objeto propio, y una metodología para su estudio, por lo que es considerado como una ciencia; pero ¿qué clase de ciencia?, por constituir un sistema, es una ciencia filosófica; y por ser el resultado de la conciencia colectiva de los pueblos es una ciencia histórica. En ese orden de ideas se concluye que el derecho es una ciencia, aunque su cientificidad no se puede equiparar a la de las ciencias naturales, por lo que su estudio y análisis se torna complejo, lo cual amerita una investigación profunda para su comprensión.

En ese contexto, el Derecho debe ser estudiado con sus ingredientes histórico, sociológico y jurisprudencial, sin omitir el estudio de la Filosofía del Derecho, la estimativa jurídica y la técnica de la interpretación y aplicación de las leyes.

Siguiendo ese orden de ideas, la ciencia jurídica parte de un conocimiento particular y concreto, limitado a un objeto determinado constituido por normas. Su misión consiste en interpretarlas y sistematizarlas como aparecen en el derecho positivo; indagar lo que un derecho dispone concretamente con respecto a tal o cual



aspecto de la vida. Se ocupa de un determinado derecho positivo y es una disciplina meramente reproductora y de carácter dogmático. Sin embargo, el dogmatismo de la ciencia jurídica o jurisprudencia, tiene un sentido muy diferente del que le dieron inicialmente, por ejemplo, los juristas franceses de la Escuela Exegética. Se trata únicamente de poner de relieve que al jurista no le compete la función indagadora de lo más justo, sino la preocupación de aprender el derecho que es, el derecho que está vigente aquí y ahora. Por eso la ciencia jurídica no es capaz de fundamentar sus mismos supuestos básicos. Es, pues, un tipo de conocimiento radicalmente incompleto, que encuentra su complemento genuino y necesario en la filosofía del derecho. Esta última es un conocimiento de carácter absoluto y universal que se constituye no solamente como criterio orientador de la ciencia jurídica, sino también en su fundamento y justificación total, no necesitando, a su vez, fundamentación alguna al quedar legitimada por su propia evidencia y necesidad noética. El problema integral de la filosofía del derecho es, el de la penetración y comprensión del sistema jurídico en su ámbito total. Por eso el contenido de la filosofía jurídica no puede menos que estructurarse en atención a los tres problemas que presenta la realidad del derecho: la teoría fundamental del derecho, la estimativa jurídica y la filosofía de la interpretación del derecho. Sin embargo, la filosofía del derecho no se queda en el límite inmediato de esos temas, sino que busca ante todo un panorama integral de lo jurídico, una verdad última y completa del derecho dentro de la vida humana.

El Derecho se estudia desde dos ópticas: la ciencia positiva y la filosofía del derecho. La primera requiere una metodología jurídica, que trata del método para producir el conocimiento científico del Derecho que al igual que el método científico general, debe satisfacer requisitos, entre lo que se encuentran: La aptitud de contrastación empírica, es decir, la capacidad de las hipótesis, conceptos y teorías que explican al objeto, de contrastarse o compararse con los hechos. Esto se encuentra vinculado con las ideas de valor lingüístico veritativo, verdad, falsedad, probabilidad, verificabilidad, falsabilidad, refutabilidad, operacionalización, etcétera.



Con respecto a la filosofía del derecho, se ha utilizado la teoría del conocimiento o epistemología y sus correspondientes modelos o paradigmas para poder comprender de forma clara y contundente cual es la naturaleza del Derecho como esta integrados, cuáles son los métodos para su interpretación y como es concebido dentro de cada Estado en el cual es aplicado.

Por lo anterior es necesario exponer en este segundo capítulo, lo relativo al iusnaturalismo, el positivismo y el realismo como paradigmas epistemológicos estudiados por la Filosofía del Derecho y analizar los distintos enfoques teóricos sobre el neoconstitucionalismo, esto último para determinar si es un verdadero paradigma o si únicamente es la actualización de alguno de los paradigmas tradicionales antes indicados, en ese orden de ideas a continuación, se iniciará por analizar el iusnaturalismo como esquema o modelo de pensamiento jurídico.

1. El iusnaturalismo: el iusnaturalismo es el primer paradigma tradicional del Derecho, puesto que la idea más antigua que se tiene de Derecho, es la expresada en la existencia de un denominado Derecho Natural, el cual ha sido definido como el conjunto de principios de justicia con validez universal que pueden ser deducidos racionalmente, pero que, además, confirman que el derecho positivo que no cumpla con tales principios no puede calificarse derecho, en ese sentido el modelo de pensamiento que acepta la existencia del Derecho Natural, como un derecho válido para todos los seres humanos de toda la tierra en todas las épocas, se la ha denominado iusnaturalismo, corriente que históricamente ha designado un conjunto de doctrinas muy variadas, pero que tiene como denominador común la creencia de que el Derecho "positivo" debe ser objeto de una valoración con arreglo a un sistema superior de normas o principios que se denominan precisamente: Derecho natural. Esto indica que es una postura que afirma la supremacía y preexistencia del Derecho Natural ante el Positivo, y que el derecho positivo debe ser fiel reflejo del derecho natural. Sobre la base de lo antes afirmado, se puede determinar que las fuentes históricas del Derecho Natural han sido la voluntad de Dios y la razón humana.



En ese sentido, el Doctor René Arturo Villegas Lara, acerca del iusnaturalismo, sostiene lo siguiente:

En la filosofía griega, para explicar el iusnaturalismo, podemos distinguir dos momentos importantes: el período presocrático y el período socrático. En el primero floreció el pensamiento de los sofistas –Trasímaco, Calicles, Protágoras, entre otros– quienes negaron la existencia de principios eternos de justicia y de Derecho. Cuando Trasímaco dice que las leyes son creadas a favor de los intereses de quienes ejercen el poder, está relativizando la existencia del Derecho. Cuando Protágoras afirma que el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son y de las que no son, también está relativizando la esencia de la ley de la justicia, porque los hombres se manifiestan en forma diferentes en el tiempo y en el espacio. Junto a estos filósofos escépticos, también existieron los que esbozaron la existencia de una ley natural: Heráclito, Hipias, Aristóteles y Platón, pensaban en la existencia de un Derecho divino y natural. Heráclito decía que frente al Derecho del hombre está el Derecho Natural. Para Hipias el Derecho escrito del hombre es inferior al Derecho no escrito, porque éste deviene de los dioses. Platón explicó lo que es la justicia eterna en una República que se organiza sobre la base de cada hombre ocupe el puesto que la naturaleza le ha asignado; y Aristóteles afirmó la existencia de una justicia convencional, implícita en la ley, o sea la justicia conmutativa, del mundo de lo real y reflejada en la sentencia del juez. Todo este esfuerzo por encontrar algo permanente como esencia del Derecho y de la justicia se repite en toda la historia de pensamiento iusnaturalista. Unas veces la idea descansa en Dios; o en una posible naturaleza humana; o en el espíritu del pueblo; o también en una razón universal identificada con la idea de Dios...”. (2004: Pág. 38)

Sobre esa base, se puede afirmar que la posición iusnaturalista, afirma la existencia de un Derecho Natural, compuesto de valores morales, éticos y racionales (que implica una justicia natural) que prevalece sobre el Derecho Positivo de cada Estado (que implica una justicia legal o convencional), sosteniendo con esto, el vínculo entre la moral y el Derecho, pues si el derecho legal positivo no es acorde a los principios morales del Derecho Natural, este último no es considerado Derecho por ser injusto.

Para comprender este paradigma hay que enfatizar que la idea de un derecho natural, está inmersa en los comienzos de la civilización occidental, de manera que si se prescindiera intelectualmente de ella, sería imposible entender el desenvolvimiento de la historia. En ese sentido, en los países de la Europa mediterránea, siempre ha existido la confianza en unas normas o principios de justicia que no dependen de la voluntad humana, personal o colectiva. Esta confianza, se reconoce en Antígona cuando exige al tirano que le entregue el cuerpo de su hermano, pues fundamenta su exigencia en unos *nomoi agraphoi*, es decir en unas leyes no escritas. Un testimonio fundamentalmente interesante



porque además de su antigüedad, procede de una fuente literaria, lo que indica, entre otras cosas, que se está ante una mentalidad que estaba extendida en ámbitos populares; en ese orden de ideas para las civilizaciones antiguas Derecho natural era una realidad incuestionable, emanada de la divinidad y anterior al Derecho positivo, el cual también era considerado válido, pero sometido a ella y que fue evolucionando en la proporción en que fueron cada vez más conscientes de su dignidad.

Con Aristóteles aparece el más puro desarrollo de una filosofía del derecho natural en la antigüedad, el Estagirita lo llamó: *physikón díkaion* (Ética a Nicómaco: Lib. V, c. 7.) Con los jurisconsultos romanos el *ius naturale* se hará parte componente de la ciencia jurídica práctica: «Para los romanos no hay más que un derecho a la solución justa de los casos reales, dentro del cual juegan factores naturales (*naturalis ratio*) y factores positivos (*civilis ratio*)...» (Hervada: 1993; Página 81). Con Santo Tomás de Aquino, tras la contribución de la Revelación, se acaba de afinar el núcleo de una filosofía sobre el derecho entendiéndolo como una armónica concordancia entre lo natural y lo positivo. Para el Aquinate:

El derecho o lo justo es algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. Primera, atendida la naturaleza misma de la cosa; por ejemplo, cuando uno da tanto para recibir otro tanto; y esto es derecho natural. Segunda, por convención o común acuerdo, es decir, cuando alguno se manifiesta satisfecho con recibir tanto (...) Y esto es derecho positivo (Suma Teológica, II-II q. 57 a. 2.)

El pensamiento *ius* naturalista del Derecho puede identificarse apuntando que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos posiciones: a) una de filosofía ética que afirma que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y accesibles a la razón humana; b) una posición acerca de la definición del significado de Derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no logran ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia. Si alguien objeta alguna de estas posiciones, aun cuando acepte la otra, no será considerado generalmente un *ius* naturalista. Si bien todos los iusnaturalistas coinciden sustancialmente en defender estas dos teorías, disienten acerca del



origen o fundamento de los principios morales y de justicia que conforman el llamado “Derecho natural” y acerca de cuáles son tales principios.

Con base en lo antes indicado, es necesario resaltar, que el iusnaturalismo se ha desarrollado en distintas etapas de la historia que a continuación se desarrollarán de la siguiente manera:

Edad Antigua: ya se ha dicho que la idea de derecho natural se encuentra en la filosofía griega y en la filosofía y jurisprudencia romanas. La distinción aristotélica entre justicia natural y justicia legal encuentra su paralelismo en la jurisprudencia romana, como diferencia entre derecho natural, por un lado y derecho positivo (civil y de gentes) por otro. En ambos casos se trata de la justicia del derecho positivo. En la literatura griega que se conoce, el conflicto entre las leyes humanas y las leyes divinas y la pregunta sobre la obediencia debida a las primeras es un tópico, bien de las tragedias, bien de obras filosóficas. Sobre el método de la jurisprudencia romana ya se ha dicho. Ahora hay que explicar qué es el derecho natural para algunos representantes de ésta época y su significado para el derecho positivo. Puede ser interesante a éste propósito examinar dos contribuciones significativas por parte de juristas: en la edad de la república romana, Cicerón (106-43 a.C.); en la edad imperial, Ulpiano (170 aprox.-223 d.C.). Cicerón es relevante por su síntesis entre la tradición griega y romana. De la primera asume sobre todo la enseñanza del estoicismo. Para la comprensión del derecho natural el estoicismo es importante para la centralidad del logos o razón. La doctrina estoica (en la parte que aquí interesa) se funda sobre el principio según el cual el ser humano participa de una razón universal, que es origen y providencia del mundo, y que es también el fundamento de un único género humano al que pertenecen todos. La virtud del ser humano consiste en vivir en coherencia con su naturaleza de ser racional, controlando lo que a ello se opone (como las pasiones. El derecho natural para Cicerón es pues la ley de la razón. Para conocerla habrá que conocer las inclinaciones naturales de los seres humanos, sus más profundas



tendencias, sin dejarse engañar por las pasiones. Cicerón propone una lista de ellas; la autoconservación; la procreación y el cuidado de sí mismos y de sus hijos; la amistad con los demás seres humanos, sobre todo con los más cercanos aunque dentro de una comunidad que abraza todos los hombres; la búsqueda de la verdad y del bien. Todo eso explica instituciones jurídicas como la propiedad, la familia, la patria. Muchas de esas inclinaciones o instintos son comunes a los hombres y a los animales, pero la diferencia entre éstos y los seres humanos es el modo en que éstos realizan esos fines: con la razón y no solamente como resultado del instinto.

En la misma línea, Ulpiano identifica la justicia como el fin del derecho: equivocadamente hace derivar *ius* de *iustitia* (mientras filológicamente parece más acertada la hipótesis contraria). Ofrece una definición del derecho natural como aquello que la naturaleza enseña a todos los animales: *quod natura omnia animalia docet*, una fórmula exitosa. Quizás la razón del éxito es su ambigüedad, pues se presta a interpretaciones que van desde el naturalismo biológico (el derecho natural se identificaría con la Madre Naturaleza) a la naturalidad de la razón, de modo similar a la posición de Cicerón, decididamente orientada a esto último. En realidad, la versión común a los dos pensadores es la más aceptable, en ambos pro influencia del estoicismo. Es misma versión será también dominante durante el medioevo cristiano.

Edad Media: la tradición cristiana del Derecho Natural, que se forma en el encuentro entre el cristianismo y las doctrinas del Derecho Natural antes indicadas, es riquísima y diversificada. Como carácter general hay que notar que los pensadores cristianos tenderán a asumir como propias las tradiciones filosóficas y jurídicas de las que se ha hablado, como demuestra el hecho de que el derecho común durante los siglos llamados medievales será el mismo derecho romano, sistematizado en el *Corpus Iuris Civilis* y comentado ampliamente por *glossatori* y comentaristas. Más allá del problema de cuánto este trabajo de compilación y de anotación haya en realidad transformado el



mismo derecho romano, a esta tradición jurídica hay que añadir la creación de un nuevo derecho, el derecho canónico. Respecto al derecho civil, el derecho canónico es un tipo de instrumento jurídico que sirve a una finalidad espiritual y moral, lo cual tendrá consecuencias sobre su evolución y también sobre el desarrollo del derecho en Occidente, pues se hará una compilación similar al Corpus Iuris, que es la *Concordia discordantium canonum*, o Derecho de Graciano (1140), que sucesivamente tendrá la misma suerte del Corpus Iuris a través de los comentaristas llamados decretistas.

El hecho de que el contenido del derecho natural haya sido ya individuado por pensadores anteriores a la existencia del cristianismo de alguna manera confirma su universalidad. Así por ejemplo, Tomás de Aquino hablará de las inclinaciones naturales en un sentido similar a Cicerón. Si esta tesis es correcta, entonces la hipótesis de que el derecho natural es una tradición epistemológica y social conectada necesariamente al cristianismo no es aceptable, al menos en relación al pasado.

Ciertamente, en la perspectiva de Tomás de Aquino (y en general para estos pensadores), el último fundamento de la obligatoriedad de la ley natural está en la ley divina, pues ya se ha recordado que la ley –en cuanto ordenación de la razón al bien– es por excelencia la ley divina, y sólo de manera derivada la ley natural y la ley humana. En esta perspectiva, el concepto de obligación está ligado al de necesidad racional para el fin: si se quiere un fin (bien), hay que querer el medio (la acción que consigue el fin, y que por tanto resulta obligatoria). Aquí está un punto fundamental para la caracterización del derecho natural cristiano medieval: la ley natural es una chispa de la razón divina y participación de la ley eterna en la criatura racional. Por este motivo, la razón humana es capaz de entrever lo que es necesario racionalmente y por lo tanto obligatorio. Es verdad que, en última instancia, solamente la razón divina creadora puede obligar, en cuanto es la mejor guía para el bien, pero la razón



humana como participación a la razón divina puede aferrar lo que es obligatorio, en tanto en cuanto es necesario desde el punto de vista racional en orden al fin.

Podría decirse entonces que, mientras el derecho natural es conquista humana en cuanto racional y por eso se le puede definir como una ética natural, no se explica la capacidad de la naturaleza de la razón humana sin hacer referencia a ley eterna. Sin embargo, esta última cuestión no es de competencia de los juristas ni de los filósofos del derecho, que se ocupan principalmente del derecho y sólo instrumentalmente de la razón. Lo basilar es que la razón constituye un método universal para la búsqueda del derecho justo. La función de la revelación es la de acrisolar las consecuencias de la razón humana. Desde este punto de vista, el abandono de la revelación divina como punto de referencia traerá consigo un importante cambio en la historia del pensamiento iusnaturalista, aunque no tendrá por qué romper su continuidad. Todo esto será posible en un clima de transformación dentro y fuera del mundo griego-hebraico-cristiano, hasta entonces un marco común cultural. Dos circunstancias resaltan en ese paisaje: lo que trae consigo el descubrimiento de América, con el descubrimiento de la diferencia antropológica, y la reforma protestante, con sus implicaciones en la difusión del pluralismo moral.

Período de la Ilustración (iusracionalismo o iusnaturalismo ilustrado): la exposición de esta fase de la historia del iusnaturalismo es la que más se presta a simplificaciones excesivas. También aquí se hace necesario proceder por pinceladas para no perder la idea de conjunto.

Desde el punto de vista jurídico dos son los fenómenos fundamentales para entender el desarrollo del iusnaturalismo. Por un lado, el nacimiento del estado moderno y –como la otra cara de la misma medalla– su proyección internacional. Por otro lado, la centralidad asumida por el individuo y por la categoría jurídica que testimonia esta centralidad: el derecho subjetivo. Se trata



de dos fenómenos que son el fruto de una incubación muy larga, que solamente con esfuerzo pueden ser colocados en un momento concreto del tiempo. Ciertamente, uno de los anillos de esta evolución es la llamada Segunda Escolástica, que sigue y adapta a las nuevas circunstancias la enseñanza de Tomás de Aquino (a veces traicionándola) y cuyos mayores representantes – Francisco de Vitoria (1483-1546) y Francisco Suárez (1548-1617)– tendrán influencia decisiva sobre los protagonistas de esta fase del iusnaturalismo. En Vitoria –seguido por Suárez– se encuentra ya el uso de la una noción clara de derechos subjetivos naturales a reconocer a todos los hombres, también a los diversos de la época, es decir, a los indígenas de América.

Desde el punto de observación que aquí se está manteniendo, para entender el iusnaturalismo en esta época, la figura más destacada es Hugo Grocio (1583-1671). Como se apuntaba al final del párrafo anterior, la ruptura de la unidad cultural pone una pregunta sobre cómo debe ser entendido el derecho natural una vez desaparecido el marco común del cristianismo. Grocio sigue manteniendo fidelidad a la tradición que lo que precede, en particular sobre el papel de la revelación, pero del derecho natural –la conservación de sí y de la sociedad, en extremada síntesis– afirma que subsistiría igualmente aunque se admitiera (lo cual a su juicio no podría hacerse sin impiedad) el ateísmo. Esta famosa frase, que se encuentra en el párrafo once de los prolegómenos al *De iure belli ac pacis*, le ha validado el título de representante más significativo del iusnaturalismo laico (en el sentido de independiente de la religión) y racionalista.

No se puede finalizar la historia del iusnaturalismo sin hacer referencia a John Locke (1632-1704) y a Emmanuel Kant (1724-1804). El primero desarrollará la noción subjetiva de derecho natural que ya se encuentran en Vitoria, Suárez y Grocio, entre los autores nombrados. No se habla ya de derecho natural sino de derechos naturales, pues su contenido es el conjunto de los derechos naturales de los individuos. Sin embargo, estos derechos se



siguen fundando en la ley natural. Por esa razón, los derechos naturales (la vida, la libertad y la propiedad ganada con el propio trabajo) son inalienables e irrenunciables. La ley natural no solamente no deja de ser obligatoria una vez abandonado el estado de naturaleza, sino que en el estado civil se hace todavía más coactiva. Así pues, el poder político nace limitado por títulos externos independientes del (y preexistentes al) mismo poder político, aunque se le necesite para garantizar la efectiva tutela de los derechos de los individuos.

La explicación de Kant puede ser dejada como última, por la originalidad de este pensador y por su importancia en la coronación de la parábola del iusnaturalismo moderno. La lectura de Hume y de Rousseau (1712-1778) despierta Kant del sueño dogmático de la razón, es decir de la ilusión que la razón pueda conocer integralmente la realidad. Por eso su obra filosófica está dedicada a la crítica de los límites de la razón e implica una revolución copernicana que consiste en que, en vez de pensar que el conocimiento humano se adapta a la realidad, es la realidad a adaptarse al conocimiento humano. En vez de formular juicios analíticos a priori (el método deductivo a partir de axiomas) o sintéticos a posteriori (el método inductivo o empírico), Kant fundará el método sintético a priori, que consiste, muy esquemáticamente, en la investigación sobre las condiciones a priori de la moralidad y del Derecho. Según este autor, la condición a priori del derecho positivo es precisamente el derecho natural; esto quiere decir que la legislación positiva está legitimada en la medida en que se hace portavoz de las instancias racionales. El Derecho natural es el conjunto de obligaciones que el hombre conoce con su sola razón, y que debe ser obedecido sin intervención externa, es decir, en régimen de completa autonomía. El derecho positivo es el conjunto de obligaciones emanadas por un legislador, sobre el presupuesto del derecho natural.

Iusnaturalismo contemporáneo: para poder comprender en qué sentido cabe hablar del iusnaturalismo contemporáneo se ha de trazar



sucintamente de nuevo el panorama de las cuestiones disputadas; en ese sentido la expresión lo natural puede referirse a diversos órdenes de la realidad –teológico, ontológico, lógico, ético-político y técnico– y varía parcialmente de significado según cada contexto problemático, en otras palabras, una tradición de pensamiento y una persona particular pueden ser iusnaturalistas con respecto a determinado problema, y no serlo, o serlo de una manera parcial y cualificada, respecto de otro problema.

Así que el caso central del iusnaturalismo clásico y contemporáneo incluye tanto la respuesta adecuada a los problemas generales como la defensa de los contenidos verdaderos de la ley moral natural acerca de la vida humana, su dignidad y tutela (la defensa de la vida de los más débiles, especialmente de los no nacidos y los enfermos inconscientes); sobre el matrimonio y la familia (la afirmación del carácter perpetuo o al menos muy difícil de disolver del vínculo conyugal, y de la ilicitud del adulterio); sobre el carácter natural de la vida social y de sus exigencias, como la primacía del bien común, la veracidad y la prohibición de la mentira, alguna forma de propiedad privada; sobre la religión y la necesidad de tributar a Dios el culto debido. En cambio no es iusnaturalista en ningún sentido –so pena de total equivocidad– quien defiende un relativismo o escepticismo generales, ni quien afirma la emancipación total del ser humano respecto de su naturaleza o la autonomía de dos voluntades respecto de restricciones morales previas. Finalmente, cabe hablar de casos periféricos o secundarios de iusnaturalismo (*iusnaturalismos secundum quid*), según se aparten más o menos de la posición iusnaturalista en alguno de los puntos mencionados, manteniendo la afirmación de la objetividad ética y de la subordinación de la voluntad humana a ese criterio moral. Así por ejemplo, constituyen casos periféricos de iusnaturalismo los de quienes hablan de un contenido mínimo de derecho natural (Hart) o de un derecho natural procesal (Fuller);



Los precedentes próximos del iusnaturalismo contemporáneo: Alasdair MacIntyre ha sostenido que actualmente se enfrentan tres versiones rivales de la investigación moral: los restos de la Ilustración –ese ideal de razón y de libertad emancipadas de las tradiciones, de la autoridad y, en el extremo de una concepción teológica de la naturaleza–, la multitud de filosofías de la sospecha que tienen su arquetipo en la genealogía de la moral (Nietzsche) y la renovación del tomismo desde el impulso decisivo que le dio al papa León XIII con su encíclica Aeterni Patris (1879). Tomás de Aquino ocupa un lugar estratégico –según Finnis– en el desarrollo de la tradición de la teoría de la ley natural. De una parte, él propuso la más perfecta síntesis del iusnaturalismo clásico, con sus fuentes griegas Platón y Aristóteles, el estoicismo, los juristas romanos y el influjo de las fuentes reveladas en el cristianismo, y, de otra, constituye el comienzo del iusnaturalismo moderno, con la más clara distinción entre lo temporal y lo espiritual, y entre lo natural y lo sobrenatural. El contexto de su redescubrimiento, sin embargo, es el de la polémica con los desarrollos contradictorios de las filosofías modernas: desde el idealismo hasta el existencialismo, desde el socialismo hasta el liberalismo en todos los terrenos. Por eso, los iusnaturalismos del siglo XX y XXI –incluso cuando no son propiamente tomistas– adoptan como uno de sus puntos de referencia la doctrina de Tomás, aunque expresada de maneras novedosas y adaptadas al contexto del debate cultural respectivo.

A partir de este momento, el catálogo de autores se torna inevitablemente injusto.

En primer lugar, los siguientes autores revisten especial relevancia durante los primeros dos tercios del siglo XX, en diversas áreas culturales: Viktor Catherin (1845-1931), Jacques Leclercq (1891-1971), Giuseppe Graneris (1888-1981), Heinrich Rommen (1882-1973) y Johannes Mesner (1891-1984) destacan por enfrentar los problemas contemporáneos a la luz de la doctrina sobre la ley natural. Maritain, sobre todo, hizo un loable intento de compatibilizar



la doctrina tomista de la ley natural con la democracia moderna y los derechos humanos, aunque quizás concedió demasiado a algunos aspectos de la ideología democrática de raíz roussoniana y a la concepción liberal de los derechos humanos y del bien común. Messner, por su parte, reflexiona sobre los fines existenciales del ser humano como piedra angular de las exigencias de la ley natural. Su monumental obra *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural* –sintetizada en *Ética general y aplicada*– explica con rigor los fundamentos del orden moral, en su dimensión individual y social, y luego aborda prácticamente todos los problemas debatidos a mediados del siglo XX: la democracia y los totalitarismos, la guerra, la función social de la familia, la cuestión obrera, la ética económica, las alternativas ideológicas modernas (totalitarismos, socialismos, feminismo y otras) etc.

C.S. Lewis (1898-1963), aunque no escribe como jurista –ni siquiera como teólogo o filósofo profesional–, merece ser mencionado como uno de los defensores más lúcidos del iusnaturalismo contemporáneo. Si es verdad que la calidad prima por sobre la cantidad, su librito *La abolición del hombre* y el capítulo I de su *Mer cristianismo* constituyen sin duda una joya por la manera profunda y esencial de plantear la noción, la existencia, la necesidad y la unidad fundamental de la ley moral, común a la naturaleza humana: poco importa que se llame ley natural o Tao.

Finalmente, Leo Strauss (1899-1963) y Eric Voegelin (1901-1985) son los autores no tomistas que mejor contribuyen a situar la reflexión sobre la ley natural en el contexto de la filosofía política clásica y contemporánea. Aunque los dos se alejan en un punto básico de la tradición central, al admitir excepciones a las prohibiciones absolutas de la ley natural, tienen el mérito de defender el valor perenne de la tradición clásica contra las incomprensiones de las ideologías modernas.



Una vez analizadas las distintas etapas del iusnaturalismo, es necesario hacer un estudio reflexivo acerca de las distintas vertientes que han explicado el derecho natural, a lo largo de la historia, siendo estas las siguientes:

1.1 El iusnaturalismo teológico: cuyo más distinguido representante fue Tomás de Aquino, sostiene que el Derecho natural es aquella parte del orden interno del universo originado en Dios que es asequible a la razón humana. Ningún orden positivo tiene fuerza obligatoria si no concuerda con los principios de derecho natural. Según Víctor Cathrein, prominente filósofo tomista, citado por Carlos Santiago Nino,

El derecho natural encuentra su fundamento primario en su absoluta necesidad para la sociedad humana. “Para todo el que cree en Dios, está claro que no podría el Creador dejar a los hombres sobre la tierra sin darles lo que les es universalmente necesario para su conservación y desarrollo. (2003: 28)

Ese Derecho natural no sólo es un derecho que debe ser, sino un derecho verdadero, válido, existente. Además, el Derecho natural es universal, aplicable a todos los seres humanos y en todos los tiempos, y necesario, puesto que es inmutable, por esa razón Tomás de Aquino afirma respecto del Derecho natural lo siguiente:

Más, si se refiere al derecho natural, que está contenido primariamente en la ley eterna y sólo secundariamente en la facultad de juicio de la razón humana, entonces todo pecado es malo porque está prohibido: repugna al derecho natural por el hecho mismo de ser desordenado. (Suma Teológica, I-II C.71 a.6.)

Según esta concepción las leyes positivas deben obtenerse por “conclusión del Derecho natural” (como las que prohíben matar), o deben tener la función de “determinación aproximativa”, precisando los postulados generales del Derecho natural (por ejemplo, estableciendo la edad en que se adquiere la capacidad para contratar). Las leyes positivas deben tener también la función de hacer efectivos, mediante la coacción, los preceptos del Derecho natural.

En ese orden de ideas la filosofía cristiana de la Edad media anterior al siglo XIII, en que reinaban las ideas platónicas y neoplatónicas, sucede la



Escolástica, en que se impone el influjo aristotélico. Este movimiento filosófico tiene en Santo Tomas su figura cumbre. La escolástica clásica considera al Derecho como objeto particular de una virtud especial: la justicia. Estudia, pues, la justicia como un hábito subjetivo, como una virtud y llama Derecho a su contenido en sentido subjetivo. El derecho, y por tanto la justicia, presupone la vida social a cuya organización se rige. La justicia implica cierta igualdad, como lo demuestra su mismo nombre, pues se dice vulgarmente que se ajustan las cosas que se igualan; y la igualdad se refiere siempre a una relación plural. La justicia no tiene por objeto todo el elemento de la virtud moral, sino solo las acciones exteriores según cierta razón especial del objeto.

Desde un principio la idea iusnaturalista había de integrarse en la concepción cristiana; pues es de Dios, cuyas ideas son los paradigmas eternos de las cosas, de que dimana el orden universal regido por la ley eterna, que es la razón divina o la voluntad de Dios que ordena acatar el orden natural y prohíbe perturbarlo. Y la participación del hombre en la ley eterna es la ley natural, o sea la que es conforme a su naturaleza y cuyo sometimiento le ayuda a desenvolver su personalidad, hallándose grabada en su alma (esencia), siendo de esta ley natural de la que extraen los legisladores reglas de conducta social atemperadas a las circunstancias históricas. Así surgió la división trimembre de la ley en la ley eterna, ley natural y ley humana o positiva.

Para alcanzar una reflexión comprensiva de esta tesis cristiana, revisaremos la historia del pensamiento humanos, a través de sus más resaltantes representantes. Empezaremos con San Agustín, en su obra *La ciudad de Dios* (413 – 426 D.C), se caracteriza sobre todo por la tridivisión de las leyes, en derecho divino (eterno), natural y humano (positivo, temporal); en la que dio la idea de ley eterna no solo una mera fundamentación, sino también, además, una versión original.



Diferenciándola como la razón misma de Dios, o como en voluntad, que manda la conservación del orden por Él creador y, prohíbe que sea destruido. Este ordenamiento abarca el espíritu humano; y en tal respecto recibe el nombre de ley natural, la cual se halla expresada en el alma racional. Moral y jurídicamente, reclama la ley natural no hacer a nadie aquello que no se desea para sí propio. Las leyes humanas tienen como finalidad establecer el orden social pacífico y justo que es necesario para que el hombre pueda cumplir todos sus fines.

Para Santo Tomás De Aquino (Suma Teológica, La ley), el derecho o lo justo es algo a otro, conforme a cierto modo de igualdad: *jus, sive justum, est aliquos opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum*. En consecuencia, el derecho natural no está constituido por la ley natural, sino en concreto por lo justo conforme la naturaleza de las cosas, para cuyo juicio el juez y el jurista tendrán que conocer, para realizar el derecho, no tan sólo la ley moral, sino también todas las leyes que afecten a la operatividad del hombre como animal social, tanto en sus relaciones directas con los demás hombres como en aquellas actividades que ejerce sobre la naturaleza inanimada y la irracional pero que repercuten en la vida social humana (propiedad, creatividad, acción sobre el medio ambiente, caza y pesca, fabricación) . Ello implica que el hombre cuando participa –por reflejo en él de la ley eterna- en el gobierno del mundo, puede hacerlo no sólo como sujeto pasivo –del mismo modo que los demás animales- sino que también, como sujeto activo.

Después, de salir de lo antiguo y entrar a la época medieval, se puede encontrar a la primera corriente que aparece, que es el voluntarismo, de Guillermo De Ockham: un sacerdote franciscano cuyas ideas influenciaron el pensamiento medieval de la época, fue formado bajo los criterios de la filosofía escolástica y surgieron problemas alrededor de la propiedad de los bienes de la iglesia, pues los franciscanos eran los más desprendidos, y



defendían que por la pobreza que debían vivir, sólo tenían el uso de hecho de las cosas, sin ningún derecho. Guillermo de Ockham no había conceptualizado el derecho como la cosa justa, sino que lo conceptuaba como un poder de exigencia ante los tribunales, y podía entenderse al Derecho como esa posibilidad real de exigir que fuera otorgada por el Estado, es decir, si el Estado te habilitaba a exigir determinado derecho, recién alguien podía exigirlo.

Esta forma de entender al derecho viene a raíz de una comprensión distinta de lo que es la naturaleza humana, la que desaparece como Ockham, pues para saber si un acto es correcto o incorrecto se debe atender a la voluntad divina y ese conocimiento sólo se alcanza por revelación; y, para Ockham la voluntad divina no es una voluntad ordenada sino arbitraria. Con Ockham había tal desprendimiento sobre la cosa debida que, ni siquiera, podía tener título natural y, según él todo lo que el hombre poseía era el *ius poli*, que Dios había otorgado y que no era exigible.

Haciendo uso, ahora, de la doctrina de la iluminación divina cuyo representante es San Buena Ventura (1221-1274), afirma que hay en el hombre una luz intelectual –distinta luz de la gracia- que hace posible la intelección natural. Esta luz procede de Dios y en ella refunda la comprensión del ser. Por lo tanto, la intelección de lo real no es, como Santo Tomás de Aquino, el resultado de una abstracción fundada en la experiencia, sino conciencia de una previa iluminación. El llamado doctor sraphicus, dice que para conocer a Dios no es para llegar hasta el límite de la razón y el misterio y aceptar desde entonces el dogma por la fe; es a partir de la luz divina, sin la cual ni siquiera la razón podría ser entendida.

Con otro doctor, el llamado doctor sutiles, como se le conoce a Duns Escoto (1266-1308), su pensamiento filosófico y teológico, pasa por el clásico problema teológico de la relación entre las llamadas a veces esencias



–y a veces así mismo la razón divina- y la voluntad –o voluntad divina en una subordinación o determinación de las mismas en que no sean arbitrarias o sin una realidad metafísica. Los universales reales, y por eso es posible que el saber de las esencias sea un saber ontológico y no meramente lógico.

El derecho natural encuentra su fundamento primario en su absoluta necesidad para la sociedad humana: para todo el que cree en Dios, está claro que no podría el Creador dejar a los hombres sobre la tierra sin darles lo que les universalmente necesario para su conservación y desarrollo. Ese derecho natural no solo es un derecho que debe ser, sino un derecho verdadero, válido, existente y universal para aplicarse a todo ser humano y en todos los tiempos, puesto que es inalterable.

1.2 El iusnaturalismo racionalista: el iusnaturalismo racionalista nació en la denominada corriente iluminista que se extendió por Europa en los siglos XVII y XVIII, y que fue presentada por filósofos como Spinoza, Pufendorf, Wolf y finalmente Kant. Según esta posición el Derecho natural no deriva de los preceptos de Dios sino de la naturaleza o estructura de la razón humana. Los juristas racionalistas pretendieron formular detallados sistema de Derecho natural, cuyas normas básicas, de las cuales se inferían lógicamente las restantes, constituían supuestos axiomas autoevidentes para la razón humana, similares a los axiomas de los sistemas matemáticos. Los presupuestos y métodos del racionalismo influyeron en la configuración de la llamada “dogmática jurídica”, que es la modalidad de la ciencia del derecho que prevalece en los países de tradición continental europea.

Los juristas racionalistas intentaron formular detallados sistemas de derecho natural, cuyas normas básicas, de las cuales se desprendían lógicamente las restantes, constituían supuestos axiomas autoevidentes para la razón humana, comparables a los axiomas de los sistemas



matemáticos. Los presupuestos y métodos del racionalismo influyeron en la configuración de la llamada dogmática jurídica, que es la modalidad de la ciencia del derecho que prevalece en los países de tradición continental europea.

Para esta tesis, en especial, lo que respecta al hombre moderno, en lo que le toca a la abstracción sobre los problemas jurídicos, trata de elaborar un esquema de Derecho fundado única y exclusivamente en la reflexión racional pura, dando la espalda a la historia. Es la Escuela Clásica, la que de una parte representa el pathos racionalista, que rechaza lo histórico y quiere sustituirlo por los esquemas puros de la razón. Sin embargo, por otra parte, consideran que el mundo natural está hundido de racionalidad; y, al buscar el fundamento del ideal jurídico en la naturaleza humana, van a concebirla no como una esencia normativa, sino como un ser, como un hecho, como el hecho de lo humano puro, no en referencia a la historia.

Para la historia del pensamiento humano racionalista, tenemos las afirmaciones de Descartes, respecto que el hombre debe tratar de servirse siempre, lo mejor que pueda, de su espíritu, para conocer lo que debe hacer o no en todas las circunstancias de la vida. Con la firme y constante resolución debe ejecutar todo lo que la razón le aconseja sin que las pasiones o los apetitos los aparten de ello; y cree que la firmeza de esta resolución es lo que debe tomarse como virtud.

Ya en lo referente a lo que dijo Baruch Spinoza, a saber, si la naturaleza humana existe en sí misma o, como se dice normalmente, es causa de sí misma, habrá de ser inteligida por su sola esencia; si, por el contrario, la naturaleza no existe por sí misma, sino que requiere una causa para existir, debe ser inteligida por su causa próxima: pues, en realidad, el conocimiento del efecto no es otra cosa que la adquisición de un conocimiento más perfecto de la causa.



Seguido bien Leibniz, con la teoría del conocimiento no empirista, en donde la ley natural puede encerrar injusticias, pero el derecho, el Derecho Natural, es justo en todo caso. En suma, se distingue entre el auténtico Derecho, es justo, por una parte y el derecho establecido por los hombres, el cual puede no ser enteramente justo, o incluso puede sentar injusto. Lo justo no depende de los juicios estimativos de los hombres, ni se engendra tampoco por la voluntad de Dios. Suele admitirse que todo aquello que Dios quiere es justo y bueno. La cuestión estriba en determinar si ello es bueno y justo porque Dios lo quiere, o Dios lo quiere porque es justo y bueno; o sea, si la justicia o la bondad son algo arbitrario o tiene su razón de ser en las verdades necesarias y eternas de la naturaleza de las cosas como los mismos y las relaciones.

Pasando ahora con Jhon Locke – La noción de derechos naturales – Segundo tratado sobre el gobierno civil: un estado de completa libertad para ordenar sus catos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona. La razón, que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales, e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones; porque, siendo los hombres todos la obra de un Hacedor omnipotente e infinitamente sabio, siendo todos ellos servidores de un único Señor soberano, llegados a este mundo por orden suya y servicio suyo, son propiedad de ese Hacedor que los hizo para que existan mientras le plazca a Él y no a otro.

Con David Hume (1711-1776) –El derecho como utilidad-, quiere hacer ver que no es la razón quien guía nuestra vida, sino que es la creencia o el hábito. Hume cree que nuestro conocimiento es finito, limitado y se encuentra sometido a la experiencia. En realidad, no podemos ir más allá de



la experiencia. De ahí, que rechaza la metafísica por considerarla un saber abstruso, dogmático, que conduce a la superstición. Considera que el conocimiento está limitado a los acontecimientos actuales de la existencia no puede ir más allá, porque no acepta que existan ideas innatas, ya que todos los contenidos de la conciencia provienen de la experiencia. Para él, las ideas son copias borrosas sin viveza de las impresiones directas (la asociación de las ideas). Tanto la percepción como la reflexión aportan una serie de elementos que se atribuyen a la sustancia como soporte de ellos, no limita su crítica a la sustancia material, sino al propio yo. Esto significa que las causas y hechos del mundo físico no se pueden entender, ni por mucho, ni poco; solamente la creemos porque la naturaleza se comporta siempre así.

Ahora se presenta, al llamado Padre del Derecho natural Moderno, que es Hugo Groccio, para quien el atributo esencial de esa naturaleza humana es *apetitus societatis* (la tendencia de sociabilidad), sobre el cual se baso todo el derecho, como consecuencias racionales de este fundamento. El derecho natural subsistirá aun cuando ni hubiese Dios, o aun cuando este no cuidase las cosas humanas. Esto tan solo lo emplea para mostrara la autonomía racional del Derecho natural, porque Groccio creía en Dios. Hace especial hincapié a que el derecho natural, es un decreto de la recta razón que indica que un *cato*, en virtud de su convivencia o inconvivencia respecto de la naturaleza razonable y sociable, está afectado moralmente o por la nota de necesidad o por notas de torpeza, y que, por consiguiente, tal acto halla, o bien prescrito o bien prohibido por Dios, autor de esta naturaleza.

A continuación, con su libro *De ius naturale et gentium* (1672), tenemos a Samuel Pufendorf, en la que el derecho natural es el conjunto de imperativos dirigidos a los individuos humanos los cuales, en tanto que seres humanos y ciudadanos, deben respetar la persona del prójimo, la



propiedad de este, cumplir los contratos y comportarse según normas racionales dentro del seno de la familia y del Estado. El hombre tiene derechos innatos de ser humano, aun antes de que llegue a ser socio dentro de la organización política. A diferencia de los derechos innatos, los derechos adquiridos son aquellos que se añaden al hombre en cuanto pertenece a una sociedad (familia y Estado).

Por otra parte, esta Jean Jacques Rousseau – La razón de la justicia en la racionalidad de la ley, la democracia y la justicia como igualdad (El contrato social, origen de las desigualdades entre los hombres), para quien el iusnaturalismo se resuelve en definitiva en la idea de la voluntad general, la cual no es una voluntad real, sino que es la expresión de la síntesis organizada de todas las libertades de todos; es el principio de la coexistencia armónica, de las libertades de todos según principios racionales, inspirados en una ley universal de la libertad .

Y finalmente, Immanuel Kant, de que el iusnaturalismo consiste en la razón pura practica aplicada al rector de la convivencia externa entre los seres humanos, por lo tanto consiste en una idea normativa de la razón.

En conclusión, como se sabe, el iusnaturalismo, tuvo un periodo de repliegue durante la segunda mitad del siglo XIX, en buena parte como consecuencia de la ilusión en que se traduce el hecho de hacer depender la validez de las normas positivas de su correspondencia con el Derecho natural subyacente. Pero cabe insistir, en todo caso, en que no es lo mismo el iusnaturalismo racionalista, sustentado en las doctrinas de la Escuela Clásica, que el iusnaturalismo patrístico. El primero tiene un contenido racionalista e individualista y se explica por el interés, eminentemente liberal, de protección de los derechos naturales en el seno de la sociedad política. El segundo, en cambio, gira alrededor de un derecho universal (orden divino), que sirve de sustento al derecho positivo y condiciona su validez, de



forma tal que, como fuerza motriz, no tienen en mente los derechos innatos de los asociados tanto como la razón ordenadora de Dios.

1.3 La escuela de la naturaleza de las cosas: La misma intención se encuentra detrás de otra corriente iusnaturalista que se ha propagado en este siglo, sobre todo en Alemania: la que se funda en la “naturaleza de las cosas”. Esta posición, defendida por autores como Dítese, Maihofer y Welzel, afirma, en general, que ciertos aspectos de la realidad tienen fuerza normativa, y forman una fuente de derecho a la cual debe de adecuarse el Derecho Positivo. Por ejemplo, Hans Welzel sostiene que, en realidad existen ciertas estructuras ontológicas, que denomina “estructuras lógico-objetivas”, las que, según él, colocan límites a la voluntad del legislador. En especial, indica Welzel que estas estructuras fijan un concepto “finalista” de acción humana, que no puede ser desvirtuado por el legislador, del que se inferirían una serie de soluciones relevantes para el Derecho penal.

Una vez analizadas las distintas vertientes del iusnaturalismo, es indispensable destacar como se concibe este paradigma en la actualidad; al respecto, de la evolución del iusnaturalismo que se ha expuesto, no obstante la limitaciones inevitables del intento de concentrar en pocas páginas una historia de milenios, es necesario realizar las siguientes conclusiones: la primera es que el iusnaturalismo no es una posición teórica y homogénea, sino que –dentro de lagunas coordinadas comunes sin las cuales sería imposible reconocer una identidad de fondo– son posibles versiones entre ellas bastante distantes.

Es bastante evidente que, independientemente de lo que se entienda por Derecho Natural y de su relación con el Derecho Positivo, el iusnaturalismo usa un código binario: justicia legal/justicia natural; derecho positivo/derecho natural. De alguna manera, esta es la característica estructural del iusnaturalismo y en un sentido mínimo, puede ser considerada



una constante identificativa. El esquema puede ser modificado en su contenido manteniéndose invariada la estructura. También puede modificarse el plano en el que este discurso se coloca: ambas vías en el plano jurídico, o bien una en el ámbito moral y la otra en el jurídico. Desde este punto de vista, se puede identificar una actitud epistemológica típica del iusnaturalismo: lo es todo aquel que sostiene que el derecho positivo es criticable y mejorable sobre la base de ciertos criterios, aunque el punto de partida para la identificación de tales criterios fuera –por ejemplo– el irracionalismo, el sentimentalismo o el emotivismo, es decir, posiciones que no se apelan a la razón. En el fondo de esta aproximación se reconoce la tesis que el derecho (y su estudio) no es algo aislado, sino que forma parte de una experiencia humana y social (en este sentido, el iusnaturalista es filósofo del derecho). Hay que tener en cuenta que el fenómeno jurídico, entrando en relación con las demás dimensiones, puede concordar o contrastar con ellas. En esta línea, la actitud iusnaturalista –que puede ser definida crítica– está orientada por una consideración unitaria de la experiencia humana y social, sin que la unitariedad impida la distinción de esferas.

En síntesis, el iusnaturalismo no es una tesis exclusiva, permite abrirse al campo de la norma en todo el sentido de la palabra, jurídica, moral, teológica, y/o racional etc. La palabra iusnaturalista comprende todas las llamadas doctrinas del Derecho Natural. La importancia de esta teoría recalca en que nosotros los seres humanos provenimos de una naturaleza y aunque tratemos de escapar de ella, esta nos infunde no solo en el Derecho Positivo, (entendido como norma Jurídica), sino también en la parte humana (entendido como la espiritualidad), también en una costumbre que provoca una actitud repetitiva, que nosotros mismos decidimos tomarla como ley, es así como nace el Derecho.



Sobre la base de lo antes explicado, se puede decir que la tesis principal del iusnaturalismo puede resumirse del siguiente modo: a) Existen ciertos principios en relación con el bien o el mal de carácter universal: leyes naturales o derechos naturales, que actúan como marco suprallegal. b) El contenido de dichos principios es cognoscible por el ser humano mediante la razón. c) El derecho descansa en la moral. d) Si estos principios no son recogidos o sancionados por el ordenamiento jurídico positivo, este último no puede considerarse un verdadero ordenamiento jurídico. Este último punto, no obstante, no es tratado de manera uniforme por todos los autores iusnaturalistas. Obviamente, para algunos autores no cualquier omisión o contravención de los principios morales incorporados al derecho acarrea la invalidez del ordenamiento jurídico positivo.

- 2. El Positivismo:** el positivismo es una corriente filosófica que sostiene que el conocimiento auténtico es el conocimiento científico y que este solamente puede emanar de la afirmación de las hipótesis a través del método científico. De esa manera, el positivismo se deriva de la epistemología que surge en Francia a inicios del siglo XIX de la mano del pensador francés Saint-Simon, de Auguste Comte, y del británico John Stuart Mill y se extiende y desarrolla por el resto de Europa en la segunda mitad del siglo XIX, siendo uno de sus principales precursores en los siglos XVI y XVII, el filósofo, político, abogado, escritor y canciller de Inglaterra Francis Bacon; este paradigma se trasladó a la esfera del Derecho, expulsando de su objeto de estudio al Derecho Natural, pues los postulados de este último al no ser verificables, no tienen ninguna validez para la ciencia, porque esta debe basarse en hechos de la realidad. El positivismo jurídico entonces, se fundamenta en la experiencia real, en una intuición sensible no emotiva. Una vez analizado, esto, hay que recordar que el profesor italiano Norberto Bobbio, considera que para entender el positivismo, hay que partir de tres aspectos fundamentales:



- a) el positivismo es una fórmula especial de enfocar el estudio del Derecho, en este apartado debe diferenciarse el Derecho real del Derecho ideal, el hecho del valor; lo que es de lo que debe ser; en ese sentido, el positivismo jurídico se ocupa de estudiar el Derecho que se expresa en la realidad, ya sea como ley, costumbre o fallo judicial y por lo tanto no considera el estudio de los valores jurídicos, pues estos no son verificables
- b) El positivismo es una concepción del Derecho: en este rubro, rige el principio de la estabilidad del Derecho en la medida en que está conectado a la existencia del Estado, único ente capaz de garantizar su vigencia y positividad, con las características siguientes: i) el Derecho es coercible, ii) las normas jurídicas son mandatos; iii) la ley es la fuente primaria del Derecho; iv) el orden jurídico es un todo íntegro y coherentes por lo que no tiene lagunas y v) el método de la ciencia jurídica es esencialmente lógico.
- c) El positivismo constituye, un enfoque particular sobre lo que es la justicia: en este aspecto, para el positivismo una ley, sólo por el hecho de serlo, es realizadora de la justicia, sin ser necesario que lleve o no implícita la realización de un valor.

Una vez explicado lo anterior, es de destacar la división que Norberto Bobbio propuso, en relación al paradigma positivista, indicando que existen tres sentidos de positivismo jurídico: el metodológico, el ideológico y el teórico; los cuales explicó de la siguiente manera:

Positivismo ideológico: al respecto el autor, indicar que el positivismo jurídico como ideología se reduce en último análisis a la afirmación de que las leyes válidas deben ser obedecidas incondicionalmente, esto es, con independencia de su contenido, o de que existe una obligación moral de obedecer todas las leyes válidas. Otras veces el autor ha llamado a esta posición formalismo ético, definiéndolos sintéticamente como aquella concepción que reduce la justicia a la validez, desde el momento en que considera justas a las leyes por el solo hecho de ser válidas. Aquí el autor se



limitó a señalar que ésta concepción puede ser considerada como una respuesta a la posición escéptica en que lagunas veces desemboca la potencia historicista y relativista contra el iusnaturalismo. Donde no existe ley moral objetiva accesible a la razón natural del ser humano, puede parecer el único remedio contra la confusión de los juicios morales, que provoca la violencia y la anarquía, es el sometimiento a la razón artificial del soberano (Hobbes), o a la razón histórica que se realiza cada vez en la voluntad general (Rosseau) o en el estado (Hegel).

Positivismos teórico: al respecto Bobbio indica que el positivismo jurídico en cuanto teoría general del derecho, ha alimentado una corriente particular del pensamiento jurídico, caracterizada por la reducción del derecho a derecho estatal y de este último a los productos del legislador; de aquí deriva la común atribución, de aquellas características que son propias del derecho legislado del Estado moderno (generalidad, imperatividad, coacción, presunta plenitud). Sin embargo, al autor le parece que esta corriente puede ser iluminada por la apelación al segundo momento de la crítica positivista, es decir, a aquel momento a través del cual se produce un desplazamiento radical desde una consideración material del derecho –propia de un iusnaturalismo extremo– a una consideración meramente instrumental, o sea, a aquella consideración según la cual lo que caracteriza al derecho no es la naturaleza de la materia reglada sino el conjunto de los procedimientos con los cuales un sector cualquiera de comportamientos humanos puede ser regulado y protegido contra la violación. La teoría formalista del derecho, propia del positivismo jurídico es, bajo ciertas formas, la respuesta a la pretensión del iusnaturalismo racionalista de establecer aquello que es jurídico y aquello que no es jurídico antes de que se hayan realizado aquellas técnicas de organización de la sociedad, en las que consiste el Estado, entendido esto como aparato para la monopolización de la fuerza dentro de cierto grupo social



Positivism metodológico: al respecto Bobbio, afirma que el positivismo jurídico es un modo de entender el estudio científico del derecho consiguiendo, la misión del jurista. El fin de la ciencia del derecho es considerar el derecho como es y no como debería ser. En la base de esta teoría de la ciencia jurídica se encuentra la aceptación de una clara distinción entre validez y valor del derecho, entre las reglas que pueden ser justas sin ser válidas; solo las primeras son objeto de estudio científico del derecho. El positivismo jurídico está unido a esta distinción, en cuanto considera al derecho como mero hecho histórico y, por consiguiente, prescinde de toda legitimación ética, o sea, del problema del fundamento que ha sido siempre la verdadera ocupación del iusnaturalismo. Se observa aquí la conexión entre este aspecto del positivismo jurídico y el tercer momento crítico en la oposición del iusnaturalismo, momento en el cual los juristas, esgrimiendo el principio de efectividad, han bloqueado toda investigación del fundamento o de la legitimación ética, que habría abierto la puerta, una vez más, al iusnaturalismo.

En síntesis Bobbio, indica que si la noción de positivismo jurídico se reduce a aquella doctrina que, en el tradicional conflicto entre derecho natural y derecho positivo, afirma la exclusividad del derecho positivo, esta exclusividad tiene un significado diverso según que se convierta en la base de una ética (o de una ideología política), de una teoría o de un método en el primer caso significa que el derecho positivo, no el derecho natural, debe determinar la conducta de los seres humanos; en el segundo caso, que el derecho positivo, no el derecho natural, proporciona la mejor explicación del fenómeno jurídico; en el tercer caso, que el derecho positivo, no el derecho natural, constituye el objeto particular de estudio por parte de la ciencia jurídica

Con base en lo antes indicado, se determina que el autor postula como problema central del positivismo metodológico, la tesis de la separación: la cual consiste en que no existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral; derivado de lo cual a su vez destaca tres tesis que se asientan sobre este



principio general. En primer lugar, la tesis de las fuentes sociales: la cual consiste en que el derecho es resultado de una serie de prácticas sociales. En segundo lugar, la tesis de la neutralidad: quienes estudian el derecho pueden describirlo avalorativamente; y, finalmente, una tesis normativa que se deriva de la falibilidad moral de cualquier sistema jurídico: no existe ninguna obligación moral de obedecer el derecho.

En relación al positivismo teórico, el autor parece tomar por real lo que sólo puede plantearse como una ficción: que el derecho ofrece una respuesta a todos los casos que se le puedan presentar. El positivismo teórico ha sostenido de diversos modos que el sistema jurídico es pleno, consistente y preciso lingüísticamente. Este planteamiento presenta una consecuencia importante para el razonamiento jurídico: si el derecho ofrece siempre una respuesta jurídica a todos los casos, entonces la discreción judicial es innecesaria y, por tanto, su ejercicio lesiona injustificadamente el principio de la separación de poderes.

Finalmente, en cuanto al positivismo ideológico, el autor ha sostenido que existe algún tipo de obligación moral de obedecer el derecho. En su versión fuerte el positivismo ideológico defiende que siempre se debe obedecer el derecho. En su versión débil se afirma que existe al menos una obligación *prima facie* de obedecer el derecho.

No obstante lo antes indicado, los pensadores modernos afirman que el único positivismo que hoy en día se sostiene seriamente es el metodológico; ya que en realidad, no es posible propugnar a un tiempo las tres versiones de positivismo jurídico, porque, sencillamente, resultan incompatibles entre sí en varios aspectos. Como ejemplo se verá sólo dos de ellos tomando como referencia el positivismo metodológico.



El positivismo metodológico parece incompatible con el teórico, porque si el derecho es resultado de hechos sociales, entonces no parece fácil imaginar que sea una entidad perfecta. Desgraciadamente, las obras humanas no suelen ser perfectas en ningún sentido.

Por otra parte, el positivismo metodológico no puede tolerar al ideológico, porque es claro que si de acuerdo con éste existe una obligación moral de obedecer el derecho, entonces debe existir alguna coincidencia conceptualmente necesaria entre los contenidos del derecho y los de la moral crítica, que es precisamente lo que rechaza el positivismo metodológico.

Aunado a lo antes analizado, existen otros autores que han explicado las distintas vertientes del positivismo de la siguiente manera:

2.1 Formalismo Jurídico o Positivismo Teórico: Según esta posición el derecho está integrado exclusiva o predominantemente por preceptos legislativos, o sea por normas emitidas explícita y deliberadamente por órganos centralizados, y no, por ejemplo, por normas consuetudinarias o jurisprudenciales. También afirma esta postura que el orden jurídico es siempre completo –o sea no tiene lagunas–, consistente –no presenta contradicciones–, preciso –sus normas no son ni vagas ni ambiguas–.

En conclusión, el ordenamiento jurídico es un sistema autosuficiente para proveer una solución unívoca para cualquier concebible. Bobbio ha designado esta posición “positivismo teórico”, porque implica una cierta teoría acerca de la estructura de todo ordenamiento jurídico. También se suele denominar tal postura “formalismo jurídico”. Este tipo de positivismo va unido al positivismo ideológico que se acaba de analizar. Esto es así porque, por un lado, el positivismo ideológico postula, en general, la absoluta sumisión de los jueces a los mandatos legislativos –lo que presupone que el Derecho está integrado sólo por leyes– y, por otro lado, el postulado del



positivismo ideológico, de que los jueces deben decidir siempre según normas jurídicas y no según otro tipo de principios, presupone que las normas jurídicas siempre ofrecen una solución unívoca y precisa para cualquier caso concebible; de lo contrario los jueces tendrían que recurrir, a veces, a otro tipo de criterios no jurídicos para justificar su decisión. Al respecto Carlos Santiago Nino ha indicado lo siguiente:

Esta concepción del derecho ha tenido una considerable influencia en la conformación del tipo de ciencia jurídica que se ha desarrollado en los países de la tradición continental europea – la llamada “dogmática jurídica” – y muchos de los cultores de esta ciencia se adhieren implícitamente a esta concepción, incluso en casos en que tales juristas manifiestan ser iusnaturalistas. (2003: 36)

Como en el caso de las posturas analizadas precedentemente tampoco es verdad que los principales exponentes del positivismo se adhieren a esta concepción del Derecho. Por el contrario, tanto Kelsen como Ross y Hart afirman claramente que un ordenamiento jurídico puede ser integrado no sólo por normas legisladas, sino también por normas consuetudinarias y jurisprudenciales, y no se pronuncian acerca de cuáles de estas normas tienen prioridad. Por otra parte, tanto Ross como Hart (y, en la Argentina, autores como Carrió, y Alchourrón y Bulygin) han contribuido representativamente a esclarecer el tipo de indeterminaciones que un ordenamiento jurídico puede presentar, tales como lagunas y contradicciones lógicas, y vaguedad y ambigüedad lingüísticas.

Ellos han demostrado que el Derecho no es un sistema autosuficiente de soluciones, lo que hace que los jueces no tengan más remedio muchas veces que justificar sus fallos acudiendo a principios o criterios no jurídicos. Kelsen es también respecto de este punto un caso especial. En sus obras más importantes este autor mantuvo la tesis de que el Derecho no presenta lagunas o contradicciones lógicas, aunque, en cambio, sí admitió la existencia de indeterminaciones lingüísticas, lo que hace, según él, que el Derecho presente a los jueces no una sola solución sino varias alternativas. Sin embargo, aun con respecto a la tesis de que el Derecho es



necesariamente completo y consistente, Kelsen de ningún modo sugiere que esta postura, sea relevante para su posición positivista.

2.2 El escepticismo ético: muchos juristas equiparan el positivismo con la postura de que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos. Esta teoría se opone directamente a la primera posición del iusnaturalismo; al respecto si se toma en cuenta la obra de algunos destacados pensadores positivistas, como Hans Kelsen y Alf Ross, se advertirá fácilmente que esta tesis es, en general, concluyentemente defendida por ellos.

Bajo la influencia de pensamientos filosóficos empiristas y los postulados del denominado positivismo lógico, originado en el Círculo de Viena, estos autores afirman que los únicos juicios cuya verdad o falsedad es decidible racionalmente son (fuera de los juicios analíticos cuya verdad está determinada por su estructura lógica) los juicios que poseen contenido empírico. Según estos y otros autores, los enunciados morales no satisfacen esta condición y no precisan, por lo tanto, genuinas proposiciones que puedan ser calificadas de verdadera o falsas.

Los enunciados valorativos son, para ellos, subjetivos y relativos y se circunscriben a ser la expresión de estados emocionales de quienes los formulan. Kelsen sostiene que, por ejemplo, las definiciones del concepto de justicia que se han propuesto son vacuas, y que no puede ser de otra manera, pues el concepto carece de contenido cognoscitivo; la justicia es un mero “ideal irracional”. Los intentos de justificar racionalmente algunos principios de justicia suelen incurrir, según este autor, en el vicio lógico de procurar derivar juicios de “deber ser”, o normativos, de juicios del “ser”, o descriptivos. Sin embargo, no todos los positivistas comparten esta postura de filosofía ética. Lejos de ello, pensadores como Bentham y Austin, los que pueden ser considerados fundadores del positivismo jurídico moderno,



creían en la posibilidad de justificar racionalmente un principio moral universalmente válido del cual se derivan todos los juicios valorativos. Es el llamado principio de utilidad el cual afirma, en sustancia, que un comportamiento es moralmente correcto cuando contribuye a incrementar la felicidad del mayor número de gente.

Es más, estos autores mantuvieron que este principio está en armonía con la naturaleza humana y Austin, en particular, sostenía que deriva, en última instancia, de la voluntad divina. Aun un positivista contemporáneo como H.L.A. Hart no es, de ninguna manera, un escéptico en materia ética, y ha incursionado con lucidez en la cuestión de problemas valorativos, como el de la justificación de la pena, colocando de manifiesto que no se presupone que tal clase de discusión sea irracional e implique un mero encuentro de actitudes emotivas. De esta manera, no es adecuado identificar el positivismo jurídico con el escepticismo ético. Si algo hay en común en la tendencia de los más destacados representantes de la posición positivista del Derecho, no es la afirmación de que los juicios valorativos sean subjetivos y relativos.

Aun en el caso de Kelsen y Ross se puede aseverar que, si bien su escepticismo ético les sirve de apoyo, como luego se verá, para defender su concepción positivista, ellos no identifican esta posición con el escepticismo ético. En consecuencia, se debe determinar que no es esencial a la concepción positivista el rechazo de la primera tesis del iusnaturalismo. La creencia de que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y racionalmente justificables es perfectamente concurrente con la concepción positivista del derecho, aun cuando los positivistas se objetarán a calificar tales principios de “derecho natural”, para evitar que se confunda su posición con la de los iusnaturalistas:



3. El Realismo Jurídico: Además de los paradigmas antes analizados, en la actualidad ha surgido un importante modelo del pensamiento jurídico que se ha desarrollado dinámicamente en los Estados Unidos y los países escandinavos con exponentes como Colmes, Llewellyn, Frank, Olivecrona, Illum, etc., que revelan lo que se ha denominado una posición escéptica ante las normas jurídicas". Como dice Nino "*(en El concepto del derecho), el escepticismo frente a las normas es una especie de reacción extrema contra una actitud opuesta: el formalismo ante las normas y los conceptos jurídicos*". (2003: 44), A esta corriente de pensamiento se le ha denominado realismo jurídico, la cual es una escuela filosófica que relaciona al derecho con la fuerza estatal o con la probabilidad coligada a las decisiones judiciales. El realismo jurídico comparte con los distintos esquemas del realismo filosófico una consideración unitaria de la ciencia y la filosofía, el uso del análisis como método, y el pluralismo como metafísica, así como una perspectiva del mundo naturalista y anti-idealista. El realismo jurídico se desarrolla especialmente en el siglo XX, a raíz de la revuelta contra el formalismo conceptual que había caracterizado a la ciencia jurídica del siglo anterior y básicamente se ha manifestado con dos versiones (la estadounidense y el escandinavo), los que a continuación se analizarán.

3.1. El Realismo Estadounidense: una de las vertientes del realismo, es la desarrollada en los Estados Unidos de América, denominada por muchos autores como Realismo jurídico americano, el cual surge en los EE.UU. de los años treinta. Está protagonizado por juristas que, además de a las investigaciones teóricas, se dedicaron a la práctica jurídica, muchos de ellos en la judicatura. Sus reflexiones vienen de un país de *common law*, y buena parte de ellas están referidas a esa mentalidad jurídica. Sin embargo, también meditaron sobre el *statutory law* (derecho legislado) y sus ideas pueden ser interesantes para nosotros. Estos realistas americanos rechazan la existencia de normas jurídicas en un plano diferente de la realidad fáctica. La ciencia jurídica sólo puede ocuparse de los hechos, de



lo que ocurre en el tráfico jurídico. El derecho consiste en las decisiones de los integrantes de una sociedad concreta, sobre todo en la decisión de juez. Uno de los precedentes de este Realismo jurídico fue el juez Oliver Wendell Holmes, quien opinaba que el derecho no es más que lo que los jueces dicen que es. Para los realistas el derecho es vida cotidiana, hecho social. Su visión del derecho es sociologista, no normativista, porque el Derecho no está en la norma sino en la vida social.

Desconfían de los conceptos generales y de las reglas supuestamente capaces de regir la decisión concreta. Piensan que hay un abismo insalvable entre la norma general y la decisión del juez. En consecuencia, sólo es posible saber lo que la norma dice de verdad después de que el juez decida. Kelsen también pensaba que las normas generales no controlaban la decisión, pero entendía que la decisión judicial es derecho por ser norma individual que, a su vez, extrae la normatividad de la norma superior. Los realistas rechazan esa jerarquización normativista. La decisión del juez crea derecho porque produce resultados sociales eficaces y útiles para la sociedad. El baremo de la juridicidad viene de la mano de consideraciones sobre los resultados producidos por las sentencias, atendiendo sobre todo a la utilidad social y económica. ¿Qué valor tiene, entonces, la norma jurídica? Según algunos representantes del realismo jurídico la norma ofrece sólo una especie de directriz, de plan, que el jurista (normalmente el juez) debe completar. Según otros, las normas sólo pueden ser afirmaciones predictivas del futuro comportamiento del juez; por ese motivo, la finalidad de la ciencia jurídica es precisamente intentar predecir como decidirá el juez; en este sentido, las normas no son prescripciones (como afirma Kelsen, por ejemplo) sino descripciones más o menos afortunadas del comportamiento del juez. Algunos realistas llegan a afirmar que es imposible predecir su comportamiento, porque obedece a una cantidad inabarcable de causas; en consecuencia, no es posible una ciencia



jurídica capaz de conocer normas. En todo caso, la norma jurídica es un elemento secundario en la teoría jurídica de los realistas.

Pero sus planteamientos son susceptibles de varias críticas. En primer lugar por su radicalidad. Es falso afirmar que las normas no controlan en absoluto la decisión del juez. Además, si los jueces crean derecho, deben estar autorizados para ello por alguna norma previa. A esto ellos contestarían que el derecho se basa en última instancia en la aceptación sociológica: la idea de soberano, por ejemplo, es una ficción para encubrir ese hecho. No obstante, resulta poco realista negar el papel organizador de numerosas leyes, que no dependen de lo que digan los jueces: buena parte de las leyes procesales, administrativas, las que crean universidades, etc. no dependen del arbitrio interpretativo.

Finalmente, cabe decir que a partir de estas ideas surgen dudas acerca de la calificación como positivistas de los realistas americanos. Por una parte, parece lógico considerarlos como tales, porque identificarían el derecho con todo lo que decida un juez; es decir, vinculan la juridicidad a una decisión procedente de una autoridad judicial sin tener en cuenta su contenido. Por otra parte, relacionan estrechamente lo jurídico con el desarrollo social y económico. En efecto, la valoración acerca de la influencia social de la decisión es un elemento básico en el derecho; esta actitud parece unir el derecho a valoraciones morales de tipo utilitarista, algo que estaría un tanto alejado del positivismo estricto, en la medida en que introducen criterios de moralidad utilitarista en el momento de determinar el derecho.

3.2. El Realismo Escandinavo: en este apartado, se hace referencia fundamentalmente a los dos autores principales del realismo jurídico escandinavo, que son el sueco *Karl Olivecrona* y el danés *Alf Ross*, porque son los que ofrecen una teoría jurídica más elaborada. También se hace



referencia a *Mel Hägerström* en cuanto formula un planteamiento común a ambos que es coincidente con la teoría ética de la ciencia anglosajona predominante en esa época, a saber: los planteamientos empiristas y llamado «*no cognoscitivismo ético*».

Según el planteamiento neoempirista, no hay más realidad que la que se da en fenómenos espacio-temporales ni hay más proposiciones científicas que las que pueden ser objeto de verificación por esa realidad.

Así, el realismo jurídico escandinavo se fundamenta en lo que gira bajo la denominación de empirismo en las presentaciones clásicas de las doctrinas filosóficas, no en lo que la filosofía académica ha denominado como “realismo”. Por ello está justificado llamarle «empirismo jurídico».

El realismo jurídico escandinavo se adhiere de lleno a las teorías emotivistas del mundo moral: los criterios y creencias morales son emanaciones de sentimientos subjetivos y, por tanto, no son susceptibles de ser objeto de enunciados objetivos de carácter categórico o incondicionado, esto es, con «validez» objetiva. Por «la idea de validez» debemos entender, la creencia de que algo es realmente justo o debido

La concepción jurídica escandinava ha realizado una crítica de lo que llama «teoría del derecho natural», entendido como derecho emanado de la «voluntad de Dios», como del que llama «positivismo jurídico», entendido como reglas emanadas de la «voluntad del Estado» o «voluntad del legislador».

Para el realismo escandinavo, en la crítica a lo que llama “positivismo”, el derecho es algo más que las reglas puestas por las autoridades y aún el propio concepto de autoridad («legislador») es un concepto jurídico. «La autoridad no existe con independencia del



ordenamiento jurídico», dice Olivecrona. Es preciso, sin embargo, aclarar que cuando el realismo escandinavo objeta que el derecho sea una «declaración de voluntad» se está refiriendo a la voluntad como «expresión de un deseo» o manifestación de una apetencia.

En su crítica al imperativismo concibe el «mandato» como una «orden», esto es, como una relación personal entre un «imperator» y un destinatario al que se le prescribe una acción con una determinada «forma de expresión» o acompañado de una amenaza, lo cual es característico de la mayoría de las críticas al imperativismo jurídico.

Para Ross «derecho vigente» es, ante todo, un sistema normativo referido a una comunidad concreta. No puede hablarse de norma jurídica aisladamente sino de un sistema institucional o «máquina jurídica». En esto Ross coincide con Olivecrona y, en general, con todo el realismo escandinavo. Ross entiende por «derecho vigente» el conjunto de reglas de conducta (directivas) que son efectivamente vividas por los juzgadores como socialmente obligatorias.

Para Ross la mera «observación externa» de las reglas que «de facto» consideran los jueces no nos ofrecen la verdadera realidad jurídica. Se precisa de un requisito más: que esas reglas sean realmente «vivas» «como obligatorias» por los jueces; el derecho vigente está compuesto por aquellas «normas que operan en el espíritu del juez porque éste las vive como socialmente obligatorias y socialmente las obedece», dice textualmente Ross.

Hay pues un «sistema de reglas» directivas que constituyen la «ideología jurídica» que los jueces consideran a la hora de tomar sus decisiones y que los jueces y autoridades aceptan «por un puro sentimiento de deber» y en manera alguna presionados por sentimientos de coacción.



En suma para que la norma «exista» se precisa no solamente que se verifique que es seguida, sino que es seguida con conciencia de que la regla es «válida». Pero a su vez estas reglas constituyen unas «directivas» para que el juez aplique la fuerza.

¿Qué es una «directiva»? A diferencia de los enunciados sobre la realidad, por ejemplo.: «esta puerta es blanca» existen, entre otras, «expresiones sin significado representativo» que son usadas con el propósito de ejercer influencias (por ejemplo «cierra la puerta»). Estas son las «directivas». La directiva contiene, por tanto, la representación de una «idea-acción» concebida como forma de conducta. Las directivas son de diversas clases; entre ellas cabe distinguir entre las personales (consejos, advertencias, recomendaciones, instrucciones) y las impersonales; entre éstas últimas están los «cuasi-mandatos», directivas con las que el individuo «se encuentra» como un orden dado que se impone con independencia de cualquier aceptación o reconocimiento por su parte. Estos «cuasi-mandatos» son las reglas jurídicas o derecho.

Ahora bien, para que «exista» una norma jurídica no basta con que exista la directiva sino que ésta «corresponda a un hecho social». En el caso de la «norma jurídica» el hecho social determinante es la asunción de la directiva con conciencia de que debe ser así incondicionadamente. En la medida que los jueces aceptan el «sistema de directivas» o el orden institucional de reglas legales como «válido», se puede decir que «existe» o «es vigente» un sistema de reglas.

Como se ve hay dos motivos de obediencia de las reglas jurídicas: el referido al ciudadano, que es la respuesta a una cuasiamenaza y el referido al juez que decide, que es lo que llamaríamos un «motivo moral», que es el constituyente de la norma jurídica como tal, puesto que la directiva va dirigida al juez y su «idea-acción» consiste en influir en su conducta para que



aplique la función en determinados supuestos, supuestos que son determinadas conductas de los ciudadanos.

Pese a que Ross cree que las leyes nacen para dirigir el comportamiento de los ciudadanos y que la legislación «lleva una intención social», considera como norma jurídica la directiva al juez y no la directiva al ciudadano que, en caso de incumplimiento, da origen a la directiva al juez. Sin embargo, no tiene más remedio, para no salirse enteramente de la percepción común del mundo jurídico, que considerar la directiva al ciudadano también como una norma, pero una norma «derivada» o «norma en sentido figurado».

En cuanto a las normas de competencia, es decir, las normas que definen quién puede dictar directivas al juez y en qué condiciones, y cómo debe el juez juzgar, y cómo debe ejecutarse lo juzgado, según Ross «se pueden reducir a normas de conducta y, por ende, tienen que ser interpretadas también como directivas para los tribunales». Y las normas que determinan quién es juez y cómo se convierte una persona en «juez» constituyen unas específicas reglas que ya no están dirigidas a los jueces, que Ross llama «derecho público» a diferencia de las dirigidas a los jueces que Ross llama «de derecho privado».

Por su parte, para Olivecrona el derecho no tiene un comienzo históricamente determinable y el propio poder soberano se encuentra en su aparición con reglas jurídicas. Es el orden jurídico el que atribuye a una o más personas el «poder soberano». «El Estado» no es el creador del derecho por cuanto «El Estado hace su aparición en la historia mucho más tardíamente que el derecho». Por ello no considera aceptable la teoría voluntarista del positivismo jurídico según la cual el derecho es el producto de una voluntad soberana.



Para Olivecrona, las leyes son el producto de un concurso de actos de tal manera que lo único que la determina es que se aprueban con arreglo a unas formalidades específicas de acuerdo con la Constitución y que dependen para su eficacia práctica del «respeto universal hacia ésta». Las leyes son el resultado de un proceso de múltiples influencias que acaban finalmente en el acto definitivo de la promulgación.

Los mismos reparos que Olivecrona opone a la concepción del derecho como un producto de la voluntad del soberano, los aplica a la concepción de derecho como una expresión de «la voluntad del Estado» o incluso de «la voluntad popular». Las reglas jurídicas se fundan en una actitud general de respeto a las mismas. Tal actitud de respeto es la *fuerza inmediata* del poder normativo de los legisladores, en la medida en que la población acepta el poder de elaborar leyes con determinadas formalidades, el valor de los precedentes judiciales y las reglas consuetudinarias.

En cuanto a la naturaleza de las normas jurídicas, considera Olivecrona, que las normas jurídicas son obligatorias porque tienen «fuerza vinculante», lo que equivale a decir que objetivamente debe ser obedecida, esto es, que porta un valor objetivo que Olivecrona considera como una nota no verificable (no cognoscitividad). Por tanto, según Olivecrona las normas jurídicas están constituidas por «imperativos independientes». Un imperativo independiente no es una declaración de voluntad sino una «forma de expresión» utilizada en términos sugerentes para influir en la conducta de los individuos, y su eficacia depende de la actitud de aceptación adoptada por el grupo, actitud que obedece a multitud de causas.

Las normas sobre competencia y procedimientos son para Olivecrona «imperativos de existencia» o «imperativos directivos», estos



imperativos constituyen, para el autor, expresiones imperativas pero que no «no ordenan hacer nada».

Lo que separa en este punto a Olivecrona de Ross es que el «imperativo independiente» es que para Olivecrona, el hecho que lo sostiene es la actitud psicológica del grupo, no que los mismos sean asumidos por el juez. Los imperativos se refieren a unas reglas de «derecho sustantivo» que mencionan derechos y deberes. La función del juez consiste en resolver la controversia sobre esos supuestos derechos y deberes, de tal manera que dictará sentencia cuando esté convencido de que el demandante tiene el derecho que alega tener.

3.3. Principales exponentes del Realismo Jurídico:

Roscoe Pound (1870-1964) Roscoe Pound ha sido considerado como el fundador de la jurisprudencia sociológica. Fue Decano de la Facultad de Derecho en Harvard entre 1916 y 1936, siendo en esta universidad donde realizaría la mayor parte de su trabajo e investigación. Sus principales obras son: *Outlines of Lectures on Jurisprudence* (1914), *The Spirit of the Common Law* (1921), *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922) y *The Ideal Element in Law* (1958). Se le atribuye haber orientado la jurisprudencia de conceptos, haciendo un planteamiento pragmático, y al mismo tiempo levantaba la polémica del realismo jurídico. Frente a la crítica de Pound los realistas debieron realizar ciertas puntualizaciones referidas a la imprescindible necesidad de contar con el elemento ideal en el Derecho.

Pound partía de la idea de que todo estudio en torno al Derecho debía reconciliar la antinomia “estabilidad y transformación”, ya que la vida social se planteaba como cambiante y exigía nuevas adaptaciones ante la presión de otros intereses sociales. Esto requería que el orden jurídico fuese



flexible, al tiempo que estable. Además se planteaba como una necesidad de adaptar o conciliar la regla estricta con el arbitrio discrecional, así como compaginar la seguridad general con los intereses de la vida individual. El autor entendía que "el rasgo más significativo del pensamiento jurídico reciente consiste en la repudiación del concepto de una ciencia del Derecho por completo independiente, obtenida sobre la base exclusiva del Derecho mismo y que se permita ignorar cualquier otro departamento del saber cómo pertinente para sus problemas y sin ningún valor para sus fines". Pound creyó encontrar el sustento de una ciencia del Derecho en las nuevas condiciones con las que las ciencias sociales habían de ocuparse y de los nuevos fenómenos que habían de explicar. Realizó una defensa del *common law* norteamericano, basada en develar su verdadero espíritu. Justamente, en su obra *The Spirit of the Common Law*, manifiesta que existe un elemento común entre las doctrinas fundamentales del *common law*, la doctrina de los precedentes y la doctrina de la supremacía de la ley. Sostuvo que el mismo espíritu podía ser encontrado en ambas, a pesar de sus diferencias. La doctrina de los precedentes significa que las causas deben ser juzgadas por los principios alcanzados inductivamente en la experiencia judicial del pasado, no por la deducción de reglas establecidas arbitrariamente por la voluntad soberana.

Entonces es la razón, y nunca la arbitrariedad, la que da contenido a la decisión. La doctrina de la supremacía de la ley es, para el autor, reducible a la misma idea. Se trata de una doctrina en la que la figura del soberano y todos sus agentes deben actuar acorde al mandato de la razón y no al del capricho, acorde a principios y no a la mera voluntad. La doctrina del *common law* es aquella donde la razón está aplicada a la experiencia. Ella asume que la experiencia permitirá una base satisfactoria para estándares de acción y principios de decisión. El *common law* basa en que el derecho debe ser creado no arbitrariamente por el mandato de la voluntad soberana, sino que debe ser descubierto por la experiencia judicial



de las reglas y principios que en el pasado han alcanzado o han fallado en alcanzar la justicia.

El autor se acercó más bien a pensar en la jurisprudencia y al derecho como una ciencia de ingeniería social, cuya competencia corresponde a "aquella parte de todo el campo social en el que puede lograrse la ordenación de relaciones humanas a través de la acción de la sociedad políticamente organizada". Pound opuso las interpretaciones éticas, políticas, idealistas del derecho a esta ingeniería y representa no una estructura estática, sino una actividad, un proceso, un contenido en movimiento. Era consciente que una interpretación en términos de ingeniería social pudiera emplearse de forma negativa, pero el verdadero peligro estaba en librarse del pesimismo jurídico del pasado inmediato. Por eso, insistía Pound, en que había que confiar cada vez más en los juristas para llevar a cabo la obra creadora del derecho.

Karl Llewellyn (1893-1962) Karl N. Llewellyn, fue uno de los más influyente teóricos del derecho en Estados Unidos; era partidario ferviente de la renovación metodológica, y por ello ha sido catalogado como un representante de la escuela americana del realismo jurídico, que tuvo su mayor auge entre los años 1920-40, y supuso una auténtica ruptura tanto con el formalismo jurídico como con el "neopositivismo", Llewellyn consideraba que la doctrina jurídica, sus reglas, no permitían prever la forma en que se había de resolver un caso concreto, él planteaba que el derecho se actualiza en cada nueva situación de litigio.

El aporte de Llewellyn estribaba en poner el acento sobre las rupturas, las crisis. Para él, la sociedad estaba animada de tensiones que es necesario mantener bajo control: diferentes subgrupos vehiculan pretensiones en nombre propio y de la totalidad, basados en una idea general de lo que es justo; la autoridad está encargada de reabsorber esas



tensiones, de canalizarlas de manera preventiva, a partir de la experiencia acumulada.

Entre 1930 y 1932 se desata entre Llewellyn y Pound una famosa polémica respecto al realismo planteado por Pound y las nuevas propuestas encabezadas por los nuevos autores, apoyados por Jerome Frank. El debate se suscita en diversas publicaciones en revistas jurídicas, donde se revela el intento por parte de Llewellyn de refundar lo que luego denominaríamos Realismo Jurídico Norteamericano, con cuestiones fundamentales sobre el movimiento. Se origina esta polémica, con la respuesta de Llewellyn al texto de Pound “The Call for a Realist Jurisprudence” que publicó en la revista Harvard Law Review para conmemorar a Roscoe Pound. Luego de que Llewellyn publicara en 1930 “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, lo que constituía claramente una dura crítica al pensamiento de Pound y su propuesta a los jóvenes realistas de un programa a desarrollar. Luego de la arremetida de Pound con esta publicación, Llewellyn, con la ayuda de Frank, redacta “Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound”. Esta polémica ha sido identificada por varios autores posteriores como un conflicto casi de orden psicológico, dada la relación evidentemente paternal que existía entre la poderosa e influyente figura del Decano Pound y los jóvenes juristas de la Facultad. Se había generado, según Llewellyn, una incertidumbre de a quién correspondía o quienes debían sentirse aludidos por las críticas de Pound, por lo que decidió proponer en una serie de cartas personales al Decano, diversos listados con nombres de juristas para determinar y preparar una respuesta. Pound nunca se pronunció al respecto, más allá de una que otra referencia aislada.

Oliver Holmes (1841-1935) Profesor en la Facultad de Derecho de Harvard y magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, sus obras marcaron un nuevo aspecto para la filosofía jurídica en



dicho país. Entre ellas destacan “The Common Law”, “Speeches” y “Collected Legal Papers”. Ingresó en la Harvard Law School en 1864 graduándose en 1866. Pasó a integrarse en el Colegio de Abogados de Massachusetts en 1867. Ejerció la abogacía durante catorce años. En 1870, se hizo editor de la American Law Review.

En 1880 Holmes impartió doce sesiones en el Lowell Institute, las que se convertirían en su obra más famosa: “The Common Law”. Holmes sostuvo que el Derecho es el reflejo de la Historia de una Nación y que sólo a través de los estudios de las teorías jurídicas y los históricos, es posible descubrir su esencia. Fue uno de los personajes más influyentes de la sociedad norteamericana del siglo XX. Según el Honorable Richard Posner, Presidente del Tribunal Federal del Seventh Circuit entre 1993 y 2000, Oliver W. Holmes Jr. fue, simplemente, “la figura más ilustre en la historia del derecho norteamericano”. En 1858, decidió matricularse en Harvard para cursar la carrera de *Bachelor of Arts*. Poco después, en julio de 1860, fue nombrado editor de la *Harvard Magazine*. Holmes se enfrentó directamente al ambiente formal y estricto que entonces reinaba en las universidades, sobre todo en la época en que Christopher Columbus Langdell dirigía Harvard. En sus clases, Holmes proponía que el formalismo y la rigidez del Derecho debían de adaptarse a las nuevas condiciones de la sociedad; consideraba que el Derecho no es sólo un conjunto de reglas lógicas desarrolladas por teóricos de la Ley, sino un cuerpo que crece, cambia y se moldea con el tiempo. Esta filosofía la plasmó en una de sus frases más célebres la que se encuentra en la primera página de su libro *The Common Law*: “La vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia, con la publicación de este libro en 1881 Holmes consiguió un amplio reconocimiento internacional, y comenzó a impartir clases de Derecho en Harvard, cargo al que tuvo que renunciar debido a su nombramiento como juez del *Supreme Judicial Court* de Massachusetts, donde ejerció durante veinte años. En este Tribunal Holmes era conocido



por sus opiniones bien razonadas y fue uno de los primeros jueces en defender el derecho de asociación de los trabajadores. Cuando la mayoría del Tribunal confirmó una sentencia contra unos trabajadores por formar piquetes en el caso de *Vegeahn vs Guntner*, Holmes redactó un brillante voto particular, donde sostuvo que los trabajadores pueden asociarse y unirse legalmente para salvaguardar sus intereses, incluso si mediante esta asociación se causa un daño temporal a la empresa.

En 1897 Holmes publicó el ensayo titulado “*The Path of the Law*”, dando origen a su teoría sobre la predicción del Derecho. Fue aquí donde expuso el desarrollo normativo como un concepto de Derecho impulsado por las costumbres sociales, donde las decisiones políticas son la base de dicho concepto. Reconoce que el lenguaje del Derecho, y en particular de las sentencias judiciales, es normalmente un lenguaje de lógica deductiva, pero que siempre subyace en él “un juicio sobre el valor relativo y la importancia de los diversos fundamentos legislativos en competencia”. Así, los conflictos de intereses y los problemas sociales, la teoría política y las políticas públicas, están mucho más relacionadas con las normas jurídicas que cualquier silogismo. Tres años después de ser nombrado Presidente del Tribunal Superior de Massachusetts en 1899, Holmes fue encumbrado por Theodore Roosevelt al Tribunal Supremo, ejerciendo por tres décadas en dicha Institución. A Holmes se le conoció como “el Gran Disidente” debido a que a menudo no estaba de acuerdo con la mayoría de sus colegas de Tribunal y emitía votos particulares con suma elocuencia en las sentencias. En aquella época se imponía la teoría económica del *laissez faire* y el Tribunal (en contra de la opinión de Holmes) decidió no aplicar disposiciones laborales tendientes a la protección de los trabajadores. Holmes abogaba por defender la vinculación a la incipiente normativa social en aras a garantizar un salario mínimo, limitar el horario de trabajo y



legalizar los sindicatos obreros, pero lo hacía en contra de la opinión mayoritaria del Tribunal.

En el caso de *Schenck vs United States* (1919), Holmes acuñó el concepto de “peligro claro e inminente” para describir situaciones en las que la libertad de expresión se podía suprimir legalmente. En una alocución afirmó que “la protección más rigurosa de la libertad de expresión no protegería a un hombre que falsamente grita fuego en un teatro y causa el pánico.” Fue siempre un gran defensor de la “restricción judicial²²”, al afirmar que los jueces no debían inmiscuirse en las decisiones de la asamblea legislativa en función de su opinión sobre determinadas leyes. Las opiniones de Holmes formaron la base de una nueva filosofía judicial que culminaría poco después de su muerte, cuando el Tribunal Supremo comenzó por fin a confirmar la legislación del “*New Deal*” en 1937. Comenzó así una nueva etapa de observancia de las decisiones de la mayoría parlamentaria, algo por lo que Holmes había luchado en contra de las opiniones mayoritarias de los jueces de su época.

Jerome Frank (1889-1957) Fue uno de los filósofos del derecho que como los anteriores jugaron un papel destacado en el movimiento del realismo jurídico, y fue juez de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito.

A este jurista no le preocupaba la predicción de la interpretación de las normas, ello, debido a que las mayores dificultades predictivas no provienen de la oscuridad de éstas como suele creerse, sino que provienen de la incertidumbre ante los hechos. Frente a esta situación planteaba que como los tribunales superiores se ocupan de la interpretación del Derecho, los de primera instancia e instrucción son los que fijan los hechos. Aquéllos deciden cuestiones de Derecho, éstos resuelven las cuestiones fácticas, y es en esa determinación donde se disparan las dificultades de predecir el



comportamiento de los jueces. El litigio se decide en la fijación de los hechos, y es aquí, y no tanto o no tan sólo, en su predicción, donde la certeza y la predictibilidad es más difícil.

Para Frank, todo lo que el juez o el jurado hace es formarse una creencia sobre los hechos para fundamentar la sentencia. Se trata de la verdad procesal frente a la verdad material, y no hay seguridad alguna de que esa creencia del juez o del jurado se corresponda con la verdad de los hechos tal y como se produjeron en la realidad. En efecto, el testimonio puede ser falible, ya sea porque los testigos no percibieron bien los hechos, no los recuerdan con precisión, o porque tienen dificultades para comunicarlos al tribunal o simplemente porque mienten, y los jueces tienen una apreciación errónea de los hechos.

Concluye en definitiva que la mayoría de las sentencias futuras son no pronosticables; y la impredecibilidad de la mayoría de las decisiones antes del litigio resulta de la imposibilidad de conocer por anticipado la fijación de hechos por el tribunal de primera instancia y de la incertidumbre normativa, es decir, de la vaguedad de algunos precedentes o de dudas acerca de qué precedentes aplicarán los tribunales.

- 4. El neoconstitucionalismo: debate sobre su naturaleza:** En este apartado, se realizará un análisis reflexivo y profundo acerca de la naturaleza del neoconstitucionalismo, para tal fin se expondrán las principales posiciones teóricas de los más destacados autores de la ciencia y la Filosofía del Derecho; esto con el objetivo de conocer si el neoconstitucionalismo es un método, o si posee la naturaleza de paradigma y en cuanto este último aspecto, si es un nuevo paradigma independiente de los antes analizados, o si representa la actualización o resurgimiento de los paradigmas tradicionales del Derecho.



En ese sentido, Manuel Atienza, en el documento denominado *Imperio de la Ley y Constitucionalismo: un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta*, ha indicado, que en la actualidad se ha propuesto una especie de tipología en relación con las posturas teóricas que cabe adoptar frente al hecho práctico de la constitucionalización de los derechos. Una consiste en ignorar el fenómeno y seguir construyendo la teoría general del Derecho y las dogmáticas como se venía haciendo en el pasado. Otra sería la de reconocer la existencia de esos cambios, pero pensar que pueden explicarse y manejarse sin necesidad de introducir algo así como un nuevo “paradigma” en el pensamiento jurídico (autores como Guastini, Comanducci o, en general la escuela genovesa). Y la tercera postura es la de quienes piensan que el nuevo fenómeno requiere también de una nueva teorización. Aquí distinguía entre quienes (como Ferrajoli) piensan que la nueva teoría, el nuevo “paradigma”, viene a significar no otra cosa que la completa realización del positivismo jurídico; y quienes (Dworkin, Alexy o Nino) propone ya, más o menos abiertamente, una teoría no positivista del Derecho, siendo ese último grupo en el que se incluye Manuel Atienza.

Con base en lo anterior, se puede inferir que la constitucionalización de los Derechos, es un fenómeno actual, alrededor del cual se han suscitado verdaderos debates para su efectiva comprensión, tal y como se ha indicado, el estudio de este fenómeno ha generado varias posiciones: a) seguir construyendo el positivismo dogmático para explicarlo; b) introducir un nuevo paradigma (Guastini y Comanducci); c) los que opinan que el nuevo paradigma es la completa realización del positivismo (Ferrajoli) y d) los que proponen un nuevo paradigma no positivista (Dworkin, Alexy, Nino y Atienza).

Lo antes indicado, permite establecer que la corriente conocida actualmente como neoconstitucionalismo, posee características, elementos y principios que han sido incorporados por la mayoría de constituciones europeas y latinoamericanas (incluyendo a Guatemala), por lo que esta corriente de



pensamiento representa un fenómeno actual; pero ¿cuál es su naturaleza?, ¿cuál es su posición en la Filosofía del Derecho?; ¿es un método?, ¿es un paradigma?, ¿es un paradigma nuevo?, ¿es el resurgimiento de alguno de los paradigmas tradicionales?, en fin para dar respuesta a estas cuestiones, se analizarán las diferentes posturas de los autores más destacados que han explicado esta materia, pero previo a ello se tratará de definir los distintos tipos de neoconstitucionalismo, para tener clara las diferentes posturas de los pensadores seleccionados en el presente trabajo de investigación.

En ese orden de ideas, la idea de tipos de neoconstitucionalismo surge como una analogía sobre la conocida distinción que Norberto Bobbio formuló del positivismo jurídico, distinción que generó cierto impacto en la teoría del derecho, o más precisamente en la manera de explicar y confrontar el positivismo jurídico, al menos en los países de las lenguas romances. Por ello, antes de presentar los tipos de neoconstitucionalismo cabría, a modo de resumen, recordar la caracterización del positivismo jurídico que este filósofo italiano efectuó desde tres aspectos diferentes analizada con anterioridad; esto es, como un modo de acercarse al estudio del derecho, como una determinada teoría del derecho y como una ideología específica de lo que se considera como justo.

Por el modo de acercarse al derecho, Norberto Bobbio no entiende los métodos o técnicas empleados en la investigación, sino más bien la delimitación del objeto de estudio. Por “teoría” entiende un agregado de aseveraciones relacionadas entre sí, con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, generalizados y unificados en un sistema coherente, y por “ideología” comprende una toma de posición fundada en valores frente a una realidad. Con estas preliminares ideas, se está en posición de señalar que el positivismo, como una forma de acercarse al derecho (metodológico), se centraría en el derecho real, el derecho positivo, en oposición al derecho ideal.



Así, la posición sobre el derecho es avalorativa; esto es, se trata de no emitir juicios de valor sobre éste, y por lo tanto admitir la separación entre el derecho y moral, ya que el primero es estudiado como un hecho social.

Por su parte, el positivismo teórico entiende al derecho como un conjunto de reglas jurídicas formuladas por el Estado (teoría estatal del derecho). Aquí cobra relevancia el monopolio de la producción jurídica y la consideración del sistema jurídico como completo y coherente.

Por último, el positivismo ideológico se enfoca en considerar que el derecho, por haber emanado de un procedimiento previamente establecido, es considerado valioso, adecuado y justo. Por ello hay una obligación moral de obedecerlo, con independencia del derecho ideal. El criterio de justicia aquí se relaciona con el de vigencia. Así, no interesa cuál sea el contenido de las leyes si no el proceso para su surgimiento. Bajo esta tipología del positivismo jurídico, Paolo Comanducci ha instituido una clasificación similar para representar el neoconstitucionalismo, a fin de hacer más fácil la confrontación entre esta corriente y el propio positivismo; no obstante, en este trabajo de investigación se pretende abordar esa clasificación con un objetivo diverso; esto es, examinar el neoconstitucionalismo mediante el método de clasificación, con la intención de que se comprenda de mejor forma.

Neoconstitucionalismo teórico: al respecto el neoconstitucionalismo teórico se puede concebir como aquel conjunto de ideas ordenadas que tienen como objetivo el describir e interpretar de manera generalizada el proceso de transformación de un sistema jurídico legalista y centralista a un sistema jurídico no formalista y de textura abierto, característico de los Estados constitucionales de derecho. Se trata de identificar en un modelo teórico los principales postulados de aquel sistema de derecho constitucionalizado o rematerializado en contenidos, a fin de que pueda ser expuesto y organizado de forma general.



De esa manera, cabe destacar que la identificación o caracterización teórica del neoconstitucionalismo puede aludir a dos objetos de investigación diversos; es decir, tanto al estudio de la Constitución como norma jurídica fundante de todo el sistema jurídico (modelo descriptivo) como al estudio de la referida Constitución, pero con contenidos sustantivos (modelo axiológico), lo que se considera impráctico, pues en una posición maximalista del derecho se debería buscar agrupar más que dividir todas las realidades que se puedan presentar en el fenómeno observable. Así, se estima que no resulta muy útil hablar de un neoconstitucionalismo que adopte como objeto de investigación dos distintas realidades. Con todo, para los efectos de la presente investigación el tipo de constitucionalismo teórico se concentrará en un modelo integral, en el cual se estudie la Constitución como norma jurídica fundante y con contenidos valorativos.

Con independencia de lo hasta ahora señalado, surgiría la siguiente interrogante: ¿cuál es la importancia del neoconstitucionalismo teórico? Se piensa que su mérito radica en poner de relieve las dificultades actuales del positivismo jurídico (si se quiere ser más exactos, del metodológico), reformulando los criterios teóricos dominantes, a fin de generar una nueva concepción del derecho acorde con el pluralismo y con el dinamismo social. De ahí que, como se ha referido anteriormente al presentar un concepto de neoconstitucionalismo, se circunscriba esta vertiente teórica del constitucionalismo, la cual representa una visión general y ordenada de los sistemas jurídicos contemporáneos, lo que además resulta muy útil en el ámbito de la docencia y enseñanza del derecho.

En resumen, se puede afirmar que desde el campo teórico, el neoconstitucionalismo busca caracterizar el funcionamiento actual de los



sistemas jurídicos. Así, el neoconstitucionalismo viene a presentar nuevos planteamientos epistemológicos sobre la manera de estudiar el fenómeno jurídico; por ejemplo, en el campo de las fuentes del derecho, en la forma de concebir a la Constitución, y sobre todo en la manera de interpretar y argumentar con ideales morales positivizados. Por ello, es evidente que el neoconstitucionalismo teórico reclamaría la revisión del pensamiento jurídico dominante a fin de ajustarlo a las vigentes realidades; ello si quiere atender en alguna medida el carácter maximalista que permea el derecho.

Neoconstitucionalismo ideológico: si se recuerda que la caracterización del positivismo ideológico se representa con la obligación (moral) de obedecer el derecho por emanar éste de un procedimiento preestablecido y por ello de su estimación como valioso, entonces el neoconstitucionalismo ideológico se asemeja en mucho a aquél, porque desde el constitucionalismo existe una estimación positivamente valiosa de la Constitución por contener derechos fundamentales y además por emanar de un poder constituyente, por lo que se considera moralmente bueno el obedecerla.

Por tal circunstancia, en la doctrina existe cierta crítica al neoconstitucionalismo en esta vertiente, al considerar que éste se comprende muy bien desde el aspecto positivista, pues sólo opera un cambio en el nivel de la norma jurídica a obedecer, en el formalismo lo son las leyes, en el constitucionalismo lo es la norma fundamental, así se ha concluido que el neoconstitucionalismo ideológico se muestra muy proclive a ser entendido como una variante actual nada menos que del positivismo ideológico. Pese a ello, se considera que si bien la estructura es la misma tanto en el positivismo ideológico como en el neoconstitucionalismo (obedecer las normas jurídicas), la esencia es muy diferente, ya que mientras que en el primero la obligación moral surge por el solo hecho de la existencia de leyes emitidas mediante un proceso legislativo sin importar el contenido de éstas, desde el neoconstitucionalismo las



cosas son muy diferentes, pues aquí no sólo se trata de cumplir la Constitución, sino por la simple circunstancia de que ésta emana de un poder constituyente, uno que cobra relevancia su obediencia, porque esa norma integra un contenido sustancial. En este contexto, el rasgo más representativo del neoconstitucionalismo ideológico es que desde éste se emiten valoraciones positivas sobre el proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos, con el objetivo de apoyarlo e, incluso, defenderlo frente a otras realidades. Se trata, en otras palabras, de emitir un juicio de valor (positivo) sobre dicha corriente, más que de describir y explicar los procesos de constitucionalización, como si se hace desde la vertiente teórica del neoconstitucionalismo.

Es evidente que la anterior representación del neoconstitucionalismo no es la única posible. Así, algunos autores señalan que con el neoconstitucionalismo ideológico particularmente se subraya la relevancia de los mecanismos jurisdiccionales de tutela de los derechos fundamentales, a fin de que los poderes públicos sujeten sus actividades a la concretización de éstos; sin embargo, se piensa que dicha concepción estaría presentando una de las características generales del modelo neoconstitucionalista, más que mostrando éste en su vertiente ideológica; por ello, se considera que el elemento relevante para la comprensión del constitucionalismo ideológico es el valorativo; esto es, la estimación positiva que como sujetos cognoscentes efectuamos sobre esta corriente jurídico-filosófica.

Neoconstitucionalismo metodológico: El neoconstitucionalismo metodológico no tiene que ver con el método para estudiar dicho fenómeno, sino más bien con la precisión en el objeto de estudio, si en el positivismo metodológico el objeto lo era el derecho positivo; esto es, el derecho real y, por lo mismo, la negación de la relación entre el derecho y la moral, en el neoconstitucionalismo metodológico ocurre ciertamente lo opuesto; es decir, aquí se mantiene al derecho como un fenómeno sujeto de valoración e



identificable en el mundo del deber ser, y no sólo en el del ser, como defiende el positivismo metodológico.

Bajo este esquema, se tiene que el neoconstitucionalismo en su vertiente metodológica es completamente antagónico con el positivismo conceptual o metodológico, pues cuando éste defiende la separación entre el derecho y la moral, al tener como criterios verificables del fenómeno jurídico únicamente los hechos sociales y centrarse por ello en el estudio del derecho positivo (tesis de las fuentes sociales); es decir, del derecho que existe, no del derecho que debería ser, excluye por completo cualquier lectura moral de las normas jurídicas.

Por su parte, el neoconstitucionalismo metodológico, al defender la idea de que el fenómeno jurídico no puede ser entendido en su totalidad sin relacionarlo e identificarlo con el derecho ideal, con el derecho que debería ser, está reconociendo explícitamente la *necesaria* relación entre el discurso jurídico y el discurso moral, de ahí el marcado antagonismo entre ambas concepciones del derecho, antagonismo que, como se recordará, no estuvo tan marcado en las tipologías de positivismo teórico e ideológico con sus equivalentes del neoconstitucionalismo. Bajo este contexto, se puede observar que con el neoconstitucionalismo metodológico resurgen los grandes problemas de teoría del derecho que el propio Hart (quien dedicó parte de sus investigaciones en examinar la esencia o naturaleza del derecho) no pudo pasar por alto; por ejemplo, cuando hablaba de la existencia de afirmaciones generales teóricas de que entre el derecho y la moral hay una conexión en algún sentido *necesaria*, y que ello debe ser estimado en cualquier elucidación de la noción de Derecho.

Partiendo de las reflexiones hasta aquí presentadas, es apropiado detenerse en el análisis de las posturas que surgen bajo el neoconstitucionalismo metodológico. Así, cabe referir que la relación necesaria



entre derecho y moral es una de las discusiones más recurrentes en teoría jurídica; por ejemplo, entre positivistas incluyentes y positivistas excluyentes.

En este sentido, la relación moral-derecho se enmarca en la misma interpretación de la Constitución, derivado de que esta norma consigna derechos que representan algún tipo de moral que es importante reconocer jurídicamente, por lo que los juzgadores se ven obligados a transitar por el terreno de la moral.

Paradójicamente, este tipo de interpretación abierta ya había sido esbozada de alguna manera por Lon Fuller, quien partiendo del carácter obtuso de las disposiciones constitucionales, infirió que el papel de los intérpretes de éstas debía ser creativo, lo que no se traduce en activismo judicial, pues como precisó dicho autor, debe fundarse (la interpretación) en las necesidades del gobierno democrático y en la misma naturaleza humana, necesidades que se considera deben guiar en todo momento la interpretación constitucional, ya que actualmente un gobierno democrático sólo es entendido bajo un marco de derechos fundamentales con eficacia jurídica.

Con todo lo dicho para entender el neoconstitucionalismo metodológico, el cual no es más que la posición adversaria del positivismo conceptual, pues aquél reconoce una toma de posición valorativa del fenómeno jurídico y, por lo tanto, la negación de la tesis de la separación entre el derecho y la moral impulsada desde el positivismo metodológico.

Una vez analizados los tipos de neoconstitucionalismo que se han planteado dentro de la Filosofía del Derecho, a continuación se analizarán las diversas posturas acerca de esta corriente del pensamiento jurídico



- 1) **Postura de Comanducci (acepta el neoconstitucionalismo como nuevo paradigma no positivista; no obstante solo acepta el sentido ideológico y el teórico del neoconstitucionalismo, dado que mantiene el sentido metodológico del positivismo):** al respecto Comanducci afirma que el neoconstitucionalismo metodológico, es la aplicación de la posibilidad de conocer el derecho y distinguirlo, en particular es la idea de la conexión necesaria entre derecho y moral; en este aspecto hay dos variantes, dicotómicas de este tipo aprendidos de Norberto Bobbio.

Primero, el neoconstitucionalismo metodológico afirma la conexión del derecho de dos maneras: la identificativa y la justificativa: la identificativa es la idea para poder identificar y conceptuar el Derecho, es decir que es necesario acudir a criterios y pautas morales, ya que solo si el Derecho tiene determinados conceptos justos, esto es Derecho; sino no es justo no puede ser considerado Derecho, pues para determinar el derecho se requiere de criterio de justicia y moral. La segunda es la conexión justificativa del Derecho moral (alexey Dworkin) la cual consiste que cualquier justificación en el marco jurídico (por ejemplo la motivación de una sentencia: conjunto de razones a favor de una conclusión de una tesis), cualquier justificación en el marco jurídico (también la motivación de una sentencia) tiene que estar justificada en última instancia (última instancia) por principios morales, por medio de los principios constitucionales.

Aunado a lo antes indicado, Comanducci afirma, que el neoconstitucionalismo piensa que las constituciones contemporáneas han incorporado principios morales en el apartado de los derechos fundamentales, y a través de este medio los principios morales justifican las decisiones judiciales, es decir la decisión jurídica está justificada en la ley, la ley está justificada en la constitución y esta está justificada los principios morales.



En cuanto al neoconstitucionalismo teórico, Comanducci afirma, que este también se puede entender de dos maneras diferentes, ya que es una teoría que describe el modelo de estado constitucional de derecho que describe la realidad jurídica contemporánea.

Esto se puede interpretar de dos maneras diferentes: primero el neoconstitucionalismo teórico, es el positivismo teórico de hoy en día, porque ha cambiado la realidad jurídica, es decir el contenido de la teoría (la teoría explica y presenta) es algo diferente porque el objeto es diferente; pero no hay una diferencia en el método, dado que este es el mismo tanto en el positivismo como en el neoconstitucionalismo.

Por ejemplo, antes era correcta la teoría positivista de la centralidad de la ley, pero ahora la teoría ha cambiado porque la centralidad está en la constitución, pero no ha cambiado la metodología de enfoque (es una interpretación minoritaria).

Mientras que la interpretación de la mayoría piensan en cambio que la teoría neoconstitucional es diferente a la teoría positivista, porque es diferente el objeto y es diferente la actitud y el método de la teoría. Es decir que la teoría neoconstitucional es una teoría normativa, porque no describe sencillamente un objeto, sino que es una teoría que adorna y afecta el objeto mismo, posición de donde se desprenden dos dicotomías, es decir dos maneras de concebir la teoría normativa: la manera de Ferrajoli (que es una posición del positivismo) y los partidarios de Dworkin (son neoconstitucionalistas también en el método) conexión derecho y moral, posición esta que Ferrajoli no acepta.

En cuanto al neoconstitucionalismo ideológico, Comanducci afirma que el positivismo ideológico pregona la sumisión al derecho no importando su contenido, en cambio el neoconstitucionalismo ideológico establece que



al derecho se le debe obediencia solo con dependencia de su contenido, es decir se le debe obediencia al derecho, si el derecho es constitucionalizado si la constitución incorpora derechos fundamentales y en última instancia la constitución es moralmente correcta.

La anterior, es una de las tesis del neconstitucionalismo ideológico, pero hay una bastante genérica, que dice que el modelo de estado constitucional de derecho no solo es un modelo que describe la realidad jurídica (sistemas jurídicos contemporáneos) sino que es un modelo positivista, pues los neoconstitucionalistas ideológicos dan una valoración positiva en términos morales o en términos políticos (modelo de estado constitucional de derecho).

Para Comanducci, la tercera característica o la tercera tesis del neoconstitucionalismo ideológico, es la idea de Dworkin, consistente en la lectura moral de la constitución, es decir que esta tiene que ser leída e interpretada a la luz de la mayor moralidad política disponible en un país.

La idea que sigue de esta es que hay una única respuesta correcta a todas las cuestiones jurídicas y que esta única respuesta correcta depende de la aplicación de los principios constitucionales que son principios morales, a través de una técnica de aplicación de derecho que no es la técnica habitual de los positivistas (subsunción o derivación lógica) sino que sería la técnica de la ponderación el balanceo entre principios posible.

Finalmente Comanducci se hace la pregunta de que si él es neoconstitucionalista o es positivista, al respecto hace referencia a Bobbio cuando le hacían esta pregunta sobre si él era positivista o iusnaturalista, y recordaba que Bobbio les decía que era positivista metodológico pero que no era un positivista ideológica (Bobbio) dado que rechazaba esta postura del positivismo, en virtud que esta era moralmente incorrecta, por lo cual era



positivista en un sentido pero en otros dos ya no lo era; por lo que según Comanducci habría que abandonar el positivismo. Por lo que ya para contestarse así mismo, Comanducci afirmó que era un positivista metodológico (defiende esta postura) pero no es positivista ideológico, dado que es casi un neoconstitucionalismo ideológico, pero es un positivista metodológico, pero en un solo de los sentidos ya que solo acepta una tesis.

En ese sentido, Comanducci afirma que es un neoconstitucionalista ideológico, porque desde el punto de vista moral aceptaría una tesis para darle apoyo al modelo del estado constitucional de derecho, ya que en un sentido hay que obedecerlo, pero solo *prima facie*, es decir la actitud de obediencia de acatar normas jurídicas de un estado constitucional de derecho, es que ese sea un modelo efectivo que funcionen bien. Esto porque hay que mirar el derecho desde afuera, desde un punto de vista externo, es decir desde el punto de vista de la moral y decir es correcto o no la obediencia en momento determinado, si no hay razones fuertes para la desobediencia, entonces hay que obedecer fuera de los casos excepcionales de normas que exijan de nuestra conciencia (objeción de conciencia). En síntesis acepta la tesis de que desde el punto de vista de la moral, es o no es correcto en un determinado momento el deberle obediencia al derecho pero de forma *prima facie*.

No obstante lo anterior, Comanducci, afirma que no es neoconstitucionalista ideológico (en el sentido de la única respuesta correcta) porque es imposible sostener esta tesis, dado que en un estado constitucional de derecho principialista donde abundan los contenidos genéricos y vagos, donde abundan los derechos fundamentales con formulación indefinida, la respuestas admisibles en el marco jurídico se multiplican, hay muchas y no pocas, algunas pueden ser correctas (en el sentido que pueden ser argumentadas como correctas) pero otras no.



En cuanto al neoconstitucionalismo como teoría, la respuesta si es neoconstitucionalista teórico si y solo si la teoría del derecho no debe cambiar metodología para describir la nueva realidad jurídica, es decir que no está dispuesto ni de acuerdo con los principalistas ni con Ferrajoli en aceptar que hay que cambiar la metodología, para describir un sistema jurídico constitucional, ya que son suficientes las herramientas heredadas del positivismo. Esta postura de Comanducci fue tomada de una conferencia que este autor impartió sobre su posición acerca del neoconstitucionalismo (<https://www.youtube.com/watch?v=KBOH6FiXeU>:8 de enero de 2017)

Con base en lo antes analizado, se determina que para Comanducci, el neoconstitucionalismo es un paradigma nuevo no positivista; dado que el neoconstitucionalismo metodológico acepta la conexión entre moral y derecho, y supone que para establecer que el derecho es derecho, debe ser justo, es decir debe estar justificado en principios morales que inspiran las constituciones.

En cuanto al neoconstitucionalismo teórico, Comanducci, afirma que hay dos posturas: la primera consistente en que la teoría ha cambiado porque en el positivismo la centralidad está en la ley, mientras que en el neoconstitucionalismo la centralidad está en la constitución, pero el método es el mismo del positivismo, esta es la postura de Ferrajoli. La segunda afirma que tanto la teoría como el método han cambiado porque existe conexión entre derecho y moral (situación que no acepta Ferrajoli y es la postura de Dworkin).

En cuanto al neoconstitucionalismo ideológico, Comanducci, afirma que esta clase de neoconstitucionalismo posee dos tesis, la primera en la que se producen dos posiciones contra puestas: la primera cree que el modelo de estado constitucional de derecho no solo es un modelo que describe la realidad jurídica (sistemas jurídicos contemporáneos) sino que



es un modelo positivista, pues los neoconstitucionalistas ideológicos dan una valoración positiva en términos morales o en términos políticos (modelo de estado constitucional de derecho); mientras que la segunda postulada por Dworkin, sostiene la tesis de la lectura moral de la constitución, es decir que esta tiene que ser leída e interpretada a la luz de la mayor moralidad política disponible en un país.

En cuanto a la segunda tesis del neoconstitucionalismo ideológico (consistente en la respuesta única), Comanducci, afirma que la idea que sigue de esta es que hay una única respuesta correcta a todas las cuestiones jurídicas y que esta única respuesta correcta depende de la aplicación de los principios constitucionales que son principios morales, a través de una técnica de aplicación de derecho que no es la técnica habitual de los positivistas (subsunción o derivación lógica) sino que sería la técnica de la ponderación, es decir el balanceo entre principios.

Finalmente Comanducci, expone su postura, aduciendo que él es un positivista metodológico, pero a su vez es un neoconstitucionalista ideológico, pero solo en la tesis de la lectura moral de la constitución, no así en la tesis del sentido de la única respuesta correcta y por último en cuanto al neoconstitucionalismo teórico, Comanducci sostiene que él es un neoconstitucionalista teórico, solo si la teoría del derecho no debe de cambiar de metodología para describir la nueva realidad jurídica, es decir que no está de acuerdo con la postura de los principalistas ni con Ferrajoli; pues para describir un sistema jurídico constitucional, son suficientes las herramientas heredadas por el positivismo.



2) Posturas de los principalistas no positivistas o postpositivistas sobre el neoconstitucionalismo:

a. Postura de Gustavo Zagrebelsky: La ubicación de Zagrebelsky como partidario del neoconstitucionalismo obedece a que sus principales reflexiones sobre el derecho y el Estado se circunscriben en un contexto antiformalista; en específico llama la atención el reconocimiento que dicho autor efectúa sobre el carácter abierto, activo y sociológico del derecho, así como la importancia que le confiere al estudio de los principios contenidos en las Constituciones democráticas. En ese sentido a continuación se presentan las principales ideas de la postura de Zagrebelsky en relación al neoconstitucionalismo: i) La falta de homogeneidad en el derecho surge en mayor medida por los principios contenidos en las Constituciones, los cuales se perciben como conflictivos. ii) Existen en la Constitución principios de justicia, como los denomina Zagrebelsky, los cuales fungen como orientaciones de las acciones de los poderes públicos. Estos principios vendrían a ser nada menos que los derechos fundamentales. iii) La distinción entre las normas consideradas reglas y las normas consideradas principios. iv) La realidad es que en las sociedades actuales, aun en las fragmentadas, existen principios que los individuos viven, reconocen y de alguna forma comparten. Por ello, si el derecho pretende ser consciente de su alcance material o sustantivo, debe considerar el contexto cultural en el cual pretende operar.

b. Postura de Luis Prieto Sanchís: en primer lugar cabe señalar que Prieto Sanchís se centra en describir el neoconstitucionalismo desde el contexto de un modelo institucional de organización; esto es, desde el modelo de Estado constitucional de derecho. De esta forma, para este autor, el neoconstitucionalismo hace posible la unión de dos



tradiciones constitucionales: una que ve a la Constitución como una regla de juego de las atribuciones políticas y que goza de una garantía jurisdiccional, y la otra, que la concibe como el proyecto o programa directivo de carácter social; esto es, con un alto contenido normativo que condiciona lo que debe mandarse, aunque sin una vigorosa garantía jurisdiccional.

Sobre esta premisa, este autor considera que la interpretación jurídica en el modelo neoconstitucionalista sí difiere de la interpretación positivista de las reglas, ya que la interpretación constitucional posibilita la referencia a principios en un primer nivel del discurso, lo que en la interpretación jurídica de las reglas se da en un segundo momento. Con todo, Prieto Sanchís, en un trabajo posterior, estimó que el constitucionalismo hace insostenible el positivismo jurídico, entre otras cosas porque la teoría de la interpretación ya no puede defender la tesis mecanicista ni de la discrecionalidad, como lo hace el positivismo.

No obstante, a pesar del optimismo actual de Prieto Sanchís sobre el neoconstitucionalismo, se debe recordar que él mantiene una posición neutral entre el constitucionalismo y el positivismo, si se quiere más inclinada al constitucionalismo. Así, de hecho él critica el relativismo que desarrolla Zagrebelsky, y para tal fin, hace recordar que el postulado positivista de que *no existe* una relación necesaria entre el derecho y la moral, no es eliminado por la circunstancia de que ocasionalmente surja dicha relación.

- c. **Postura de Ronald Dworkin:** Sería inoportuno decir que el profesor norteamericano es un neoconstitucionalista, ya que como se analizará más adelante esta corriente filosófica se desarrolló principalmente en el continente europeo a consecuencia de la realidad histórica de



países como Alemania e Italia; sin embargo, también sería inadecuado omitir el estudio de la teoría elaborada por Ronald Dworkin, que bien podría coincidir con los postulados del neoconstitucionalismo, en específico con la idea de un constitucionalismo de principios.

Así, se considera que sí se podrían ubicar las ideas de Ronald Dworkin dentro de dicha corriente o, mejor dicho, se deberían utilizar los postulados de la teoría del derecho de Dworkin para entender el neoconstitucionalismo. En ese orden de ideas, se debe comenzar por señalar que Ronald Dworkin critica las doctrinas positivistas que han venido controlando el pensamiento jurídico. La principal razón en que se sustenta su crítica es que las concepciones del derecho formalistas desconocen la práctica jurídica, en la cual no existe una separación absoluta entre el derecho y la moral. De hecho, las críticas de Dworkin toman como referencia los postulados del positivismo jurídico asumido por Hart.

Pero cabe desarrollar las ideas primordiales de Dworkin a propósito del constitucionalismo contemporáneo: i) El punto de partida que Dworkin utiliza para criticar al positivismo jurídico se sustenta en una clasificación que dicho autor efectúa sobre el tipo de normas que integran el derecho. Así, él habla de que en el derecho figuran principalmente reglas, pero también principios y directrices, situación que desconoce la teoría positivista, pues ésta se concentra en el análisis de la aplicación de las reglas jurídicas, dejando fuera el estudio de otras normas, como son las descritas por Dworkin. ii) Se defiende una postura contraria a la forma de argumentar del modelo positivista. Iii) Se reconoce la existencia de más de una realidad en el derecho, ya que se señala que éste no sólo se integra por reglas, sino también por principios y directrices. iv) Se acepta el sistema de



ponderación ante colisiones o elecciones entre principios, privilegia la función de las Constituciones como instrumentos de defensa de los derechos individuales ante violaciones del Estado, por ejemplo, las efectuadas por mayorías legislativas. Aquí cabría precisar que también converge con el sistema garantista de Ferrajoli.

- d. Postura de Robert Alexy:** este autor, es uno de los primeros en desarrollar las teorías que sustentan el neoconstitucionalismo, el cual afirma que el problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. Alexy indica, que a pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista. En ese sentido todas las teorías positivistas sostienen la *tesis de la separación*, según la cual el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral.

Con base en lo anterior, la tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser; al respecto el gran iuspositivista Hans Kelsen resumió esta posición con la fórmula: «Por ello, cualquier contenido puede ser derecho». Por lo tanto, para el concepto positivista de derecho, quedan solo dos elementos definitorios: el de la legalidad conforme al ordenamiento o dotada de autoridad y el de la eficacia social. Las numerosas variantes del positivismo jurídico resultan de las diversas interpretaciones y del peso que se dé a estos dos elementos definitorios. A todas ellas es común el hecho de que lo que es derecho depende de lo que es impuesto y/o es eficaz; por lo tanto la corrección del contenido, cualquiera que este sea, no juega aquí ningún papel.



En cambio, todas las teorías no positivistas sostienen la tesis *de la vinculación*. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Ningún no positivista que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de derecho los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. Lo que lo dio referencia de los positivistas es más bien la concepción de que el derecho debe ser definido de forma tal que, a más de estas características que apuntan a hechos, se incluyan también elementos morales. Una vez más, aquí son posibles las más diversas interpretaciones y acentuaciones de cuando un sistema normativo pierde su carácter jurídico cuando, en general, es extremadamente injusto. A diferencia de la tesis de la irradiación, la del derrumbe sostiene que, por razones morales, una norma aislada pierde su carácter jurídico solo si es extremadamente injusta. Su base esta pues constituida por el argumento de la injusticia bajo la forma de la formula radbruchiana aplicada a una norma aislada y por lo que respecta a ella no se agrega nada.

- e. **Postura de Carlos Santiago Nino**, en cuanto al sostenimiento de las tesis neoconstitucionalistas por parte de este autor, este afirma que quienes se oponen a la idea de que sólo derechos de índole moral tienen carácter justificatorio de acciones y decisiones señalan también la obscuridad que presenta la alegada relación entre normas morales y normas jurídicas, lo que se manifiesta en la incertidumbre acerca de qué relaciones tiene que haber entre derechos establecidos por las primeras y los establecidos por las últimas: por ejemplo, un comportamiento, como el de circular por la derecha puede ser moralmente indiferente (¿permitido?), pero jurídicamente obligatorio; puede haber comportamientos que están moralmente prohibidos o



que son obligatorios (mentir, ayudar a un amigo necesitado) pero que son jurídicamente facultativos y son, por lo tanto objeto de derechos.

Estos derechos correlativos de deberes que están establecidos por normas jurídico-morales son los que Dworkin llama «*derechos institucionales*». Pero además, por supuesto, las normas morales puras también pueden establecer directamente derechos, que se pueden llamar *derechos fundamentales* para distinguirlos de los derechos institucionales, que también son de índole moral. Es un tema sumamente controvertido si esos derechos son irreducibles o si deben ser interpretados, por ejemplo, también como correlativos de deberes o como derivados de ciertos ideales del bien.

Según el autor estos derechos no institucionales no pueden ser interpretados en el contexto de una concepción liberal de la sociedad como reflejos de deberes de otros sino como fundamento de tales deberes, una vez que se dan ciertas condiciones adicionales como es la posibilidad de actuar; por tal razón para Nino esos derechos lo que exigen es que cierto estado de cosas valioso deba ser obtenido, lo que es diferente que decir que hay un deber de producirlo (como se advierte en inglés con la diferencia entre las palabras *ought* y *duty*). También es una cuestión controvertible de ética sustantiva si los derechos fundamentales determinan sólo deberes de los legisladores o directamente también de los jueces y de los ciudadanos en general.

- 3) Postura de Manuel Atienza:** En el último número (vol. 15, dic. 2014) de la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella se publicó el artículo de Manuel Atienza denominado: “*Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*“. Este es un texto de gran claridad, donde Atienza expone su postura sobre el



neoconstitucionalismo, en este documento el catedrático español parte del concepto de “neoconstitucionalismo” para llegar a su propia teoría de la interpretación constitucional. Atienza sostiene que existe una gran confusión conceptual sobre lo que significa “neoconstitucionalismo”, término que los autores se endilgan unos a otros pero en el que pocos de ellos se reconocen. Así, el término se les ha aplicado a Dworkin, Alexy, Nino, Zagrebelsky y Ferrajoli, entre otros, pero todos consideran que es un traje que les queda incómodo. Atienza aprovecha entonces para revisar algunas caracterizaciones del movimiento y señalar sus inconvenientes taxonómicos. En su opinión expone lo siguiente:

... en la teoría del Derecho contemporánea, podríamos hacer una primera gran división entre, por una parte, quienes consideran que los cambios ocurridos con el fenómeno de la constitucionalización de nuestros Derechos no necesitan de un nuevo paradigma teórico, sino que de ellos puede darse cuenta permaneciendo en el positivismo, digamos, clásico: con acentos más bien normativistas o, por el contrario, realistas; y, por otra, quienes defienden que la constitucionalización del Derecho requiere de un nuevo paradigma teórico. Y, dentro de este segundo grupo, habría, a su vez, que hacer estas divisiones: 1) los constitucionalistas positivistas, como Ferrajoli; 2) los constitucionalistas no positivistas o postpositivistas, como Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelsky; 3) los neoconstitucionalistas (que sin duda no es una clase vacía, pero sí menos poblada de lo que se piensa); y (quizás) 4) los constitucionalistas iusnaturalistas.” (2014: 11)

En ese sentido, para Atienza, el orden jurídico contemporáneo requiere de un nuevo paradigma teórico porque el constitucionalismo es un fenómeno que no es reconducible a las viejas categorías de la teoría jurídica. Los positivistas intentan hacerlo y con ello reducen la norma constitucional a una mera categoría formal -norma de carácter superior-, pero olvidan su principal innovación: el valor material/sustancial que ella trae consigo. Los neoconstitucionalistas, por su parte, le brindan demasiada importancia a esto último y olvidan el valor de las leyes.

Recoge así la crítica de que el positivismo encarna una concepción demasiado pobre del Derecho, ya que lo reduce a su faceta autoritativa, dejando fuera lo relacionado con los valores. Prefiere una visión dual del



Derecho, que algunos autores, como Dworkin, recrean en el binomio principios-reglas y otros, como Alexy, en positividad-idealidad. Para Atienza

La mejor manera de expresar la naturaleza dual del Derecho consiste en ver en el mismo no sólo un sistema, un conjunto de normas, sino también (sobre todo) una práctica social con la que se trata de alcanzar (de maximizar) ciertos fines y valores, pero permaneciendo dentro del sistema: jugando al juego del Derecho.” (2014: 16).

En cuanto a la separación tajante entre Derecho y moral, critica a los positivistas porque al querer establecer un límite preciso terminan yendo contra la letra misma de los sistemas constitucionales, abiertos en contenidos como libertad, igualdad y muchos más. Los neoconstitucionalistas, por su parte, suelen moralizar excesivamente el Derecho, quitándole a éste su especificidad propia. En este punto, como en el referente a las dicotomías principios vs reglas o ponderación vs. subsunción, Atienza trasciende las divisiones para dar cuenta de la complejidad de la práctica jurídica contemporánea. Y deja para el final lo referente al rol del Juez, quien si fuera estrictamente positivista caería en el formalismo mientras que si asumiera un neoconstitucionalismo de libro, tomaría un rol activista que desconocería las otras instancias de creación del derecho en una sociedad democrática. Su postura, sin embargo, no es teórica sino que hace un juicio concreto y situado sobre la realidad jurídica en los países latinos de la siguiente manera:

Yo creo que el defecto fundamental de la cultura jurídica en los países latinos sigue siendo la propensión hacia el formalismo. Y esa puede ser una explicación para el hecho de que muchos juristas comprometidos con un proyecto político de transformación social se sientan atraídos por el neoconstitucionalismo. Pero el formalismo no se combate ignorando que en la cultura del legalismo hay valores que es importante preservar, que el positivismo jurídico no implica necesariamente formalismo y que, en definitiva, un juez activo no es lo mismo que un juez activista...aunque los límites del activismo no pueden ser trazados exactamente de la misma manera en países de institucionalidad, digamos, fuerte, en los que existen instancias distintas a la judicial en condiciones de asegurar la tutela de los derechos fundamentales allí donde no llega la acción judicial, que en otros, de institucionalidad más débil, en los que la no actuación por parte del juez puede suponer lisa y llanamente la no satisfacción de los derechos.” (2014: 25)

En suma, un texto que aclara conceptos y hace reflexionar -como debería hacerlo siempre la filosofía- sobre la práctica jurídica.



4) Postura de Juan Ruiz Manero: según este autor, el positivismo jurídico ha agotado ya su ciclo histórico, por lo que mantiene una posición en contra de lo que han sostenido algunos autores como Ferrajoli, Comanducci o Pignatelli, pues el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el Derecho.

De esa manera, el positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional, además de por los déficits a los que se ha venido haciendo referencia, por un último rasgo vinculado a ellos: porque tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del Derecho como sistema, y no (también) del Derecho como práctica social. Como sistema, el Derecho puede considerarse como un conjunto de enunciados de carácter normativo y no normativo que cumplen ciertos requisitos. Pero además el Derecho puede (ha de) verse como una práctica social compleja consistente en decidir casos, en justificar esas decisiones, en producir normas, etc. Dicho quizás de otra manera, el Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar. Por algo tanto en la obra de Dworkin como en la de Alexy, esto es, los dos autores que han desarrollado las que podría considerarse como teorías no positivistas del Derecho de mayor impacto, se subraya esa necesidad de considerar el Derecho como una práctica social (en la terminología de Dworkin, como una práctica interpretativa, en la de Alexy, como una serie de procedimientos), y no simplemente como un conjunto de reglas y principios.

5) Postura de Ricardo Guastini: este autor desde su posición cuestiona el conjunto de postulados que comúnmente se conocen como neoconstitucionalismo. De esta manera, considera que la ponderación no



constituye un medio de aplicación de los principios constitucionales, sino el mecanismo para la solución de los conflictos que se presentan entre estos. Es más, sostiene la tesis de que para la aplicación de un principio es necesario extraer una regla implícita mediante una labor de subsunción que denomina concreción.

Para tal fin afirma que es una idea difusa que el así llamado “neoconstitucionalismo” sea nada menos que una (nueva) articulada filosofía del Derecho, con un componente metodológico, teórico e ideológico; lo que al autor no le parece; por el contrario le da la impresión, que el neoconstitucionalismo consiste en un amontonado (de confines indeterminados) de posturas axiológicas y de tesis normativas, entre las cuales no es fácil identificar alguna tesis propiamente teórica reconocible y susceptible de discusión y el hecho de que a esa corriente se le llama nuevo ‘paradigma’, o una nueva forma de ver el Derecho que no tiene que ver con lo anterior; le resulta al autor muy difícil de aceptar, desde luego, si se usa con cierta precisión esa expresión de Kuhn, ‘paradigma’, lo cual representa palabras mayores e innecesarias; pues Guastini no ve la Constitución y su inserción en el ordenamiento como algo que altere sustancialmente la teoría del derecho que se ha venido construyendo a lo largo del siglo XX bajo la inspiración del positivismo.

No obstante afirma que la Constitución introduce ingredientes nuevos que son importantes, sobre todo si se subrayan algunos rasgos como la rigidez, el especial lenguaje de valores y principios, o la aplicabilidad directa, sin embargo esto según Guastini no da lugar a una diferencia cualitativa y sustancial entre las teorías que han dado cuenta de las relaciones entre la ley y el reglamento, por ejemplo, y los enfoques nuevos que abordan la relación entre la Constitución y la ley. A veces parece que la Constitución ha venido poco menos que a inventar el lenguaje y el derecho. Y esto le parece



al autor más bien producto de un énfasis en la norma constitucional, quizás, bien intencionado, pero equivocado; por eso según Guastini el constitucionalismo es importante, pero no es sino una prolongación del ideal del imperio de la ley hasta la norma constitucional. Nada más y nada menos.

6) Postura de los Positivistas constitucionalistas:

- a. **Postura de Luigi Ferrajoli:** Tal vez parecería arbitrario ubicar a Ferrajoli como partidario del neoconstitucionalismo, ya que este autor formula su propia teoría del garantismo; no obstante, se observa que algunos puntos del garantismo se identifican con el nuevo constitucionalismo, por lo que bien se podría decir que Ferrajoli al presentar una crítica del positivismo y al centrar su interés en los sistemas de garantías de los derechos fundamentales, es un partidario, si se quiere moderado, del neoconstitucionalismo. A este respecto, resulta adecuado señalar que a pesar de que las investigaciones de Ferrajoli no se colocan en el estudio del papel de los principios en los actuales Estados constitucionales, y de que este autor ha sido catalogado como un positivista crítico, con todas las implicaciones que ello comporta, estas circunstancias no eliminan la disposición de los trabajos de Ferrajoli en apoyo a ciertos postulados de la teoría del neoconstitucionalismo, como son los mecanismos de efectividad de los derechos fundamentales en el terreno jurídico.

Por lo antes indicado, se puede decir que la teoría del garantismo de Ferrajoli comparte el postulado del neoconstitucionalismo referente a la necesidad de transformar el modelo formalista por un modelo de corte material, lo que además implica la confrontación constante del derecho con la realidad, revalorando la dimensión de eficacia jurídica. Así, para ambas teorías



el sistema jurídico no es sólo una estructura creada por el ser humano, sino un orden jurídico con fines valiosos para la sociedad; de ahí, la importancia de los principios para el neoconstitucionalismo y de las garantías constitucionales para la teoría propuesta por Ferrajoli. Por otro lado, cabe enfatizar que el garantismo tiene bien merecido su lugar en el terreno de la eficacia jurídica, pues de poco sirve tener el mejor catálogo de derechos fundamentales si no se cuenta con mecanismos que propicien su efectividad o respeto ante posibles afectaciones injustificadas. Así, el modelo de Ferrajoli no hace más que reducir las distancias existentes entre las cuestiones teóricas y prácticas del derecho. Por ello, parece que la idea rectora del garantismo es comprimir la tasa de ineficacia de los derechos comprendidos en la norma suprema.

No obstante las coincidencias entre el neoconstitucionalismo y la teoría del garantismo de Ferrajoli, este autor se denomina así mismo positivista crítico, y a la teoría paradigmática que representa la denomina paradigma del Estado Constitucional de Derecho o Positivismo Perfecto; aunado a esto hay autores que identifican en Ferrajoli un neoconstitucionalista positivista, esto, porque él ha mostrado la existencia de una doble articulación en el plano de la validez interna del Derecho de los Estados constitucionales y ha extraído, a partir de ahí, importantes consecuencias teóricas y prácticas: el Derecho formalmente vigente puede ahora ser considerado inválido desde parámetros establecidos por el propio Derecho (sin acudir a instancias —morales— externas al mismo), de manera que la dogmática jurídica y la jurisdicción adquieren una nueva dimensión crítica; ya no es la política lo que prima sobre el Derecho, sino que el Derecho (los derechos fundamentales recogidos en la Constitución) marca el límite de la política; etc. ¿Pero por qué el



empeño en considerar que el nuevo paradigma del constitucionalismo jurídico— no sólo es compatible con el positivismo jurídico, sino que significa su completo desarrollo? La razón fundamental por la que Ferrajoli defiende la anterior tesis parece ser ésta: el positivismo jurídico implica la separación entre el punto de vista (jurídico) interno y el punto de vista (ético-político) externo y el primado del segundo sobre el primero; eso evitaría confusiones conceptuales y conjuraría el riesgo de sacralizar el Derecho positivo. Así pues: claridad conceptual y capacidad crítica.

En ese sentido, la diferencia entre la concepción positivista de Ferrajoli y una concepción no positivista como la que en los últimos tiempos han defendido autores como Dworkin, Nino o Alexy no radica en que estos últimos ignoren la diferencia entre el Derecho y la moral o en que su orientación sea «tendencialmente» iusnaturalista. Se sitúa en otro lugar. Estos últimos, en efecto, consideran que el Derecho tiene, además de un componente autoritativo (el único que Ferrajoli parece tener en cuenta), otro de carácter valorativo. Eso es lo que le lleva a Dworkin a considerar el Derecho como una práctica interpretativa en la que los fines y valores de la misma juegan un papel determinante; a Alexy, a identificar en el concepto de Derecho un elemento de idealidad, una «pretensión de corrección»; y a Nino, a defender la tesis de que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas, de manera que el razonamiento jurídico debe ser considerado como un razonamiento abierto hacia las razones morales. Lo que se sigue de ahí es que el Derecho no puede ser entendido exclusivamente como un sistema de normas, sino también como una práctica social.

Ferrajoli, al considerar el Derecho esencialmente como un conjunto de normas, de reglas, tiende a pensar que en la aplicación



del Derecho lo que existe es algo así como subsunción discrecional, al tiempo que es notablemente escéptico a propósito de la ponderación. O, dicho de manera quizás más matizada, dado que, en su opinión, no hay una diferencia cualitativa entre reglas y principios, no puede haber tampoco una diferencia relevante en cuanto a su utilización para resolver problemas prácticos. El resultado es una teoría poco desarrollada de la interpretación y de la argumentación jurídica y una carencia de instrumentos teóricos con los que poder dar cuenta de un aspecto importante de la práctica jurídica: la que concierne a los casos difíciles en materia de derechos fundamentales. Otra consecuencia de lo anterior consiste en identificar los derechos fundamentales con normas jurídicas.

7) Postura de los críticos del neoconstitucionalismo:

- a. **Postura de Giovanni Batista Ratti:** según Batista Ratti, la expresión “neoconstitucionalismo” es sumamente ambigua: se usa en la cultura jurídica contemporánea para denotar cosas tan heterogéneas como una forma de Estado, una política de activismo judicial, una reconstrucción teórica de los sistemas jurídicos contemporáneos, una metodología jurídica y una adhesión ideológica al derecho; en ese sentido el autor analiza dos perspectivas que se pueden asumir en relación con las diferentes formas de neoconstitucionalismo: una negativa o básica, que delinea dicha multifacética concepción del derecho como un conjunto de oposiciones a las tesis defendidas por las concepciones dominantes, y otra positiva o “ambiciosa”, que pretende haber identificado toda una serie de “nuevos descubrimientos” acerca de los sistemas jurídicos contemporáneos, sus presupuestos y la metodología apta para dar cuenta de ellos.



Sobre la base anterior, a continuación se realizará un análisis de cada versión del neoconstitucionalismo.

- i. Neoconstitucionalismo negativo: según el autor en la modernidad, la historia de las ideas y de las concepciones en ámbito jurídico a menudo ha procedido paradigmáticamente por “vía negativa”; esto es, mediante la negación de las tesis hasta el momento dominantes. Después del giro analítico en filosofía general, y en filosofía del derecho, esta estrategia se ha impuesto como estrategia global, considerándose como carente de significación toda tesis no susceptible de ser negada.

En ese sentido, toda visión del derecho, en consecuencia, para ser admitida en el “panteón” de las concepciones jurídicas tiene que pasar un test básico, según el cual debe poderse caracterizar como un conjunto de negaciones de tesis sostenidas por otras maneras de enfocar el derecho. Esto es lo que pasó, de manera realmente paradigmática, con el “neoconstitucionalismo”, cuya versión primigenia fue articulada, por teóricos positivistas en sede de metateoría descriptiva, como un conjunto de conceptos y tesis que se oponían a las nociones y las tesis articuladas y defendidas por el positivismo. Por otro lado, los autores pertenecientes a la corriente neoconstitucionalista casi siempre se han concebido a sí mismos como partidarios de una *third theory of law*, distinta tanto del positivismo como del iusnaturalismo clásico.

Cabe hablar, pues, de un “neoconstitucionalismo negativo o básico”, que se caracteriza por oposición a las grandes concepciones tradicionales del derecho: el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. En su versión negativa, el neoconstitucionalismo se perfila, en otros términos, como una



serie de tesis en conflicto con otras tesis asentadas acerca de la naturaleza y la estructura del derecho, su aplicación por parte de los jueces y su estudio por parte de los juristas. Obsérvese que el positivismo jurídico había sido, a su vez, caracterizado como un conjunto de tesis que se oponían a las tesis defendidas por las diversas formas del iusnaturalismo, de manera que, aplicando la ley lógica de la “doble negación” (según la cual negando dos veces una cierta proposición se acaba afirmándola) se podría pensar que, negando las negaciones de las tesis originarias, se pueda llegar otra vez a las tesis originarias (esto es, en este caso, al iusnaturalismo). En cierto sentido esto es así, aunque esta afirmación requiera algunas puntuales especificaciones. Como ya observó BOBBIO, el iusnaturalismo clásico nunca desarrolló tesis teóricas completas acerca de muchos aspectos relativos a la estructura y al funcionamiento de los sistemas jurídicos positivos.

De esa forma, el neoconstitucionalismo, partiendo de la misma asunción del iusnaturalismo de que existe algo como el derecho natural, no hace otra cosa que desarrollar estas tesis teóricas (o, dicho de otra manera, integrar las lagunas teóricas del iusnaturalismo) en relación con los Estados constitucionales de derecho. Tan es así que, mientras que la primera oposición entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico es muy tajante, aunque a veces esté basada en parejas oposicionales equivocadas o engañosas, la segunda (presunta) oposición entre iusnaturalismo y neoconstitucionalismo que se encuentra en la literatura es mucho más borrosa y no se deja captar fácilmente a nivel teórico-conceptual (aunque quizá pueda serlo fácilmente a nivel de evolución histórica y de forma de Estado). En ese sentido, se



puede sostener que el neoconstitucionalismo es solo una versión moderna (y relativamente sofisticada) del iusnaturalismo.

- ii. Neoconstitucionalismo positivo: la versión positiva del neoconstitucionalismo es tan ambiciosa que se llega a sostener que ella encarna un verdadero “cambio de paradigma”, tanto respecto de la forma de Estado como en la teoría y la metodología necesarias para dar cuenta de ella.

- iii. Síntesis de las dos perspectivas: con anterioridad se han analizado diferentes maneras de concebir el neoconstitucionalismo. Estas diferentes nociones de neoconstitucionalismo se encuentran mezcladas en los discursos de los juristas acerca del derecho de los Estados constitucionales, de su aplicación judicial y de su reconstrucción teórica y metodológica. El análisis llevado a cabo ha demostrado que el neoconstitucionalismo, si es enfocado de manera “negativa”, como una simple suma de oposiciones a tesis iusteóricas asentadas, no es otra cosa que un iusnaturalismo, por así decirlo, “actualizado”, que difumina algunas tesis clásicas del iusnaturalismo y se distingue de su versión tradicional sobre todo por su teoría de las normas jurídicas, concebidas en gran parte como enunciados derrotables. Entendido como una serie de tesis positivas acerca de la función judicial y de la “naturaleza del derecho”, el neoconstitucionalismo se convierte en una peculiar mezcla de tesis presuntamente descriptivas y otras manifiestamente prescriptivas. De frente a sus interesantes tesis acerca de la sistematización del derecho por parte de los juristas, el neoconstitucionalismo defiende tesis muy discutibles sobre los deberes de los jueces y la moralidad intrínseca del derecho en los Estados constitucionales.



iv. Posición del autor: Batista Ratti afirma que el neoconstitucionalismo negativo estudia esta corriente como oposición a otras teorías del derecho aceptadas. En ese sentido el neoconstitucionalismo se puede oponer al positivismo y al iusnaturalismo, en cuanto al positivismo la oposición es tajante pero la oposición al iusnaturalismo es más dudosa; lo anterior porque en la teoría de las normas, las críticas al positivismo, tienen que ver con la reducción presunta de todas las normas a reglas (a normas taxativas) mientras que el neoconstitucionalismo admite otras normas que son los principios y que admiten excepciones implícitas, esto llevaría a considerar todas las normas como derrotables; según el autor, esta es una teoría engañosa, pues según esta posición teórica, todas las normas son derrotables, ya que todas dependen de juicios valorativos e interpretativos, lo cual evidencia que es tesis es algo equivocada.

Según Batista Ratti, en materia metodológica, la oposición es clara, porque el neoconstitucionalismo admite la conexión derecho y moral; razón por la cual la oposición entre neoconstitucionalismo y iusnaturalismo es más dudosa, dado que el iusnaturalismo no ha desarrollado fehacientemente una teoría de derecho, sino que es una forma de abordar la obediencia debida al derecho.

En ese sentido hay puntos en común, como las tesis que el neoconstitucionalismo ha tomado del iusnaturalismo, por ejemplo la necesidad de hacer una interpretación conforme. Lo anterior evidencia, que hay una opinión común entre iusnaturalismo y neoconstitucionalismo, principalmente en la tesis de la necesaria conexión entre derecho y moral, pues el iusnaturalismo afirmaba que todo sistema verdadero, debería de estar conforme al Derecho



natural mientras que el neoconstitucionalismo dice que todos los sistemas jurídicos formularían una pretensión de corrección moral, algunos sistemas harían efectiva esta pretensión de corrección moral, otros no; sin embargo los sistemas jurídicos que merecería obediencia serían solo los que hacen efectiva esta pretensión de corrección moral; esto es un punto común entre el iusnaturalismo y el neoconstitucionalismo y por lo tanto representa un punto común, lo que tiene repercusiones comunes en la metodología de ambas concepciones porque ambas identifican a la ciencia jurídica, como ciencia valorativa, prescriptiva que identifica el derecho positivo mediante una rendición a la moral y a juicios valorativos; sobre todo; según estas teorías, los sistemas jurídicos no pueden no hacer esto. Esta postura de Batista Ratti fue tomada de una conferencia que este autor impartió sobre su posición acerca del neoconstitucionalismo (<https://www.youtube.com/watch?v=aDIYiz8zKAU>: 8 de enero de 2017).

- b. Postura de Juan Antonio García Amado:** la crítica que realiza García Amado, es que el neoconstitucionalismo es un renacer perverso del uso alternativo del derecho, ¿Que están diciendo con esto los constitucionalistas?, que el código civil, el código penal y la propia constitución se aplican solo si da beneficio a inventario, es decir que se le dice al juez o magistrado, usted acepta estas normas o no y solo lo aplica a beneficio de inventario y si dan positivo si se puede aplicar, si sale negativa no se aplica, porque las normas jurídicas son derrotables.

Esta de moda la derrotabilidad de las normas jurídicas, consiste en que ahora la norma jurídica no se aplica porque es derrotable por otra norma, pero donde estaban esas otras normas en el ordenamiento jurídico que estaban sin ser vistas, pues son normas de



camuflaje porque estaban en traje de camuflaje, entonces de donde se sacarían esas normas que derrotaron a otra que tocaba aplicar ahí es donde tiene utilidad los principios y los valores y cuando la norma derrotar, cuando el aplicador la quiera derrotar y cuando no se pueda derrotar, porque no la norma ganó conforme a los principios o porque la norma era derrotable.

En ese sentido, la utilidad de los principios, los valores y las múltiples especificaciones, consiste en que siempre es posible que un principio pueda derrotar estas normas. En ese sentido el doctor Robert Alexy dice que hay que reglas y principios, que toda regla puede ser derrotada por un principio, y un principio puede ser derrotada por otro principio, razón por la cual, según García Amado, no hay norma suprema ninguna; aunado a lo antes indicado Alexy indica además que hay reglas de validez estricta (que son inderrotables) son normas que están en el sistema jurídico, pero García Amado pregunta ¿cuáles son?, Alexy responde, esto no se sabe, lo que evidencia la insostenibilidad de esta teoría, por lo que se le hace otra pregunta: ¿Cual sería una regla?, Alexy, contesta si se pondera es un principio, si se subsume es una regla; y entonces si es regla o principio, puede ser derrotada, es decir que cuando una regla choca con otra regla, en realidad es conflicto de principios porque toda regla subyace a un principio y además una norma puede ser regla de validez estricta (inderrotable) con lo cual la regla normal o corriente o principio derrotable o no derrotable depende de lo que quiera el aplicador en cada caso, lo cual evidencia la ausencia de certeza jurídica en el neoconstitucionalismo. Esta postura de Juan Antonio García Amado fue tomada de una conferencia que este autor impartió sobre su posición acerca del neoconstitucionalismo. (<https://www.youtube.com/watch?v=XNqBnz8CIQM>: 8 de enero de 2017).



c. **Postura de Francisco Laporta:** este autor afirma en primer lugar que todos los actos del ejercicio del poder público deben estar sometidos a normas jurídicas (imperio de la ley) y no a una escéptica teoría de interpretación que implique una serie de doctrinas, teorías, valores, etc. En segundo lugar sostiene que para la protección de la persona y el control del poder (autonomía personal), únicamente se sostiene por medio del derecho y de las reglas, posición esta última que colisiona con la teoría del decisionismo de Schmitt. En tercer lugar para Laporta el constitucionalismo no es de ninguna manera un nuevo paradigma o una nueva óptica de la teoría del derecho que se ha venido construyendo a través del positivismo del siglo XX; sino que solamente constituye una prolongación del imperio de ley hasta la norma constitucional; pues afirma que no es la Constitución la que cambió la teoría del derecho, sino más bien la teoría contemporánea de la argumentación vino a cambiar la perspectiva de constitución (de conformidad con el imperio de la legalidad). Laporta afirma que la teoría de la argumentación, el estudio minucioso del razonamiento práctico y el gran desarrollo del análisis del lenguaje y los tipos enunciados normativos lo que se proyecta sobre las constituciones, las de doscientos años, las del siglo XIX, las del siglo XX, etc.

Para Laporta la teoría de la argumentación, es un movimiento doctrinario que se basa en el acento puesto en los principios frente a las reglas (por influencia casi exclusiva de Dworkin), el constructivismo como racionalización del discurso moral, el desarrollo del razonamiento práctico y de las teorías de la argumentación jurídica, etc. Y por eso es lo que explica además el hecho sorprendente de que en las filas del nuevo constitucionalismo casi no haya constitucionalistas, que los más importantes y pioneros sean sobre todo filósofos del derecho y la moral. Laporta no ve diferencias entre la Constitución y la ley, es decir que ve ningún ingrediente



de especialidad en el texto constitucional, es más lo equipara con la legislación ordinaria, en base al principio de superlegalidad, en ese sentido, la única diferencia que visibiliza entre constitución y ley consiste en que la primera posee mayor grado de rigidez en cuanto a su reforma, además que el principio de jerarquía superior es implícito en ella, de tal manera que debe crear mecanismo de control para adecuar a la ley, y en general a todo el ordenamiento jurídico a la influencia de la Constitución, en cuanto a la diferencia entra parte dogmática y parte orgánica Laporta asegura, que los derechos constituyen una limitación del poder, y como tal, en la eventualidad de entrar en conflicto los unos contra los otros, prevalecen los primeros.

Finalmente Laporta concluye afirmando que la Constitución misma y las constituciones en general forman parte del imperio de la ley, por lo que la exigencia por parte de los jueces y magistrados de someterse a la legalidad (incluyendo esto la normativa constitucional), constituye a su vez parte del imperio de la ley; en ese sentido una racionalidad basada en una interpretación más literalista de los enunciados y en una aplicación más deductiva del derecho, constituye el espíritu mismo de la idea del imperio de la ley.



CAPÍTULO III

Antecedentes Históricos del Neoconstitucionalismo

1. Surgimiento del neoconstitucionalismo: En la actualidad, se ha escuchado con mucha frecuencia que muchos autores se refieran al movimiento denominado neoconstitucionalismo como corriente de pensamiento jurídico, situación que conlleva a averiguar cuando surgió en el mundo este esquema teórico, al respecto Miguel Carbonell indica lo siguiente:

Este tiene su origen y desarrollo en el marco de la tradición constitucional europea de los últimos 50 años. Podemos comenzar diciendo que en el constitucionalismo moderno existen dos grandes tradiciones: la norteamericana y la europea. El neoconstitucionalismo pertenece a la segunda de ellas, aun cuando varios de sus principios e instituciones pueden reconocer su fuente de inspiración en la tradición norteamericana. Su origen histórico más inmediato está en las valiosas elaboraciones jurisprudenciales del tribunal constitucional alemán en los primeros años de labor jurisprudencial luego de la sanción de la llamada Ley de Bonn, aunque su conceptualización y denominación son más recientes y han tenido lugar principalmente en Italia y España. (2003: 89)

Con base en lo antes indicado, se determina que el neoconstitucionalismo es un modelo de pensamiento jurídico nuevo, por lo que se encuentra en un estado interno de conformación y consolidación. En la línea de los criterios analizados por otros pensadores, se puede considerar al neoconstitucionalismo como un desarrollo histórico, como una plataforma teórica o concepción acerca del fenómeno jurídico y como una posición doctrinaria, institucional e ideológica, acerca de la actividad que los juzgadores están encaminados a efectuar dentro de una democracia constitucional. En ese sentido, el neoconstitucionalismo como procedimiento histórico se origina con la profunda transformación que se produce en los sistemas jurídicos europeos, específicamente con la promulgación de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial y la labor que, a partir de ellas, empiezan a ejecutar los tribunales constitucionales de los países



del antiguo mundo. Estas mutaciones son claramente ostensibles, a partir de la vigencia de las constituciones de la posguerra, en países como Alemania, Italia y Francia y, más tarde a partir de 1978, en España.

Es como una nueva etapa en el seno del desarrollo histórico del constitucionalismo europeo que tuvo sus inicios a fines del siglo XVIII, con características propias y distintas respecto a las fases anteriores. De ahí el nombre de neoconstitucionalismo.

Algunas de estas innovaciones estructurales del sistema jurídico se difunden luego, especialmente a partir de la década del 90, hacia América Latina (por ejemplo, a Colombia, con la constitución de 1990 y la jurisprudencia de su tribunal constitucional), los ex países comunistas (por ejemplo, Hungría) y otros estados como Sudáfrica, India y Turquía, por la importancia que van alcanzando dentro de ellos la constitución como norma jurídica y los tribunales constitucionales como órganos que velan por consolidar su supremacía, substancialmente mediante la tutela y el desarrollo de los derechos humanos por parte de los jueces constitucionales. Esto supone una innovación fundamental del ordenamiento normativo y de todo el sistema jurídico de estos países. Por eso, especialmente para sus seguidores, el neoconstitucionalismo es un movimiento europeo pero en proceso de propagación global.

2. Etapas de implementación del neoconstitucionalismo en el mundo.

2.1 El neoconstitucionalismo en Europa: Sin intentar establecer una descripción de todos los acontecimientos que facilitaron la aparición del neoconstitucionalismo, sí se podría indicar el contexto fundamental en el que se produjo este modelo de pensamiento, con el objetivo de que se ubique en el tiempo y en el espacio. De este modo, el



neoconstitucionalismo posee su espacio en Europa y su época en la fase posterior a la finalización de la Segunda Guerra Mundial (posguerra), esto es, desde el inicio de 1945.

La restauración de Europa con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se produjo también en el ámbito jurídico, proveniente en parte a que la sociedad estaba sorprendida ante algunas atrocidades ejecutadas con base en el derecho vigente de países europeos (por ejemplo en el caso de Alemania). Por ello, se hizo indispensable transformar el modelo jurídico, concretamente el papel y la posición de la Constitución. Bajo esta premisa se fue desarrollando un constitucionalismo más propicio a ciertos ideales morales, lo que derivó en un nuevo modo de concebir a la organización estatal; esto es, de un Estado de derecho a un Estado constitucional o democrático de derecho. Según Víctor Ferrer Comellas,

El antecedente histórico sobre este nuevo constitucionalismo se tiene en Italia con la Constitución de 1947, la cual se encuadra dentro de ese esquema teórico; asimismo, se tiene a Alemania con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, nación que sobresale por el agrio contexto social que sufrió bajo regímenes formalistas, de ahí que haya sido de los primeros estados de tradición romano-germánica (los otros son Austria y la escindida República de Checoslovaquia) en donde fue establecido un Tribunal Constitucional;1 esto es, en 1951, a diferencia de Italia, en donde se instauró en 1956. (2003: 3-5)

En tal virtud, Alemania bien puede considerarse como la primera nación del continente europeo que alcanzó la difusión y generalización de la justicia constitucional comprendida en términos extensivos; es decir, "*Constituciones con contenidos morales*". (Barroso: 2008. Páginas 1-3) De este modo, no resulta extraño que en la etapa de la posguerra se haya producido una especial transformación teórica y práctica del Derecho constitucional en estados con sistemas jurídicos pertenecientes al *civil law*, básicamente del continente europeo. De esa manera Luis Cruz indica que:



Con mucho, lo propio del modelo teórico del neoconstitucionalismo es que describe el modo en que se concibe la Constitución en los Estados democráticos. Esto es, como una norma jurídica que no solamente define las funciones de las entidades públicas, sino que además reconoce un sistema de principios que funcionan como criterios rectores de las acciones en el ámbito público y privado. (2006: 22)

En ese sentido, resulta oportuno indicar que además de concebir un denso contenido material en las Constituciones de la posguerra, también se reconoce su supremacía, con el objetivo de que funcionen como instrumentos de garantía y realización de los derechos fundamentales.

Pues bien, empero de que la aparición y desenvolvimiento del neoconstitucionalismo se generó básicamente después de la Segunda Guerra Mundial, conviene apuntalar que también se conecta con la caída de los regímenes totalitarios o represores del siglo XX, como el de Italia, bajo el fascismo de Mussolini. De ahí que, por ejemplo, existan diversos trabajos de autores italianos sobre temas concernientes con el neoconstitucionalismo; por ejemplo Fioravanti,

Quien hace hincapié en la insuficiencia solemne de protección constitucional de los derechos frente a las posibles transgresiones de los poderes públicos; por ello, él mismo pugna por comprender a la Constitución como la gran norma directiva que comprometa a todos en la realización de valores constitucionales). (2009: 128)

A partir de estas concepciones, se debe comprender que la importancia que se le atribuye a la Constitución en el esquema teórico neoconstitucionalista como norma directiva fundamental debe contrastarse frente al modelo decimonónico del Estado de derecho. Ello es así, porque siendo la Constitución una verdadera norma jurídica que rige como un dispositivo de fundación de los derechos esenciales de los individuos y no como un mero manifiesto de buenas intenciones, se tiene entonces que las leyes emitidas conforme al proceso legislativo previamente establecido pudieran constituirse como ilegítimas, por ser



opuestas a tales derechos. De ahí la contraposición entre el denominado Estado derecho de corte legalista con el Estado constitucional de derecho que el paradigma del neoconstitucionalismo persigue definir.

Bajo este camino se conforma la concepción de un control de constitucionalidad de las leyes, el cual actuaría como un examen de conformidad de tales leyes con la Constitución, con lo que se posibilita la inaplicación a casos concretos de normas jurídicas emanadas formalmente, pero ilegítimas en el ámbito material, lo que colocaría en duda el valor incondicional de la fuerza de la ley en el terreno del legalismo. En síntesis, el neoconstitucionalismo surge con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial en naciones como Alemania e Italia; en ese sentido la realidad constitucional se produjo en oposición al esquema legalista, en la cual no se juzgaba la validez de las leyes en atención a su congruencia con los valores y principios que se contienen en la norma directiva fundamental.

2.2 El Neoconstitucionalismo en América Latina: El neoconstitucionalismo, intenta explicar ese compuesto de documentos constitucionales que surgen con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, básicamente a partir de la década de los setenta, los cuales representan constituciones que no se circunscriben a regular competencias o a dividir a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de disposiciones materiales o sustantivas que determinan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Se apuntan como constituciones características la española de 1978 o la brasileña de 1988.

Aunque no se queda ahí, dado que desde ese momento el constitucionalismo no ha persistido como un modelo estático, sino que



ha ido desarrollando en diversos sentidos. Es consecuencia de estos desenvolvimientos, que surge la necesidad de constatar teóricamente el concepto de Estado neoconstitucional, y colocar en evidencia sus consecuencias prácticas. Pues bien, el neoconstitucionalismo desde ese enfoque es una teoría del Derecho y no, propiamente, una teoría de la Constitución, aunque tampoco intenta serlo. Su base es el estudio de la dimensión positiva de la Constitución, para lo cual no es indispensable imbuirse en los supuestos y condiciones de legitimidad democrática y de la fórmula a través de la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida. De ese modo, el neoconstitucionalismo reivindica el Estado de Derecho en su significado último, después de explicar la evolución del concepto hasta lo que representaría en la actualidad.

En Latinoamérica el neoconstitucionalismo se desarrolló bajo dos peculiaridades propias: a) La pretensión de un nuevo modelo constitucional emergió gracias a las reivindicaciones populares gestadas por los movimientos sociales de la década de los ochenta del siglo XX como reacción a las nefastas consecuencias de las dictaduras militares de los setenta.

b) Ante el fiasco del esquema constitucional liberal europeo, adoptado de forma literal en varios países latinoamericanos, fue indispensable la implementación de un sistema que considere las necesidades sociales, históricas y económicas propias de la región; al respecto el profesor español Carlos Villabella señala: *“que al término del siglo XX en América Latina se contabilizaron más de 218 constituciones, lo cual evidencia una historia frágil del derecho constitucional en la región”* (2010: Página 56).

La pretensión del neoconstitucionalismo en Latinoamérica, según Villabella, *“fue configurar textos formalmente modernos y que*



materialmente impulsen la transformación de la sociedad” (2010: 55) por medio de tres objetivos: a) la firmeza democrática, a través del control parlamentario y de dispositivos que reduzcan el hiperpresidencialismo; b) la consolidación de los derechos humanos y el reconocimiento de derechos de grupos indígenas; y c) mayores estándares de gobernabilidad y de control constitucional. Es indispensable señalar que no existe consenso en cuanto a su concepción debido a que el término es considerado “ambiguo”.

En los cuerpos de Derecho constitucional se pueden evidenciar varias denominaciones para referirse al “neoconstitucionalismo”, entre las más conocidas se encuentran: Constitucionalismo Deliberativo (Santiago Nino), Constitucionalismo Garantista (Luigi Ferrajoli), Constitucionalismo de los Derechos o Constitucionalismo Argumentativo (Luis Prieto Sanchís) y Constitucionalismo Contemporáneo (Miguel Carbonell).

2.3 El Neoconstitucionalismo en Guatemala: la Constitución social de 1945, se mantuvo vigente a través los dos gobiernos de la revolución – Juan José Arévalo Bermejo y Jacobo Arbenz Guzmán–, esto como consecuencia de la deposición del régimen de Arbenz, dado que se derogó esa constitución, dando paso al surgimiento de la de 1956, la que a su vez fue sucedida por la de 1965, la cual estuvo vigente hasta el golpe de estado del 23 de marzo de 1982, el cual representó el comienzo del proceso de transición democrática.

Fue en esa época durante el gobierno del General Oscar Humberto Mejía Vítores, que se emitió una Ley Electoral Específica para elegir una Asamblea Nacional Constituyente, que promulgó una



nueva constitución, el 31 de mayo de 1985, la que cobró vigencia el 14 de enero de 1986, cuando quedó instalado el Congreso de la República y tomó posesión el nuevo presidente civil electo. Esta Asamblea Constituyente previo a su disolución promulgó la Ley Electoral y de Partidos Políticos y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. El comienzo inducido y precipitado no permitió que se generara la total presencia de fuerzas políticas, aunque si amplió el espectro político tradicional.

El afán por los candidatos presidenciales y el interés desmedido por las elecciones generales, generaron que los partidos postularan muchos diputados interesados en el futuro reacomodo del gobierno constitucional que en la factura de la nueva Constitución, fue el corolario de una negociación permanente, y en cuya redacción influyó el sector académico en forma significativa. Esto se refleja en la recepción de instituciones novedosas por una parte, en su falta de sistematización y unidad, y en la inclusión de muchos asuntos de carácter no constitucional sino reglamentario por la otra.

Una constitución muy desarrollada con 281 artículos y 22 disposiciones transitorias y finales que, sin embargo, requiere para funcionar adecuadamente de la promulgación de más de 40 leyes secundarias de las cuales, a la fecha, no todas, sino muy pocas, se han dictado. Esta remisión a leyes secundarias ha sido el más socorrido recurso para obtener el consenso constitucional que se logró en el texto como un compromiso histórico global para alcanzar la reconciliación de una sociedad escindida que es, además de su legitimidad, el mejor logro de la Constitución.

El consenso, comprendido como alianza en las líneas del disenso, se mostró en esta muy amplia remisión legal en acuerdos en el fondo



apócrifos sobre algunas decisiones cargadas de ambigüedad y en pocos casos en el silencio. Emitida en una época de efervescencia democrática, al final de un extenso período muy oscuro de los gobiernos autoritarios, en su mayoría militares, es completamente legítima, producto de un cuerpo constituyente legítimamente electo en el que las diversas fuerzas, ninguna mayoritaria, tuvieron que efectuar permanentes negociaciones para conseguir consensos y definiciones; y su preocupación central es la de establecer la consagración y garantía de los derechos humanos, en un sistema democrático, debido a la preocupación por el paso autoritario que se pretendía rebasar.

En ese sentido, el neoconstitucionalismo como modelo de interpretación constitucional, ostenta como característica fundamental, la crítica del positivismo jurídico. Pues parece claro que en el Estado constitucional, la ley se halle jerárquicamente subordinada a la Constitución, en ese orden de ideas el discurso neoconstitucionalista asevera que, así como el derecho del Estado constitucional está caracterizado por la supremacía de la Constitución, la voluntad política debe estar subordinada al contenido de las normas constitucionales.

Bajo este enfoque del derecho, la Constitución no implica una simple envoltura política, ni un simple esquema organizativo de los órganos del Estado: la Constitución incorpora un vínculo sustancial para la creación del derecho positivo. Ella es naturalmente rígida y garantizada. Sin embargo, distintas pueden ser las lecturas y las declinaciones de las normas constitucionales de principio, y diferentes son las concepciones compatibles con los valores y los principios constitucionales. Además la capacidad de propagarse en todos los ámbitos normativos de un derecho constitucional así concebido, profundamente impregnado de principios y valores, el elemento fundamental para la constitucionalización de todo el ordenamiento y, en



particular, para la aplicación directa de la Constitución a las relaciones interpersonales.

Bajo esta perspectiva doctrinal, la Constitución está dirigida a construir la convivencia civil y política de los ciudadanos. Si el derecho es concebido de esta forma, se hacen necesarios instrumentos conceptuales diferentes de los tradicionales; instrumentos, según el neoconstitucionalismo, más dúctiles y flexibles que los instrumentos positivistas: es la misma complejidad del derecho constitucionalizado la que los solicita.

Con la anterior ilustración de una posible concepción del neoconstitucionalismo, y tomando en cuenta el contexto de la Constitución Política de la República guatemalteca, la cual si bien es cierto es una Constitución con características, principios y valores neoconstitucionales, tales como la primacía de los derechos fundamentales y la incorporación a su texto de dos reconocimientos y garantías progresistas para su fin, siendo estos los artículos 44 y 46, difusión de catálogos de derechos fundamentales.

Esto ha favorecido la aparición de nuevas exigencias argumentativas en la producción y en la aplicación del Derecho, este último a su vez, se ha revelado incapaz de mostrarse como promotor de algún bien común alrededor del cual se reúnan las múltiples pretensiones y reivindicaciones. Una de las propuestas “neoconstitucionalista” sugiere afrontar estas dificultades garantistas del constitucionalismo recurriendo a una vía iusnaturalista que, atribuyendo validez moral al derecho positivo, paradójicamente presenta los riesgos del positivismo ideológico. Se trata de una falsa solución y, por cierto, para nada garantista, toda vez que el Neoconstitucionalismo afirma que



refuerza el derecho positivo, y en cambio, lo debilita atribuyéndole validez moral.

Finalmente se considera que un constitucionalismo garantista sólo puede ser aliado de la teoría que busque afinar los instrumentos de control de la obra de determinación del Derecho por parte de los intérpretes. Que la decisión interpretativa sea una elección no implica concebir los enunciado jurídicos como cajas vacías, pero si trata de aceptar un cierto grado de relativismo necesario para el pluralismo. En ese sentido, es posible que el neoconstitucionalismo en Guatemala quiere modificar el modo de comprende el Derecho y ha conducido, en cierto modo, a poner en primer plano la dimensión argumentativa del derecho, pero esto no significa que deba conducir a la confusión teórica que caracteriza a muchos que no resisten la tentación de unificar el sistema jurídico y el sistema moral, porque la separación entre el derecho y la moral (existen instituciones encargadas de esta función como lo es la Institución del Procurador de los Derechos Humanos) y su recíproca autonomía son fundamento del garantismo.





CAPÍTULO IV

El Derecho Constitucional y el Neoconstitucionalismo

- 1. El Derecho Constitucional:** para concretar una definición de Derecho constitucional, es menester de manera sucinta, recordar algunos antecedentes que pueden ilustrar la estructura de su conceptualización. De esa manera se puede indicar que en la época antigua, las obras clásicas de Aristóteles, Platón, Cicerón, Polibio, entre otros, analizaron concienzudamente el ordenamiento político; pero es de resaltar que lo hicieron desde un enfoque esencialmente filosófico. Al respecto Linares Quintana citado por Graciela Bercoff, indica lo siguiente:

Se dirá que más tarde los pensadores y estadistas del medioevo debieron afrontar numerosos problemas que hoy se diría que pertenecen a la esfera de la ciencia constitucional, vinculados especialmente a la Constitución del Imperio, encarándolos hábilmente con criterios tomados del Derecho Romano. Con el Renacimiento primero, y con la Reforma, luego, el ordenamiento del Imperio es sustituido por ordenamientos de los estados particulares, pero siempre predominando la idea del fundamento divino del Estado y del poder. La escuela del derecho natural, a su turno, inicia una tendencia a separar los problemas jurídicos atinentes al Estado y a considerarlos como una forma autónoma y especializada de la ciencia jurídica, originando una doctrina del derecho público circunscripta a los ámbitos racionales y filosóficos primero, para luego dar prevalencia al elemento técnico jurídico. Grocio es considerado el fundador de esta orientación ideológica con su obra *De jure belli ac pacis* (1625) y Huber (1672) ya se habla de *ius publicum universale*. (1998: 10)

En ese sentido, La calificación del Derecho constitucional como rama autónoma del Derecho, aparece de manera especial en los estados que adoptan las constituciones escritas. Como excepción, en Inglaterra puede apuntarse que en Oxford, en 1758, Willians Blackstone ilustraba esencialmente Derecho constitucional, en sus memorables *Comentarios de la ley de Inglaterra*. Sin embargo es en Italia, en que a fines del siglo XVIII se instituyen las primeras cátedras de *Diritto Costituzionale*, tanto en la Universidad de Ferrara en 1797, como en Pavia y Bolonia en 1798, aunque lamentablemente tuvieron una breve duración. Luego en Francia, es menester recordar que la Asamblea Constituyente decidió, el 26 de septiembre de 1791



algo realmente trascendental en el punto, al afirmar que a partir del 10 de octubre próximo, las facultades de derecho deberán enseñar a los jóvenes estudiantes la Constitución francesa; pero como bien apuntala Linares Quintana citado por Bercoff

Es solo en 1834, que por iniciativa de Guizot –ministro de Instrucción Pública del rey Luis Felipe– que se crea en la Facultad de Derecho de París, la primera cátedra de derecho constitucional, que fue desempeñada por el eminente jurispublicista italiano Pellegrino Rossi. Vale la pena recordar algún párrafo que fundamentaba el decreto de creación: “El objeto y la forma de esta enseñanza, están determinados por su mismo título: son la exposición de la Carta y de las garantías individuales, así como de las instituciones políticas que consagra. Esto no es para nosotros un simple sistema filosófico librado a las disputas de los hombres; es una ley escrita, reconocida, que puede y debe ser explicada... fundada sobre el derecho público nacional y sobre las lecciones de la historia, susceptibles de extenderse con las comparaciones y analogías extranjeras...”. Lamentablemente suprimida la cátedra en 1852 (se denominó derecho público y se enseñó derecho constitucional juntamente con derecho administrativo) fue restablecida definitivamente en todas las facultades jurídicas de Francia en 1878, en la Tercera República, como así también en las demás universidades de Occidente. (1998: 10)

Según cuál sea el objeto que se le atribuya al Derecho constitucional, y por ende, cuál sea el contenido que va a responder a la consecución de ese objeto, dependerá la definición que se genere de él, y esto va interrelacionado con materias que más adelante se tratarán como el concerniente al método de conocimiento del Derecho constitucional, como así también a la formalidad y materialidad que se le atribuya a conceptos como el de poder constituyente y el de constitución.

Si desde un enfoque clásico, es decir, más asido al contenido jurídico positivo del texto constitucional, lo encauzan desde la perspectiva básicamente técnica jurídica, no sería difícil concluir, en una primera aproximación, que el Derecho constitucional, es aquella rama del derecho público que estudia la Constitución de un Estado, como ley de organización del Estado, del gobierno y de los derechos y garantías. En esta concepción, se podría inscribir las definiciones o conceptos aportados por distintos pensadores. Si se toma en cuenta la posición del jurista argentino Juan A. González Calderón (1943) citado por Bercoff es claramente significativa de esta posición predominantemente jurídico normativa, cuando se dice que



El derecho constitucional es la rama de las ciencias jurídicas que estudian la estructura fundamental u organización política de la Nación, en lo referente al régimen de la libertad y al funcionamiento de los poderes públicos, dentro de las finalidades esenciales y progresivas del Estado. (1998: 11)

A este concepto se le puede denominar Derecho constitucional formal, porque justamente adquiere más en las formas jurídicas que se presentan en el texto normativo escrito, es decir en la Constitución propiamente dicha, ya sea codificada o no. Y pensando en Bidart Campos, se dirá que esta definición es cierta pero no completamente, pues que en todas, las constituciones tanto en las codificadas como en las dispersas, existen fuera de la Constitución, instituciones, usos, costumbres, comportamientos y formaciones, etcétera que hacen al orden constitucional. Por el contrario, desde el enfoque más contemporáneo, se observa como la Constitución y en consecuencia, el Derecho constitucional, ha ampliado su concepto y sus contenidos, y tiende a ubicarlo en plenitud, trascendiendo la forma para conjugarla con la sustancia. No es que se degenere la forma del texto constitucional escrito, sino que se lo integra como parte vertebral dentro de un contexto que supera la pura normatividad, para ir a buscar la materia constitucional, allí donde se encuentre, donde se manifieste, esté o no en el texto, pues se podrá encontrar en la jurisprudencia, en los comportamientos institucionales de hecho, en la legislación infraconstitucional.

En este sentido afirma duverger citado por Bercoff que: *“el derecho constitucional, es cada menos el derecho de la Constitución, para convertirse cada vez más en el derecho de las instituciones políticas, conténganse o no en la Constitución.”* (1998: 12) Con esta nueva perspectiva, se deja un concepto formal, para buscar el concepto material de Derecho constitucional que, se insiste está definido no por la forma constitucional, sino por la materia o sustancia constitucional. Expresión cabal de esta posición, es la definición que legara otra jurista y ex titular de la cátedra de Córdoba, el inolvidable César Enrique Romero también citado por Bercoff, para quien, *“el Derecho constitucional, estudia el conjunto de instituciones fundamentales de una*



comunidad, estén o no en la Constitución, es decir, el D.C. de la Constitución y el D.C. de las instituciones políticas fundamentales del Estado, es decir, la integralidad del régimen político.” (1998: 12)

- 2. El Neoconstitucionalismo:** Después de un primer acercamiento al neoconstitucionalismo, se advierte que este concepto puede emplearse para aludir a tres enfoques notoriamente diferenciados. En primer término, con la expresión neoconstitucionalismo se puede aludir a determinadas características del desarrollo constitucional (praxis jurisprudencial, diseño constitucional) de algunos estados europeos y latinoamericanos tras la Segunda Guerra Mundial. No puede emplearse, sin más, para aludir a una fase del constitucionalismo occidental ulterior a la Segunda Guerra Mundial, ya que conlleva forzosamente, dentro de los rasgos que manifiestan los sistemas constitucionales de post segunda guerra, una selección: la de aquellas características que se han indicado con anterioridad. Por otro lado, estos rasgos no se presentan forzosamente en todos los regímenes constitucionales de Occidente y, en aquellos en que se presentan, lo hacen en distintas combinaciones.

Plantearía para este sentido de la locución el adjetivo de histórico, para apuntar a su empleo como referencia a una porción del concreto desarrollo al interior de ciertos regímenes constitucionales contemporáneos. Este fragmento comprende el reconocimiento, en la praxis institucional, y esporádicamente en el propio texto constitucional, de fuerza normativa directa del cuerpo constitucional y su proyección en el sistema de fuentes subconstitucionales – constitucionalización del Derecho–; construcción de competencias jurisdiccionales autorizadas para enervar la producción legislativa –ya sea por anulación derivada de inconstitucionalidad, ya sea por inaplicación–; praxis jurisprudencial y doctrinaria en torno a un discurso de derechos fundamentales como valores o principios, con eficacia en las relaciones entre particulares,



afirmación de la posibilidad de colisión de derechos o principios fundamentales, y aplicación y defensa del método de ponderación para resolverla.

Este neoconstitucionalismo histórico debe distinguirse, en todo caso, del pluralismo constitucional como fenómeno específico emanado de procesos avanzados de integración, cuyo único ejemplo actual lo presenta la Unión Europea, pero cuyo desarrollo en el futuro debe preciarse como un problema que queda abierto para la teoría constitucional.

En segundo término, puede referirse al neoconstitucionalismo como un modelo dentro del pensamiento jurídico que contiene a una serie de autores cuyo denominador común es la favorable valoración de aquellos elementos que se concentran bajo el neoconstitucionalismo histórico. La característica sobresaliente de esta perspectiva no es tanto (o tan sólo) la correcta apreciación que hacen del mismo, sino que el descuido o abandono de la reflexión sobre la función de la constitución como constitución *política* de un Estado, y sus límites.

Adoptando la propuesta de Comanducci, se estima que al empleo del concepto neoconstitucionalismo para aludir a este esquema o modelo de pensamiento conviene el adjetivo de *ideológico*. La vinculación del neoconstitucionalismo con la tercera materia de significado que se le puede adjudicar presenta alguna dificultad; pues no cabe la posibilidad de referirse a un neoconstitucionalismo teórico, o a una teoría del neoconstitucionalismo, si por teoría se comprende una construcción que pretende organizar de forma sistemática y completa un cuerpo de conocimientos, proporcionando a la misma coherencia interna.

Los postulados que se señalan como probables aspirantes de una "teoría del neoconstitucionalismo" ni son completos, ni siempre coherentes entre sí. No son completos desde el instante en que, como se ha indicado, elementos



importantes de los postulados neoconstitucionalistas descansan en la afirmación, sin sustrato adicional, de un componente fundamental correspondientes ámbitos teóricos; pues la diferencia entre reglas (o normas) principios omite el estudio, fundamental para valorar su coherencia, de la relación entre "texto" y "sentido", desde el instante en que alude a textos constitucionales contemporáneos "plagados de principios".

Lo extraño es que esta caracterización sólo resulta posible desde premisas interpretativas próximas al movimiento exegético, para la cual el sentido de un texto normativo ya puede desprenderse de su texto –en el caso del tenor literal claro–. En ese sentido, la ausencia de complitud permite explicar, también, las incoherencias. Dentro de ellas destaca, la pretensión de superar el positivismo por medio del recurso a valores o principios morales afincados en la constitución.

En síntesis, lo que se encuentra en discusión en los postulados del neoconstitucionalismo doctrinario (como se plantea aquí designar al conjunto de propuestas que se efectúan en el plano teórico, sin llegar a configurar una teoría del neoconstitucionalismo) es el concepto de constitución. Ya sea claramente (como en el caso de Zagrebelsky), ya sea porque ello está incluido en sus postulados o en sus consecuencias; el concepto de constitución que emplea el neoconstitucionalismo doctrinario es el de un programa, no sólo político sino también social –en la medida en que no sólo concierne el ejercicio y relaciones del poder, sino que también los distintos ámbitos de las relaciones sociales–, cedido en su concreción final a la judicatura –y no a la disposición resultante de la movilización política electoral que pueda resultar en el juego de las mayorías– en un contexto argumentativo de un alto grado de subjetividad por la imposibilidad de disciplinar las posibilidades de ingreso integradas en la correspondiente ponderación.



En conclusión, las conformaciones teóricas se pueden valorar por sus consecuencias prácticas, ya que lo que se puede recriminar al neoconstitucionalismo doctrinario es que transpone la discusión democrática de todas las cuestiones políticas verdaderamente relevantes a la dimensión de la formulación del texto constitucional –ya que al amparo de la constitución todo está ya resuelto en origen, y cedido a la ponderación del juez–. De esa manera, se constitucionaliza el Derecho, pero en ese proceso el carácter político fundamental de la constitución se pierde.





CAPÍTULO V

Caracteres del Neoconstitucionalismo:

En cuanto a una de las primeras referencias evidenciables, del término neoconstitucionalismo, resalta aquella que afirma que este consiste en la descripción de un compuesto de características del diseño y de la práctica constitucional ulterior a la Segunda Guerra Mundial. Así en ese sentido Miguel Carbonell, explica esta concepción como aludiendo a "*una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional*" (2003: 9-10)

En ese sentido, el corolario de estos fenómenos es extenso y no forzosamente participado por todos los autores que podrían referirse de modo preliminar como próximos a posiciones del Neoconstitucionalismo. Suplementariamente, debe indicarse que se trata en lo fundamental de lecturas de fenómenos, ocasionalmente imprecisas e incluso erradas, y que en su conjunto pueden llegar a estimarse como discordantes. Cabe mencionar aquí que uno de los problemas que esboza el concepto en estudio es que no se articula dentro de un órgano o cuerpo de postulados sistemáticos, ni siquiera en lo que podría considerarse su función descriptiva de las realidades constitucionales de la segunda mitad del siglo XX. Estos fenómenos, sin entrar todavía en su estudio, e incluyendo categorías que son parcialmente cosecantes, son los siguientes:

a) *cambio del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho (paso al constitucionalismo rígido), entendido éste como un estado de constitución rígida y control de constitucionalidad de leyes ordinarias* (Ferrajoli: 2003: 14-18) "*(o bien: constitución rígida y su garantía jurisdiccional)*" (Prieto: 2006: 29)

b) "*constituciones con alta densidad normativa o alto contenido normativo*" (Prieto: 2006: 29), dado esencialmente por la inclusión del catálogo de derechos



fundamentales y de principios rectores de la organización política, económica;

c) *“constituciones con fuerza normativa vinculante y aplicación directa en el sistema de fuentes, con el consiguiente resultado de irradiación (de la constitución hacia las demás fuentes) y de "constitucionalización" del derecho, cuando los tribunales asumen ambos postulados;”* (Guastini: 2003: 49)

d) *“consideración de los derechos fundamentales y eventualmente de otras partes del texto constitucional como "valores" en la argumentación fundante de decisiones jurisdiccionales, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional;”* (Fallo Luth: Tribunal Constitucional Federal Alemán)

e) incorporación del "método" de ponderación para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales (en general, postulación de la ponderación como manera de solucionar la colisión entre valores). Al igual que en el inciso anterior, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional;

f) concretamente en el contexto europeo, el camino hacia una mayor complejidad del sistema de fuentes y la relativización del rol de la constitución y el proceso político nacional frente al derecho europeo y el proceso de integración europea.

La teoría, por su lado, ha asumido nota y posición respecto de los hitos de este desenvolvimiento. En parte trascendental, la reacción ha sido favorable a los mismos. Es en este contexto laudatorio y propiciatorio de las características del diseño y de la práctica constitucional ulterior a la Segunda Guerra Mundial en la que puede colocarse la segunda referencia del término neoconstitucionalismo; en ese sentido Carbonell, señala que *"con el término neoconstitucionalismo se hace referencia también a una determinada teoría del derecho que propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos"* (2003: 10)



En ese orden de ideas, podría suspenderse la evaluación de la aseveración de que el neoconstitucionalismo constituye un nuevo modelo de pensamiento del Derecho –aun cuando pueda comprender distintos componentes o perspectivas en el plano teórico–; lo que interesa de la cita de Carbonell es el sentido del concepto en estudio como una actitud de satisfacción y apoyo a la evolución de la realidad constitucional de la segunda mitad del siglo XX, al respecto Paolo Comanducci utiliza la expresión "neoconstitucionalismo ideológico" para referirse al *corpus doctrinal* que no se limita "...a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación" (2003: Página 85). Esta posición, trasladada al plano de la reflexión relativa al Derecho, conlleva a la producción y desenvolvimiento del material institucional y, en algunos casos, a una posición militante proclive a determinadas opciones doctrinales, parcialmente coincidentes con, o que perfilan a profundizar en, las características de la evolución institucional ya indicadas. Se pueden indicar como manifestaciones de esta postura, las siguientes:

- a) *"una postura autorreflexiva respecto de algo denominado neoconstitucionalismo, que sería aquella teoría del derecho que aspira a describir los logros de la constitucionalización post Segunda Guerra Mundial"* (Comanducci: 2003: 83), "teoría que se sitúa en un posible trasfondo iusnaturalista, pero, en todo caso, opuesta al iuspositivismo" (Comanducci: 2003: 82), y que reivindica una reducida interrelación entre derecho y moral, en especial a partir de la apreciación de los derechos fundamentales como valores;
- b) la admisión, *tout court* y esporádicamente sin discriminar entre sus distintas variantes, de la concepción del efecto horizontal de los derechos fundamentales, y
- c) la defensa del "método" de la ponderación para la resolución de conflictos entre derechos y/o principios constitucionales, comprendida como la manera óptima de enfrentar las particularidades de la interpretación constitucional y, en general, de la argumentación fundante de la aplicación de la constitución.



En ese orden de ideas, con respecto al concepto de neoconstitucionalismo, es posible citar algunos autores, a partir de la referencia que hace uno de los difusores más conspicuos del término, Miguel Carbonell. Carbonell “*identifica el neoconstitucionalismo como un fenómeno reciente en el ámbito de la cultura jurídica española e italiana, y en diversos países latinoamericanos*” (2003: Página 9). Carbonell señala los aportes de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís y Luigi Ferrajoli. Más allá de estas referencias, se ocupan de tópicos relacionados, ocasionalmente desde una perspectiva crítica, Juan José Moreso, Paolo Comanducci, Alexei Julio Estrada, Riccardo Guastini, Alfonso García Figueroa, y otros. La frecuente referencia, en los textos que se pueden adscribir a este modelo de pensamiento, a la obra del alemán Peter Häberle justificaría, también, incorporarlo entre estos autores.

Como anteriormente se ha analizado, el neoconstitucionalismo correspondería (según sus postulantes) a una etapa del constitucionalismo (el de la post Segunda Guerra Mundial) que evidencia características particulares en su evolución, ya enunciadas. A continuación se analizarán con más detalle, y de manera crítica, aquellas que parecen constituir el núcleo de este modelo de pensamiento jurídico.

a) *Constituciones rígidas, con garantía jurisdiccional y alta "densidad" normativa, o alto contenido normativo*: al respecto Ferrajoli relaciona el surgimiento de las constituciones rígidas con la evolución del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho: Señala este autor que

Un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo con la subordinación de la legalidad misma —garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad— a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. (...) La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos (2003: 18-19)

El problema de la posición de Ferrajoli es que resulta algo indeterminado, desde que presenta como novedad distintos componentes que no tienen este



carácter. Dado que la concepción de constituciones rígidas, no disponibles para el legislador ordinario, está presente ya en el constitucionalismo decimonónico, de la misma manera, la idea de que estas constituciones, y los derechos que contienen, constituyen un límite sustancial (y no sólo procedimental) para las mayorías legislativas. Lo que puede aceptarse de la postura de Ferrajoli es un concepto de rigidez constitucional (que, dicho sea de paso, es moneda corriente en el tráfico de la teoría constitucional) que une, a la regulación de procedimientos específicos para el ejercicio del poder constituyente derivado, la existencia de una instancia jurisdiccional de control de constitucionalidad que pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad específica del acto legislativo (y no solamente sobre el resultado de la aplicación de la ley integrada a un sistema de fuentes presidido por la constitución, en un proceso concreto).

Por su parte, Luis Prieto Sanchís ha sostenido *“que el neoconstitucionalismo viene a resolver un dilema entre constituciones garantizadas sin contenido normativo, y constituciones con contenido normativo más o menos denso, pero no garantizadas”*: (2003: 29) En ese sentido, el neoconstitucionalismo implicaría un modelo de constituciones normativas y garantizadas. Al menos en estos términos, tal afirmación debe ser matizada, ya que no corresponde a la evolución general de las constituciones de la segunda postguerra mundial.

b) *Constituciones con fuerza normativa vinculante, aplicación directa y constitucionalización del derecho*: Dicho en términos precisos, la fuerza vinculante de la constitución implica que el texto constitucional es considerado, en el mismo plano que las demás fuentes escritas, como base para la construcción normativa, sin que las respectivas partes del texto constitucional puedan ser ocluidas, en su función normativa, por el alegato de necesidad de complemento de la ley o de otro acto creador de textos normativos. De allí que pueda identificarse la noción de fuerza vinculante de la constitución con la de su aplicación directa (sin necesidad de intermediación). El fenómeno de constitucionalización del derecho, en cambio,



requiere de unas condiciones copulativas que exceden el mero reconocimiento de la fuerza vinculante de la constitución. Junto a la existencia de una constitución rígida, mecanismos de garantía jurisdiccional de la constitución, y la asunción de fuerza vinculante, Guastini menciona otros cuatro requisitos para que se pueda hablar propiamente de constitucionalización del ordenamiento jurídico:

La sobreinterpretación de la constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes y la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas. La sobreinterpretación de la constitución presupone su fuerza vinculante y corresponde a un enfoque interpretativo inclinado por la interpretación extensiva de tal manera que resulta posible extraer de ella "...*innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política*". De ello resulta que toda decisión legislativa está prerregulada y no quedan márgenes para la discrecionalidad legislativa ni para una doctrina de las cuestiones políticas. (2003: 54-55)

Del enfoque de Guastini es importante resaltar su opinión respecto de que

Tanto la sobreinterpretación de la constitución como la aplicación directa de la constitución corresponden a la postura de los intérpretes, o bien a la actitud de los jueces respecto de la constitución: la clave del neoconstitucionalismo es comprender que no corresponde a un desarrollo necesario a partir de la evolución del constitucionalismo de la postguerra, sino que a ciertas opciones asumidas por ciertos agentes institucionales e intelectuales. (2003: 54-55)

La aplicación directa de las normas constitucionales dependería, según Guastini, de

La difusión, en el seno de la cultura jurídica, de cierta concepción de la constitución, y de la actitud de los jueces, derivada de la misma, y consistiría en que las normas constitucionales "*pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez con ocasión de cualquier controversia*". La interpretación conforme de las leyes se aplica en aquellos casos en que, de dos alternativas de interpretación de la ley, una de ella se adecua a la constitución y la otra se presenta como incompatible con ella, y se opta por aquella que es compatible (conforme) con la carta fundamental (2003: 54-55)

c) *Los derechos fundamentales como valores y el enfoque axiológico del neoconstitucionalismo* El origen inmediato de la evolución que lleva a la consideración de los derechos fundamentales como valores, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, es la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Lüth, mencionada tantas veces que no amerita mayor explicación aquí.

Como segundo hito en este camino puede mencionarse el desarrollo doctrinal que se intenta a partir de una lectura de la Ley Fundamental de Bonn y de



la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, realizada por Robert Alexy en su *Teoría de los Derechos Fundamentales*. En esta obra, Alexy sostiene que los preceptos sobre derechos fundamentales constituyen principios, y éstos, a su vez, son la expresión, En términos de deber ser, de los valores, ubicados en el plano del ser. Desde un punto de vista normativo, los principios se caracterizarían por ser mandatos de optimización. A partir de la difusión de la obra de Alexy en italiano y en castellano, junto con el prestigio alcanzado por el Tribunal Constitucional Federal alemán y su jurisprudencia, la calificación de los derechos fundamentales como valores o principios se hace patrimonio común del componente teórico del neoconstitucionalismo.

Lo notable de esta faceta del neoconstitucionalismo es que tal calificación — la de los derechos fundamentales como valores— no suele, salvo excepciones, ir acompañada de una discusión o al menos de una toma de posición respecto de qué es lo que se entiende por "valor", como si no se tratase de uno de los términos de sentido más elusivo en las ciencias humanas y sociales. Quizás lo más destacable, en este punto, del neoconstitucionalismo, no sea la afirmación (trivial en un sentido, altamente compleja desde un punto de vista lógico en otro) de que los derechos fundamentales son valores, o constituyen valores (o cualesquiera otras expresiones similares), sino que la ausencia del intento por precisar en qué consiste este predicado, o de justificar un sentido para el mismo o de hacerse cargo, incluso en las doctrinas que sostienen la existencia de un orden material de valores, del problema de la compatibilidad entre la percepción de los valores y el orden racional (tómese por ejemplo solamente la teoría de Scheler y su necesidad de introducir la categoría de "sentimientos intencionales" para eliminar un reproche de mero emotivismo subjetivo en la intuición moral).

La única obra que se ha considerado en este estudio que aborda directamente el tema, si bien con una nomenclatura que no alude a valores, sino que a la moral, es la de Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos*. Sin embargo, su respuesta a la pregunta clave que subyace tanto a un discurso con base a valores como al discurso moral en general, a saber, cómo se pueden



justificar los preceptos morales, o simplemente, la moral, consiste en plantearla como una paradoja:

No se ve qué tipo de justificación se busca cuando se pregunta por la justificación de la moral, una justificación presupone por definición acudir a ciertos principios, y no se advierte a qué principios podemos acudir para justificar principios últimos, o las reglas que permiten derivar tales principios (1989: 126)

Se puede compartir plenamente la segunda oración de esta cita; pero, a partir de ella, resulta altamente criticable el mantenimiento, a un mismo tiempo, de este predicamento y de la tesis que afirma que es posible una justificación racional, basada en la moral, de las decisiones jurídicas. Porque si en definitiva la moral no admite justificación racional, esto significaría que una decisión jurídica basada en juicio morales no puede encontrar, tampoco, una justificación racional. Por otro lado, la calificación de los derechos fundamentales como valores, y su conversión, en el plano deóntico, a principios, conlleva unas consecuencias que sólo se hacen evidentes al llegar al momento de la aplicación del método de ponderación como vía para la solución de casos concretos en que se presenta colisión de principios (lo que se trata más adelante). Pero es importante destacar un punto: la distinción entre reglas y principios sólo es posible para una teoría que no distingue entre textos normativos y norma como entidad de significado resultante de un proceso de construcción normativa.

Un segundo punto teórico a resaltar es la distinción entre reglas y principios como parte de la argumentación jurídica. La argumentación jurídica siempre va dirigida a producir una regla y sólo una regla aplicable al caso. No es posible la construcción racional de un sistema argumental que permita sostener que en un caso se puede predicar que "debe ser A", y que, en el mismo caso, sin variación en los elementos jurídicamente relevantes, "debe ser B". El método o enfoque principialista confunde no sólo las entidades semióticas (las señales) con las entidades semánticas (de significado), sino que también el proceso de construcción normativa (que incluye la consideración, examen, afirmación, descarte, recuperación, etc. de reglas y principios) con el resultado de la construcción normativa que siempre ha de ser un juicio que permita calificar un deber ser



disyuntivo ("debe ser" o "no debe ser": y no, en cambio, "*debe ser en mayor o menor medida*") . Se profundizará en este tema al tratar el método de ponderación. La afirmación de que los derechos fundamentales constituyen valores, o un orden de valores, así como la más amplia afirmación de que ciertos principios constitucionales se insertan dentro de un sistema axiológico, (re)introduce una reflexión iusteorética sobre la relación entre el derecho y la moral que se identifica como un rasgo propio del neoconstitucionalismo. La afirmación básica de este postulado podría sintetizarse, tomando como fuente el fallo Lüth y el trabajo de R. Dworkin, en la siguiente afirmación:

El derecho está formado por principios fundamentales que tienen su fuente en una moral objetiva expresada en la constitución. Los principios de justicia, de índole moral, se encontrarían desde sus orígenes positivados en los textos constitucionales, como meras declaraciones políticas sin incidencia práctica (Pozzolo: 2003: 191)

Lo que habría cambiado ahora (en tiempos del neoconstitucionalismo) sería que estos principios, con el advenimiento de la constitución como norma con fuerza vinculante y directamente aplicable, se habrían juridificado, produciendo de esta manera la conexión entre moral y derecho y los requerimientos de un nuevo enfoque, o método, para enfrentar estos principios morales en la aplicación del derecho (en especial del derecho constitucional al resto del ordenamiento jurídico). De este modo, la vigencia de las fuentes del derecho, vista desde el punto de vista de su producción conforme a los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico y dentro de éste, del orden constitucional, queda ahora supeditada o al menos indisolublemente unida a la cuestión de la validez de dichas fuentes a la luz de los principios (morales) contenidos en la fuente superior que, por su primacía, condiciona en esta dimensión de validez también la dimensión de vigencia de las demás fuentes. Este postulado plantea problemas teóricos y metodológicos de envergadura.

La única forma de entender este fenómeno sería atribuir al poder constituyente originario una cualidad distinta a la de otros poderes normativos: no sólo en el plano que permite explicar la legitimidad de un orden fundamental que no se remonta, a su vez, a una norma jurídica, sino también en un plano que permita



explicar cómo, o a título de qué, se transforma en legislador moral de la respectiva comunidad política. Esto plantea una suerte de paradoja metafísica ya que implica afirmar que los actos del poder constituyente, siendo, tal como las leyes y demás actos de creación de textos normativos obra de seres humanos, o sea, fuentes de derecho positivo, tendrían, sin embargo, una naturaleza distinta que la de éstos. Lo notable de esta paradoja es que, para el lector avisado, no podrá pasar desapercibida lo cerca que ella deja a las tesis neoconstitucionalistas de los planteamientos teóricos de Kelsen, con una variante; para Kelsen, en el plano lógico, la norma constitucional ha de fundarse en una norma hipotética, supuesta para dar coherencia al sistema jurídico.

La afirmación de la constitución como receptora de principios morales o valores como *entidades*, y en este carácter cualitativamente distinta del resto del ordenamiento jurídico —a pesar de que "*por hombres fuiste creada y no por dioses*"—, parece absorber en sí misma su propio fundamento (la constitución es un valor, ha dicho M. Dogliani) y ser, en este sentido, más positiva que la propia idea de constitución de Kelsen. Si, por el contrario, este postulado teórico quiere abandonar su carácter paradójal, debe aceptar que, como obra humana que es, la constitución no es distinta a otras fuentes del derecho y, si lo que ha de primar es un imperativo moral, incluso la constitución habría de quedar sometida a él para afirmar su validez. El postulado teórico se desprende así de su antifaz y muestra, honestamente, su verdadero contenido. Sin embargo, estos problemas, que, ni con mucho, son abordados al momento de plantear la conexión reseñada entre derecho y moral, son menores frente a los que plantea la aplicación práctica de una tesis de conexión entre derecho y moral como la que se despliega en algunas tesis vinculadas al neoconstitucionalismo.

La racionalidad de un sistema jurídico está en directa relación con la función comunicativa que cumple el respectivo sistema semiótico para conectar las consecuencias de determinados actos al sentido que es posible anticipar para los mismos. Dicho de otro modo, un sistema jurídico es tanto más racional cuanto más



es posible constatar una regularidad entre las predicciones que permite su sistema de fuentes sobre las consecuencias de determinados actos, y las consecuencias que se atribuyen a los mismos, al menos en la instancia jurisdiccional. A la inversa la racionalidad del sistema decae si, frente a un conjunto de fuentes, no es posible o resulta muy difícil predecir cuál podría ser la decisión para el caso.

Desde esta perspectiva, Comanducci aborda una primera dificultad que plantea la comprensión de un sistema jurídico derivado de una cantidad de principios fundamentales fundados en la moral objetiva, en lo que él llama la *determinación ex ante* del derecho. Comanducci sostiene que,

Dado que la configuración de los principios no puede eliminar la parcial indeterminación del derecho, eventualmente podría reducirlas si se dieran al menos dos condiciones; la existencia de una moral objetiva, conocida y observada por los jueces, y la construcción de un sistema integrado de derecho y de moral internamente consistente. (2003: 92)

Pero en el plano de los hechos, este autor constata cuatro obstáculos que, incluso dejando de lado la cuestión de fondo (si es posible afirmar la existencia de una moral objetiva), no permiten el cumplimiento de estas condiciones: suponiendo que existiese una moral objetiva, no todos los jueces las conocen ni/o comparten; al menos a nivel de los jueces, no existe una moral positiva compartida por todos ellos; los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, ni se ocupan de elaborar un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos y, por último, los jueces no siempre deciden ni argumentan racionalmente. Por el contrario, Comanducci constata que:

La configuración de principios no sólo no ayuda a disminuir, sino que tiende a aumentar la indeterminación *ex ante* del derecho, por la vaguedad de los principios frente a las reglas (ya que impide conocer por anticipado cuál es la conducta que será considerada conforme a los principios, E.A.L.); porque a falta de una moral común, la creación y configuración de principios aumenta la discrecionalidad de los jueces para decidir los casos fundados en su particular concepción de justicia (y esta apertura a las posibilidades de decisión a su vez aumenta la indeterminación *ex ante*) y por último porque este campo de discrecionalidad, de por sí ampliado al configurar las posibilidades de decisión sobre principios, se expande aún más en su aplicación caso por caso y sin marco alguno de jerarquía entre principios, como se da a través de la ponderación. (2003: 92-93)



Un segundo problema que plantea la tesis de conexión entre derecho y moral, entendida por Guastini en el sentido de que "...cualquier decisión jurídica, en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral", (2003: Página 94) está emparentado con la ya comentada ausencia de reflexión sobre los valores, al momento de calificar los derechos fundamentales como valores. Porque si se asume esta tesis ¿qué tipo de norma moral debiese ser aquella que justifica la decisión judicial? ¿La moral individual del juzgador, con independencia de si se conforma o no a la moral positiva? ¿Aquella que resulta de un discurso racional, como moral crítica? (Comanducci: 2003: 94)

Podría decirse que estas son precisamente las cuestiones que resuelve la remisión a una moral objetiva plasmada en la constitución. Sin embargo, esto no es así: el texto constitucional no se torna ni más claro ni más evidente porque sustituyamos el respectivo derecho fundamental, o principio, por el correspondiente valor. El discreto rendimiento que el texto constitucional presenta para la construcción normativo—jurídica del derecho a la vida no cambia cuando se busca comprender el contenido (moral) del valor vida o del valor que es *el derecho fundamental a la vida*. De este modo resulta evidente que la comprensión de los derechos como valores, o de cualesquiera otros valores en su faz de principios, y su inclusión dentro de la argumentación jurídica (o jurídico—moral) está condicionada por el orden o sistema moral al cual se adscriba el decisor.

d) *El método de la ponderación y la superación del positivismo* En directa relación con el postulado de la relación entre moral y derecho a través de los derechos fundamentales como valores y, en general, de los principios fundamentales como principios de justicia material fundados en la moral, se encuentra uno de los postulados que destacan dentro del neoconstitucionalismo, en lo que se ha venido en llamar su dimensión metodológica, y que consiste en la defensa del método de ponderación. La ponderación sería el método adecuado para el manejo de categorías morales que, por una parte, no se dejan aplicar como las reglas por la vía de la subsunción y que, por otra, sostienen una pretensión de



validez que no se ve desplazada por las reglas tradicionales empleadas para la solución de antinomias o colisiones normativas.

En el caso de colisión de principios (en particular de los principios constitucionales) Dworkin afirma que

Ninguno de aquellos en conflicto se vería atenuado o neutralizado en su pretensión de validez; se trataría simplemente de determinar, para el caso concreto, el grado de preponderancia, o de mayor peso relativo, que se otorga a uno frente a otro, sin que ello implique un menoscabo en el estatus normativo de cada uno de ellos. La idea subyacente es que, mientras a nivel normativo los principios conservan siempre la misma e invariable validez, las circunstancias del caso concreto pueden introducir elementos de juicio que permitan dar, en ese caso, mayor peso a uno que a otro. (2009: 77)

Queda de este modo abierta la posibilidad de, en otro caso, dar prevalencia al principio que en un caso anterior ha sido preterido. El método ponderativo, como se puede entender por una de sus acepciones en el diccionario, así como por la explicación que del mismo da uno de sus principales adalides, Robert Alexy,

Es un método que llama al intérprete operativo (tanto de la constitución como de las leyes, en un contexto de constitucionalización del derecho) a sopesar, esto es, a apreciar comparativamente el peso de los respectivos principios concurrentes en un caso concreto. (1993: 57)

Del otorgamiento de un mayor o menor peso relativo a estos principios — igualmente válidos y "pesados" si se les considera en abstracto— resulta la justificación de la decisión en el proceso de ponderación. A su vez, según Alexy

El curso de la ponderación, desde un punto de vista argumental, adopta cabalmente la estructura del control de proporcionalidad desarrollado originalmente como estándar de control del ejercicio de potestades discrecionales de la autoridad administrativa. (2002: 21)

En ese mismo orden de ideas, Alexy indica que

El análisis de la proporcionalidad de una medida concreta, o de actos de naturaleza normativa, conduce a un juicio de proporcionalidad o falta de proporcionalidad por la vía de tres pasos; el examen de la idoneidad de la medida o acto para alcanzar fines legítimos, el examen de la necesidad de la afectación de un derecho (o, habría que generalizar, de un principio fundamental), frente a la posibilidad de lograr el fin pretendido con un menor gravamen para el derecho o principio de que se trate, y el estudio de la proporcionalidad en sentido estricto, entendida como el grado de afectación del respectivo derecho o principio en vistas a la entidad del fin perseguido y el grado en que se puede alcanzar el mismo, a partir de dicha afectación. (2002: 29)



La relación que debe establecerse la expresa Alexy en los siguientes términos: *"Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"* (2002: 161)

Como lo indica su estructura, este juicio conlleva a su vez tres elementos: una determinación del grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios, la determinación del grado de satisfacción del otro principio, y la consideración de si ambas entidades, puestas en relación, justifican o no justifican la medida (o sea, la no satisfacción o afectación asumida para uno de los principios).

El método de la ponderación puede apreciarse, en un sentido crítico, desde dos perspectivas. La primera de ellas es estructural; desde el punto de vista de la estructura lógica que propone, el método de ponderación deja al operador jurídico justo allí donde se plantea el problema: cómo justificar normativamente la preferencia por uno u otro principio, el mayor peso relativo que se otorga a uno u otro valor en un caso concreto. Si los valores que se sostienen presentes en el documento constitucional cumplen su función normativa al ser involucrados como tales en el juicio de ponderación, las razones en virtud de las cuales opera la preferencia condicionada en la que consiste el juicio de ponderación son independientes de tales valores y, por tanto, se encuentran del todo desvinculadas de la fuente jurídica de la decisión. Las valoraciones adicionales requeridas por la operación, a saber, la decisión del peso a adjudicar a cada uno de los valores en juego, quedan entregadas al operador sin punto de apoyo o referencia jurídica (y habría que agregar: ni siquiera argumental).

La demostración de este aserto respecto de cada uno de los elementos del juicio de ponderación la aporta Juan Antonio García Amado en un artículo en que indica lo siguiente:

Respecto de cada uno de ellos, realiza el análisis de los ejemplos paradigmáticos utilizados por el propio Alexy para mostrar la operatividad del juicio de ponderación, y expone el punto



de la argumentación en que ingresa una decisión no justificada (más bien, ocluida) que permite producir una justificación aparente vía ponderación. Así, lo relevante en el juicio de idoneidad no es el juicio de adecuación fáctica de la medida al fin perseguido, sino la elección del determinado fin, como perseguido, para realizar dicho juicio, cuestión que queda absolutamente a discreción del intérprete. (2007: 317)

En el caso del análisis de la necesidad, el *quid* de la cuestión estaría radicado, por un lado, en los valores o principios que se escogen para enfrentar las correspondientes alternativas que son incluidas o, más relevantes aún, excluidas del análisis comparativo para llegar a demostrar que la afectación emprendida es necesaria. Ambas elecciones (decidir confrontar la libertad de expresión con el derecho a la salud y no con la libertad empresarial, por ejemplo; o bien afirmar que no se observan otras posibilidades para lograr el fin perseguido, evitando considerar alternativas racionales, como por ejemplo prohibir la publicidad del tabaco para disminuir las enfermedades asociadas al consumo, antes que imponer la carga de avisar su efecto dañino en la salud) quedan entregadas a la plena libertad del intérprete y exentas de deber de justificación alguna. Respecto del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, García Amado demuestra paso a paso cómo el supuesto método ponderativo puede ser aplicado, sin complejidad ninguna, como una clásica operación interpretativa de atribución de significado a términos en zona de penumbra de significado.

La segunda perspectiva dice relación con la afirmación, proveniente de las propias filas del neoconstitucionalismo, de que el método de la ponderación permite superar al método de la subsunción propio del positivismo. Para quien tiene noticia de los debates sobre interpretación jurídica habidos durante el siglo XX (y ya anticipados, en muchos casos, en la segunda mitad del siglo XIX), esta afirmación del neoconstitucionalismo evoca la imagen de un pasajero de tren que, habiendo abordado el carro equivocado, tras ser desenganchado del tándem original, ve cómo el convoy se aleja, sin él, hacia su destino. Y esto porque, si lo que quiere enfrentar el método de ponderación es al método subsuntivo, debe estar consciente de que, dentro de aquellas posteriores a la Segunda Guerra Mundial casi no hay teoría de interpretación o aplicación del derecho que sostenga que el método de



aplicación del derecho es de carácter subsuntivo o, al menos, que se agota en el momento de la subsunción.

El neoconstitucionalismo pelea así con animales extintos o, mejor dicho, desarrolla una enérgica estrategia para vencer a un fósil. Para desplegar un rendimiento teórico, o una ventaja comparativa respecto de otros, el método ponderativo no debiese mostrarse como alternativa al método subsuntivo —que ya no es una alternativa—, sino que respecto de alguno de los otros métodos discutidos en los últimos 50 o ya casi 60 años. Si es que cabe hacer algún reproche a una postura teórica o doctrinaria, en general, y este es el caso respecto de la ponderación, es el tener por efecto el bloquear la discusión científica sobre los correspondientes tópicos. Al presentarse como la vía de redención frente a una subsunción incapaz de dar cuenta de las necesidades de la interpretación y aplicación de principios constitucionales, el método de la ponderación reduce todo el campo de debate a una sencilla línea entre dos puntos que, planteados como únicas alternativas extremas —subsumir o no subsumir—, se tornan banales.

La idea de una aplicación subsuntiva del derecho es equivocada por reductiva, ya que refiere a una sola operación lo que son una serie de pasos complejos. En un sentido propio la subsunción está siempre presente en toda operación lógica de aplicación del derecho en cuanto une el plano general y abstracto de la norma con el juicio de su aplicación a un caso concreto. Incluso en la aplicación de un "método" ponderativo. No existe forma, ni siquiera para el método ponderativo, de expresar un juicio final sobre una determinada hipótesis de aplicación del derecho, que no sea subsuntiva en el último eslabón de las operaciones lógicas. Si, tras todos los pasos que se quieran seguir en un ejercicio de derrotabilidad de las reglas generales, excepciones y ponderación de principios se llega a la conclusión de que, dadas las condiciones a, b y c entonces se encuentra jurídicamente justificada la decisión D, es porque la decisión D se adopta en un caso concreto que se estima (en realidad, se decide) que corresponde a las condiciones a, b y c.



La subsunción es la operación lógica que permite unir el juicio hipotético y abstracto, a nivel normativo, con la decisión del caso real y concreto, a nivel práctico. Una cosa distinta, y que nada tiene que ver con el proceso de subsunción, es el método aplicado para la construcción normativa, esto es, para llegar a afirmar la vigencia de la norma que luego se aplicará subsuntivamente.

En *El juicio de ponderación y sus partes*, Juan Antonio García Amado demuestra la esencial intercambiabilidad del método subsuntivo y el método ponderativo, proponiendo incluso la solución de un mismo caso a la luz del método sub—suntivo y el método ponderativo. Sin compartir la nomenclatura lo que García Amado llama *el método subsuntivo/interpretativo* (2007: 317) es lo que aquí se ha tratado como el problema de la construcción normativa su trabajo aporta una acuciosa demostración de la estructura subyacente a un razonamiento ponderativo y su sustancial equivalencia con el que se ha venido de denominar el método subsuntivo, con la diferencia de que este último "es más apto para que los tribunales cumplan con los requisitos de una argumentación exigente, pues en él se ven más claros los pasos en que la racionalidad exige argumentación expresa de las decisiones determinantes del resultado final". (2007: 317)

Es aquí donde engarza una teoría de la argumentación jurídica, en general, y de una argumentación interpretativa cuando la norma ha de construirse sobre la base de textos preexistentes. La única teoría de la interpretación que agota el proceso de aplicación del derecho en la operación de subsunción es aquella que sostiene la presencia de un significado (único y correcto) en las fórmulas textuales utilizadas para la comunicación del derecho, y el carácter aproblemático o evidente de la calificación jurídica de la realidad. Ninguna de ambas premisas son aceptadas por las teorías contemporáneas de la interpretación que, incluso en sus variantes más conservadores, reconocen al menos en los casos así llamados de ambigüedad o polisemia un ámbito de decisión para el juzgador como operador semántico.





CAPÍTULO VI

El Neoconstitucionalismo como Paradigma Epistemológico en el Derecho Constitucional

1. Razones que demuestran la naturaleza del neoconstitucionalismo como paradigma epistemológico del Derecho Constitucional. En el presente apartado, se redactará lo relativo a la comprobación de la primera hipótesis del presente trabajo de investigación, pues con base en la método analítico y la técnica bibliográfica, se proporcionarán por parte del tesista, las razones y motivos por los cuales se considera que la naturaleza jurídica del neoconstitucionalismo consiste en ser un verdadero paradigma epistemológico del Derecho Constitucional, para lo cual este subtema se dividirá en tres partes: la primera consistente en el porqué el neoconstitucionalismo es un paradigma, la segunda porque esta corriente de pensamiento está dotado de epistemología y finalmente porque esta línea teórica es un paradigma epistemológica del Derecho Constitucional.

1.1 Razones por las cuales se considera al neoconstitucionalismo un paradigma: para desarrollar el presente apartado es necesario recordar que es un paradigma y cuáles son sus características, para de esta manera motivar el porqué de la categoría paradigmática del neoconstitucionalismo. En ese orden de ideas con respecto al concepto, se ha escrito con anterioridad que el concepto de paradigma surgió con un papel importante en la historia y filosofía de la ciencia a partir de la obra de Thomas Samuel Kuhn, "*The Structure of Scientific Revolutions* (Estructura de las Revoluciones Científicas) de 1969 [Ferrater Mora, 2001]. T. S. Kuhn, inició su trayectoria profesional en el campo de la Física; pero, interesado por la historia de la ciencia, dedicó gran parte de su tiempo y talento a esclarecer algo que no concordaba entre la ciencia que había estudiado y la historia de la ciencia que estaba estudiando.



De esta confrontación surgió una reflexión filosófica a partir de la cual Kuhn construyó su tesis central basada en que las nuevas teorías científicas no nacen por verificación ni por falsación, sino por sustitución; esta sustitución es muy compleja, laboriosa y penosa en cada caso. Pero, ¿sustitución de qué?; sustitución de un modelo explicativo al que denominó “paradigma” [Serrano, 1990]. Margaret Masterton habló de veintiuna formas diferentes en las cuales T. S. Kuhn utilizó la palabra paradigma.

A los efectos de una primera aproximación se destacarán a continuación cuatro: 1. Los paradigmas son realizaciones científicas universalmente reconocidas (dogmáticas) que, durante cierto tiempo proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica en particular. 2. Los paradigmas son realizaciones científicas que en primer lugar carecen de precedentes como para atraer a un grupo duradero de partidarios, pero que son lo suficientemente incompatibles como para dejar problemas a resolver. 3. El paradigma puede ser visto también como un modelo o patrón aceptado tal como una decisión judicial es aceptada en el derecho común. 4. Finalmente en el “Postdata a la Edición de 1969”, Kuhn ante las dificultades derivadas de las múltiples connotaciones dadas al término paradigma, construye una generalización y señala que: “el paradigma es aquello que comparten los miembros de una comunidad científica en particular” (ésta definición es quizá la más aceptada).

Sobre la base de la última de las definiciones de Kuhn, hay que recordar el concepto de paradigma de Guillermo Briones, quien lo define de la siguiente manera:

Un paradigma es la concepción del objeto de estudio de una ciencia acompañada de un conjunto de teorías básicas sobre aspectos particulares de ese objeto. Ese contenido define los problemas que deben investigarse, la metodología por emplear y la forma de explicar los resultados de la investigación. El paradigma con esas

características es aceptado por una comunidad científica determinada que así diferencia de otra tomará a continuación en el presente ensayo. (2002: 80)



Si se toma en cuenta lo antes indicado, hay que enfatizar como ya se apuntaló en el primer capítulo de la presente tesis, que el concepto de paradigma de Kuhn está más referido a paradigmas científicos (relacionados a ciencias sólidas válidamente unificadas); no obstante esto, se ha tomado como base teórica de la temática de los paradigmas epistemológicos, por ser el fundamento histórico de los otros paradigmas a que se hizo referencia en el capítulo dos, por tal razón el pensamiento de Kuhn, no constituirá el parámetro comparativo para demostrar la primera de las hipótesis del presente trabajo de tesis, relacionada a que el Neoconstitucionalismo es un paradigma epistemológico del Derecho constitucional. Se utilizará como base de los denominados “paradigmas filosóficos” (en relación con la Filosofía del Derecho), los cuales según Pedro Serna en su obra *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos* no deben analizarse en el mismo sentido que los científicos (2006: 5), pues la Filosofía, según este mismo autor, es un intento de acceder a una imagen de la realidad, pero no del modo en que el espejo refleja la imagen de esta, sino en forma aporética, identificando problemas y tratando de darles una respuesta que supere o, al menos, complete la ofrecida por las imágenes disponibles en un determinado momento, tanto en lo que se refiere a su consistencia o coherencia interna como desde el punto de vista de su confrontación con esa realidad que no deja de existir por más que el acceso a ella esté mediado por un instrumento conceptual, metodológico y teórico recibidos o heredados. En ese sentido el pensar filosófico es, pues un pensar que no cabe iniciar aisladamente, aunque tal vez su prosecución meramente individual sí resulte posible. Algo semejante puede decirse de la Ciencia, que se realiza esencialmente en comunidad y también de la dogmática, versión contemporánea de la ciencia jurídica, que opera institucionalmente, al menos en algunos países y sistemas jurídicos. Aunque no se puede decir que la comunidad científica de los filósofos sea exactamente del mismo tipo que la de los científicos, e



incluso puede razonablemente afirmarse que dicha comunidad ni existe ni puede existir, ni sería deseable que las cosas fueran de otro modo, no debe dejarse de lado que sí existe una comunidad académica de los cultivadores de la Teoría y la Filosofía del Derecho, que guarda ciertas analogías con la comunidad científica (2006: 7-8).

Sobre esa base Pedro Serna, define paradigma de la siguiente forma: “Un paradigma es aquella teoría, que por su virtualidad, atrae un grupo duradero de partidarios y simultáneamente es lo suficientemente incompleta para permitir el desarrollo de nuevos trabajos en su interior”. (2006: 8); no obstante lo anterior, este mismo autor, afirma que la Ciencia se distancia notablemente de los saberes humanísticos, que no operan por sustitución de unas teorías por otras, sino que lo hacen normalmente en la forma de acumulación. En ese sentido, Serna apunta que la Filosofía se parece mucho más a las humanidades que a las ciencias en este punto, pues si bien es posible que dos sistemas filosóficos sean incompatibles entre sí, sucede a menudo que no lo son en todas sus afirmaciones, o que algunas de las tesis de un sistema pueden incorporarse a otros formulados con posterioridad. En el caso específico de la Filosofía del Derecho, esto se comprueba, por ejemplo, en la posibilidad de incorporar debidamente corregidos, muchos elementos procedentes de la Teoría de la norma jurídica o de la Teoría del orden jurídico elaboradas por la Teoría general del Derecho positivista, a modelos que no suscriben, e incluso niegan los presupuestos epistemológicos u ontológicos del positivismo. De esa manera, en el caso de la Filosofía del Derecho, cuyo principal problema es precisamente la delimitación del concepto de Derecho, que algunos pretende situar al comienzo de la especulación filosófica, antes bien, sin perjuicio de nociones más o menos provisionales o difusas de las que se dispone inmediatamente a modo de precomprensión, el concepto, o la idea (en sentido hegeliano) del Derecho comparece como uno de los resultados más acabados de la Teoría jurídica, y no como su punto de partida.



Esta peculiaridad de la actividad filosófica permite comprender por qué la Filosofía se encuentra, en cierto modo, comenzando siempre, por qué cada cultivador suyo puede cuestionar la totalidad de los puntos de partida de sus antecesores, y por qué tal concepción haya desaparecido como paradigma o modelo dominante, o también antes de que llegue a serlo. Tal vez podría pensarse que lo anterior, conduce, si se quiere ser coherente, a negar la existencia de una comunidad *sensu stricto* de los filósofos y, por lo tanto, también de los filósofos del Derecho. No hay problema en admitir esto, siempre que no se pierda de vista la existencia de una comunidad académica, y que se combinen los datos que avalan esa conclusión con la ya expuesto del carácter necesariamente histórico del pensamiento filosófico.

Además, la influencia del positivismo, que identifica Ciencia positiva y racionalidad, ha producido en la Historia reciente de la disciplina jurídica un cierto fortalecimiento de sus aspectos comunitarios e institucionales, marcando en la investigación filosófico-jurídica una tendencia a comportarse de manera análoga a la de la “ciencia normal” (tendencia a construir una “dogmática” filosófica, desinterés por los puntos de partida, afición a los temas monográficos, incluso minúsculos y de escaso calado, etc.). Si se toman en cuenta todos estos factores, lo más razonable será concluir que en el ámbito filosófico hay también ciertos modelos o paradigmas y que en el plano académico existe incluso una cierta comunidad, más difusa y, desde luego, menos institucional que la de los científicos. En ese sentido ¿Cuáles son las teorías matrices o los paradigmas del pensamiento jurídico contemporáneo? No parece muy arriesgado señalar al iusnaturalismo como el paradigma o modelo inicial, luego aparece, el positivismo, el realismo y finalmente otros modelos o esquemas que algunos denominarían de maneras diversas (2006: 9-11).

Lo anteriormente indicado permite establecer que en el presente trabajo de tesis, se tomará el concepto de paradigma epistemológico, desde el enfoque analizado por Pedro Serna, es decir como una analogía de los



paradigmas científicos de Kuhn, pero con la diferencia, de que en el caso del Derecho, por ser una ciencia filosófica, se enfocarán como paradigmas filosóficos, es decir como esquemas o modelos humanísticos, que explican no por sustitución sino por acumulación en coexistencia con otros paradigmas, pues, en el caso de la Filosofía del Derecho y de la Teoría del Derecho (ciencia jurídica) conviven esquemas teóricos opuestos entre sí y como modelos que son sostenidos no por una comunidad científica como tal, sino por una comunidad académica de filósofos o teóricos del Derecho que explican el conocimiento jurídico desde distintos puntos de vista. Algunos de estos paradigmas los que tanto en el transcurso del desarrollo histórico del derecho, como en la época contemporánea, se han conocido como iusnaturalismo, positivismo y realismo, y además de estos que son históricos y vigentes, también es necesario incluir el conjunto de teorías, conceptos y métodos que enfocan el Derecho de manera distinta al positivismo jurídico pues estudian a este desde la perspectiva de la realidad del Estado Constitucional de Derecho y que muchos autores denominan neoconstitucionalismo y alrededor del cual girará la comprobación de la primera de las hipótesis del presente trabajo de tesis, como anteriormente se señaló.

Una vez analizado el paradigma en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Teoría del Derecho (ciencia jurídica), a continuación se desarrollarán las razones por las que se considera que el neoconstitucionalismo es un paradigma:

a) El neoconstitucionalismo constituye una modelo de pensamiento de la ciencia del Derecho constitucional, pues surgió en Europa después de la segunda guerra mundial para dar respuesta a las constituciones europeas; **b)** produjo nuevas teorías, métodos y conceptos, como la constitucionalización del ordenamiento jurídico, el método de la ponderación y el concepto de Derecho dúctil; **c)** a este movimiento se la han sumado pensadores como Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, Robert Alexy,



Manuel Atienza, Miguel Carbonell, Paolo Comanducci, etc., los cuales consideran que esta corriente es nueva e independiente de los paradigmas tradicionales del Derecho y **d)** no obstante, lo antes analizado, esta teoría teórica es lo suficientemente incompleta, por lo que ha permitido que haya evolucionado por medio de nuevas teorías que se han incorporado como el denominado Bloque de constitucionalidad.

Las razones antes vertidas, demuestra que el neoconstitucionalismo es un modelo de pensamiento que comparten los miembros de una comunidad académica en particular, también es la concepción del objeto de estudio de una ciencia acompañada de un conjunto de teorías básicas sobre aspectos particulares de ese objeto, coexiste con otros modelos o esquemas de pensamiento jurídico y finalmente es una teoría, que por su virtualidad, atrae un grupo duradero de partidarios y simultáneamente es lo suficientemente completa para permitir el desarrollo de nuevos trabajos en su interior, en consecuencia el neoconstitucionalismo es un verdadero paradigma.

1.2 Razones para determinar el contenido epistemológico del paradigma

neoconstitucionalista: para desarrollar el presente apartado es necesario recordar que es la epistemología, para que sirva y como se presenta en la ciencia, para de esta manera motivar el porqué del contenido epistemológico del paradigma neoconstitucionalista. En ese orden de ideas con respecto al concepto, se ha escrito con anterioridad que epistemología, proviene del griego: *Episteme*, que significa ciencia. Se ha generalizado su uso, como equivalente a criteriología o a la crítica, que estudia las condiciones posibilidades, origen, valor y límites del conocimiento humano. (Torres, 2012) Gran parte del debate en este campo se ha centrado en el análisis de la naturaleza del conocimiento y cómo se relaciona con las nociones relacionadas como la verdad, creencia y justificación. El término fue



introducido por el filósofo escocés James Frederick Ferrier (1808-1864). En este campo se refiere a veces como la teoría del conocimiento. (Ramascos de la Filosofía).

La epistemología, como teoría del conocimiento, se ocupa de problemas tales como las circunstancias históricas, psicológicas y sociológicas que llevan a la obtención del conocimiento, y los criterios por los cuales se le justifica o invalida, así como la definición clara y precisa de los conceptos epistémicos más usuales, tales como verdad, objetividad, realidad o justificación. La epistemología encuentra ya sus primeras formas en la Grecia Antigua, inicialmente en filósofos como Parménides o Platón. En Grecia, el tipo de conocimiento llamado *episteme* se oponía al conocimiento denominado *doxa*, debido a que esta última consistía en el conocimiento vulgar u ordinario del ser humano, no sometido a una rigurosa reflexión crítica. La *episteme* era el conocimiento reflexivo elaborado con rigor. De ahí que el término epistemología se haya utilizado con frecuencia como equivalente o ciencia o teoría del conocimiento. Sin embargo la epistemología propiamente dicha comienza en el Renacimiento; el conocimiento científico aparecerá en ella como conocimiento, análisis y síntesis de los fenómenos, es decir, de la apariencia o manifestación de la realidad en la experiencia humana. Los momentos más importantes de la maduración de esta metodología están representados por Kepler, Galileo Galilei, Francis Bacon, René Descartes, Isaac Newton, Locke, Leibniz y Kant. No obstante lo antes indicado, el término epistemología como tal, fue introducido por el filósofo escocés James Frederick Ferrier (1808-1864).

Aunado a los conceptos anteriores, es necesario citar la explicación de la epistemología dada por Jorge Witker, quien la definió de la siguiente manera:



La epistemología es el estudio de la ciencia ya lograda y, también, de la actividad científica que busca consumarse. Por su parte, los modelos consisten, en la ciencia de cualquier medio que intenta explicar en términos o teorías familiares, más conocidos o sencillos, una teoría o fenómeno nuevos, menos conocidos o más complicados. Básicamente existen dos tipos de modelos, los teóricos y los materiales o mecánicos. En los primeros se utilizan conceptos o teorías conocidas o tradicionales, y en los segundos se utilizan elementos visuales, como maquetas o dibujos. (1997: 75)

De la definición anterior, se infiere que la epistemología es el estudio del conocimiento y la creencia justificada. Como estudio del conocimiento, se pregunta por ¿cuáles son las condiciones necesarias y suficientes del conocimiento? ¿Cuáles son sus fuentes? ¿Qué estructura tiene? ¿Cuáles son sus límites? Como estudio de la creencia justificada, la epistemología trata de responder las preguntas: ¿Cómo entender el concepto de justificación? ¿Qué permite justificar las creencias justificadas? ¿Es la justificación interna o externa a la propia mente? Igualmente, la epistemología se interroga por la creación y diseminación del conocimiento en dominios particulares de la investigación.

En ese sentido, una epistemología científica, liberada de aproximaciones filosóficas y de connotaciones ideológicas de expresiones tales como 'la' ciencia, 'la' filosofía (totalidades inexistentes), se puede definir con J. Piaget (1970) como: "el estudio de la constitución de los conocimientos válidos" o, como "el estudio del paso de estados de mínimo conocimiento a un conocimiento más riguroso". Por otra parte, Piaget define el quehacer filosófico como: "una toma de posición razonada frente a la totalidad de lo real".

El estudio de la constitución de los conocimientos válidos se hace a través del análisis de las condiciones de hecho y de las condiciones de validez de los distintos tipos de conocimiento humano. Este estudio se ocupa de las condiciones reales de producción de los conocimientos científicos, de las condiciones históricas de desenvolvimiento de los problemas y los



conceptos de las ciencias; del examen de los fundamentos y los obstáculos en la constitución de los conocimientos científicos.

Con todo, no puede afirmarse sin más que esta epistemología sea más verdadera que las anteriores. Incluso, esta epistemología podría devenir en otra ciencia al lado de las demás, aunque con algunas diferencias, y se encontraría con los problemas adicionales e insalvables de requerir también su propia epistemología y dar lugar así a una secuencia en infinito; o, más bien, la epistemología científica se disolvería, como sucede actualmente, en epistemologías al interior de cada ciencia —epistemologías regionales— sin pretensiones de generalización.

Las epistemologías científicas, para Piaget, provienen de tres fuentes: una fuente moralizadora que, ante las continuas transformaciones de las ciencias, busca fijar principios inamovibles. Las tendencias positivistas desde A. Comte hasta el positivismo vienés y anglosajón de comienzos del siglo veinte proceden de esta fuente. Una segunda proviene del interés de filósofos como Cournot y Brunschvicg que buscaron en la filosofía de las ciencias las informaciones que acerca de las transformaciones del conocimiento no les podía suministrar la reflexión especulativa. La tercera fuente surge de la reflexión de los científicos mismos sobre sus campos, categorías y métodos de conocimiento, reflexión destinada no a producir una filosofía sino a superar las crisis y divergencias en el interior de sus respectivas comunidades científicas. Finalmente, no sobra recordar que, también, fue Piaget quien puso en obra la ingente empresa de la interdisciplinariedad (Piaget 1979; Sierra-G. 2001), no sólo para atender al atomismo de las disciplinas especializadas, sino por requerimiento intrínseco mismo de estructuras, métodos y categorías que distintas disciplinas pudieran compartir entre sí.



Con respecto al paradigma epistemológico en la Filosofía y en la Teoría del Derecho (ciencia jurídica), esto se comprende como el conjunto de conceptos, teorías, métodos y componentes temáticos que una comunidad de académicos, comparte para explicar que es el Derecho y que coexiste con otros esquemas de pensamiento jurídico.

Una vez analizada la epistemología, a continuación se desarrollarán las razones por las que se considera que el neoconstitucionalismo, por poseer contenido epistemológico es un verdadero paradigma epistemológico:

a) El Derecho es una ciencia filosófica e histórica, la cual ha sido explicada como conjunto de normas, como principios y valores de carácter universal de origen divino o racional y como realidades humanas intersubjetivas, además, se ha analizado su división en derecho público y privado, de las cuales se han generado el surgimiento de ramas autónomas e independientes del Derecho, tales como el Derecho Constitucional, el Civil, el Penal, el Mercantil, etc.; y por poseer cada rama independencia y autonomía, a su vez cada una ha desarrollado su propia ciencia, en ese sentido el Derecho Constitucional, contiene su propia científicidad y como tal posee teorías, conceptos, métodos y un objeto de estudio y según sea el objeto que se le asigne a esta rama del Derecho, y en consecuencia, cuál sea el contenido que vaya a responder a la consecución de ese objeto, dependerá el concepto que se obtenga de él, por lo que necesariamente irá vinculado con temas como el referido al método de conocimiento del Derecho constitucional, así como a la formalidad y materialidad que se le asigne a conceptos como el de poder constituyente y el de constitución.

b) El Derecho constitucional es una ciencia histórica y filosófica, pues constituye una rama autónoma del Derecho, por tal razón posee su propia científicidad y por ende su conocimiento es de carácter científico, razón por



la cual contiene una estructura epistemológica y los paradigmas que la estudian, desarrollan teorías del conocimiento del Derecho constitucional en consecuencia se constituyen en verdaderos paradigmas epistemológicos

c) El neoconstitucionalismo ha desarrollado circunstancias históricas que llevado a la obtención de conocimiento en materia constitucional, como la constitucionalización del ordenamiento jurídico, la derrotabilidad de las normas jurídicas, el puente entre moral y derecho, la ductilidad del Derecho, y el método ponderativo, los cuales se han convertido en criterios por los cuales se le justifica o invalida la interpretación y aplicación del Derecho constitucional, así mismo ha establecido en forma clara y precisa, nuevos conceptos epistémicos de Constitución, normas, principios, valores, reglas, interpretación etc.

d) El neoconstitucionalismo ha establecido un nuevo modelo para determinar ¿cuáles son las condiciones necesarias y suficientes del Derecho constitucional? ¿Cuáles son sus fuentes? ¿Qué estructura tiene? ¿Cuáles son sus límites? ¿Cómo entender el concepto de Constitución? ¿Qué permite justificar el método ponderativo? ¿Por qué se considera la ductilidad del Derecho? Igualmente, el neoconstitucionalismo se mantiene interrogado por la creación y diseminación del conocimiento del Derecho constitucional en dominios particulares de esa rama del Derecho.

e) No puede afirmarse de manera categórica que el neoconstitucionalismo sea más válido que otros paradigmas tradicionales como el positivismo, el iusnaturalismo y el realismo.

f) El neoconstitucionalismo, como teoría del conocimiento del Derecho constitucional, ha partido de conocimientos mínimos, y por medio del estudio científico desarrollado en los centros de pensamiento así como por parte de



los tribunales constitucionales, ha tratado de perfeccionar sus métodos y teorías, llegando a generar conocimientos más rigurosos.

Las razones antes vertidas, demuestran que el neoconstitucionalismo es un modelo de pensamiento con contenido epistemológico pues ha desarrollado principios que asocian o disocian las nociones fundamentales que rigen y controlan todo el discurso teórico del Derecho constitucional, ha construido métodos para producir, comprobar y determinar conocimientos de la ciencia del Derecho Constitucional, ha postulado teorías que tratan de explicar los problemas científicos del Derecho constitucional y ha planteado nuevas ideas para comprender y entender esta rama del Derecho, en consecuencia el neoconstitucionalismo cuenta con contenido epistemológico y por lo tanto es un verdadero paradigma epistemológico.

1.3 Razones para establecer que el neoconstitucionalismo es un paradigma epistemológico del Derecho constitucional: para desarrollar el presente apartado, es necesario recordar qué es el Derecho constitucional, como lo han analizado los paradigmas tradicionales y finalmente de que manera el neoconstitucionalismo le ha construido teorías, métodos, conceptos e ideas a esa rama del Derecho.

En ese orden de ideas, como primer punto es necesario recordar algunos conceptos de Derecho constitucional que han proporcionado connotados tratadistas, como los siguientes: Seydel citado por Ignacio Burgoa, Considera que esta disciplina tiene por objeto la determinación de los órganos por medio de los cuales el soberano provee a las funciones estatales, abarcando su materia la organización de la legislación, de la administración, del ejército y de las relaciones exteriores del Estado. (1984: 24); mientras que Orlando citado por Burgoa indica, que partiendo de la clásica y ya superada distinción entre derecho público y derecho privado, y



estimando que el Derecho Constitucional debiera dominarse "Derecho del Estado", opina que aquél "tiene por objeto" a la entidad estatal y que su campo de estudio es el ordenamiento jurídico del Estado representativo moderno, con particular consideración a la Constitución Positiva del Estado italiano. (1984:24)

Para Santi Romano citado por Ignacio Burgoa considera que el Derecho Constitucional es la Constitución misma como "ordenamiento supremo del Estado", sin el cual no puede existir. (1984: 24)

Pietro Carófalo, citado por Burgoa, estima que el Derecho Constitucional es una rama del derecho público que estudia la Constitución del Estado, o sea el ordenamiento de los órganos constitucionales del Estado y las relaciones fundamentales entre el Estado y los ciudadanos. (1984: 24)

León Duguit citado por Ignacio Burgoa explica: El famoso profesor de la Universidad de Burdeos, sostiene que el Derecho Público interno agrupa y comprende las reglas de derecho que se aplican al Estado considerado en sí mismo, las que determinan las obligaciones impuestas al mismo Estado, y las facultades o poderes de que es titular, así como su organización", entendiendo este agrupamiento como "Derecho Constitucional" en su sentido amplio y no en el sentido estricto reservado para designar las leyes constitucionales rígidas. (1984: 24)

Según Maurice Hauriou citado por Burgoa expresa que el Derecho Constitucional "tiene por objeto la Constitución política y social del Estado", afirmando que la "Constitución política" se refiere, por una parte, a la organización y al funcionamiento del gobierno o sea del poder que dirige la vida del grupo; por otra parte, a la organización de la libertad política, es decir, a la participación de los ciudadanos en el gobierno. Por "Constitución



social" entiende la que se refiere al orden social considerado como un orden individualista que reposa sobre la doble base de las libertades individuales comprendiendo en ella la de fundación, y de las ideas objetivas que han formado la civilización. (1984: 24)

Esmein, citado por Burgoa, atribuye al Derecho Constitucional este triple objeto determinativo: la forma de Estado, la forma y los órganos de gobierno y los límites de los derechos del Estado. (1984: 25)

Carré de Malberg, citado por Burgoa, afirma que el Derecho Constitucional es --como su nombre lo indica- la parte del derecho público que trata de las reglas o instituciones cuyo conjunto forma en cada medio estatal la Constitución del Estado. *Posada* formula un concepto amplio del objeto del Derecho Constitucional enumerando las materias de estudio que comprende. Asienta que El Derecho Constitucional ha de definirse de modo esencial, jurídico, por su contenido; éste abarca todo el Derecho relativo: a), a la determinación del soberano en el Estado; b), al ejercicio de la soberanía política mediante la organización social que constituye el Estado *no oficial* y *oficial* o *Gobierno*; e), a las relaciones del Estado, en cuanto estas relaciones aclaran por modo indirecto el criterio práctico que preside el ejercicio de la soberanía política: comprende esta última parte la doctrina de los derechos de la personalidad. (1984: 25)

Felipe Tena Ramírez, citado por Burgoa, considera que el Derecho Constitucional es la doctrina individual y específica de determinado régimen de Estado, adscribiendo a su disciplina un contenido y una fuente destacadamente históricos. Para Linares Quintana la finalidad del Derecho Constitucional estriba en la garantía de la libertad y la dignidad del individuo, mediante la sumisión o acomodación del Estado, íntegramente considerado, al Derecho. (1984: 25)



Bielsa, citado por Burgoa, define el Derecho Constitucional: como la rama del derecho público que regla el sistema de gobierno, la formación de los poderes públicos, su estructura y atribuciones, y que establece y reconoce, en principios, declaraciones o garantías, los derechos y deberes privados y públicos de los habitantes, como miembros de la sociedad referida al Estado y como miembros del cuerpo político. (1984: Página 25)

Con base en las definiciones anteriores y aunque parezca tautológico, debe decirse que el Derecho Constitucional estudia la Constitución; pero no la Constitución *in abstracto* como ente ideal carente de juridicidad, o sea, como un conjunto de principios deontológicos sin consagración positivo-normativa, sino *una Constitución específica*, particular de un Estado determinado.

En ese sentido, el estudio de una Constitución obviamente comprende el de todas sus disposiciones, agrupándolas sistematizadamente en diversas instituciones o materias que aquélla establece o regula. Por ende, la comprensión didáctica del Derecho Constitucional debe abarcar todas las instituciones o materias que en la Constitución se encuentran normadas o previstas por modo fundamental o básico, ponderándolas únicamente como contenido de las disposiciones constitucionales respectivas. Si dichas instituciones o materias son objeto de regulación de una variada legislación ordinaria que pormenoriza normativamente las reglas consignadas en la Constitución, el estudio de las mismas, fuera de su conformación preceptiva constitucional, corresponderá a otras disciplinas jurídicas.

Entonces, si el Derecho Constitucional significa el estudio de una determinada Constitución en su totalidad normativa, o sea, el de todas las materias que ésta comprende, su enseñanza debe abarcar todos los aspectos preceptivos de la ley fundamental. De ello se descubre la íntima e inextricable correlación entre dicha disciplina y las demás que integran la



Ciencia Jurídica o Jurisprudencia en sentido estricto. En el campo de investigación de una y de otras pueden concurrir las mismas materias. Con la diferencia que éstas se analizan por el Derecho Constitucional y por las demás ciencias jurídicas específicas desde un ángulo preceptivo distinto aunque coincidente en los criterios metajurídicos.

Como conclusión se puede inferir con base en las definiciones anteriores, que el Derecho constitucional es la rama del derecho político que comprende las normas fundamentales del estado que establecen la forma de gobierno, los derechos y deberes de los individuos y la organización de los poderes públicos; constituyendo esas normas la Constitución y todas las materias que abarcan la misma.

No obstante ese concepto generalmente aceptado, los distintos paradigmas reconocen que el Derecho constitucional gira en torno a la norma fundamental (constitución), solamente que los positivistas tradicionales la enfocan como ley fundamental (ley de leyes) que sirven de fuente a las normas jerárquicamente inferiores, en cambio los positivistas analíticos como Kelsen califican al Derecho Constitucional como el conjunto de normas que regulan la producción de normas generales, enfocando a la constitución como la norma positiva suprema en el orden estatal, es decir aquella norma que regula la creación de todas las otras normas en el orden interno, y por lo tanto tienen la característica de ser normas no independientes, incompletas, puesto que sólo determinan una de las condiciones de los actos coactivos que otras normas estatuyen.

En cambio los iusnaturalistas, concibe a la constitución, como un pacto social armónico (contrato social de ciudadanos virtuosos) que contiene principios y valores de carácter universal que rigen de forma vinculante sobre cada uno de los ciudadanos de un Estado; en ese sentido



el iusnaturalismo como paradigma del Derecho Constitucional no supone que su concreción en normas jurídicas positivas le preste carácter constitutivo sino que estas normas lo que hacen es reconocer el valor de los principios iusnaturalistas, declarando, por lo tanto, que son superiores a ellas mismas. En este sentido, el poder constituyente se encuentra ante determinados principios superiores cuyo reconocimiento es necesario, pero la validez de aquéllos no descansa en la legalidad de las normas constitucionales que los recogen, ni en la propia decisión del poder constituyente, sino que se apoya en el orden suprapositivo propio del derecho natural; pues el derecho constitucional en tales casos lo que hace es recoger, desarrollar y aplicar, al campo de la convivencia política, aquellos principios superiores que son imprescindibles, en todo tiempo y lugar, o que se requieren en un período histórico determinado.

Finalmente para el realismo, sólo tienen valor de verdad las proposiciones jurídicas aplicativas y su valor de verdad no depende de lo que establezcan determinadas normas generales, sino de lo que establecen determinadas decisiones judiciales (normas individuales). El Derecho, por tanto, se define como el conjunto de normas individuales (decisiones judiciales) que establecen los derechos y deberes de los ciudadanos. En ese sentido, las proposiciones jurídicas –también la Constitución– sólo son predicciones antes de la decisión judicial; propósitos de futuro acerca de las decisiones que tomarán los jueces (que es el auténtico Derecho).

Una vez determinado que es el Derecho constitucional y como lo han enfocado los paradigmas tradicionales (positivismo, iusnaturalismo y realismo), es necesario entrar a analizar el fondo del presente apartado, el cual consiste en establecer si el neoconstitucionalismo es un paradigma epistemológico del Derecho constitucional.



Con los argumentos anteriores, se ha demostrado que el neoconstitucionalismo es un paradigma, porque constituye un modelo de pensamiento que comparten los miembros de una comunidad científica particular, además es la concepción del objeto de estudio de una ciencia acompañada de un conjunto de teorías básicas sobre aspectos particulares de ese objeto y finalmente es una teoría, que por su virtualidad, ha atraído un grupo duradero de partidarios y de manera simultáneamente es lo suficientemente incompleta para permitir el desarrollo de nuevos trabajos en su interior; aunado a lo antes indicado, el neoconstitucionalismo posee contenido epistemológico pues ha desarrollado principios que asocian o disocian las nociones fundamentales que rigen y controlan todo el discurso teórico del Derecho constitucional.

Sobre la base de lo anteriormente comprobado, a continuación se desarrollarán las razones que demuestran que el neoconstitucionalismo es un paradigma del Derecho constitucional:

a) El neoconstitucionalismo ha surgido como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional, se podría decir también ideológica, acerca de la función que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional.

b) El neoconstitucionalismo como desarrollo histórico se originó con la profunda transformación que se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial y la tarea que, a partir de ellas, comienzan a desarrollar los tribunales constitucionales de los países del viejo mundo. Estas transformaciones son claramente perceptibles, a partir de la sanción de las constituciones de la posguerra, en países como Alemania, Italia y Francia y, más tardíamente a partir de 1978, España. Es como una nueva fase en el



marco del proceso histórico del constitucionalismo europeo que comenzó a fines del siglo XVIII, con características propias y diferenciales respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de neoconstitucionalismo.

c) El neoconstitucionalismo tiene una manera parcial respecto al constitucionalismo visualizado como totalidad: le interesa esencialmente una parte de la problemática constitucional, la relacionada con la defensa de los derechos humanos. Por el contrario no presta mayor atención a la organización estatal, a la denominada “parte orgánica”. Su objetivo no es tanto limitar y controlar al poder (objetivo central del constitucionalismo), como consolidar y garantizar la vigencia de los derechos humanos. El nuevo derecho tiene un carácter marcadamente garantizador y garantista de los derechos constitucionales. No se atiende tanto a la consideración de la constitución como norma que organiza el sistema institucional de un estado, sino, fundamentalmente, su sistema normativo, en ese sentido Comanducci explica que el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX–, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales.

Lo anteriormente indicado, evidencia que el neoconstitucionalismo, muestra una nueva concepción de Derecho constitucional, pues ha diferencia de los conceptos ya analizados, para esta corriente teórica, esta rama del Derecho estudia básicamente los derechos fundamentales, es decir el catálogo de derechos humanos en toda su plenitud, relegando a un segundo plano la organización del Estado y el funcionamiento de los órganos de ejercicio del poder público.



d) El neoconstitucionalismo expone una nueva teoría acerca de la estructura del Derecho, la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico, la cual consiste en una omnipresencia constitucional que impregna, satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico. Se reconocen y puntualizan meticulosamente los derechos constitucionales de las personas y grupos sociales y se consagran las garantías jurídicas que los hacen efectivos: del principio que establecía que los derechos humanos importan en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que observan los contenidos esenciales de los derechos humanos, que también cuentan con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos. De esa manera, se establece y difunde una cultura jurídica inspirada en derechos, antes que en normas o deberes jurídicos.

Esta nueva realidad lleva al crecimiento del rol y de la importancia de la magistratura, que pasa a ocupar un lugar institucional clave, bien diverso del modelo legicentrista decimonónico imperante anteriormente en Europa. El jurista italiano Guastini señala siete condiciones que permiten hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico, como lo son: 1) Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales; 2) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional; 3) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”; 4) La “sobreinterpretación” de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos; 5) La aplicación directa de los normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares; 6) La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores; 7) Influencia de la Constitución en el debate político.

Complementariamente, cabe destacar la centralidad que los derechos fundamentales o derechos humanos comienzan a tener en la vida jurídica y



política. Pasan a ser considerados como valores que impregnan todo el ordenamiento político-jurídico del Estado y extienden, también, su influencia a las relaciones privadas.

e) El neoconstitucionalismo ha ampliado las fuentes del Derecho constitucional, pues ya no lo circunscribe a la Constitución de cada Estado, sino que lo ha potenciado esencialmente por la aparición y recepción en sede nacional del derecho internacional de los derechos humanos, es decir que ha transformado el concepto de Derecho constitucional, disponiendo que componentes forman parte de esta rama del Derecho el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto regional como universal, esta nueva concepción aportada por el neoconstitucionalismo, ha sido denominada como el Bloque de constitucionalidad.

El Bloque de constitucionalidad, surgió en Francia, como consecuencia de las opiniones difundidas por el Consejo Constitucional, quien lo tomó de la jurisprudencia contencioso-administrativa de aquel país. En el plano doctrinal, Luis Favoreu se ha encargado de analizar su contenido y alcances. En el caso francés, el bloque se refiere a las normas y principios que, sin constituir parte del texto formal de la Constitución de 1958, han sido incorporados por otras vías a esta, y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes.

Esas otras disposiciones, integradas a la Constitución francesa, son la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946. Según Luis Favoreu, en Francia, ante la falta de referencia expresa en la Constitución vigente de los derechos fundamentales, el Consejo Constitucional, con apoyo esencialmente en el bloque de constitucionalidad, ha aseverado que estos derechos participan también de la fuerza normativa de la Constitución al estar reconocidos en la Declaración de 1789 y en el Preámbulo de la Constitución de 1946, textos



directamente mencionados en el Preámbulo de la Constitución de 1958 (1991: 19-20)

Después de radicarse en Francia, el concepto se trasladó a otros países europeos, como España, en donde como indica Franciso Rubio Llorente, el Tribunal Constitucional español empleó por primera vez de la expresión en el fallo STC 10/82 refiriéndose al bloque como “(...) un conjunto de normas que ni están incluidas en la constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”. (1997)

Otros países acogieron decisiones similares. Así, la constitución austriaca incorporó las normas de Derecho internacional a su Bloque de constitucionalidad, así en Italia por disposición de la misma constitución el ordenamiento jurídico comunitario adquirió prevalencia y aplicación preponderante frente al ordenamiento jurídico interno, la Constitución de Alemania Occidental establecía por su parte que las reglas generales de derecho internacional forman parte del derecho federal, y que tendrán preferencia sobre las leyes y crearán derechos y deberes directamente para los habitantes del territorio federal.

En el caso de Colombia, el bloque de constitucionalidad es concepto que comenzó a emplearse por la Corte Constitucional colombiana sólo a partir de 1995 pero que como institución se venía aplicando desde años anteriores utilizando los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo (Sentencia C-574-92 MP: Ciro Angarita Barón). De este modo, a partir del año 1995 la Corte ha ido ajustando su jurisprudencia para legitimar el valor de ciertas normas y principios supranacionales que se encuentran incorporados en la Carta y que por lo tanto son parámetros del control de



constitucionalidad así como parámetros vinculantes de interpretación de los derechos y deberes protegidos por la norma suprema.

El primer acercamiento de la Corte Constitucional en la aplicación de normas supranacionales al orden interno colombiano se da en las sentencias T-409 de 1992 M.P's: Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y C-574-92 MP: Ciro Angarita Barón en donde se estableció que los convenios sobre derecho internacional humanitario tienen carácter prevalente sobre la legislación nacional.

A partir de la citada jurisprudencia, la Corte Constitucional comenzó a interpretar el inciso segundo del artículo 93 de la Carta como la norma que disponía la prevalencia de los tratados o convenios internacionales en el orden jurídico interno, siempre y cuando dichas normas hubiesen sido integradas en la normatividad colombiana a través de la ratificación del Estado, previo análisis de constitucionalidad.

No obstante las posiciones anteriores, según Antonio de Cabo de la Vega, existen cuatro significados de la expresión de bloque de constitucionalidad, que pueden enunciarse del siguiente modo:

- i) el bloque de constitucionalidad como equivalente al conjunto, de lo que en la doctrina italiana se denomina normas interpuestas. Según esta primera definición, el bloque estaría integrado por aquellas normas, que no figurando en el texto constitucional, sirven de parámetro para determinar la constitucionalidad de otras normas. En palabras de Carlo Lavagna (su primer teorizador) se trata del *“grupo di casi in cui la norma o il principio, pur essendo tratti da “testi” costituzionali, siano invocabili solo indirettamente,*



inserendosi fra essi e le norm legislative che si ritengono viziate altre norme, dotate di forza legislativa” (1957: 28)

- ii) Según un segundo concepto, el bloque de constitucionalidad derivaría su existencia de la no inclusión de toda la materia constitucional dentro de la Constitución formal. Este concepto acercaría el bloque de constitucionalidad a la llamada constitución en sentido material. Dentro de esa misma categoría pueden darse dos situaciones distintas: a) Constituciones que remiten expresamente a otros textos que califican de constitucionales; por ejemplo, la Constitución Francesa de 1958 y su referencia (en el Preámbulo) a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y al Preámbulo de la Constitución de 1946. b) Constituciones que no contemplan determinadas materias esencialmente constitucionales, guardando silencio sobre ellas o remitiendo a la legislación posterior para su fijación. Sería el caso de las numerosas “leyes orgánicas”, calificadas por la doctrina como instrumentos para “retener una parte del poder constituyente y de los estatutos de autonomía, leyes de transferencia y resto de instrumentos de eventual distribución de competencias.
- iii) Una tercera interpretación del bloque, coincide en parte con las anteriores, sería la del boque de constitucionalidad entendido como conjunto concreto de normas que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de otra norma específica. El bloque surgiría en el supuesto de su impugnación. Se habla así de la determinación de su «su {de la norma impugnada} bloque» y no de bloque en general. No habría un bloque de constitucionalidad como cuerpo general de normas, sino diferentes supuestos o contextos constitucionales para la fijación de la validez de las normas.



- iv) Un cuarto concepto, por último, sería aquel que hace depender el nacimiento del bloque de constitucionalidad de la existencia de un ordenamiento complejo, como el español, con el objetivo de establecer una determinación aceptable de las normas de referencia o parámetros susceptibles de regular el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En palabras del Tribunal Constitucional Español, las normas determinantes del sistema constitucional de distribución de competencias son exclusivamente la constitución las demás disposiciones integradas en el bloque de constitucionalidad

Aunado a lo anteriormente indicado, se determina que el origen del denominado Bloque de constitucionalidad, se produce en la V República francesa, la cual está íntimamente ligada a la tercera concepción antes analizada, de ahí entonces, se conoce la verdadera naturaleza de esta figura, la cual surge porque el control de constitucionalidad en Francia, tal como fue concebido en su origen quedaba básicamente circunscrito a garantizar la estructura y funcionamiento del poder (parte orgánica), pues la Carta constitucional de 1958 tiene una muy modesta parte dogmática; sólo el artículo 1 de la Constitución de la V República hace una referencia expresa al derecho a la igualdad y al respeto de todas las creencias. Y, por su parte, el artículo 34 establece que la ley fijará las reglas concernientes a los derechos cívicos y las garantías fundamentales de los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas. Lo anterior quiere decir que la verdadera naturaleza del bloque de constitucionalidad consiste en desarrollar por medio de otras normas materias constitucionales no establecidas en la Constitución formal, tal en caso de Francia que por no incluir en el texto constitucional formal la parte dogmática, tuvo que desarrollarse por medio de otros instrumentos que complementaron la Constitución formal.



Una vez establecido los antecedentes, se hace necesario aportar una definición de esta teoría incorporada por el neoconstitucionalismo, para dar una nueva concepción del Derecho constitucional, de ese modo, el Bloque de constitucionalidad es entonces un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales (esto es, con fuerza constitucional) son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales (esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional). Por ende, el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de Constitución escrita y con la supremacía de la misma por cuanto, como lo destaca Bidart Campos, es por imperio de la propia constitución que normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha estatuido.

f) El neoconstitucionalismo, ha rebasado el ámbito de estudio del paradigma positivista, pues este era el modelo jurídico predominante en Europa al momento de surgir el neoconstitucionalismo; pues de las tres preguntas fundamentales de la teoría jurídica –validez, eficacia y justicia de la norma jurídica– el positivismo sólo pretendía responder a la primera y dejaba las restantes a la Sociología Jurídica y a la Filosofía o la Ética, respectivamente. Ahora la teoría jurídica pretende ocuparse de las tres cuestiones. Hay un abandono del legalismo, del juridicismo extremo, del legicentrismo, del formalismo jurídico. Se procura que la norma, además de ser válidamente emitida, sea justa porque respete y desarrolle los derechos humanos, y sea eficaz y operativa porque ellos estén garantizados en la práctica. Hay una redefinición de los conceptos de validez y vigencia normativa. Ahora, la vigencia señala sencillamente que una norma ha sido proferida por las autoridades públicas e intenta generar efectos jurídicos, mientras que validez jurídica pasa a significar conformidad con los derechos humanos de los ciudadanos.



g) El neoconstitucionalismo ha incorporado la teoría del Derecho dúctil, corriente que según Gustavo Zagrebelsky, se comprende de la siguiente manera: *“si mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiera indicar el sentido de este carácter esencia del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás se podría usar la imagen de la ductilidad”*; (2011: 14) pues la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe fundamentarse forzosamente una Constitución para no renunciar a sus deberes de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse discordante con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, concurrente con aquellos otros con los que debe convivir, dado que simplemente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores –en lo tocante al aspecto sustancia– y la lealtad en su enfrentamiento –en lo referente al aspecto procedimental– Éstas son, al final, las principales exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Exclusivamente en este punto debe valer la intransigencia y únicamente en él las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas.

Esa ductilidad jurídica se traduce en el abandono de los dogmas para convertir las Constituciones en textos abiertos (la “textura abierta del Derecho” de la que hablaba Hart), en donde los distintos valores, incluso los heterogéneos, puedan coexistir en pacífica armonía. Empleando el concepto químico apuntado, se defiende la posibilidad de descomponer y deshilar toda idea, valor o principio, excluyendo la rigidez dogmática, germen de fanatismos, de las épocas anteriores. Es claramente una decidida apuesta por el pluralismo jurídico, a lo que ayudaría asimismo una dogmática “fluida o líquida”, complemente indispensable de lo anterior.



En ese sentido, Zagrebelsky afirma que a falta de una expresión mejor, la exigencia de esa dogmática jurídica “líquida” o “fluida” que pueda contener los elementos del derecho constitucional de la época actual, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional, se trata de lo que podría llamarse la inestabilidad de las relaciones entre los conceptos, consecuencia de la inestabilidad resultante del juego pluralista entre las partes que se desarrolla en la vida constitucional concreta. La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten –los conceptos– mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás. (2011:17)

En ese sentido, puesto que no puede haber superación en una síntesis conceptual que establezca de una vez por todas las relaciones entre las partes, disminuyéndolas a simples componentes constitutivos de una realidad conceptual que las englobe con absoluta fijeza, la construcción de una dogmática rígida no puede ser el fin de la ciencia constitucional; pues el único contenido sólido que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios.

De esa manera, el único valor “simple” es el de la adaptación necesaria y el único contenido constitucional que no se presta a ser incorporado en otros más comprensivos y que, por consiguiente, puede asumir la dureza de un concepto constitucional “combatiente” es el de la necesaria coexistencia de los contenidos. Pero más allá de los escasos supuestos en que la propia Constitución establece gradaciones y jerarquías;



la manera en que los valores y principios convivan ya no es asunto de la ciencia constitucional, sino de la política internacional.

El surgimiento del Derecho Dúctil, ha conllevado de manera inherente la aparición de la justicia constitucional dúctil, institución que ha nacido en la jurisdicción constitucional italiana, y que en su desarrollo jurisprudencial ha sentad las bases del control constitucional dúctil, en ese sentido la Corte Constitucional italiana, que pronunció su primera decisión en 1956, pertenece a la generación de tribunales constitucionales creados en el ciclo constitucional que siguió a la Segunda Guerra Mundial. A diferencia de otros, de más reciente creación, ha demostrado ser más creativa en el plano procesal, pues ha sido el de la tipología y los efectos de sus decisiones: en éstos se concreta tal vez la principal contribución que ha realizado al desarrollo de la justicia constitucional.

Como evidencia de la creatividad “pretoria” de la Corte Constitucional italiana se muestra el dar vida a nuevos tipos de decisiones, que van más allá de las prefiguradas por la normativa de la materia, ya que se explica por la exigencia de reducir el impacto de los pronunciamientos de inconstitucionalidad sobre el sistema: por la exigencia de hacer “dúctiles” las propias decisiones; o bien, empelando expresiones más comunes en los estudios sobre la justicia constitucional: por la exigencia de atenuar la eficacia *erga omnes* de las sentencias, a favor de una eficacia *inter partes*.

Para entender esta aseveración, hay que: a) partir de dos premisas, una de orden teórico, la otra de tipo normativo; b) examinar los principales tipos de pronunciamientos “creativos” de la Corte Constitucional, las sentencias aditivas de principio y las sentencias manipulativas (*adeguatrici*).



En ese sentido, la primera premisa concierne al tradicional tema de la relación entre justicia constitucional y democracia, y de la legitimación de los tribunales constitucionales y es este tema que la doctrina, por su parte, desde el inicio ha elaborado teorías que justifican la presencia de la justicia constitucional en las democracias: desde la concepción kelseniana de la democracia como compromiso, en el cual *“los tribunales desarrollan una función antimayoritaria, a la de la democracia deliberativa y procedimental”* (2001: 171) y la habermasiana, *“en cuyo ámbito los tribunales se legitiman a través de su diálogo continuo con el legislador y la apertura de un espacio público de debate”*. (1998: 85)

En ese orden de ideas, la más evidente justicia constitucional es la opción para sistemas concentrados de jurisdicción constitucional, caracterizados por la existencia de un juez “especial” encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes. La “especialidad” de los jueces constitucionales se puede rastrear en primer lugar en su integración, en la cual intervienen, en mayor o menor medida, sujetos políticos: la elección de sistemas concentrados de justicia constitucional, basados en órganos externos al Poder Judicial se dirige precisamente a buscar un compromiso entre exigencias del derecho constitucional y exigencias de la política.

Una segunda premisa, indispensable para explicar el contexto italiano, concierne a las características del sistema de justicia constitucional al que dieron vida los constituyentes. En el caso del sistema italiano este se coloca dentro del modelo europeo: es, por tanto, concentrado, en cuando que se caracteriza por el privilegio del legislador. En el sentido de que existe un juez especial “por razón de objeto”, llamado a vigilar en vía exclusiva la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley; estos son plenamente eficaces, y deben ser aplicados a todos, hasta que el juez especial no haya declarado su inconstitucionalidad. (Zagrebelsky: 2011: 168)



En ese sentido, la vía normal para poner a leyes bajo el juicio de la Corte Constitucional es la vía incidental: corresponde a los jueces comunes en el curso de un juicio, elevar la cuestión de legitimidad constitucional, luego de haber valorado su relevancia y su no manifiesta falta de fundamentación. La Corte Constitucional se aboca por tanto a juzgar normas jurídicas en concreto, en el momento de su aplicación a casos de la vida.

Sin embargo, el alcance de las decisiones de la Corte Constitucional italiana no está plenamente en línea con el carácter concreto asumido por el juicio en la fase de su instauración. Mientras los pronunciamientos de rechazo tienen efectos *inter partes*, los estimatorios (*di accoglimento*) tienen alcances *erga omnes*, según lo establece el artículo 136 de la Constitución italiana.

En este último contexto, la norma declarada inconstitucional es eliminada del ordenamiento para todos, y no solamente en relación al juicio en el cual la cuestión surgió (y que para la corte había constituido también el caso real objeto de su decisión). Al *input* (concreto e *inter partes*) no corresponde, podríamos decir, el *output* (abstracto y *erga omnes*). Del carácter *erga omnes* de las decisiones de inconstitucionalidad deriva un impacto inevitablemente “fuerte” de ellas sobre el ordenamiento.

A partir de tales premisas normativas, el intento realizado por la Corte Constitucional italiana en más de cincuenta años de experiencia ha sido el de modular el impacto de sus propias decisiones. Ahora bien, la corte ha intentado continuar el desarrollo, sin abdicar, de su tarea de asegurar la supremacía de la Constitución pero al mismo tiempo de: a) incidir lo mínimo sobre las opciones políticas ya decididas por el legislador, en el pasado más o menos próximo; b) limitar al mínimo las opciones futuras del legislador.



Las exigencias de minimizar el impacto de las decisiones se han hecho más vivas en el curso de los años, bajo la acción de varios y múltiples factores: sobre todo, con el agotamiento del auto-retardo, que hasta fines de los años noventa hacía muy largos los tiempos de su intervención, la corte se ha pronunciado sobre leyes recientes, aprobadas por mayorías políticas todavía existentes; además, con el alejamiento del momento constituyente, y con la desaparición de las mismas fuerzas constituyentes, se ha debilitado el parámetro constitucional, fuente principal de legitimación de la corte; la necesidad de respetar los parámetros económico-financieros impuestos por la Unión Europea ha convertido en casi indisponible al gasto público y muy difícil la tutela de los derechos de prestación.

Sobre la base de las dos premisas anteriormente explicadas, se advierte que la justicia constitucional dúctil nacida en la jurisprudencia constitucional italiana, se manifiesta en las siguientes clases de sentencias constitucionales:

Las sentencias aditivas de principio y sustitutivas: con este respecto, el primer tipo de problemas se presenta cuando la inconstitucionalidad deriva de la ausencia de una norma, es decir, de la omisión del legislador, o bien cuando la remoción de una norma ilegítima requiere de una doble actividad, de anulación y de integración, porque el vacío sería tan inconstitucional como la norma que se quiere anular. A falta de una expresa previsión normativa, presente sin embargo en otros ordenamientos (por ejemplo, en Brasil o en Portugal), la alternativa a la que se somete a la corte italiana está entre: a) renunciar a su propia función de garantizar la supremacía constitucional (dejando intacta la laguna o la ley cuya eliminación crearía un vacío constitucionalmente inaceptable); b) invadir el espacio del legislador, colmando ella misma la laguna en nombre de la Constitución.



h) El neoconstitucionalismo ha aportado la teoría de la argumentación jurídica, la cual surge como una línea teórica de la modernidad, que ha rebasado al positivismo, pues este último sin duda ha sido el gran modelo de pensamiento jurídico moderno, el cual conceptuaba al Derecho como un sistema de disposiciones generales dirigidas a los funcionarios públicos y cuyo cumplimiento no sólo garantizaba la paz y el orden social sino que también afirmaba la defensa de los derechos fundamentales; no obstante lo anterior, este defendía la tesis de la separación entre hechos y valores (cosa que lo diferenciaría del iusnaturalismo).

En ese sentido la teoría de la argumentación integrada por el neoconstitucionalismo, considera que el Derecho moderno debería mostrar más claramente su compromiso con estos valores –los liberales obviamente– sugiriendo así una nueva tesis que sería la de la vinculación entre el derecho y la moral. Así pues, por medio de la obra de autores como Ronald Dworkin o Robert Alexy, se reconocería ahora la participación de los principios y las directrices junto con las reglas en el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, lo que caracteriza a la argumentación jurídica es la manera como comprende al Derecho. Así pues, ya no se trata de definirlo en términos de un objeto o estructura –como hacía, por ejemplo, el positivismo al referirse al derecho como una estructura normativa–, sino que ahora se identifica al Derecho con una actividad o práctica, vale decir, que se ubica al Derecho dentro de las ciencias prácticas y en consecuencia tiene sentido el considerarlo como una herramienta que se orienta a la solución de problemas prácticos.

Asimismo, se reconoce que el razonamiento lógico deductivo no es la única forma de razonamiento jurídico, pues en los casos difíciles (por ejemplo, cuando existen problemas de interpretación normativa o de prueba



de hechos) sino como afirma Atienza “se podría apelar a otras formas de razonamiento como, por ejemplo, el dialéctico o discursivo buscando la persuasión de un auditorium o el procedimental, tratando de seguir lo que señalan las reglas de la razón práctica.” (2005: 48).

La Teoría de la Argumentación entonces, irrumpe como una propuesta que se concentra en devolverle al Derecho su carácter activo partiendo de la identificación del problema y intentando su solución apelando a las reglas, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera, con el propósito de justificar la decisión adoptada, todo esto dentro de un espacio abierto lo cual también garantizaría contar con decisiones más aceptables y legítimas.

Esta propuesta no se comprendería si no fuese por el contexto favorable para su desarrollo que no solamente tiene que ver con la llamada crisis del positivismo o la influencia de la cultura jurídica anglosajona en Europa continental (case studies), sino también con la dinámica constitucional contemporánea que a diferencia del “viejo” constitucionalismo no sólo aspira a organizar el Estado y el poder, sino como explica Atienza

Hoy la Constitución envuelve un conjunto de derechos que regulan la producción, aplicación e interpretación del mismo Derecho, ejerciéndose entonces un control claro a los poderes estatales (control de constitucionalidad) y obligándolos a ellos a justificar sus decisiones, en otras palabras hay un sometimiento del poder al derecho. (2005: 17).

Esta concepción es por cierto una de las más destacadas características que se encuentran en el Estado Constitucional y ha dado lugar a que se hable ya de una nueva teoría constitucional, el “neoconstitucionalismo” que como ya indicé, ha contribuido de manera directa al desarrollo de la teoría argumentativa y viceversa.



El neoconstitucionalismo es entonces el esquema jurídico contemporáneo que junto con la teoría de la argumentación estaban colmando el lugar que anteriormente ocupó el positivismo jurídico (a tenor de lo expuesto por Atienza, entre otros) y que se fundamenta en la tesis de la vinculación entre el Derecho y la Moral. De este modo, el orden jurídico surge como un conjunto de valores, principios, directrices y reglas; es decir, normas que se exponen como mandatos definitivos (reglas), pero también normas que se presentan como mandatos de optimización (principios), siendo el caso que tanto los principios como las directrices (que reclaman la satisfacción de los intereses económicos o sociales) podrían ingresar en el campo de lo opinable o discutible (lo cual iría muy bien con el desarrollo de la teoría de la argumentación).

Igualmente, autores como Dworkin, Zagrebelsky, Alexy, Garzón Valdés, Prieto Sanchís, entre muchos otros se muestran según como afirma Garzón Valdez *“muy afines a considerar que existe un espacio de derechos no negociables “coto vedado” y que deben ser defendidos por los jueces frente a las presiones del poder.”* (2006).

Igualmente, se manifiesta una inclinación por aplicar formas de razonamiento particulares como la ponderación entre principios (cuando se produce una colisión entre ellos mismo) antes que la típica subsunción –que funciona con las reglas mas no con los principios–, esto como producto de la visión pluralista (valorativa) que sostiene. Por último, el neoconstitucionalismo parece mostrar la firme adhesión de ideología liberal (de la cual es deudor finalmente) entre la gran mayoría de académicos del Derecho.



i) El neoconstitucionalismo, ha incorporado la teoría del pluralismo jurídico o normativo, el cual consiste en la coexistencia de varios sistemas jurídicos, cada uno de ellos con sus propias instituciones, normas, principios y valores de carácter ancestral y consuetudinario, que rigen la conducta o el comportamiento de los miembros de la comunidad entre sí, de todos y cada uno de ellos con la comunidad y que sirven para resolver los conflictos que amenazan su supervivencia o su seguridad.

Todos estos sistemas son independientes y autónomos entre si y respecto del sistema de justicia ordinaria o estatal; sus normas, procedimientos, instituciones, autoridades y decisiones jurisdiccionales, gozan de los mismos principios de legalidad, autonomía e independencia, y son sujetos de control constitucional.

Zagrebelsky expone dicha situación al afirmar que tomando como referencia las leyes, puede extenderse a las normas fundamentales. Así, para este autor, el mismo pluralismo de las fuerzas políticas y sociales conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes. De esta manera, es entendible cómo las normas jurídicas no pueden ser actualmente la expresión pacífica de los ideales de las sociedades, los cuales son instrumentos y manifestaciones de conflicto y enfrentamiento social. (2009: 37)

Por ello, se puede aseverar que el papel conflictivo, divergente, cambiante e inacabado del Derecho aparece por las características de los actuales elementos que lo componen, fundamentalmente los principios, los cuales no son la expresión de un solo objetivo convergente con los demás intereses existentes en las sociedades pluralistas, sino más bien expresiones que representan la misma heterogeneidad.



La realidad es que en las sociedades actuales, aun en las fragmentadas, existen principios que los individuos viven, reconocen de alguna manera comparten. En ese sentido, si el Derecho pretende ser consciente de su alcance material o sustantivo, debe considerar el contexto cultural en el cual intenta operar. Ahora bien, la relativa homogeneidad que puede existir entre los ideales morales que poseen los individuos no elimina el pluralismo cultural actual, el cual produce un escenario persuasivo, ya que cada individuo intenta oponer sus ideales frente a los de sus semejantes; ello mediante la exigencia del respeto y tolerancia de su forma de concebir su vida y su entorno.

Bajo este contexto, se puede desprender la función de la argumentación jurídica en el contexto pluralista, la cual no pocos han calificado de desconcertante y problemática. De esa manera, el pluralismo de los principios presenta un desafío en la actividad de los jueces constitucionales, los cuales deben tomar posición frente a colisiones entre principios, de modo que se permita la realización de la diversidad de los principios; en otras palabras, el pluralismo de los principios ha desplazado el conformismo y simplismo del razonamiento jurídico.

Por esa razón, el pluralismo de principios exige una actitud prudente por parte de los operadores jurídicos, ya que al no existir una jerarquía de principios, los juzgadores tienen que proferir las más destacadas razones al momento de optar por alguno de ellos en caso de tensiones. Aquí cabría afirmar que dichas razones deben ser tanto *buenas* desde el punto de vista ético como *correctas o validas* desde el punto de vista intelectual.

En síntesis, se puede afirmar que existe un pluralismo de principios por la simple razón de que éstos emanan de la sociedad y su cultura, derivado de lo cual comparten las características de heterogeneidad que se da en la comunidad, por lo que la importancia del Derecho será determinada



por el reconocimiento o no de los principios. En este sentido, para Zagreblesky, *“el derecho por principios determina de alguna forma la existencia de una sociedad pluralista. Sobre ello se considera que más bien determina su supervivencia formal, pues con independencia de lo que diga el derecho, las sociedades pluralistas existirían.”* (2009:125)

Con base en los argumentos vertidos, se puede concluir que el pluralismo jurídico es estimulado en gran medida por el multiculturalismo, la internacionalización del derecho, y la necesidad de mecanismos alternativos de solución de conflictos, lo cual representa una tendencia hacia un derecho más informal que supone un incremento del elemento argumentativo. Como ejemplos del pluralismo jurídico se pueden indicar los siguientes: la justicia restaurativa (conciliación y mediación), los derechos de los pueblos indígenas y el control de convencionalidad de leyes.

Al respecto de la justicia restaurativa, Highton Álvarez afirma que en el Congreso Internacional de Budapest de 1993, la Justicia Restaurativa o Restauradora ganó esta denominación frente a otros términos que también se utilizaban para nombrarla, como: Justicia Positiva, Pacificadora, Temporal, Transformadora, Comunitaria, Conciliativa, Conciliadora, Reparativa, Reparadora, Restitutiva, Reintegradora, o Reintegrativa. (1998: 71-91)

El concepto “justicia restaurativa” o “restauradora” según Niles Christie, se considera más favorable pues este esquema busca responder al delito, de un modo productivo, partiendo de la tesis qué es necesario el reconocimiento de las víctimas y sus derechos, de una solución basada en la reparación del daño, y no en la venganza, sino en las necesidades de las partes y la construcción un Estado de paz. (1984:73)



El proceso de restauración tiene como fin habilitar a las víctimas al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que participen directa y activamente en la respuesta del delito con la vista puesta en la reparación y la paz social, basándose en la Responsabilidad, la Restauración y la Reintegración que significa lo siguiente: a) Responsabilidad por parte del ofensor, porque cada persona debe responder por sus acciones u omisiones. b) Restauración de la víctima, quien necesita ser reparada. Requiere abandonar su posición de dañado, así como toda la sociedad. c) Reintegración del transgresor, quien necesita restablecer los vínculos con la sociedad, que a su vez, necesita del buen cometido de todos sus integrantes para su correcto funcionamiento.

Con respecto al control de convencionalidad, este concepto nació con la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, septiembre de 2006, la que en su parte conducente establece lo siguiente

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de **“control de convencionalidad”** entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. (El resaltado es propio)

Con base en la sentencia anterior, se puede decir que El *'control de convencionalidad'* es un instrumento que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una *'comparación'* entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *iuscogens* o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y



luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos si es que el caso llega a sus estrados.

Además del “control de constitucionalidad”, los jueces nacionales están obligados a ejercer el “control de convencionalidad”, es decir, la compatibilidad de las normas internas, no sólo respecto de la Constitución nacional, sino también respecto de los instrumentos internacionales que son parte del ordenamiento jurídico del Estado.

La creación del bloque de constitucionalidad sirve como herramienta útil para verificar ese control de convencionalidad, aunque debe ejercerse con independencia a la evolución de este. El control de convencionalidad que se exige involucra no sólo el texto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino también la interpretación que respecto de estos ejercen los órganos encargados de su cumplimiento y, muy especialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

j) El neoconstitucionalismo ha sido expuesto, conceptualizado y desarrollado por varios científicos del Derecho, que han aceptado esta corriente jurídica como paradigma epistemológico del Derecho constitucional, entre ellos se citarán los siguientes:

Luis Prieto Sanchís como exponente del neoconstitucionalismo, ha explicado este paradigma, afirmando que en la primera acepción, como tipo de Estado de Derecho, cabe decir que el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas: una primera que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen



libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico. En líneas generales, esta es la tradición norteamericana originaria, cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma *lógicamente* superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como *jurídicamente* superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más «neutro» de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial. La idea del poder constituyente del pueblo se traduce aquí en una limitación del poder político y, en especial, del más amenazador de los poderes, el legislativo, mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no puede traspasar en ningún caso. En este esquema, es verdad que el constitucionalismo se resuelve en judicialismo, pero –con independencia ahora de cuál haya sido la evolución del Tribunal Supremo norteamericano– se trata en principio de un judicialismo estrictamente limitado a vigilar el respeto hacia las reglas básicas de la organización política.

La segunda tradición, en cambio, concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política. Si puede decirse así, en esta segunda tradición la Constitución no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc. También en líneas generales, cabe decir que esta es la concepción del constitucionalismo nacido de la revolución francesa, cuyo programa transformador quería tomar cuerpo en un texto jurídico supremo. Sin



embargo, aquí la idea de poder constituyente no quiere agotarse en los estrechos confines de un documento jurídico que sirva de límite a la acción política posterior, sino que pretende perpetuarse en su ejercicio por parte de quien resulta ser su titular indiscutible, el pueblo; pero, como quiera que ese pueblo actúa a través de sus representantes, a la postre será el legislativo quien termine encarnando la rousseauniana voluntad general que, como es bien conocido, tiende a concebirse como ilimitada.

Por esta y por otras razones, que no es del caso comentar, pero entre las que se encuentra la propia disolución de la soberanía del pueblo en la soberanía del Estado, tanto en Francia como en el resto de Europa a lo largo del siglo XIX y de parte del XX, la Constitución tropezó con dificultades prácticamente insalvables para asegurar su fuerza normativa frente a los poderes constituidos, singularmente frente al legislador y frente al gobierno. De modo que este constitucionalismo se resuelve más bien en legalismo: es el poder político de cada momento, la mayoría en un sistema democrático, quien se encarga de hacer realidad o, muchas veces, de frustrar cuanto aparece «prometido» en la Constitución. Sin duda, la presentación de estas dos tradiciones resulta esquemática y necesariamente simplificada.

En ese sentido Luis Prieto Sanchís, ha advertido que con el nombre de “neoconstitucionalismo” o “constitucionalismo contemporáneo” se hace referencia tanto a un modelo de organización jurídico-política o de Estado de Derecho, como al tipo de teoría del derecho requerido para explicar aquel modelo; e, incluso, cabría hablar de neoconstitucionalismo como ideología, para mentar la filosofía política que justifica la fórmula del Estado Constitucional de Derecho (2002: 420)

El autor mexicano Pedro Salazar Ugarte respecto a los juristas que se han adherido al paradigma neoconstitucionalista, ha indicado que el neoconstitucionalismo, en cambio, es una noción creada por los miembros



de una escuela de pensamiento para dar nombre y agrupar la obra de un conjunto de teóricos con los que, dicho sea de paso, los genoveses sostienen fuertes diferencias. De esta manera, probablemente, autores como Dworkin o Robert Alexy no sepan que sus teorías se consideran neoconstitucionalista en el ámbito de la doctrina constitucional italo/española/latinoamericana.

El jurista Paolo Comanducci, con respecto al paradigma neoconstitucionalista, ha conceptualizado que el neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además por una constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y a la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley. Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles.

El autor Ricardo Guastini, con respecto a la constitucionalización del ordenamiento jurídico como manifestación del Neoconstitucionalismo, ha indicado que por constitucionalización del ordenamiento jurídico, se puede entender un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las



normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estudio doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales (2007: 153).

Con respecto a cómo analiza el neoconstitucionalismo Gustavo Zagrebelsky, el autor Juan Manuel Romero Martínez ha indicado que la ubicación de Zagrebelsky como partidario del neoconstitucionalismo obedece a que sus principales reflexiones sobre el derecho y el Estado se circunscriben en un contexto antiformalista; en específico llama la atención el reconocimiento que dicho autor efectúa sobre el carácter abierto, activo y sociológico del derecho, así como la importancia que le confiere al estudio de los principios contenidos en las Constituciones democráticas.

El autor Robert Alexy con respecto a la teoría de la argumentación como manifestación del modelo neoconstitucionalista, ha expresado que en un Estado constitucional democrático como la República Federal de Alemania, pueden distinguirse dos concepciones básicas del sistema jurídico: la del constitucionalismo y la del legalismo. El ejemplo más importante de una posición *constitucionalista* lo ofrece la axiología del Tribunal Constitucional Federal. De acuerdo con esta concepción, -que fuera plenamente elaborada por primera vez en el fallo Luth del año 1958, la Ley Fundamental contiene en su capítulo sobre derechos fundamentales, un «orden objetivo de valores» que, en tanto «decisión iusconstitucional fundamental», vale para todos los ámbitos del derecho y del cual reciben «directrices e impulsos» la legislación, la administración y la justicia. La suposición de que, a más de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores que, en tanto valores de rango constitucional, ejercen un «efecto de irradiación» en todo el derecho ordinario tiene amplias consecuencias. La Constitución no es ya solo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los



de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. En la aplicación del derecho esto se muestra en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia insita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por una ponderación según valores y Principios constitucionales.

El autor Gustavo Zagrebelsky, acerca del Estado constitucional como manifestación del paradigma neoconstitucionalista, ha considerado que quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración. La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del «Estado constitucional». La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una



continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.

Las posiciones doctrinarias antes citadas, demuestran que existe un número significativo de científicos del Derecho, que se muestran partidarios del neoconstitucionalismo, que comparten esta teoría como miembros de una comunidad de juristas, que le han desarrollado conceptos, métodos y plataformas teóricas, que han permitido construir un modelo de pensamiento para estudiar al Derecho constitucional, pero que a su vez, es lo suficientemente incompleta, como para seguir permitiendo que estos y otros nuevos autores sigan desarrollando trabajos en su interior.

k) El neoconstitucionalismo ha implementado la teoría jurídica de separación de los derechos de la ley, ¿por qué razón? Porque este paradigma puede ser entendido como aquel esquema teórico que explica el proceso de transformación de la tradición formalista del derecho, derivado de la aceptación y comprensión de la norma fundamental como norma jurídica que integra un sistema de principios y valores que respaldan todo el derecho y, por consiguiente, al Estado y sus actividades, pues en particular busca explicar los textos constitucionales surgidos después de la Segunda Guerra Mundial y de la caída de los regímenes dictatoriales de los años setenta, como el de la España franquista.

Como ya se ha referido, se trata de Constituciones que no sólo precisan la separación de los poderes o sus competencias, sino que integran normas con contenido sustantivo que guían la actuación pública.

Una de las particularidades más representativas del multicitado neoconstitucionalismo es que éste se centra en gran medida en explicar la forma de operar de las Constituciones materiales, las cuales comportan un efecto expansivo que permea todo el sistema jurídico. Así hoy en día es muy improbable atender algún conflicto jurídico en toda su extensión sin mirar los



ideales morales que nos marca la Constitución bajo el epígrafe de derechos fundamentales, tanto en su vertiente vertical; esto es, conflictos entre los gobernados y el gobierno, como en su vertiente horizontal; es decir, problemas jurídicos entre los propios gobernados, como son las recurrentes colisiones entre principios que los jueces constitucionales tienen que atender de forma relativamente cotidiana.

En ese sentido, el neoconstitucionalismo ha planteado la distinción entre las normas consideradas reglas y los considerados principios, el cual es un tema que ha sido ampliamente abordado por diversos autores en teoría del derecho; entre ellos Alexy Zagrebelsky. Para el primero, Alexy, el sistema jurídico se compone de tres niveles: el primer y el segundo nivel son reglas y principios respectivamente (1994: 161) y el segundo, Zagrebelsky, afirma que “el derecho actual está compuesto de reglas y principios” (1995: 109). Ello implica que ambas figuras hacen parte integrante de las normas que podrán ser aplicadas en un caso concreto.

Igualmente, se considera que las normas-reglas, que para el caso concreto se entenderán como aquellas disposiciones generales proferidas para el legislador, a la fecha de creación del presente texto, son sin lugar a dudas igualmente normas jurídicas, que junto con los principios, en el marco de la escuela neoconstitucional que se aborda con dos de sus exponentes, hacen parte integral de lo que se puede definir como derecho.

Se agrega que los principios son definidos por Alexy como “*mandatos de optimización*” (1994: 162) y por Zagrebelsky como “*las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia (que) desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, <constitutivo> del orden jurídico*” (1995: 109-110), de lo anterior ambos autores sostienen y mantienen una clara tendencia a darle a los principios ese carácter de reglas.



Sin embargo, se considera relevante señalar la posición sobre la distinción entre ambas normas que el profesor Zagrebelsky ha presentado de forma relativamente sencilla, lo que no le resta seriedad a sus reflexiones. Para dicho filósofo, las leyes de las que se compone el derecho vendrían a ser las reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos básicamente serían los principios jurídicos. Así, distinguir los principios de las reglas implica distinguir las Constituciones políticas de las leyes, por aquello del contenido sustantivo de las primeras, ausente en las segundas. He aquí una simple, pero esclarecedora distinción.

En un sentido más detallado, para Zagrebelsky, la distinción entre reglas y principios se explica porque las reglas proporcionan el criterio de las acciones, dicen cómo se debe, no se debe, como actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; en cambio los principios, directamente, no dicen nada a este respecto, pero proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas... Puesto que carecen de supuestos de hecho, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto.

Si como ya se expresó, Alexy propone que los principios son mandatos de optimización y Zagrebelsky los entiende como normas constitucionales, ambos afirman que existe una diferencia entre principios y reglas, siendo este otro punto de encuentro de ambos autores. El profesor alemán afirma que las reglas son mandatos definitivos sometidos a una dimensión de validez (1995: 162-163) y así mismo el autor italiano sostiene que *“quizás la diferencia más importante (entre principios y reglas) pueda venir sugerida por el distinto tratamiento que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios”* (1995: 110), al contrastarse con las definiciones de principios y reglas transcritas anteriormente, no queda duda de que ambos



juristas dan una importancia marcada a dicha diferencia, esta podrá ser el centro de gravedad de su argumentación.

El aspecto de aplicación de normas-reglas y normas-principios, será igualmente un punto de encuentro entre ambos autores. Así como expresa el doctor Valencia Restrepo, al considerar que para Zagrebelsky la diferencia en la aplicación de los principios y de las reglas estriba en que los primeros exigen que el aplicador tome posición frente a la realidad conforme a lo que ellos proclaman. Y de esto infiere que sólo las reglas, y sólo las reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. (2007: 270)

Sobre el mismo punto, la aplicación de las dos expresiones de normas afirma el tratadista colombiano que para Alexy la aplicación de las normas-reglas se hace a través de la subsunción y la aplicación de las normas-principios se hará a través de la ponderación (Valencia Restrepo, 2007: 271-272).

Aquí puede observarse que ambos juristas presentan un punto de encuentro al distinguir la forma como son aplicadas las normas en cualquiera de sus representaciones, es decir, las reglas deben ser aplicadas de una forma disímil como son aplicados los principios, cuestión diferente es si el contenido de las explicaciones que cada uno hace para aplicar reglas y principios son una semejanza o no.

Así mismo, entre el iusfilósofo alemán y el iusfilósofo italiano existe otro elemento común en sus argumentos, ello se ve en la forma de definir los principios pues ambos asemejan estos, en cierto nivel, al concepto de valor.

Todo lo anterior se complementa con la posición teórica de Gustavo Zagrebelsky, pues este ha indicado que el segundo rasgo característico del constitucionalismo de este tiempo consiste en la fijación, mediante normas



constitucionales, de principios de justicia material destinado a informar todo el ordenamiento jurídico y lo anterior constituye un cambio importante respecto a las concepciones del Estado de derecho, ya que durante mucho tiempo no se advirtió y tales principios fueron relegados al limbo de las proclamaciones meramente «políticas», sin incidencia jurídica práctica; en ese sentido la superación del Estado de derecho legislativo llevo consigo importantes consecuencia para el derecho como tal. Ya que se puede decir, en general, que las dos «separaciones» de la ley de las que hasta aquí se ha hablado –la separación de los derechos y la separación de la justicia– han adoptado de enorme relevancia a una distinción estructural de las normas jurídicas no desconocidas en el pasado, pero que hoy, en el Estado constitucional, debe ser valorada mucha más de cuanto lo haya sido con anterioridad.

En ese sentido Zagrebelsky, al definir el Derecho por reglas y el derecho por principios, considera que con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; en particular, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Sin embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este es importante diferenciar lo que podría denominarse «regla» de lo que podría, por el contrario, denominarse «principio». Si esa separación no se reflejase en la distinción regla-principio, no tendría la capital importancia que hoy, en cambio, debe reconocérsele en el mundo del derecho. Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derecho y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.



Aunada a la posición de Zagrebelsky, Alexy, al definir la distinción entre principios y derechos, indica que para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto. Con su ayuda, es posible hacer más transparentes problemas tales como el efecto en terceros y la división de competencia entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento.

La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo esto la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales. A menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos del deber ser, aun cuando, sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por lo tanto, los principios son



mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestas. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios, es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.

Las referencias anteriores, evidencian como el neoconstitucionalismo ha introducido la teoría de separación entre los principios y la ley, haciendo distinción entre reglas o mandatos de permisión o prohibición, los cuales integran la ley y los principios o mandatos de optimización, denominados también derechos fundamentales, los cuales no se encuentran compuestos de la tradicional división entre supuesto de hecho y consecuencia de derecho como sí lo están las reglas, siendo en estas últimas donde aún el positivismo encuentra mella con su método subsuntivo, mientras que en los principios o derechos fundamentales, este último paradigma se ha quedado rezagado, viniendo a complementar paradigmas como el iusnaturalismo y el realismo, sin embargo estos últimos tampoco proveen la respuesta completa para entender este tipo de normas, siendo únicamente el paradigma neconstitucionalista mismo, el que aporta la metodología para su solución, el cual es denominado por algunos autores como el método de la ponderación.

L) El Neoconstitucionalismo ha introducido una nueva metodología para estudiar, analizar, aplicar e interpretar el Derecho constitucional, razón por la cual antes de entrar con profundidad en este último tema, hay que recordar que de las tres preguntas fundamentales de la teoría jurídica – validez, eficacia y justicia de la norma jurídica– el positivismo sólo pretendía



responder a la primera y dejaba las restantes a la Sociología Jurídica y a la Filosofía o la Ética, respectivamente. Ahora la teoría jurídica del Neoconstitucionalismo pretende ocuparse de las tres cuestiones, en tal virtud hay un abandono del legalismo, del juridicismo extremo, del legicentrismo y del formalismo jurídico, pues se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa porque respete y desarrolle los derechos humanos, y sea eficaz y operativa porque ellos estén garantizados en la práctica.

En ese sentido hay una redefinición de los conceptos de validez y vigencia normativa. Ahora, la vigencia señala simplemente que una norma ha sido dictada por las autoridades públicas y pretende producir efectos jurídicos, mientras que validez jurídica pasa a significar conformidad con los derechos humanos de los ciudadanos.

En ese sentido, la nueva teoría del neoconstitucionalismo se ocupa atentamente de la metodología y el razonamiento jurídico, en especial del judicial, acercando la reflexión filosófica a la práctica jurídica. Así, Zagrebelsky llega a decir que la idea de derecho sólo se puede conocer desde el interior, participando en la práctica social llamada derecho, en la que junto a las normas aparecen los hechos y los valores. Afirma que, antes que una "*scientia iuris*", el derecho es básicamente una "*uris prudentia*".

La interpretación constitucional, que pasa a ser la decisiva en el quehacer jurisdiccional, tiene principios y reglas propias que la distinguen en parte de la interpretación legal. Fundamentalmente la incorporación del criterio de la ponderación, que completa y a veces reemplaza al paradigma de la subsunción y el silogismo judicial, propio de la etapa iuspositivista, razón por la cual el neoconstitucionalismo es, en esta segunda dimensión, un nuevo paradigma de la ciencia y la filosofía del derecho que responde, de modo diverso al positivismo, las tres cuestiones básicas de toda teoría



iustificativa: ¿Qué es el derecho? ¿Cuál es su fundamento? ¿Cómo se conoce?

El neoconstitucionalismo plantea y promueve una nueva relación del Poder Judicial con los demás órganos de gobierno y con la sociedad civil para el logro de la vigencia efectiva de los derechos humanos. Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales. Así como el siglo XIX ha sido el siglo del Poder Legislativo y el siglo XX el del Poder Ejecutivo, el siglo XXI será, de acuerdo a una profecía neoconstitucionalista, el del Poder Judicial.

Este nuevo rol que se asigna a los jueces es, en parte, una realidad muy positiva. Ellos han sido protagonistas y artífices de una creciente concientización y protección de los derechos humanos en nuestras democracias constitucionales. Su rol ha sido fundamental tanto por lo que ellos han hecho a través de sus fallos, como por el estímulo que su actuación significó para los demás poderes de gobierno. Baste para ello recordar la importancia del caso “Brown” sobre integración racial en las escuelas norteamericanas, o el fallo de la Corte Suprema argentina en el caso “Siri”, en el que se creó pretoriamamente la acción de amparo, como garantía de los derechos constitucionales. Sin embargo, existen algunas amenazas teóricas y prácticas que, si se cae en extremos, pueden distorsionar la función judicial.

El modelo institucional de Poder Judicial y de Tribunal constitucional propio del neoconstitucionalismo no es ya una corte moderadora, sino una corte activista. La Corte Suprema no aparece tan preocupada en el control de los poderes, por asegurar la división de poderes, como en la promoción y aseguramiento de los derechos personales. No se atiende ya tanto a quién y cómo se decide, sino qué se decide.



El dictado de fallos que hagan operativos los derechos prometidos en el texto constitucional, es la forma que tienen los tribunales constitucionales para legitimarse y prestigiarse ante la sociedad y el modo de lograr imponer algunos valores “revolucionarios” o “progresistas”, a veces en complicidad con las tendencias predominantes en los medios de comunicación, la opinión pública y el mundo intelectual. También, en ocasiones, los jueces asumen como propias algunas políticas públicas desatendidas por los poderes políticos (por ejemplo, medio ambiente, carcelario, etc.), convirtiéndose de ese modo en legisladores positivos, y no sólo negativos, en defensa de la supremacía constitucional.

Se propone una interpretación creativa y dinámica de la Constitución y los Tratados sobre derechos humanos que reviven, en cierto modo, la polémica que se dio en Estados Unidos entre originalistas y partidarios de la “living constitution”. En el fondo, esta discusión no es tanto estrictamente jurídica, simplemente sobre los modelos de interpretación constitucional, sino sobre (i) el rol político que los jueces están llamados a cumplir y su relación con la legislatura y (ii) acerca de los valores de fondo que han de regir la sociedad. En parte, es también una discusión sobre quién ha de actualizar y dinamizar, principalmente, el derecho y el sistema jurídico para adecuarlo a las nuevas realidades y exigencias: los poderes políticos a través de los procedimientos constituyentes y legislativos o los jueces cuando resuelven dinámicamente los denominados “casos difíciles”

Se produce una transformación en el modo de encausar las demandas y valores sociales. Antes, para autolimitar la función judicial, los tribunales afirmaban en sus fallos: *“Go to the polls, not to the courts”*; ahora, declaran: *“Come to the courts. We are the keepers of the constitutional promises”*.



Paradójicamente, mientras hay una disminución progresiva de la discrecionalidad en la actuación de los poderes políticos, se verifica que se promueve un notable aumento en la discrecionalidad de los jueces en su función jurisdiccional y constitucional.

Algunas de las doctrinas jurídicas a las que más han acudido y desarrollado los jueces y autores partidarios del neoconstitucionalismo son las siguientes:

- carácter operativo de los derechos constitucionales y los reconocidos en los Tratados Internacionales;
- utilización del principio “pro homine” para escoger las normas que mayor tutela y protección otorguen a los derechos de las personas;
- análisis intensivo de razonabilidad por parte de los jueces, especialmente en materia de “libertades preferidas”;
- máxima protección del derecho a la privacidad y a la autonomía personal;
- máxima tutela del derecho a la igualdad que se transforma en derecho a la no discriminación y surgimiento de las denominadas “categorías sospechosas”, con una clara presunción de inconstitucionalidad;
- surgimiento de los denominados derechos sexuales;
- efectivización de los derechos sociales;
- protección judicial de derechos colectivos;
- vasto desarrollo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión;
- obligatoriedad de seguir las pautas de los tribunales internacionales;
- control de “convencionalidad” y no sólo de constitucionalidad de las normas internas;



- flexibilidad y distintas clases de sentencias que pueden dictar los tribunales constitucionales: formulación de recomendaciones, fijación de plazos para la mejora y adecuación a las exigencias constitucionales. Estas medidas permiten la coordinación de las funciones de los tribunales constitucionales con la de los otros poderes. Se trata de las denominadas sentencias aditivas y exhortativas.

Sobre la base de las teorías incorporadas por el neoconstitucionalismo antes descritas, a continuación se desarrollarán los métodos incorporados por este paradigma del Derecho Constitucional:

1) El Método de la Ponderación: para comprender este método, es necesario recordar, lo que el autor Robert Alexy explicó acerca de los principios en su obra Teoría de los Derechos Fundamentales:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que en la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos" (1993: 89)

Lo anterior quiere decir que los principios se encuentran contenidos en juicios normativos, pero que no poseen la calidad de reglas, ya que estas últimas, tienen un campo de aplicación cerrado y estricto, es decir que se cumplen o se incumplen, en ese sentido, las reglas o normas jurídicas contienen una obligación o un derecho subjetivo, respecto de los cuales, en forma implícita aparece un sujeto obligado o un sujeto pretensor respectivamente, y viceversa, dicha tipo de juicio, por revestir una naturaleza hipotética, se integra por un supuesto condicional de hecho y una consecuencia condicionada.



En cambio los principios, no obstante estar contenido dentro de una disposición legal, su campo de aplicación es más amplio, y no se encuentra limitado por un simple cumplimiento o incumplimiento, es decir que debe observarse y aplicarse dentro de una tabla de gradación la cual se mide en relación a otro principio opuesto, por ejemplo: el principio acusatorio regulado en el artículo 251 del texto constitucional en ocasiones se contraponen al principio de limitación en la investigación, por un lado el primero establece la necesidad de investigar y ejercer la pretensión punitiva del Estado para averiguar la verdad material o histórica, pero en algunas circunstancias, el principio limitador, garantiza el derecho a la intimidad; en ese sentido, si es necesario realizar una averiguación dentro del domicilio del sindicado, el principio acusatorio, en primer lugar cede frente al presupuesto de la orden de allanamiento, en segundo lugar cede al horario constitucional, no antes de las seis ni después de las dieciocho horas.

En relación a lo anteriormente indicado, un principio se aplica en forma gradual en relación a otro, lo que en el lenguaje científico jurídico se denomina colisión de principios, al respecto Alexy, explica lo siguiente:

Quando dos principios entran en colisión tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez, la Colisión de principios, como solo pueden e pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”. (1993: 89)

Lo anteriormente explicado por el autor citado, indica que cuando hay colisión de principios, no siempre se resuelve de la misma manera, ya que en algunos casos, uno de los dos prevalece y en otro caso prevalecería el contrapuesto. Por ejemplo el código procesal penal establece que en el juicio oral y público prevalece el principio de publicidad, pero cuando



colisiona con el principio libertad e integridad personal, prevalece el segundo, tal y como lo establece el artículo 359 del cuerpo legal antes citado, sin embargo esta aplicación corresponde a un nivel de gradación, ya que no se declara invalido el principio de publicidad, porque una vez desaparecida la causal excepcional protegida por el principio de libertad e integridad personal, se debe permitir el acceso al público nuevamente ante la sala de debate.

El campo de aplicación de un principio es amplio, por tal razón solamente ordenan que algo se debe realiza en la mayor medida posible, permitiendo su desplazamiento en relación a otro, en determinadas circunstancias con relación a ciertos sujetos, ya cierto objeto jurídico y procesal; al respecto Alexy considera que los principios ordenan que algo deba ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina como ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas. (1993: 99)

Para resolver la colisión de principios, se entra al campo de la ponderación, el cual constituye una metodología de interpretación y aplicación de la normas jurídicas que contienen principios, dicho método conlleva ciertas máximas, tales como la proporcionalidad, la que a su vez implica máximas parciales denominadas adecuación y necesidad; al respecto Alexy indica que ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la



máxima de la proporcionalidad, y esta implica aquella. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación a la necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él. (1993:111)

El método ponderativo, implica entonces, la utilización de la máxima de la proporcionalidad para resolver principios que se encuentran bajo la ley de la colisión, utilizando la adecuación y la necesidad de cada caso concreto, en ese sentido Alexy explica lo siguiente:

Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión -. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación. El carácter de principio de, las normas ius fundamentales implica que cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación." (1993: 112)

En ese orden de ideas, el método ponderativo, se aplica en dos vertientes, en primer lugar la máxima de la proporcionalidad, la cual es deducible del carácter del principio de las normas de derecho fundamental (es decir que están ligadas con las posibilidades jurídicas), y en segundo lugar, la necesidad y la adecuación que a su vez tienen relación con las posibilidades fácticas del caso concreto, al respecto Alexy considera que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental. De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las



posibilidades fácticas. Para mostrar como la máxima de la necesidad se infiere del carácter de principio, habrá de considerarse aquí la constelación más simple de un examen de necesidad. El hecho de que la máxima de necesidad presente dificultades en constelaciones más complejas no dice nada acerca de su deducibilidad del carácter de principio tan solo pone de manifiesto sus límites. La constelación más simple está caracterizada porque en ella están en juego solo dos, principios y dos sujetos jurídicos (Estado/ciudadano) (1993: 113)

Lo anteriormente explicado por Alexy, nos orienta a establecer, que siempre que existan principios relacionados con derechos fundamentales y entren en colisión se debe ponderar de acuerdo a la máxima de la proporcionalidad, esto dentro del ámbito jurídico, pero posteriormente al aplicarse al caso concreto, en circunstancias determinadas debe utilizarse la adecuación y la necesidad del asunto particular. En ese sentido la proporcionalidad es una deducción de principios contenidos en derechos fundamentales y en otros que son inherentes a la persona humana aunque no estén regulados expresamente en el texto constitucional, al respecto Alexy considera que la deducción presentada es una fundamentación de la máxima de proporcionalidad a partir de las normas ius fundamentales, en la medida en que poseen carácter de principios. Puede ser llamada "fundamentación ius fundamental". Otras fundamentaciones, por ejemplo, aquellas que se apoyan en el principio del Estado de derecho, en la práctica jurisprudencial o en el concepto de justicia, no quedan por ello excluidas. En la medida en que funcionan, son refuerzos bienvenidos para la fundamentación ius fundamental. (1993: 115)

Al respecto del método ponderativo ya estudiado, se analizarán en el presente capítulo la jurisprudencia española y más adelante la guatemalteca,



lo anterior, para explicar como se ha aplicado en este método en la práctica de los tribunales constitucionales.

En ese sentido, la jurisdicción constitucional española, siguiendo la doctrina del tribunal constitucional alemán, ha establecido que las colisiones entre principios deben resolverse mediante ponderación, pues en el supuesto de una colisión de principios y, más concretamente, de derechos fundamentales, prevalecerá uno u otro en función de las circunstancias. Lo cual se deriva del hecho de que no existen derechos absolutos, que siempre prevalezcan sobre otros, sino que en cada caso de colisión habrá que llevarse a cabo una ponderación de los derechos en juego para determinar cuál de ellos, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, prevalecerá en ese caso concreto, si bien en otras ocasiones podrá ceder ante el derecho que ahora se sacrifica.

Y, ciertamente, el Tribunal Constitucional ha dejado bien claro desde sus primeras sentencias que no existen derechos absolutos o ilimitados:

“En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (...) en relación con los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos” (STC 2/1982 de 29 de enero F.J. 5º).

Ahora bien, si los derechos no son absolutos, tampoco lo son sus límites, como recuerda, entre otras muchas, la Sentencia 254/1988 de 21 de diciembre, en su Fundamento Jurídico 3º:

“Como ya ha declarado en anteriores ocasiones este Tribunal, es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. Todas las normas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y de la paz social”. Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte,



el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”.

Y tampoco es posible establecer una jerarquía entre los distintos derechos que proporcione una solución *a priori*, o que permita solucionar las colisiones entre éstos de manera automática por lo que en caso de conflicto habrá siempre que realizar una labor de ponderación. Se lee, así, en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 320/1994 de 28 de noviembre, que:

“Queda así, como en otros tantos casos parecidos sometidos a este Tribunal, planteado otra vez el problema de la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales (...) La solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquél que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente”.

También reconoce el Tribunal Constitucional español que en ocasiones prevalecerá un derecho y en ocasiones otro en función de las circunstancias concretas del conflicto que se trata de resolver:

“Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos se captan o difunden sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen” (STC 14/2003 de 28 de enero, F.J. 5º).

Por otro lado, esta labor de ponderación entre los derechos o intereses fundamentales en conflicto no corresponde hacerla exclusivamente al T. C., sino a todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver dicho conflicto:

“En consecuencia, cuando del ejercicio de la libertad de expresión e información reconocida en el artículo 20.1 de la C.E. resulte afectado el derecho al honor de alguien, el órgano jurisdiccional está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades



de expresión e información y, por tanto, en posición preferente” (STC 214/1991 de 11 de noviembre, Fj6).

Si bien no pueden llevar a cabo tal ponderación a su libre albedrío sino que tienen que ajustarse a las directrices marcadas al efecto por el propio Tribunal Constitucional:

“(…) pues lo que se requiere de los órganos jurisdiccionales, en casos como el presente, no es sólo que se ponderen explícitamente, antes de adoptar su decisión, los ámbitos respectivos de los derechos en tensión, sino que dicha ponderación se acomode, como exigencia ya sustantiva, a la propia configuración de tales derechos en la Constitución y en las leyes que los desarrollan, según la interpretación que expresa la doctrina de este Tribunal” (STC 20/1992 de 14 de febrero, F.J.2º).

Y, por supuesto, el máximo tribunal tiene potestad para valorar si habido ponderación y si ésta ha sido convenientemente realizada e, incluso, para anular aquellas sentencias con cuya ponderación no esté conforme, dado que ésta no es vinculante para el TC, como se ha visto en los siguientes ejemplos:

“La cuestión que debe resolver el presente recurso de amparo consiste en verificar si la Sentencia impugnada, al valorar aquella información, llevó a cabo una ponderación y aplicación constitucionalmente adecuada de la libertad de información (art. 20.1 C.E.) y el derecho fundamental al honor (art. 18.1 C.E.)” (STC 158/2003 de 15 de septiembre, F.J. 2º).

“Aunque tal ponderación ha de hacerla, en principio, el órgano jurisdiccional que conozca de las alegadas vulneraciones o intromisiones del derecho al honor, corresponde a este tribunal Constitucional revisar la adecuación de la ponderación realizada por los Jueces y Tribunales ordinarios, con el objeto de determinar si el ejercicio de la libertad reconocido en el artículo 20 cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad y se manifiesta o no constitucionalmente legítimo” (STC 214/1991 de 11 de noviembre, F. J.6º).

“Y es doctrina reiterada de este Tribunal (...) que en los supuestos de conflicto entre el derecho a la libre emisión de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, garantizados en el art. 18.1 CE, la adecuada solución exige que se explicita la toma en consideración de ambos derechos en presencia. Además dicha consideración de uno y otro derecho puede ser realizada por este Tribunal, que no está vinculado por la realizada por la resolución judicial objeto de revisión” (STC 76/2002 de 8 de abril, F. J. 2º).

“Por consiguiente, no basta con que los órganos judiciales hayan efectuado una ponderación entre los bienes constitucionales en presencia, o que ésta pueda tenerse por razonable; esta ponderación, para ser constitucionalmente respetuosa con los derechos fundamentales contenidos en los art. 18.1 y 20.1 C.E., ha de efectuarse de modo que se respete la definición constitucional de los mismos y sus límites, cuya efectiva observancia corresponde verificar a este Tribunal. Dicho en otras palabras, a este Tribunal le compete verificar si los órganos judiciales han hecho una ponderación constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales en

conflicto, lo que sólo es posible llevar a cabo por este Tribunal ponderando por dichos derechos y comprobar así si la restricción impuesta por los órganos judiciales a uno o a otro está constitucionalmente justificada” (STC 112/2000, F.J. 5º).



Ahora bien, ¿en qué consiste exactamente esta ponderación que exige el Tribunal Constitucional Español y que él mismo aplica en el caso de colisión de derechos? Pues bien, como se ha visto, la *ley de ponderación* consistía, según Alexy, en llevar a cabo un juicio de proporcionalidad entre los derechos enfrentados (o entre un derecho y un valor constitucional o una medida administrativa o judicial presuntamente protectora de un bien o interés público) que incluya la aplicación de los tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (lo que se ha venido en llamar el “test alemán de proporcionalidad”).

Recordando las motivaciones vertidas en el presente tema, y con base en las razones bibliográficas y jurisprudenciales antes analizadas, se puede concluir que el Neoconstitucionalismo es un paradigma del Derecho Constitucional por las siguientes razones: **a)** El Neoconstitucionalismo ha surgido como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica; **b)** El neoconstitucionalismo como proceso histórico se inicia con la profunda transformación que se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial; **c)** El neoconstitucionalismo tiene un carácter parcial respecto al constitucionalismo visto como totalidad: le interesa especialmente una parte de la problemática constitucional, la relacionada con la protección de los derechos humanos; **d)** El Neoconstitucionalismo presenta una nueva teoría acerca de la estructura del Derecho, la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico, la cual consiste en una omnipresencia constitucional que impregna, satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico; **e)** El Neoconstitucionalismo ha ampliado las fuentes del Derecho constitucional, pues ya no lo limita a la Constitución de cada



Estado, sino que lo ha potenciado especialmente por el surgimiento y recepción en sede nacional del derecho internacional de los derechos humanos, es decir que ha modificado el concepto de Derecho constitucional estableciendo que forma parte de esta rama del Derecho el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; **f)** El Neoconstitucionalismo, ha rebasado el ámbito de estudio del paradigma positivista; **g)** El Neoconstitucionalismo ha introducido la teoría del Derecho dúctil, teoría que según Gustavo Zagrebelsky, se comprende de la siguiente manera: si mediante una palabra lo más aproximada posible, se quisiera indicar el sentido de este carácter esencia del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás se podría usar la imagen de la ductilidad; pues la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir, dado que solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancia) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental); **h)** El Neoconstitucionalismo ha aportado la teoría de la argumentación jurídica, la cual surge como una línea teórica de la modernidad, que ha rebasado al positivismo; **i)** El Neoconstitucionalismo, ha incorporado la teoría del pluralismo jurídico o normativo, el cual consiste en la *coexistencia de varios sistemas jurídicos, cada uno de ellos con sus propias* instituciones, normas, principios y valores de carácter ancestral y consuetudinario, que rigen la conducta o el comportamiento de los miembros de la comunidad entre sí; **j)** Neoconstitucionalismo ha sido expuesto, conceptualizado y desarrollado por varios científicos del Derecho, que han aceptado esta corriente jurídica como paradigma epistemológico del Derecho constitucional; **k)** El Neoconstitucionalismo ha implementado la teoría jurídica de separación de los derechos de la ley, ¿por qué razón?



Porque este paradigma puede ser entendido como aquel esquema teórico que explica el proceso de transformación de la tradición formalista del derecho, derivado de la aceptación y comprensión de la norma fundamental como norma jurídica que integra un sistema de principios y valores que respaldan todo el derecho y, por consiguiente, al Estado y sus actividades y

I) El Neoconstitucionalismo ha introducido una nueva metodología para estudiar, analizar, aplicar e interpretar el Derecho constitucional.

2. Consecuencias de determinar el neoconstitucionalismo como simple

método: En el presente apartado, con base en la método analítico y la técnica bibliográfica, se proporcionarán por parte del tesista, las razones y motivos por los cuales se considera que la consecuencia insoslayable de determinar que el neoconstitucionalismo es solamente un método jurídico del Derecho Constitucional, es la falta de solución de problemas en la práctica constitucional, pues un método debe pertenecer a un paradigma epistemológico, por ende si el neoconstitucionalismo devendría necesariamente como un método del positivismo, del ius naturalismo, del realismo norteamericano o de cualquier otro, dicha situación ocasionaría la falta de respuesta a situaciones que solamente un paradigma puede aportar para solucionar problemas en la práctica de la ciencia del Derecho constitucional.

En ese sentido, es necesario destacar que las realidades novedosas y complejas de finales del siglo XX e inicios del XXI exigen de la Filosofía del Derecho un continuo debate; dado que la discusión filosófica actual sobre el Derecho, se va a ocupar de nuevos campos en los que se hace necesaria más que nunca la interdisciplinariedad y la especialización del filósofo del Derecho.

En ese orden de ideas la crisis del positivismo jurídico y la consiguiente apertura del debate filosófico-jurídico contemporáneo a la toma en consideración de los valores ético-políticos, constituye el punto de partida de los



últimos estudios así como de la crítica al modelo lógico de razonamiento jurídico propio del viejo positivismo reveladora de la inadecuación y la insuficiencia de la metodología lógico-formalista, subrayándose la necesidad de elaborar nuevos instrumentos para indagar sobre la argumentación, de la práctica en general y de la jurídica en particular; pues con la supresión de la rígida distinción entre Derecho y Moral del positivismo jurídico hasta Hart, que abre una nueva vía hacia una Filosofía del Derecho normativa, que se ocupa de cuestiones con una destacada proyección política y moral, las fronteras de la Filosofía del Derecho actual se van ampliando: y la clave de lectura para facilitar la comprensión del panorama del debate jurídico contemporáneo, a menudo tan fragmentario, variado y fluido, radica en la determinación de dos directrices de aproximación a la cuestión, que nacen de la crítica al modelo iuspositivista, que entró en crisis a finales de los años sesenta del pasado siglo, a saber: la apertura al mundo de los valores ético-políticos, y la apertura al mundo de los hechos y que ha producido los grandes temas del debate iusfilosófico tradicional, tales como la justicia, o los derechos humanos, así como otros planteamientos relativos a los dilemas éticos producidos a raíz de los novedosos y rápidos avances de la biomedicina, a las consecuencias derivadas del multiculturalismo, así como a las contribuciones y al impacto de las nuevas tecnologías y su regulación.

No obstante lo antes indicado, tras una prolongada crisis de la Ley, hoy se extiende entre algunos filósofos del Derecho un cierto sentimiento de nostalgia, que se ha reflejado en iniciativas dirigidas a la rehabilitación de la Ley y la promoción de la ciencia de la legislación; de esa manera algunos autores como Franciso Laporta han expresado con franqueza y rotundidad ese sentimiento de nostalgia, mientras que Virgilio Zapatero ha reiterado la necesidad de prestar más atención a la ciencia de la legislación, quien desde luego no ha estado solo en esa empresa, sin embargo si se repara en las contribuciones de otros filósofos y filósofas del Derecho como Manuel Atienza o, más recientemente, Ángeles Galiana y Gema Marcilla; se vive pues, un buen



momento para revisar las relaciones entre filosofía del Derecho y ciencia de la legislación. En tal virtud la Filosofía del Derecho ha aglutinado por un lado los presupuestos formalistas, positivistas y aún imperativistas subyacentes a la ciencia de la legislación; los cuales han sobrevivido casi incólumes al paso de los siglos entre muchos juristas y quizá dificulten el diálogo con la teoría del Derecho actual y por otro lado los profundos cambios experimentados por el Derecho (en particular, los ocasionados por el fuerte impacto de las Constituciones *rematerializadas* en los ordenamientos jurídicos actuales) aconsejan que la ciencia de la legislación revise radicalmente aquellos presupuestos formalistas y positivistas de sus orígenes benthamianos y se adapte a los nuevos tiempos.

Lo anteriormente indicado, advierte que la Filosofía del Derecho constitucional actual, ha incorporado un debate entre paradigmas (positivismo, realismo, iusnaturalismo, postpositivismo y neoconstitucionalismo), el cual presenta posiciones encontradas respecto de los siguientes elementos: a) mantener la legalidad incólume; b) introducir valores morales, éticos y políticos al Derecho, c) aceptar que los jueces pueden crear derecho, d) mantener la pureza de la ciencia jurídica y e) aceptar la separación entre principios y ley entre otros, lo anterior gira entonces, alrededor de los objetivos de la Filosofía del Derecho para tratar de dar respuesta a conceptos epistemológicos como que es Derecho, Justicia, Validez, Eficacia, Ordenamiento Jurídico, Estado de Derecho, Norma, Regla, Principio, etc.; para lo cual la misma filosofía jurídica ha permitido el desarrollo de paradigmas o modelos teóricos que han dado respuesta a esas preguntas desde su posición teórica, esquemas que a su vez han proveído de métodos para lograr los resultados del estudio analítico del Derecho, los cuales se han explicado en capítulos anteriores.

En ese sentido, cada paradigma ha desarrollado su propia metodología, incluyendo el mismo neoconstitucionalismo, el cual se ha explicado en capítulos



anteriores que no es un simple método, pues no se le considera una simple herramienta o instrumento de los otros paradigmas analizados, dado que contiene complejidades, teorías y métodos propios que no concuerdan enteramente con el positivismo, el realismo y el iusnaturalismo, pues de considerar al neoconstitucionalismo como método, no podría desarrollar al positivismo, pues aunque califica a la constitución como la norma fundamental del ordenamiento jurídico no la considera como una simple ley suprema y fuente jerárquica de validez formal de las normas infraconstitucionales, razón por la que rebasa al positivismo en toda su plenitud; tampoco podría considerarse un simple método del iusnaturalismo, pues aunque reconoce principios y valores universalmente válidos y permite un puente entre la moral y el derecho, también reconoce la existencia de reglas o normas positivas que ameritan el uso de la lógica, la subsunción, la metodología conceptual y los principios de plenitud, validez formal, validez material, unidad y coherencia, por lo que como paradigma, aunque se basa mayoritariamente en el iusnaturalismo rebasa su concepción y naturaleza decimonónica, finalmente tampoco podría desarrollar al realismo en solitario, pues aunque reconoce la labor de los juzgadores para aplicar el Derecho, considerando a este último en forma dúctil, es decir capaz de adaptarlo a las circunstancias concretas, no considera que las normas legales no sean Derecho, es decir no acepta que el juez pueda crear el Derecho como sucede en el realismo, razón por la cual también rebasa a este paradigma epistemológico. Por los motivos indicados el Neoconstitucionalismo no podría ser considerado un método jurídico, sino más bien se le reconoce como un verdadero epistemológico del Derecho constitucional.

Con base en las razones antes vertidas, se concluye que el neoconstitucionalismo no podría ser un método, por el que considerarlo de tal manera, generaría como consecuencias la falta de respuestas a los problemas que se suscitan en la práctica actual del Derecho constitucional, pues al no poder desarrollar a los otros paradigmas, provocaría una erosión en la práctica científica constitucional, dado que entraría en contradicción con los modelos



teóricos tradicionales, y al tratar de utilizar al neoconstitucionalismo como simple método del positivismo, el iusnaturalismo o el realismo, estos no podrían dar respuesta coherente con su naturaleza a los conceptos epistemológicos de esta rama Derecho y la interpretación en la práctica constitucional devendría inútil para cumplir con sus objetivos, pues se desnaturalizarían los paradigmas tradicionales, perdiendo su epistemología jurídica y como consecuencia los ordenamientos jurídicos perderían la base epistemológica para el desarrollo prácticos de los Estados, generando una multipolaridad jurídica, ambigua y contradictoria, ya que cada sistema jurídico debe de inspirarse en su propio paradigma (positivismo, realismo, iusnaturalismo o neoconstitucionalismo) y por ende poseer métodos coherentes con su naturaleza, de esa manera el neoconstitucionalismo solo podría funcionar como paradigma y desarrollarse por medios de sus propios métodos.

- 3. Consecuencias de determinar el neoconstitucionalismo como paradigma epistemológico:** En el presente apartado, se redactará lo relativo a la comprobación de la segunda hipótesis del presente trabajo de investigación, pues con base en la método analítico y la técnica bibliográfica, se proporcionarán por parte del tesista, las razones y motivos por los cuales se considera que la consecuencia insoslayable de determinar que el neoconstitucionalismo es un paradigma epistemológico del Derecho Constitucional, consiste en solucionar los problemas que actualmente podría enfrentar la práctica constitucional de un sistema jurídico cuya constitución política se inspira en las teorías neoconstitucionalistas, así como de dotar de la metodología necesaria para interpretar y aplicar las normas constitucionales y explicar teóricamente el objeto de estudio del Derecho Constitucional contemporáneo.



Sobre la base de las consideraciones anteriores, lo primero que hay que recordar es que las constituciones modernas han implementado la apertura del debate filosófico-jurídico contemporáneo a la toma en consideración de los valores ético-políticos, así como la progresiva disolución, que no desaparición, de las escuelas y de las orientaciones consolidadas del positivismo jurídico, así como la crítica al modelo lógico de razonamiento jurídico propio del viejo positivismo reveladora de la inadecuación y la insuficiencia de la metodología lógico-formalista, subrayándose la necesidad de elaborar nuevos instrumentos para indagar sobre la argumentación, de la práctica en general y de la jurídica en particular.

En ese mismo sentido, como anteriormente se ha indicado, con la supresión de la rígida distinción entre Derecho y Moral del positivismo jurídico hasta Hart, que abre una nueva vía hacia una Filosofía del Derecho normativa, que se ocupa de cuestiones con una destacada proyección política y moral, las fronteras de la Filosofía del Derecho actual se van ampliando: y la clave de lectura para facilitar la comprensión de tan variado panorama del debate jurídico contemporáneo, a menudo tan fragmentario, variado y fluido, radica en la determinación de dos directrices de aproximación a la cuestión, que nacen de la crítica al modelo iuspositivista, que entró en crisis a finales de los años sesenta del pasado siglo, a saber: la apertura al mundo de los valores ético-políticos, y la apertura al mundo de los hechos; pues efectivamente, a los grandes temas del debate iusfilosófico tradicional, tales como la justicia, o los derechos humanos, se les unen planteamientos relativos a los dilemas éticos producidos a raíz de los novedosos y rápidos avances de la biomedicina, a las consecuencias derivadas del multiculturalismo, así como a las contribuciones y al impacto de las nuevas tecnologías y su regulación.

Por esa razón, paradigmas tradicionales como el positivismo no poseen las teorías, conceptos y metodologías necesarias por sí mismos para solucionar los problemas de la práctica constitucional actual; razón por la cual se requiere



de un nuevo paradigma o modelo de pensamiento filosófico jurídico que sea capaz de dar respuesta a las grandes interrogantes que la filosofía jurídica presenta, tales como Derecho y Justicia, Derechos Humanos, Moral y Derecho, valores ético-políticos y justicia constitucional, Derecho internacional e interno, pluralismo jurídico, etc., temas que se ven inmersos insoslayablemente dentro del ámbito del Derecho constitucional.

En ese sentido, el neoconstitucionalismo como paradigma del Derecho constitucional, tiene que ver con la reconexión entre derecho y moral operada en torno a la crisis de la segunda guerra mundial y la posterior consolidación del constitucionalismo europeo de postguerra; surgiendo como hitos fundamentales de esa reconexión y de forma precursora Hermann Heller y Gustavo Radbruch. El primero al establecer los principios jurídicos integrantes de la constitución como tendiendo un puente entre la normatividad moral histórica de una comunidad y la normatividad jurídica destacada de la constitución positiva, ello porque la constitución como texto jurídico destacado se halla incapacitada para “...establecer, de una vez para siempre, el contenido, históricamente cambiante en la mayoría de los casos, de las normas sociales que complementan a las jurídicas” (Héller, 1961: 275 y 276). El segundo, luego de los horrores del nacional socialismo y la segunda guerra mundial, cambió su credo relativista y positivista para afirmar el derecho como ciencia de la cultura y valorativamente plena: “el derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural” (Radbruch, 1959: 39).

Por esta razón, el paradigma neoconstitucionalista implica que el carácter valorativo del derecho sea incorporado en la constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico; ya que desde la Universidad de Heidelberg, Radbruch, reflexionando sobre la experiencia del Juicio de Nuremberg que condenó a los jefes nazis, apuntala la fórmula según la cual “*lex iniustissima non est lex*” (la injusticia extrema no es derecho). No se trataba para Radbruch de moralizar todo el derecho positivo prescribiendo que sólo lo



justo es derecho, sino de que hay normas que, por la gravedad o intensidad de su injusticia, no pueden valer como derecho. Queda por lo tanto, en esos casos descalificada la pretensión imperativista hobbesiana: “*auctoritas, non veritas facit legem*” (la autoridad y no la verdad hace la ley). Sentencia del autor del Leviatán que está en los orígenes mismos de la relación entre imperativismo y positivismo jurídico modernos.

Más recientemente, luego de la caída del muro de Berlín, en la circunstancia en que los tribunales de la República Federal Alemana se vieron abocados al juzgamiento y condena de los jefes de la República Democrática Alemana que habían ordenado disparar sobre las personas que intentaban cruzar la frontera entre ambas repúblicas, -que tenía su punto más tristemente célebre en dicho muro-, así como los soldados que ejecutaron las órdenes, un autor contemporáneo que bien puede enrolarse en las corrientes neoconstitucionalistas, Robert Alexy, profesor de la Universidad de Kiel, recupera y defiende la fórmula de Radbruch, impugna el positivismo jurídico acrítico, sosteniendo conexiones necesarias entre derecho y moral, y advierte a las autoridades que asumen un “riesgo” jurídico futuro cuando aplican normas extremadamente injustas.

En resumen, el neoconstitucionalismo como paradigma es el resultado de la pretensión normativa del derecho constitucional, en tanto que derecho sobre el derecho, frente a la experiencia del siglo XX que ha mostrado su lado oscuro, genocidios, guerras, destrucción masiva de vidas, control sobre las conciencias, etc., pero que al mismo tiempo ha encontrado un tenue hilo de luz esperanzadora en el reconocimiento de derechos humanos y garantías fundamentales en la esfera internacional, regional y nacional. Frente a este panorama, el (neo)constitucionalismo exige activamente la fuerza normativa de la constitución, como punto de conexión entre el derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos positivos nacionales, imagina la constitución como el depósito cultural en movimiento no sólo de reglas



jurídicas, sino también de principios e incluso valores constitucionalizados que tienden el puente entre moralidad y derecho a la hora de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, o a la hora de decidir políticas del derecho. De ahí que exija el filtrado constitucional de todas las decisiones legislativas, gubernamentales, administrativas y judiciales para lograr la eficacia de los derechos fundamentales que hacen a la dignidad y libertad de las personas.

Con base en lo antes indicado, el paradigma neoconstitucionalista responde a las grandes interrogantes del Derecho Constitucional, por las siguientes razones:

a) Como conocimiento, el neoconstitucionalismo puede analizarse en tanto que teoría, metodología y también tiene un aspecto ideológico. Presupone de forma normativa como debe ser el modelo constitucional.

b) Como práctica constitucional, refleja el funcionamiento de unos sistemas jurídico políticos que satisfacen en mayor o menor medida, es decir de forma relativa, las descripciones del neoconstitucionalismo como teoría y sus requisitos como ideología. Es el análisis crítico de una práctica que realiza parcialmente el modelo neoconstitucional.

c) Como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo aspira a describir los logros de la constitucionalización del orden jurídico. Para ello reconstruye un modelo de sistema jurídico resultante de la profundización de dicho proceso de constitucionalización, es decir de regulación y racionalización jurídica del poder político, social y la administración estatal, caracterizado por las siguientes notas distintivas:

d) La constitución dirigente e “invasora”. La constitución es la fuerza de imperatividad normativa, el conjunto de normas supremas de conducta dirigidas a los órganos de poder del estado (competencias) y a las personas (derechos



y obligaciones). Se trata de acentuar lo que en materia de principios de Derecho constitucional se llama la supremacía constitucional (es decir, la ubicación en el punto de mayor jerarquía de la pirámide jurídica reservada a las normas de rango constitucional, por ej. arts. 44, 175 Y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

e) La positivización de un catálogo de derechos fundamentales y garantías en el nivel constitucional y en conexión con el derecho internacional universal y regional de los derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 46 de nuestra Constitución Nacional incorpora con jerarquía constitucional una serie de instrumentos internacionales, universales y regionales de derechos humanos. Para el (neo)constitucionalismo la máxima jerarquía normativa de los derechos es una de sus mayores garantías a la hora de juzgar la validez de las normas inferiores.

f) La distinción entre principios y reglas. La constitución contiene no sólo reglas (normas jurídicas en una terminología tradicional), sino también principios, y en las versiones del (neo)constitucionalismo que enfatizan más la conexión entre derecho y moral valores. Así, Guillermo Peña Freire sostiene que,

La presencia en la constitución del sistema de valores fundamentales que han de constituir el orden de la convivencia política, e informar el ordenamiento jurídico, convierte a la constitución en una norma cualitativamente distinta del resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico..." (1997: 81).

Entre los autores antes citados, Germán Bidart Campos, por ejemplo, incluye los valores entre los contenidos fundamentales de la constitución que sirven de guía interpretativa de la misma: ellos, junto a los principios, forman un puente entre legalidad y legitimidad. Es decir que la constitución entendida como "superley" enmarca también las deliberaciones acerca de y los juicios sobre la legitimidad de la práctica política y constitucional, además de los de validez jurídica.



g) Las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto de la interpretación legal. Esa realidad en conexión histórica cultural, plena de principios y valores que es la constitución, impacta sobre la actividad interpretativa del ordenamiento jurídico que no puede entenderse válido ni pretender ser completo sino concreta en sus distintos niveles de creación-aplicación el mandato constitucional. De ahí que muchos autores neoconstitucionalistas compartan la idea de la legitimidad de la actividad de los jueces al interpretar y aplicar la constitución, pese a ser un poder contramayoritario. De esta forma, la teoría neoconstitucionalista se presenta como alternativa a la teoría iuspositivista tradicional que ya no reflejaría la situación real de los sistemas jurídicos constitucionalizados. Este deslizamiento, se produce al menos en tres aspectos de la teoría positivista: el estatalismo, el legicentrismo, y el formalismo interpretativo.

- El estatalismo porque el estado aparece racionalizado y vinculado jurídicamente por el derecho de los derechos humanos a nivel constitucional e internacional. El estado ya no sería el máximo enunciador normativo. Como lo explica Gil Domínguez, *“como mínimo, la constitución crea un referente indisponible de legitimidad para el ejercicio del poder político”* (2009: Pág. 13).
- El legicentrismo porque la ley como fuente privilegiada del derecho cede ante la fuerza normativa de la constitución (superley), y ante los compromisos de derecho internacional universales y regionales que los estados asumen al ratificar y obligarse por tratados internacionales de derechos humanos.
- El formalismo interpretativo, porque ya no cabe hacer una interpretación solamente formal de las leyes y las normas inferiores, es decir que se presume su validez si han sido creadas por el procedimiento y órgano correcto, sino que ahora hay que pasar todas las normas jurídicas por un



test de constitucionalidad que exige parámetros de validez sustancial (contenidos) y no sólo formal. De forma tal que de la interpretación concebida como una mera fórmula de determinación textual proveniente de una voluntad unívoca y homogénea (la soberanía del legislador), se pasa a la interpretación como una combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho.

h) El (neo)constitucionalismo adopta como objeto de investigación, el modelo descriptivo de la constitución como norma, por tal, entiende un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas. Además se les atribuye un contenido axiológico: es decir su carácter fundante y superior se debe a que tienen determinados contenidos a los que se atribuye un valor especial).

i) Para Comanducci, el (neo)constitucionalismo como ideología, se diferencia parcialmente del constitucionalismo clásico por acentuar mucho más el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, que el de limitar el poder estatal. Este cambio de énfasis se debe a que el estado democrático contemporáneo, a diferencia de aquél al que se oponía el constitucionalismo clásico, no es más visto con temor y sospecha.

j) Propugna entonces la defensa y ampliación del proceso de constitucionalización, más que describirlo. Destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la constitución.

k) Establece una conexión entre derecho y moral (Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, Robert Alexy, etc.), entiende que en los ordenamientos



contemporáneos existe una obligación moral de obedecer a la constitución dadas circunstancias de normalidad.

l) Desde el punto de vista metodológico, el neoconstitucionalismo puede entenderse si se lo contrasta con el positivismo metodológico, siguiendo el célebre análisis de Bobbio, éste afirma que es posible identificar y describir el derecho como es, y distinguirlo por tanto del derecho como debería ser. Sostiene la tesis de la no conexión necesaria entre derecho y moral e incluso la conveniencia de estudiar de esa forma el derecho, desde un punto de vista exclusivamente interno.

m) El (neo)constitucionalismo sostiene, por el contrario, la tesis de la conexión necesaria, justificativa entre derecho y moral. En última instancia, cualquier decisión jurídica y en especial, la decisión judicial, está justificada por su deriva de una norma moral. No cualesquiera normas morales, sino aquellas conectadas con el orden jurídico positivo a través de los principios y valores constitucionalizados. Los principios del derecho, operarían tal puente entre la moral objetiva y el derecho positivo. De forma tal, que como lo sostiene Dworkin, en la interpretación judicial y dependiendo de la pericia del juez, puede hallarse la decisión correcta para el caso. Incluso para los llamados “casos difíciles”, que suponen la necesidad de ponderar derechos concurrentes, normas contradictorias, etc.

De ahí la importancia de la función judicial y la discusión que se abre acerca de su justificación teórica. En efecto, es un poder judicial activo el que, por un lado, realiza la adecuación entre bienes y principios constitucionales y la multiplicidad de circunstancias fácticas que se producen en los casos judiciales, y por el otro; realiza el “filtrado constitucional” de las prácticas legislativas y administrativas tanto en cuanto a su contenido como a su forma. Esta discusión envuelve en polémicas a muchos de los autores ya que al ser el Poder Judicial de carácter contramayoritario, al que se reclama una actividad que



excede en mucho la que le correspondía en la teoría clásica del estado de derecho, se hacen evidentes las tensiones entre los componentes democráticos (mayoritarios) y constitucionales (vinculantes incluso para las mayorías electorales) del estado contemporáneo.

n) Otro aspecto a destacar, y que ha señalado Gustavo Zagrebelsky, corresponde al carácter dúctil del derecho desde esta perspectiva, en efecto, los valores y principios constitucionales permiten la interpretación dinámica históricamente y pluralista, es decir, abierta a los cambios en la política constitucional y en valoración moral de la comunidad. A esta posibilidad de flexibilidad y apertura Zagrebelsky la ha denominado como una dogmática constitucional “líquida” o “fluída”

que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del Derecho constitucional, sino de la política constitucional...El único contenido sólido que la ciencia de una constitución pluralista debería difundir rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios” (2011: 17).

ñ) Robert Alexy, por ejemplo, desde la experiencia alemana contemporánea, en el desarrollo e interpretación de su constitución, la Ley Fundamental de Bonn (LF), enfatiza la centralidad de los derechos fundamentales y ejemplifica desde los mismos el funcionamiento del modelo (neo)constitucional. Las características que adoptan dichos derechos en el ordenamiento jurídico alemán son:

1) Máximo rango o jerarquía al estar reconocidos en la propia LF;

2) Máxima fuerza jurídica (el artículo 1.3 de la LF dispone que los derechos fundamentales vinculan como derecho directamente vigente al Legislativo, Ejecutivo y Judicial). La justiciabilidad plena de todos los derechos fundamentales en la tradición constitucional de la República Federal Alemana, rompe tajantemente con la práctica de distinguir entre normas programáticas y



operativas: *“con una sola disposición en la Constitución no controlable judicialmente se abre el camino para la pérdida de su obligatoriedad”* (Alexy: 2003: 33). Ello a través de un control de constitucionalidad, ejercido por el Tribunal Constitucional, que se extiende sobre los tres poderes;

3) Máxima importancia del objeto. Ello porque a través de los derechos fundamentales se decide sobre la estructura básica de la sociedad, que apunta, en el modelo alemán, a grandes rasgos hacia una sociedad liberal con componentes solidaristas, conocida como “economía social de mercado” y que se ha correspondido con el desarrollo del denominado estado de bienestar social en el contexto de pleno empleo y crecimiento económico de la República Federal Alemana posterior a la Segunda Guerra mundial. Este modelo de “economía social de mercado” aparece entonces, desde el punto de vista jurídico político, estructurado a partir de los derechos fundamentales constitucionalizados;

4) Máximo grado de indeterminación, dado por el carácter *“sumamente sucinto, lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional...Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal...”* (Alexy: 2003: 35). Este máximo grado de indeterminación es resuelto en cada caso por la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional Federal lo que replantea el problema del carácter contramayoritario de dicho órgano, y el de su legitimación democrática a la luz no sólo del análisis teórico, sino también del art. 20. 2. 1 de la Ley Fundamental alemana: “Todo poder público emana del pueblo”.

Esta última característica hace entonces, en su conexión con las anteriores, que al interior del (neo)constitucionalismo la relación entre derechos fundamentales y democracia sea problemática. Alexy propone como solución el siguiente canon interpretativo: se debe interpretar los derechos fundamentales



de modo que protejan lo que todos los ciudadanos consideran tan importante, como para que no pueda ser confiado a la mayoría parlamentaria simple. De este modo el principio democrático se reconciliaría en un plano más elevado con los derechos fundamentales.

Pero como el propio Alexy reconoce, esta propuesta no deja de plantear problemas: lo que la ciudadanía considera importante depende de su “concepción del mundo” y esta varía significativamente en cada persona y entre grupos sociales. El “hecho del pluralismo” es irreductible y es al mismo tiempo, un bien deseable y merecedor de tutela en sí mismo.

Pero entonces la interpretación constitucional de los derechos fundamentales no puede basarse en las plurales concepciones morales de los ciudadanos. Una vez más, la solución del problema se encuentra en la diferencia entre moral individual y ética pública, ya que no es lo mismo responder ¿cómo quiero vivir? a hacerlo frente a la pregunta ¿cómo queremos vivir? La respuesta a la segunda pregunta pasa por una concepción moral pública que pone de manifiesto una representación común sobre las concepciones justas de cooperación social en un mundo marcado por el hecho del pluralismo. Es lo que John Rawls denomina consenso superpuesto (*overlapping consensus*).

Hay que plantearse entonces, que es lo que ciudadanos racionales con concepciones del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importante como para que deba excluirse su disposición por parte del poder legislador. Aquí viene para Alexy la legitimación del Tribunal Constitucional, que complementa la representación política con una representación argumentativa de la ciudadanía.

Es decir, el Tribunal Constitucional se legitima, para Alexy, por medio de su interpretación argumentativa que preserva el marco de cooperación social



básico consensuado, que permite la coexistencia de principios del bien diferentes y plurales, a través de la solución de conflictos entre el estado particulares o entre los particulares mismos, en los que colisionan principios reglas que hacen a la garantía de los derechos fundamentales.

Así, Alexy al citar al Tribunal Constitucional Federal indica que la interpretación, singularmente la del Derecho Constitucional, presenta el carácter de un discurso en el que no se ofrece, ni siquiera con una labor metodológicamente impecable, nada absolutamente correcto bajo declaraciones técnicas incuestionables, sino razones hechas valer a las que le son opuestas otras razones para que finalmente las mejores hayan de inclinar la balanza.

De esta forma, Alexy, (en manera similar a Jürgen Habermas), se inclina por centrar en la posibilidad de la argumentación pública en varios niveles entre el Tribunal Constitucional, el Legislador, la opinión pública, y la ciencia, el nervio del neoconstitucionalismo en el estado de derecho contemporáneo y la posibilidad de superar la tensión entre democracia mayoritaria y derechos fundamentales.

En conclusión el (neo)constitucionalismo sin duda impacta de forma renovadora el paradigma del estado de derecho y renueva la apuesta que desde siempre éste ha venido desarrollando: la tentativa de vincular jurídicamente y racionalizar el ejercicio del poder social en función de los derechos fundamentales de las personas, por lo que como modelo jurídico epistemológico, provee de teorías, conceptos y metodologías necesarias para dar respuesta a los desafíos actuales del Derecho Constitucional, aportando una solución a la actual crisis de la Filosofía del Derecho.



4. El neoconstitucionalismo como paradigma basado en un iusnaturalismo renovado y actualizado. En el presente apartado, se redactará lo relativo a la comprobación de la tercera hipótesis del presente trabajo de investigación, que con base en el método analítico y la técnica bibliográfica, se proporcionarán por parte del tesista, las razones y motivos por los cuales se considera que el neoconstitucionalismo es un paradigma epistemológico que hace resurgir dentro de su seno, al iusnaturalismo de una forma actualizada y renovada, pero con nuevos aportes y matices propios del neoconstitucionalismo, pues en su concepción de Derecho, toma los valores o principios concebidos como mandatos de optimización cuyo contenido son las exigencias de justicia, equidad u otras dimensiones de moralidad, asimismo, incorpora el reconocimiento a las reglas o normas jurídicas que conforman la ley, cuya existencia proviene necesariamente de la autoridad legislativa y de su respectiva vigencia; finalmente toma la realidad social en la que se aplican los principios y las reglas, pues reconoce en los tribunales constitucionales el poder de adecuar los mismos a las posibilidades fácticas de cada caso concreto.

Para iniciar con el presente análisis, hay que recordar que en teoría del derecho se ha querido ubicar al neoconstitucionalismo en alguna de las corrientes filosóficas dominantes. Así, algunos autores prefieren hablar de postpositivismo o positivismo de nuestros días; no obstante se considera que el paradigma analizado se desenvuelve dentro de los postulados del iusnaturalismo; pues con mucho, en la tradición constitucionalista existen criterios sustanciales o morales, si se quiere ser más preciso.

Bajo esta idea, conviene hacer un paréntesis a fin de presentar una lectura muy general sobre los postulados opuestos del iuspositivismo, lo que permitirá vislumbrar la ubicación filosófica del neoconstitucionalismo.



En ese sentido, se debe recordar que bajo los postulados del iusnaturalismo *racionalista* existían principios con validez universal (como lo es la justicia) fundados en la naturaleza humana. Estos principios universales del derecho natural calificarían a las leyes positivas como legítimas o no; en otras palabras, el iusnaturalismo intentó equiparar las leyes positivas con las leyes naturales; esto es, con la razón. De ahí que bajo esta corriente de pensamiento se pensara que tales leyes del derecho positivo deberían estar acordes con las leyes naturales, si se querían considerar como derecho; ello porque estas últimas se percibían como anteriores y superiores al derecho positivo.

Por su parte, el iuspositivismo surgió en el contexto de la idea de objetividad en la ciencia, la cual se transmitió al campo jurídico. Así, la legitimidad en el derecho pasó a segundo término, y los principios de legalidad y de validez procedimental se impusieron como criterios rectores del positivismo jurídico; por ello, bajo esa corriente se identificó al derecho con la ley, olvidándose de las cuestiones materiales; por ejemplo, la justicia.

Así las cosas, se evidencian las posturas antagónicas en el derecho, por lo que no parece difícil ubicar el marco filosófico del neoconstitucionalismo, el cual se considera que no se ubica en el positivismo jurídico, pues bajo el constitucionalismo se percibe el derecho en un contexto más amplio que el de la simple legalidad; lo que demuestra que se encuentra en el campo del iusnaturalismo, ya que el neoconstitucionalismo, hace una lectura del Derecho desde el terreno de la moral, es decir que parte de ideales morales reconocidos en las propias Constituciones, los cuales, al ser plasmados en esos instrumentos fundamentales, se hacen exigibles en el terreno jurídico; es decir, se juridifican, por tal razón se determina que el neoconstitucionalismo no se ubica en alguna de las posiciones del positivismo, dado que como se indicó con anterioridad utiliza los postulados del iusnaturalismo, por lo que se considera que éste se encuentra en una posición de desarrollo de este último paradigma, puesto que promueve la vinculación del derecho y la moral, pero sin



menospreciar los parámetros positivistas, como son los referentes a la legalidad y a la validez jurídica; en tal virtud a continuación se desarrollarán los elementos que el neoconstitucionalismo toma del paradigma iusnaturalista.

Para analizar los componentes del iusnaturalismo que acepta el neoconstitucionalismo como paradigma del Derecho constitucional, se tomarán en cuenta a autores neoconstitucionalistas no positivistas como Alexy, Dworkin, Zagrebelsky y Nino, así como otros iusnaturalistas.

En ese orden de ideas, los elementos del iusnaturalismo que coinciden en el neoconstitucionalismo, son los siguientes:

- a) **Lectura moral de la Constitución:** el iusnaturalismo sostiene la teoría de la lectura moral de la Constitución, en ese sentido, Dworkin sostiene que una lectura moral supone, en primer lugar, asumir que el punto de partida del proceso interpretativo tiene que ver con enunciados de tipo moral contenidos en la Constitución. Los derechos fundamentales son compromisos morales dirá DWORKIN, por lo que asumir una lectura moral supone, más que interpretar un texto, descifrar ciertos conceptos, sin que ello signifique reivindicar las concepciones que llevaron a sus autores a redactarlos en determinado momento. De este modo, los redactores del texto constitucional en tanto —prudentes estadistas, apelaron a la abstracción de los conceptos, porque se proponían redactar una Constitución —a partir de principios morales abstractos, no de encriptadas referencias a sus propias opiniones (o las de sus coetáneos) sobre la mejor forma de aplicar tales principios. De manera que una forma de ser fiel a los *estadistas* que redactaron la Constitución sería también asumiendo los compromisos morales que ellos nos plantearon, pero contextualizándolos en el momento en que dichos compromisos deben ser asumidos. Según Comaducci, la lectura moral de la Constitución, consiste en que esta tiene que ser leída e interpretada a la luz de la mayor moralidad política disponible



en un país. En el neoconstitucionalismo también se produce la lectura moral de la constitución, ya que en opinión de Alexy, los rasgos esenciales del constitucionalismo serían: 1. Valor en vez de norma. neoconstitucionalistas revaloran la moral y la introducen en las normas constitucionales. 2. Ponderación, en vez de subsunción o tipicidad. 3. Omnipresencia de la Constitución, en vez de independencia del derecho ordinario. 4. Omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, en lugar de autonomía del legislador, dentro del marco constitucional.

- b) Interpretación conforme:** la interpretación conforme en el iusnaturalismo es la actividad que consiste en buscar explicaciones de varios textos, por lo menos de dos, que sean compatibles entre sí. En otras palabras, su objetivo consiste en identificar una o más interpretaciones conformes como resultado de dicha acción. La interpretación conforme en el neoconstitucionalismo es una figura jurídica hermenéutica que permite la materialización efectiva y expansiva de los derechos fundamentales, además de la armonización entre las normas de derechos humanos con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, atendiendo siempre el principio pro-persona. En ese sentido, la expresión interpretación conforme a la Constitución se refiere al principio interpretativo por el cual, entre varios sentidos posibles de una norma jurídica, debe aceptarse aquel que mejor se adapte al texto constitucional. Aunado a lo antes indicado, Guastini, en torno a la *interpretación conforme*, alude a sentir que las leyes ordinarias deben ser interpretadas de tal forma que su contenido normativo se vuelva coherente con la Constitución previamente interpretada (Guastini, 2006).
- c) Conexión entre Derecho y Moral:** esta conexión en el iusnaturalismo tiene que ver con la distinción entre lo legal y lo justo, idénticamente a los problemas que la Antígona de Sófocles hace varios miles de años ya delineaba. Este antiguo problema, el del enfrentamiento de lo legal y lo justo, tiene nuevas reexposiciones. Ya no se trata del conflicto entre unas normas



jurídicas que facultan a los funcionarios encargados de aplicar la ley de acabar con la vida de los extranjeros o de los adversarios políticos. Ahora se trata de normas jurídicas que niegan el acceso a los servicios de salud de educación a los migrantes. En el fondo, lo que yace es el dilema que representa la democracia y su regla de mayoría como campo propicio de violación a los derechos elementales (vida o salud) de las minorías. En ese terreno se circunscribe el problema de la legitimación mayoritaria y su posible enfrentamiento con los derechos fundamentales. No cabe sino pensar que, como sostiene Laporta, que por encima de la legitimidad mayoritaria existan un conjunto de cánones éticos que se superpongan a ella», lo que entrañaría la asunción de límites al derecho tratándose de los principios éticos que abarcan transversalmente a todo sistema jurídico. Por lo tanto, cualquier decisión jurídica que traspase ese límite, puede ser considerada como injusta.

La consecuencia directa de ese límite a las decisiones de la mayoría democrática ha sido el llamado “moralismo legal”, mediante el cual la sociedad y sus individuos tienen el derecho para protegerse a sí misma, para prevenir y evitar su propia desaparición. Este derecho de corte universal interesa al ámbito de las relaciones de los individuos y su supervivencia biológica cuyo derecho a la vida es el primer pedestal; otro ámbito es el espacio propiamente familiar, en donde el derecho civil tiene buenas cosas que decir; y otra es la de su horizonte hacia la humanidad, que de acuerdo con las formulaciones de los derechos humanos suponen la trascendencia de los individuos para universalizar el imperativo categórico formal kantiano de tomar a los individuos como fines en sí mismos y nunca como medios.

En el neoconstitucionalismo la conexión entre derecho y moral, se produce al analizar los casos jurídicos difíciles (los cuales se producen cuando no existe una regla jurídica aplicable a una causa y cuando se presenta una tensión entre diversos principios que exigen simultánea aplicación), porque el jurista debe prever la utilización de métodos de ponderación que guíen el



proceso de construcción de sus dictámenes y soluciones, máxime que la inclusión de la moral en los campos del derecho internacional, ambiental, civil, familiar, entre otros, se presenta con mayor intensidad conforme avanzan los días. Se trata, en la mayoría de casos, de fenómenos de choque de principios jurídicos, y en última instancia del conflicto de valores morales protegidos constitucionalmente.

- d) No cualquier contenido es Derecho, pues ambas posiciones reivindican un concepto del derecho no-positivista en tanto admiten la existencia de un límite moral para el derecho o la presencia en el mismo de exigencia que rigen jurídicamente aunque no hayan sido dispuestas autoritativamente. En el caso de Alexy ello es absolutamente claro y terminante a la luz de la tesis que la “injusticia extrema no es derecho”, por ende, cuando lo que se busca establecer como derecho infringe es límite moral, no se logrará crear derecho dado que su existencia requiere de dimensión autoritativa y vigencia social, pero también de una cierta calidad ética. Dentro de ese límite moral hay mejor o peor derecho según mayor o menor corrección o justicia o moralidad, precisamente los “principios” envían la mejor respuesta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas (son mandatos de optimización), por eso ellos son “contenido moral y forma jurídica” en tanto se hacen presente en aras del mejor derecho.

La visión del derecho de Dworkin también es no positivista en tanto reconoce en el mismo no solo reglas susceptibles del “test de origen” o pedigree, sino “principios” que están en el derecho por su propio contenido (per se o propio vigore) y no porque lo haya dispuesto alguna autoridad, y esos principios dworkinianos son “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad”. Esta teoría dworkiniana implica un explícito rechazo al positivismo jurídico de Hart con su “regla de reconocimiento” que permitía identificar todas las reglas que se habían establecido autoritativamente como parte del derecho vigente, pues los principios dworkinianos, están en el Derecho por su contenido valioso (los derechos



individuales) por lo que resulta irrelevante su consagración autoritativa. Por supuesto que el iusnaturalismo clásico ha defendido un concepto no positivista, más aún, la fórmula de la “injusticia extrema no es derecho” encuentra reconocida en Tomás de Aquino cuando habla metafóricamente de la ley injusta como “corrupta”, además, muy lejos está esa teoría de identificar al derecho sólo con reglas puestas, o sea supuestos fácticos a los que se les imputa una cierta consecuencia jurídica, pues hay derecho concentrado o respuestas jurídicas implícitas en ciertos bienes o principios contenidos en el derecho o lo justo natural que luego la prudencia jurídica proyecta en tiempo y lugar. En definitiva, no cualquier contenido puede ser derecho, y en consecuencia, hay límites morales que cuando son infringidos por el derecho positivo, el no vale o no existe en y como derecho; dicho lo mismo de otra manera: forma parte del derecho vigente ciertas exigencias, al margen de que las haya o no reconocida como tal la autoridad. Por lo que está claro que no cualquier contenido puede ser reconocido como derecho.

- e) Rehabilitación de la razón práctica: una tesis muy importante en la que coinciden iusnaturalistas y neoconstitucionalistas es admitir una razón idónea para pronunciarse en el terreno de lo bueno o lo justo, de ese modo ambos se apartan de las perspectivas emotivistas o decisionistas en materia moral o axiológica, por ende, sostienen que es posible apelar a una moral racional desde donde juzgar a las morales subjetivistas o sociales en orden a validarlas o descalificarlas racionalmente. En ese sentido, hay que adelantar que si bien es cierto que aquellas teorías neoconstitucionalistas hablan de razón práctica, hay que precisar que en el caso de Alexy sus referentes filosóficos son Kant y Habermas; en el caso de Dworkin también aparece Kant aunque sus bases filosóficas no son muy claras, y respecto al realismo jurídico clásico la gnoseología es realista y por ende, a partir del conocimiento sensible es posible abstraer conceptos universales que captan esencias en las cosas. Más allá de las diferentes explicaciones gnoseológicas, hay confianza en que las discusiones morales pueden



resolverse racionalmente, por eso los neoconstitucionalistas y los iusnaturalistas clásicos suscriben la existencia de una razón práctica aunque en Alexy esa razón práctica es fuertemente procedimental en tanto se confía en un diálogo regulado por una especie de código de la razón práctica, y en la medida que se respete el mismo, se alcanzarán respuestas verdadera o correctas. No obstante el claro y originario procedimentalismo alexyano, hay concesiones posteriores a una razón práctica sustancial, como la misma tesis que “la injusticia extrema no es derecho”, a la que asimila con la violación evidente y grave de derechos humanos. En la gnoseología aristotélica tomista la razón práctica se proyecta en definiciones sustanciales pero también hay exigencias más bien de índole formal o procedimental, y un buen ejemplo de ello puede ser John Finnis cuando avala una razón práctica sustancial idónea para reconocer los bienes humanos básicos y también una razón procedimental que se expresa en el método del derecho natural.

- f) Un Derecho con principios: ya se ha hablado que tanto neoconstitucionalistas como iusnaturalistas no tienen una visión normativista del derecho, sino que incluyen en el mismo a exigencias o respuestas jurídicas contenidas implícitamente en principios, valores, bienes o fines; en realidad la terminología impuesta por los neoconstitucionalistas es la de “principios”, como lo dice explícita y de mil maneras Alexy: “Todas las reglas jurídicas son normas o principios”. Hay que advertir que de las reglas al ser lógicamente “juicios” es posible construir con ellas al aplicarlas estricto silogismo, pero en cambio, siendo los principios desde un punto de vista lógico meros “conceptos”, a los fines de poder resolver casos desde ellos se requiere definirlos y a partir de esas definiciones formular reglas que operen silogísticamente. Los principios – decía Pound hace muchos años– brindan la posibilidad de razonar con cierta dirección, pero siempre cabe desde ellos derivar más de una



respuesta jurídica, e incluso nunca se podrá afirmar que se ha agotado el contenido de los mismos. El rechazo de un derecho solo compuesto de reglas no solo resulta una ficción, sino que su existencia generaría graves problemas axiológicos a la hora de su operatividad y aplicación. Los principios posibilitan alternativas al jurista en orden a encontrar las “mejores” respuestas disponibles en el derecho vigente, permitiendo que se invaliden aquellas reglas que se oponen de manera grave y evidente a la racionalidad y valiosidad contenida y pretendida en los principios. Esta conclusión es suscrita por neoconstitucionalistas e iusnaturalistas y conlleva denunciar o criticar a las teorías normativistas que rechazan o le temen a los principios. Si bien los iusnaturalistas siempre han hablado de principios, han sido los neoconstitucionalistas (especialmente Dworkin y Alexy) los que han devuelto a los principios una nueva “edad de oro” (Prieto Sanchos) particularmente a partir de la década de los setenta.

- g)** Argumentación: en el terreno de lo contingente, la razón práctica prudencia requiere apelar a la argumentación, o sea a despejar las dudas por medio de razones que respalden las respuestas. Frente a lo que es evidente no resulta necesario la argumentación, pero ésta se requiere para alcanzar la certeza práctica del juicio que se escoge y se proclama o impera. No es extraño que la escuela de la “nueva retórica” de Perelman a la hora de descubrir las posibilidades que ofrecía Aristóteles y comenzar a hablar de argumentación en la década de los cincuenta, dejara atrás la preocupación por los métodos interpretativos y prestara atención a nómina de argumentos.
- h)** Diversidad y ampliación de las fuentes del derecho: la teoría de las fuentes del derecho del Estado legal de derecho y consagrada en los libros primeros de los códigos civiles tenía como características centrales: 1) estatista, 2) nómina mínima: las fuentes eran dos o tres, básicamente la ley, la costumbre y la jurisprudencia; 3) nómina exhaustiva; 4) jerárquica: estaba



clara la prevalencia de la ley; 5) e) escritas y f) general, no había fuentes en normas individuales. En cambio en el marco del Estado constitucional de derecho, la teoría de las fuentes del derecho contradice las características antes señaladas, pues: 1) hay derecho vigente nacional aunque el Estado no lo haya aprobado o ratificado; 2) ius cogens, lex mercatoria, jurisprudencia supranacional, normas creadas por el poder administrador, derecho comunitario o supranacional; 3) la mera referencia a los principios o derechos humanos sirve para poner de relieve que la nómima que se puede confeccionar siempre será enunciativa; 4) la jerarquía no puede determinarse rígida y apriorísticamente sin considerar los casos; 5) la literalidad no sólo poco aporta cuando se habla de derechos humanos o principios dado que lo decisivo son las definiciones de los mismos, sino que fuentes relevantes como el ius cogens o los diferentes derechos consuetudinarios no están escritos y 6) las fuentes son lugares adonde está el derecho y, por ende, no es decisivo su carácter general o universal. Por su puesto que el señalamiento de la teoría de las fuentes del derecho funcional al Estado constitucional de derecho encuentra respaldo –más allá de matices– tanto en autores neoconstitucionalistas como en iusnaturalistas.

- i) Desobediencia y objeción de conciencia: se lee en Alexy: La moral puede estar vinculada con el derecho positivo, en primer lugar, a través de la inclusión de principios y argumentos morales en el derecho; en segundo lugar, por medio que el contenido posible del derecho sea delimitado por la moral y en tercer lugar, porque la moral fundamente un deber de obediencia al derecho. En consecuencia, pueden distinguirse tres problemas de la relación entre derecho y moral: el problema de la inclusión, el problema del límite y el problema de la fundamentación. En tercera relación asume un tono dramático frente al derecho extremadamente injusto, por eso aclara el profesor de Kiel: “Sólo los que conceden prioridad absoluta al valor moral general de obediencia al derecho pueda retroceder por razones morales” y



precisamente desde Alexy solo cabe concluir que frente al derecho extremadamente injusto no cabe el deber moral de obediencia al derecho. El análisis de Carlos Nino sobre la obligación de obedecer el derecho parte de la tesis que el sistema jurídico –con las autoridades y sanciones que le son inherentes– se justifica en tanto él es un medio necesario para preservar y promover derechos humanos” (Ética y derechos humanos, Paidós, Buenos Aires, 1984, p.244), y prestando atención a los casos de un derecho democrático distingue entre la situación del juez (u otro funcionario) y la del súbdito, para luego considerar la posición moral de un juez frente a un súbdito que se ha considerado moralmente facultado a desobedecer el derecho. Más allá de las sutiles distinciones que efectúa el profesor argentino, lo que interesa destacar es que no suscribe ninguna obligación absoluta de obedecer al derecho y reconoce tanto la “objección de conciencia” (opera cuando un individuo cree que una obligación jurídica está en conflicto con sus principios morales o religiosos) como la “desobediencia civil” (consiste en la inobservancia de normas jurídicas que se consideran injustas con el propósito de modificarlas).

Pasando a autores iusnaturalistas clásicos que no dudan en respaldar a los derechos humanos, hay que recordar que en Finnis el significado focal de autoridad queda vinculado –en terminología tomada de Raz– a “razón excluyente”, por eso se lee eue en cualquier caso, la autoridad carece de utilidad para el bien común a menos que las disposiciones de los que poseen la autoridad (o las que surgen de la formación de reglas autoritativas consuetudinarias) sean tratadas como razones excluyentes, como razones suficientes para actuar a pesar de que el súbdito no habría adoptado la misma disposición y aunque en realidad considere que la disposición existente es en algún aspecto (o en algunos aspectos) irrazonable, no plenamente conveniente para el bien común. Más allá de la opinión de Finnis, se estima que un complemento ineludible del análisis de la ley injusta es el derecho a la objeción de conciencia que cubre



cierto incumplimiento de la norma jurídica en función de razones morales que puede invocar su destinatario. Ese derecho cubre los reparos razonables del ciudadano o funcionario frente a la violencia moral que provoca la prescripción en cuestión, y así el derecho como institución se pone al servicio de un auténtico bien común que no tolera sustancializar fines que fagociten al bien de las personas de carne y hueso. Para el iusnaturalismo clásico no puede haber dudas del valor racional o moral – también específicamente jurídico– que corresponde asignarle a la conciencia de aquél que debe obedecer a la ley (Jorge Guillermo Portela, La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia, Buenos Aires, Educa, 2005), y una manifestación de ese respeto al destinatario por sobre ficciones impuestas por el iuspositivismo legalista, puede ser que ya Tomás de Aquino justificaba a aquél que incumplía la ley por ignorancia, no culpable dado que la ignorancia convertía al acto en involuntario (Tomás de Aquino, “Quodlibetum” 1,9, 3)

- j) No juridicismo: es una tesis inequívocamente defendida por neoconstitucionalistas como iusnaturalistas, la superación del juridicismo, es decir, aquella visión típicamente iuspositivista que pretendía conocer derecho sin consideraciones ni a lo moral, ni a lo político. Tanto en Alexy, como Dworkin, Nino o Finnis la filosofía y la razón jurídica es en realidad filosofía y razón práctica en tanto son inescindibles las relaciones entre derecho con la moral y la política. Ha sido Nino uno de los más importantes críticos de aquel “insularismo” jurídico criticado explícitamente los unidimensionalismos de los modelos epistemológicos de Kelsen, Ross, Bulygin y Alchourrón y brindando una comprensión amplia de las relaciones entre el derecho, la moral y lo político en su libro póstumo. En finnis explícitamente se reconoce que las distinciones en el ámbito de la filosofía práctica entre derecho, moral y política responden principalmente a razones pedagógicas. En definitiva no se trata de negar la especificidad del derecho sino de afirmar –con los autores aludidos– sus conexiones con la moral



(naciones como justicia, correcto, bienes o validez operan en el Derecho pero requieren de un discernimiento necesariamente ético o moral). La política la referencia al Estado y sus poderes, a los derechos humanos o bien común remiten a la política.

Ya analizados los elementos del iusnaturalismo, que coinciden con el neoconstitucionalismo, se infiere que no es difícil comprender que justamente sobre estas dos corrientes (y por consiguiente, sobre las declaraciones de los derechos y la justicia) las grandes concepciones del pensamiento jurídico contemporáneo hayan podido encontrar compromisos satisfactorios en su conjunto.

En ese mismo orden de ideas, se concluye que el neoconstitucionalismo es un verdadero paradigma epistemológico del Derecho Constitucional y no obstante que toma algunos aspectos del positivismo y del realismo, su naturaleza, elementos, teorías y definiciones son tomados en su mayoría del iusnaturalismo; por lo que se considera al neoconstitucionalismo como un paradigma que dentro de su seno permite el resurgimiento renovado y actualizado del iusnaturalismo.

En ese sentido, el neoconstitucionalismo como filosofía política o doctrina del Estado justo ofrece un parecido asombroso con la doctrina de los derechos naturales que históricamente fue el motor fundamental (aunque no el único) del constitucionalismo; ya que la idea de que la sociedad política tiene un fundamento *heteropoyético* —como le gusta decir a Ferrajoli— consistente en la protección de determinados derechos que hoy se llaman fundamentales, derechos que son la razón de ser y la fuente de legitimación del poder, representa la columna vertebral tanto del neoconstitucionalismo como de un cierto iusnaturalismo que se puede identificar con el racionalismo del siglo XVII y singularmente con Locke.



En relación con lo anterior, la corriente que puede llamarse racionalista o sistemática, cuya máxima expresión fueron seguramente las construcciones iusnaturalistas del siglo XVII, que se prolongan en la Ilustración hasta enlazarse con el movimiento codificador, establecen precedentes directos de la actual teoría de la argumentación, que postulan la primera gran concepción del Derecho como sistema “geométrico”, la cual es obra del iusnaturalismo.

Con base en los argumentos antes vertidos se puede concluir entonces que el neoconstitucionalismo no supera los paradigmas tradicionales del Derecho, porque se desenvuelve dentro de los postulados de uno de ellos, tampoco los sintetiza porque su esencia no permitiría la fusión teórica, conceptual y metodológica de sus elementos entre iusnaturalismo, positivismo y realismo y en cuanto, a si constituye una renovación de uno de los tres paradigmas tradicionales del Derecho, analizados en la presente tesis, se puede afirmar que neoconstitucionalismo es un modelo jurídico que renueva y actualiza los postulados del iusnaturalismo, combinando y aplicando en forma conjunta conceptos, teorías, métodos y elementos de esta tradición jurídica; no obstante como verdadero paradigma epistemológico del Derecho constitucional, logra desarrollar conceptos, teorías y métodos propios, que le representan la posibilidad de dar respuesta a los grandes problemas que actualmente enfrenta la práctica del Derecho ordinario y de la materia constitucional.



CAPÍTULO VII

El Neoconstitucionalismo en Guatemala

En el presente capítulo se desarrollarán los elementos y demás componentes que el sistema jurídico guatemalteco ha tomado del neoconstitucionalismo como paradigma epistemológico del Derecho constitucional.

En ese sentido, hay que recordar que el neoconstitucionalismo, surge en las constituciones europeas de la segunda post guerra mundial, como una reacción al positivismo jurídico tradicional de aquel entonces, razón por la cual emerge como una renovación, resurgimiento y actualización del paradigma iusnaturalista racionalista que fungió de base del constitucionalismo clásico del siglo XVIII, de esa manera el neoconstitucionalismo admite como principales elementos y teorías de su estructura paradigmática las siguientes: la constitucionalización del ordenamiento jurídico, la lectura moral de la Constitución, la interpretación conforme los derechos naturales supra positivos, la conexión entre derecho y moral, la incorporación de valores y principios morales y su correspondiente distinción de las denominadas reglas, la aplicación del principio de ponderación en la interpretación de los principios, la derrotabilidad de las reglas “injustas” por parte de principios y valores y la ductilidad del derecho en cuanto el control de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, a continuación se analizarán la aplicación de los elementos y teorías del neoconstitucionalismo antes indicados.

a) La constitucionalización del ordenamiento jurídico. En el caso de Guatemala, se producen las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico, por las siguientes razones:



1) en primer lugar, porque la Constitución guatemalteca está dotada de rigidez, ya que con fundamento en los artículos 279, 280 y 281 del texto constitucional, existe tres procedimientos rigurosos para reformarla (Asamblea Constituyente, Consulta Popular y artículos pétreos);

2) en segundo lugar el principio de jerarquía normativa somete todo el ordenamiento jurídico a la supremacía de la Constitución, esto de acuerdo a lo regulado en los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala, artículos 3° y 114 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial;

3) en tercer lugar el derecho natural es reconocido en el artículo 44 del texto constitucional, al regular lo siguiente: *“Los derechos y garantías que otorga la Constitución **no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...**”*;

4) en cuarto lugar la Constitución de Guatemala es principalista, ya que consagra y reconoce la observancia de principios para la aplicación del propio texto constitucional y demás leyes, como ejemplo están las siguientes disposiciones constitucionales: a) artículo 101: *“...El régimen laboral del país debe organizarse conforme a **principios** de justicia social.”*; b) artículo 118: *“El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en **principios** de justicia social.”*; artículo 204: *“Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el **principio** de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.”*; Artículo 272: *“La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones: g) **Compilar la doctrina y principios constitucionales** que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencial;”*;



5) en quinto lugar, existe en materia de derechos humanos, el principio de que las leyes constitucionales deben interpretarse de forma extensiva, lo anterior al tenor de lo que establece el artículo 2° de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el cual regula lo siguiente: “*Las disposiciones de esta ley se **interpretarán siempre en forma extensiva**, a manera de procurar la **adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional.**”;*

6) en sexto lugar en la Constitución Guatemalteca se encuentra regulada la garantía jurisdiccional de la Constitución, lo anterior al tenor de lo que regulan los siguientes artículos: 266 constitucional, el cual establece: “*En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.*”; 268 constitucional, que regula lo siguiente: “*La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional;...*”;

7) en séptimo lugar la existencia de la aplicación directa de las normas constitucionales, esto de acuerdo al artículo 44 constitucional, el cual establece: “*...Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen lo derechos que la Constitución garantiza.*”;

8) Y en último lugar la observancia de los valores juntamente con las normas jurídicas en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, lo anterior al tenor de lo que regula el artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial, el cual establece lo siguiente: *El Organismo Judicial, en ejercicio de la soberanía delegada por el pueblo, imparte justicia conforme la Constitución Política de la*



República y los valores y normas del ordenamiento jurídico del país.”. Todas las razones antes analizadas, y que se encuentran de forma efectiva incorporadas en el texto de la Constitución Política de la República de Guatemala, evidencian las metodologías del paradigma epistemológico del constitucionalismo desarrollado por grandes científicos del derecho y que han sido referidos en la presente recensión.

b) La Lectura moral del Derecho en Guatemala: En Guatemala, la lectura moral de la Constitución está garantizada en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza. Al respecto la Corte de Constitucionalidad en sentencia del 12 de octubre de dos mil seis proferida dentro del expediente número 1356-2006, en su parte conducente establece lo siguiente:

Las doctrinas modernas que preconizan la vigencia y respeto debido a los derechos humanos, sostienen un criterio vanguardista respecto de que el catálogo de derechos humanos reconocidos en un texto constitucional no puede quedar agotado en éste, ante el dinamismo propio de estos derechos, que propugna por su resguardo, dada la inherencia que le es insita respecto de la persona humana. Esto es así, porque es también aceptado que los derechos fundamentales no sólo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino que, además, principios básicos de un orden social establecido, que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico y político de un Estado, creando así un clima de convivencia humana, propicio para el libre desarrollo de la personalidad. En una Constitución finalista, como lo es aquélla actualmente vigente en la República de Guatemala, que propugna por el reconocimiento de la dignidad humana como su fundamento, no puede obviarse que los derechos fundamentales reconocidos en dicho texto no son los únicos que pueden ser objeto de tutela y resguardo por las autoridades gubernativas. Existen otros derechos que por vía de la incorporación autorizada en el artículo 44 de la Constitución Política de la República o de la recepción que también autoriza el artículo 46 del texto matriz, también pueden ser objeto de protección, atendiendo, como se dijo, su carácter de inherentes a la persona humana, aun y cuando no figuren expresamente en este último texto normativo.



c) La interpretación conforme: según Guastini es la expresión de interpretación conforme a la Constitución se refiere al principio interpretativo por el cual, entre varios sentidos posibles de una norma jurídica, debe aceptarse aquel que mejor se adapte al texto constitucional; también se entiende como la figura jurídica hermenéutica que permite la materialización efectiva y expansiva de los derechos fundamentales, además de la armonización entre las normas de derechos humanos con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, atendiendo siempre el principio pro-persona; con respecto a esta temática; el preámbulo constitucional establece que la persona humana es el sujeto y fin del orden social, el artículo 1° del texto constitucional dispone que el Estado se organiza para proteger a la persona y el artículo 2° indica que es deber del estado garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. En ese sentido la Corte de Constitucionalidad en sentencia del veinticuatro de agosto de dos mil quince proferida dentro del expediente número 152-2015, en su parte conducente establece:

Por su parte, al hablar de las pautas que han de regir la tarea de interpretar las normas jurídicas relativas al reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, resulta imprescindible destacar el principio *pro persona*, como línea directriz que ha de guiar la labor del intérprete. Así, el principio *pro persona* demanda siempre, en términos generales, una interpretación sistemática y finalista que persiga lograr la máxima eficacia de los derechos y libertades; por ende, conforme al principio de mérito debe privilegiarse siempre una interpretación que optimice el respeto y observancia del derecho de que se trate. Como derivación del principio *pro persona (pro homine)*, la regla de la *interpretación extensiva* exige que las normas relativas al reconocimiento o garantía del derecho sean interpretadas en sentido amplio, a manera de procurar la mayor protección (artículos 2° y 42 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad); por su parte, la regla de la *interpretación restrictiva*, que opera ante normas que imponen límites o prohibiciones al derecho, exige siempre una interpretación ceñida o ajustada a los específicos supuestos normativos, atendiendo siempre a los fines que busque la limitación o prohibición regulada.

d) La conexión entre Derecho y Moral: como anteriormente se ha analizado, la conexión entre Derecho y Moral, consiste en que el problema de la legitimación mayoritaria y su posible enfrentamiento con los derechos fundamentales. No cabe sino pensar que, como sostiene Laporta, que por encima de la legitimidad mayoritaria existan un conjunto de cánones éticos que



se superpongan a ella», lo que entrañaría la asunción de límites al derecho, tratándose de los principios éticos que abarcan transversalmente a todo sistema jurídico. Por lo tanto, cualquier decisión jurídica que traspase ese límite, puede ser considerada como injusta. La consecuencia directa de ese límite a las decisiones de la mayoría democrática ha sido el llamado “moralismo legal”, mediante el cual la sociedad y sus individuos tienen el derecho para protegerse a sí misma, para prevenir y evitar su propia desaparición. Este derecho de corte universal interesa al ámbito de las relaciones de los individuos y su supervivencia biológica cuyo derecho a la vida es el primer pedestal; otro ámbito es el espacio propiamente familiar, en donde el derecho civil tiene buenas cosas que decir; y otra es la de su horizonte hacia la humanidad, que de acuerdo con las formulaciones de los derechos humanos suponen la trascendencia de los individuos para universalizar el imperativo categórico formal kantiano de tomar a los individuos como fines en sí mismos y nunca como medios.

En el caso de Guatemala, el artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial, establece lo siguiente: *El Organismo Judicial, en ejercicio de la soberanía delegada por el pueblo, imparte justicia conforme la Constitución Política de la República y los valores y normas del ordenamiento jurídico del país.*”. Además la Constitución incorpora valores y derechos naturales que prevalecen sobre las leyes internas, tal y como establece el artículo 44 del texto constitucional, que indica que la Constitución garantiza aquellos derechos inherentes a la persona humana aunque no figuren en la normativa constitucional, acto seguido dispone que “...Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen lo derechos que la Constitución garantiza.”; lo anterior quiere decir que las normas legales que disminuyan, tergiversen o restrinjan los derechos subjetivos no positivos (morales) son nulos de pleno derecho, ratificando de esa manera la teoría de que para que una ley sea justa debe estar acorde a los principios y valores morales naturales. Lo anterior fue ratificado por la Corte de Constitucionalidad



en sentencia del 9 de diciembre de 2001 dictada dentro del expediente número 890-2001, que en su parte conducente establece:

Los conceptos descritos han sido resaltados por la jurisprudencia constitucional, pudiendo citar la sentencia de nueve de diciembre de dos mil dos (expediente 890-2001), en la que se indicó: “Se ha considerado que la Constitución incorpora una serie de valores que informan todo el ordenamiento jurídico, y de ahí que pueda válidamente afirmarse que en esta serie de enunciados fundamentales y valorativos, se proclame la primacía de la persona y la dignidad humana como su principal fundamento, la protección de la familia y la promoción del bien común, para lo cual se organiza el Estado (artículo 1º), la garantía que a una persona le asiste de gozar de libertad, justicia y a un adecuado desarrollo integral (artículo 2º), la protección de la vida humana desde su concepción, así como su integridad (artículo 3º) y la solidaridad humana e igualdad de derechos (artículo 4º), por citar algunos casos; por ello, la claridad del texto matriz en su dicción, [...] prohíbe interpretación alguna que no sea acorde con los principios pro homine e indubio pro libertate; ello, no sólo con el objeto de asegurar el adecuado goce de los derechos fundamentales que asisten y son inherentes a toda persona humana, reconocidos constitucionalmente, sino además, velar para que en el cumplimiento de las obligaciones que el texto matriz impone al Estado de Guatemala, este no pueda ejercer la autoridad (poder público) que le ha sido delegada, en detrimento de los citados derechos.”

e) La ductilidad del Derecho y el control de constitucionalidad; en el caso de Guatemala la ductilidad de Derecho y el control dúctil, se manifiestan en las sentencias aditivas, aditivas de principios, interpretativas y sustitutivas que ha dictado la Corte de Constitucional, las cuales se analizarán a continuación:

1) Las sentencias aditivas de principio, fijan principios generales que deben ser observados para la adecuación de la norma con la Constitución, un ejemplo de esta sentencia, es la emitida por la Corte de Constitucionalidad el 11 de abril de 2014 dentro del expediente número 1093-2010, la que en su parte conducente establece:

... Con base en ello, debe acogerse la pretensión del accionante, únicamente en cuanto a declarar la inconstitucionalidad de la frase “sin más trámite” del artículo 15 impugnado, con el objeto de que –en la aplicación de dicha norma– se desarrolle un debido procedimiento administrativo para aplicación de la sanción de cancelación de aquel comité para la constitución de un partido político que no reúna los requisitos que establece el artículo 58 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, con observancia de los principios que recepta el artículo 12 de la Constitución Política de la República...



2) En el caso de Guatemala, las sentencias sustitutivas son aquellas en que la Corte expulsa del ordenamiento jurídico una disposición acusada y sustituye el vacío normativo por una regulación específica; un ejemplo de esta sentencia es la proferida por la Corte de Constitucionalidad el 14 de agosto de 2012 dentro del expediente número 2729-2011, la que en su parte conducente establece:

... De esa cuenta, siendo que el tipo sancionado es la infracción de aquellos deberes, en ausencia de regulación específica por la que se sancione de igual manera el incumplimiento de obligaciones aludido en el artículo 100 *in fine*, sí es viable acudir a la previsión establecida en el artículo 101 del Código de Notariado para establecer, sobre una base razonable, cuál debe ser el monto de la sanción a imponer, siendo éste el de un monto —que no excederá de veinticinco quetzalesll por infracción (en este caso, incumplimiento) cometida...

3) Las sentencias interpretativas: con las sentencias interpretativas, el juez constitucional hace propia una de las interpretaciones posibles de la disposición censurada, escogiendo la que es conforme (sentencia interpretativa de rechazo) o la contraria (sentencia interpretativa estimatoria) a la Constitución.

Frente a la tendencia de los jueces, existente hasta finales de los años setenta y luego vuelta a aparecer, de desatender la interpretación de las leyes ofrecida por la corte italiana, ésta se ha visto obligada a superar los límites estructurales existentes en las sentencias interpretativas de rechazo, dando vida a la tipología de las sentencias interpretativas estimatorias. Sentencias con las cuales el juez constitucional escoge, de entre los posibles significados de una norma, el que es incompatible con la Constitución, el cual, en consecuencia, es declarado inconstitucional. Queda abierta la posibilidad de dar a la disposición todos los demás significados: el resultado interpretativo es similar al del precedente tipo de pronunciamiento, pero los efectos son distintos. Con las sentencias interpretativas estimatorias la corte no elimina del ordenamiento jurídico la disposición, sino una de las normas que de tal disposición pueden extraerse. La disposición, en otros términos, continúa pudiendo ser aplicada y, por tanto, es eficaz, con excepción de la norma considerada inconstitucional.



En el caso de Guatemala las sentencias interpretativas por rechazo surgen al establecer la interpretación conforme a la constitución del enunciado sin acoger la acción, un ejemplo de esta sentencia es la emitida por la Corte de Constitucionalidad el 11 de abril de 2012 dentro del expediente número 1093-2010, el que en su parte conducente establece:

...Por lo que se concluye que la norma impugnada no es inconstitucional si se interpreta como una norma potestativa del peticionario; sin embargo, si en un caso concreto, se interpretare en forma imperativa por parte del Administrador, el afectado podrá hacer uso de los mecanismos de defensa a su alcance para hacer valer su derecho de petición y el libre acceso a las dependencias del Estado...

En el caso de Guatemala las sentencias interpretativas de estimación, surgen cuando se consideran inconstitucionales ciertas interpretaciones del enunciado normativo; es decir ciertas normas que surgen de la interpretación considerada inconstitucional, por lo que son expulsadas del ordenamiento jurídico tal o tales interpretaciones, aun cuando se mantiene inalterado el enunciado normativo del cual surgen dichas interpretaciones; un ejemplo de estas sentencias es la emitida por la Corte de Constitucionalidad el 6 de septiembre de 2012 dentro de los expedientes acumulados números 3-2011, 4-2011 y 52-2011, la que en su parte conducente establece:

...IV. Se previene a los órganos encargados de la aplicación de la referida normativa de observar la interpretación reseñada en el presente fallo del artículo 7 del Acuerdo 1257 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, para su compatibilidad con la Constitución Política de la República de Guatemala...

c) Método ponderativo y distinción entre principios y reglas: a continuación se realizará un estudio de cómo ha aplicado el método indicado la jurisdicción constitucional de Guatemala, para tal fin, es indispensable recordar que en este último país, el control de constitucionalidad por medio del cual se aplica la justicia constitucional es ejercido en forma difusa por los tribunales ordinarios mientras que en forma concentrada está a cargo de la Corte de Constitucionalidad, lo anterior, al tenor de lo que prescribe el artículo 278 de la



Constitución Política de la República de Guatemala, en ese orden de ideas, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha aplicado el método de ponderación en los siguientes casos:

Sentencia del 4 de diciembre de 2007 dictada dentro del expediente número 184-2007, la cual en su parte conducente establece:

Además de las directrices de interpretación expuestas en el considerando que precede, esta Corte advierte que es fundamental tener presente que en casos concretos puede producirse una posible colisión entre los distintos principios que informan la Constitución. Ante ese tipo de problemáticas, reconocidos constitucionalistas han establecido que es fundamental la ponderación de esos principios constitucionales, para determinar cuál debe prevalecer en un caso concreto, tomando en cuenta los beneficios o ventajas que representa para el interés general. Tal ponderación tiene sustento en el hecho que no existen derechos absolutos, por lo que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, un derecho fundamental puede ceder ante otro. En ese sentido se pronunció el Tribunal Constitucional español en el fallo dos diagonal mil novecientos ochenta y dos (2/1982), del veintinueve de enero de ese año: "... En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (...) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos...". En igual sentido, ese mismo tribunal emitió pronunciamiento en la sentencia catorce diagonal dos mil tres (14/2003), del veintiocho de enero del referido año: "Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionales protegidos deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección..." (Ruiz Ruiz, Ramón, "La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española" en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, No. 10, 2006/2007. Págs. 53 a 57). En virtud que, del contenido de la norma cuestionada, se deduce una aparente contradicción entre el principio constitucional de responsabilidad y el deber constitucional de proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión, este Tribunal advierte que la relacionada obligación estatal merece protección preferente, pues tiene como finalidad resguardar el interés colectivo sobre el particular; sin embargo, debe entenderse que la exención de responsabilidad referida en el párrafo objetado no constituye un blindaje personal o absoluto al funcionario, sino una forma de proteger al sistema bancario nacional y, consecuentemente, los intereses de la colectividad que han confía en dicho sistema, depositando sus ahorros o realizando inversiones. De esa forma, el análisis correspondiente de la norma impugnada debe formularse teniendo en cuenta que tal interés es el prevalente.

Sentencia del seis de septiembre de dos mil doce proferida dentro de los expedientes acumulados números 3-2011, 4-2011 y 52-2011, la cual en su parte conducente establece:



No obstante, esta Corte está consciente de que, en determinado momento histórico, las dificultades financieras que el Estado enfrente pueden dar lugar a establecer medidas que disminuyan una protección alcanzada a un derecho social, lo cual debe ser racional y proporcional al fin que se pretende alcanzar. Ante tales circunstancias, para que un retroceso pueda ser constitucionalmente justificable y no resultar discriminatorio, la regulación debe atender a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad. Por virtud del **principio de razonabilidad**, se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso y relevante que justifique una intervención en el seno de los derechos fundamentales. El **principio de proporcionalidad** implica analizar la idoneidad del medio empleado, la necesidad y ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto). De esa cuenta, para el caso del derecho a la seguridad social, los factores que se deben considerar son: **a)** la medida adoptada busca satisfacer un fin constitucional; **b)** resulta ser válida para lograr la finalidad perseguida; **c)** fueron evaluadas las distintas alternativas y esa medida es necesaria para alcanzar el fin propuesto; **d)** no afecta el contenido esencial del derecho fundamental comprometido; y **e)** el beneficio que alcanza es proporcional al costo que previene. (...) Para ello, se deben examinar cada una de las intensidades y los grados de realización a efecto de que posteriormente pueda analizarse si se cumple o no ese juicio de ponderación. (...) Ante ese resultado, precisa aplicarse el subprincipio de ponderación, por medio del test de necesidad, el cual consiste en un cotejo de medidas a medidas, entre las que inciden o intervienen en los derechos fundamentales en cuestión, comparando las medidas adoptadas por la regulación denunciada y medidas hipotéticas alternativas que podría haber adoptado el ente regulador, para determinar si tales alternativas hubieran sido igualmente idóneas a las adoptadas o si permitían alcanzar el objetivo buscado sin necesidad de afectar u ocasionar una intervención en el contenido del derecho fundamental. Si el resultado se refleja en el segundo supuesto la medida adoptada es inconstitucional. (...) Asimismo, tales medidas alternativas no afectarían los derechos a las pensiones por invalidez o vejez, por lo que resultan violatorias al subprincipio de ponderación, por no superar el test de necesidad, según lo aquí analizado y, por ende, violan el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Lo que sí podría resultar como medida necesaria, si se toman en cuenta los resultados reflejados en los estudios actuariales, es la de aumentar gradualmente el número de contribuciones para optar a la pensión por vejez, pues esa medida estaría dirigida en la actualidad a los afiliados activos que –en su momento– serán los beneficiarios del programa de vejez y que, atendiendo a que se estima que vivirán por más tiempo (según los estudios actuariales aportados), su nivel de aportación debe ser proporcional al beneficio que obtendrán; además, ello se asemeja a la alternativa mencionada de “aumentar las tasas de contribución”, pues lo que efectuó el ente regulador fue un incremento gradual en el aporte para los casos futuros, en atención a los resultados reflejados en los estudios actuariales, según se expresó.

La jurisprudencia constitucional antes analizada, permite advertir que Guatemala es un Estado Constitucional de Derecho y su pacto social aprobado el 31 de mayo de 1985, se posee elementos que en su interpretación se encuentran inspirados en el neoconstitucionalismo, y no en el positivismo clásico, razón por la cual sus preceptos constitucionales no constituyen solamente reglas sino principios, es decir mandatos de optimización, en ese sentido los artículos 44, 46, 175 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establecen que son nulos ipso iure las leyes y las disposiciones



gubernativas o de cualquier otra índole que disminuyan, tergiversen o restrinjan los derechos y mandatos contenidos en el texto constitucional, evidenciando de esa manera, una Constitución con características, principios y valores neoconstitucionales, tales como la primacía de los derechos fundamentales y la incorporación a su texto de dos reconocimientos y garantías progresistas para su fin.

El hecho de que el neoconstitucionalismo sea la corriente inspiradora en la interpretación de algunos componentes de la Constitución guatemalteca, conlleva necesariamente la existencia de sus elementos integradores como las siguientes: a) carácter operativo de los derechos constitucionales y los reconocidos en los Tratados Internacionales; b) utilización del principio *“pro homine”* para escoger las normas que mayor tutela y protección otorguen a los derechos de las personas; c) análisis intensivo de razonabilidad por parte de los jueces, especialmente en materia de “libertades preferidas”; d) máxima protección del derecho a la privacidad y a la autonomía personal; e) máxima tutela del derecho a la igualdad que se transforma en derecho a la no discriminación y surgimiento de las denominadas “categorías sospechosas”, con una clara presunción de inconstitucionalidad; f) efectivización de los derechos sociales; g) protección judicial de derechos colectivos; h) vasto desarrollo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión; i) obligatoriedad de seguir las pautas de los tribunales internacionales; j) control de “convencionalidad” y no sólo de constitucionalidad de las normas internas; k) flexibilidad y distintas clases de sentencias que pueden dictar los tribunales constitucionales: formulación de recomendaciones, fijación de plazos para la mejora y adecuación a las exigencias constitucionales; a estos elementos se deben sumar las condiciones de constitucionalización del sistema jurídica explicadas por Guastini: 1) Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales; 2) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional; 3) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”; 4) La “sobreinterpretación” de la



Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos; 5) La aplicación directa de los normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares; 6) La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores y 7) Influencia de la Constitución en el debate político.

En ese sentido, la base neoconstitucionalista en la interpretación de algunos de los elementos fundamentales del sistema jurídico constitucional de Guatemala, implica, la existencia del método ponderativo de racionalidad, proporcionalidad, necesidad y adecuación como modelo interpretativo de todas las normas jurídicas que integran el ordenamiento nacional, razón por la cual el control de constitucionalidad ejercido por los tribunales constitucionales abarca varios aspectos, como la aplicación del test de racionalidad, el método ponderativo, el test de proporcionalidad y el control de racionalidad de las políticas públicas contenidas en las leyes, en ese sentido la jurisprudencia constitucional de Guatemala, ha incorporado estos elementos de la siguiente manera:

Aplicación del Test de Racionalidad: la Corte de Constitucionalidad en sentencia del 7 de julio de 2012 dictada dentro de los expedientes acumulados números 3-2011, 4-2011 y 52-2011, aplicó el test de racionalidad de la siguiente forma: el Procurador de los Derechos Humanos y otros postulantes plantearon acción de inconstitucionalidad general total y parcial en contra del Acuerdo 1257 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que reformó el artículo 15 del Acuerdo 1124 de esa misma entidad, referente a modificar la edad y el número de cuotas para optar a la pensión del programa de Invalidez, Vejez y Supervivencia del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, para resolver la acción de inconstitucionalidad planteada el tribunal constitucional utilizó el test de racionalidad como medio de control constitucional de la siguiente manera:

Ante tales circunstancias, para que un retroceso pueda ser constitucionalmente justificable y no resultar discriminatorio, la regulación debe atender a los principios de



razonabilidad y de proporcionalidad. Por virtud del **principio de razonabilidad**, se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso y relevante que justifique una intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales. El **principio de proporcionalidad** implica analizar la idoneidad del medio empleado, la necesidad y ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto). De esa cuenta, para el caso del derecho a la seguridad social, los factores que se deben considerar son: **a)** la medida adoptada busca satisfacer un fin constitucional; **b)** resulta ser válida para lograr la finalidad perseguida; **c)** fueron evaluadas las distintas alternativas y esa medida es necesaria para alcanzar el fin propuesto; **d)** no afecta el contenido esencial del derecho fundamental comprometido; y **e)** el beneficio que alcanza es proporcional al costo que previene.” Con base en los principios antes analizados, el tribunal constitucional utilizó el test de racionalidad en la siguiente forma:”... Como se expuso anteriormente, para determinar si las medidas regresivas que se advirtieron poseen una justificación válida y no resultan ser discriminatorias, **éstas deben superar los test de razonabilidad y de proporcionalidad**, para establecer: **a)** si buscan satisfacer un fin constitucional; **b)** tales medidas son válidas para lograrlo; **c)** fueron evaluadas las distintas alternativas; **d)** no afecta el contenido esencial del derecho a la seguridad social; o **e)** si el beneficio a alcanzar es superior al costo que previene:...”.

Utilizando el test de racionalidad la Corte de Constitucionalidad determino lo siguiente:

*Lo que no posee fundamento legal es la medida identificada con el numeral romano v): el “aumento de la edad”, pues las normas legales citadas únicamente permiten reajustes financieros y no subjetivos, por lo que no resulta válida la medida regresiva de la edad y, por ende, es violatoria del artículo 100 constitucional. Además, esa medida contraría el compromiso internacional de no discriminación contenido en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), por el cual el Estado de Guatemala, al ratificarlo, se comprometió a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian (entre ellos el derecho a la seguridad social, artículo 9 de ese protocolo), sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. **La medida criticada discrimina por razón de la época de nacimiento, sin que ello posea justificación legal, por ende, no resulta ser razonable, por no ser válida, por ende, contraria al principio de razonabilidad.**” (El resaltado es propio)*

Con base al control constitucional de razonabilidad el Tribunal Constitucional concluyó declarando lo siguiente:

La Corte de Constitucionalidad con base en lo considerado y leyes citadas resuelve: **I. Con lugar** parcialmente las acciones de inconstitucionalidad general promovidas en contra del Acuerdo 1257 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social; en consecuencia, se declaran inconstitucionales las modificaciones al Reglamento de sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Supervivencia de ese Instituto, contenidas en: **A.** el artículo 3 que señala: “La pensión de Gran Invalidez será igual a la pensión de Invalidez Total, más un aumento del 25% del monto que resulta de la aplicación de los porcentajes a que se refieren los incisos a) y b) del Artículo 16 de este Reglamento. Este aumento no podrá ser mayor al de una pensión mínima.”; **B.** en los incisos b) y c) del artículo 6 los cuales disponen lo siguiente: “...**b.** El 10% de la remuneración



base por asignación familiar y, **c.** El 0.5% de la remuneración base por cada seis meses de contribución que tenga el asegurado, después de haber cumplido los requisitos de número de contribuciones y edad establecidos para el riesgo de Vejez en el Reglamento." y, **C.** en el inciso b) del numeral 2 del artículo 5 que preceptúa: "b. Haber cumplido la edad de 62 años para tener derecho a pensionamiento", todos del Acuerdo 1257 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social."

En relación a la omisión inconstitucional y la insuficiencia legislativa para la protección de los derechos fundamentales tutelados por la Constitución; si el tribunal constitucional considera que en algún caso concreto hay una omisión o insuficiencia de la política pública en relación con la protección de un determinado derecho, debe declararlo así y exhortar a los poderes políticos a sanar ese vicio; en ese sentido la Corte de Constitucionalidad se pronunció dentro de la sentencia de fecha diecisiete de julio de dos mil doce dictada dentro del expediente número 1822-2011; en dicha acción constitucional se planteó inconstitucionalidad general parcial por omisión en contra del artículo 201 bis del Código Penal guatemalteco en el cual se tipifica el delito de tortura, por la omisión legislativa de incluir: —el castigo—, —cualquier tipo de discriminación—, —o con cualquier otro fin, como finalidades del delito de tortura—, y —la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica—, supuestos contenidos en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; razón por la cual la Corte de Constitucionalidad en su parte conducente resolvió de la siguiente manera

El instituto jurídico de la inconstitucionalidad por omisión, tal como lo afirma el autor Víctor Bazán, se presenta cuando: —...no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación insuficiente o discriminatoria al preferir dotar a algunos de los que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros—. (Bazán, Víctor, —Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas— en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. No. 2, Ed. Porrúa, México, 2004. Pág.199). El pasaje transcrito evidencia el reconocimiento de eventos en que puede concurrir en una norma, vicio de inconstitucionalidad por omisión, pero debe entenderse que, según el autor citado, ésta se concreta cuando concurre omisión de emitir determinada normativa que mande la Constitución y, también cuando exista una regulación insuficiente o discriminatoria. El precitado autor, al aludir a la tipología de omisiones inconstitucionales, citando a Wessel, distingue entre omisiones



absolutas y relativas. Indica que en las primeras hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; en tanto que en las segundas (que es la que al caso concreto interesa, o sea las relativas), proscribiendo como fórmula para su determinación la de que —habrá omisión relativa toda vez que, en el cumplimiento del mandato constitucional (o, añadimos, del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que [...] le acuerden tal valencia), el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren —en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario— el principio de igualdad, o cuando se produzca una regulación deficiente gestada por la norma incompleta. En este supuesto (omisión relativa), el control de constitucionalidad (...) Conforme al ordenamiento jurídico comparado, existe la omisión legislativa total, que en la jurisprudencia constitucional colombiana se denomina Inconstitucionalidad por omisión absoluta, y la llamada omisión parcial, referida a la denuncia en la emisión de la norma de forma incompleta, que puede generar el conocimiento de ésta última inconstitucionalidad, conforme lo afirmado por el jurista Víctor Bazán en el párrafo precedente. Resulta pertinente citar ejemplos de ese tipo de acciones en el Derecho Comparado; así, el caso especial de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que en el artículo 336, numeral 7), faculta a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a: —...Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección...—. Es por la norma precitada que la Sala Constitucional venezolana ha realizado el control de la constitucionalidad de las leyes por omisión, ya sea absoluta o relativa. (...) Con lo anterior, se advierte la posibilidad de instar la acción de inconstitucionalidad denunciando una omisión, cuando se impugne —una regulación insuficiente, ello derivado de que la propia Constitución, en su artículo 267, establece: —...Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearon directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad. — (Lo resaltado no aparece en el texto original). En el caso concreto, se posibilita el control de constitucionalidad, en tanto el accionante ha separado la concurrencia de una omisión con relevancia constitucional, en la norma jurídica sobre la que ha de recaer el examen, siendo esta el artículo 201 Bis del Código Penal. (...) La denuncia de inconstitucionalidad por omisión parcial radica en que, a juicio del accionante, la norma penal contenida en el artículo 201 Bis del Código Penal fue creada de forma incompleta, pues en esta se omite contemplar dentro del elemento objetivo del delito a los actos de tortura que se realicen —por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación—, según lo indicado en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y en ese mismo encuadramiento típico, a los actos realizados sobre una persona —sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica—, que constituyen estándares mínimos para la tipificación del delito de tortura, según previsión contenida en el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura. De ahí que se hace necesario determinar si el tipo penal que describe la conducta de tortura a sancionar carece de los elementos objetivos que tornan a la norma en incompleta (insuficiente) y generan una protección deficiente respecto de los bienes jurídicos tutelados de la libertad y de la seguridad de las personas.(...) La denuncia de inconstitucionalidad por omisión parcial radica en que, a juicio del accionante, la norma penal fue creada de forma incompleta, por lo que es necesario determinar si el tipo penal que describe la conducta de tortura a sancionar carece de los elementos básicos y necesarios para ser constitucionalmente válida, en congruencia con las Convenciones contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, e Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, las que, como quedó sentado, integran el contenido del bloque de constitucionalidad. (...) Atendiendo a la descripción anterior, se establece que en la tipificación del delito de



tortura, contenida en el artículo 201 Bis del Código Penal, no se incluyen todos los elementos descritos en los tratados internacionales que regulan esa conducta antijurídica pues se omite: —el castigo, la discriminación y cualquier otro fin— como parte del tipo penal, así como —la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica—, por lo que excluir de la protección del bien jurídico tutelado esos elementos objetivos, provocaría que en el precepto, cuya inconstitucionalidad se denuncia, se haya incurrido en omisión de tipificar actos altamente lesivos a la integridad moral y física de los individuos, necesarios para complementar el tipo delictivo previsto en el artículo 201 del Código Penal, contraviéndose así el artículo 1 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, disposición convencional que, por ser protectora de derechos humanos fundamentales, prevalece sobre el derecho interno guatemalteco, conforme lo preceptúa el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala. (...) Lo anterior permite concluir en la existencia de la inconstitucionalidad por omisión parcial del artículo 201 Bis del Código Penal, tomando en cuenta que su regulación incompleta trasgrede el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala (...) Además, debe precisarse que el artículo 201 Bis del Código Penal no es el afecto del vicio de inconstitucionalidad, que por sí mismo, como está actualmente redactado es perfectamente compatible con la normativa suprema. Lo que resulta es una inconstitucionalidad por omisión en el artículo citado, que deberá ser subsanada por el Congreso de la República adicionando en su redacción, las frases de: —el castigo—, —cualquier tipo de discriminación—, —o con cualquier otro fin—, como finalidades del delito de tortura, y determinar expresamente que también constituye este delito —la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica—; la observancia de lo anterior, atiende al ejercicio de la función que le confiere el artículo 171, inciso a), de la Constitución Política de la República, y así cumplir con la obligación que al Estado de Guatemala le impone el artículo 1 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, en cuanto a —sancionar la tortura en los términos de la presente Convención—. Es por lo antes expuesto, que la norma – artículo 201 Bis del Código Penal- no se expulsa del ordenamiento jurídico, sino únicamente se declara la inconstitucionalidad de la omisión de regular las conductas punibles que adecuen el tipo penal de tortura a los estándares internacionales indicados. (...) La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: l) Con lugar la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada (...) b) que, no obstante no tener fijado plazo en la Constitución Política de la República para la emisión de la legislación señalada, se exhorta a los indicados órganos del Estado dotados de iniciativa legislativa a asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión señalada en la presente sentencia”. (El resaltado es propio).

Control constitucional de razonabilidad mediante el test de contenido esencial: en este caso el control constitucional permite establecer mediante el principio de razonabilidad que todo principio contiene un núcleo esencial que no puede ser limitado y una parte periférica, hacia la cual se le pueden desarrollar limitaciones por medio de actos legislativos, pero si una ley, o una política pública desarrollada en una ley vulnera el contenido esencial, debe ser declarada inconstitucional, este criterio ha sido adoptado por la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de fecha 7 de julio de 2012 dictada dentro del



expediente número 387-2010, la cual en su parte conducente establece lo siguiente:

Al indicar el artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala que toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley, denota la idea de que ese derecho fundamental está integrado por una parte nuclear, que sería su contenido esencial, y una parte periférica, que sería su contenido accesorio. De esa cuenta, el contenido esencial (el libre acceso) es la parte que no admite límite, está vedada a toda limitación, lo que no ocurre con el contenido accesorio (el ejercicio de las acciones y la defensa de derechos), que es objeto de regulación legal y de las limitaciones que el legislador establezca, con la condición de que estén debidamente justificadas. Por ello, resulta inconstitucional tanto un precepto legal que establezca límites desproporcionados a ese derecho fundamental como una norma que impida su ejercicio y disfrute (...) En el presente caso, Luis Fernando Bermejo Quiñónez promueve acción de inconstitucionalidad general parcial en contra del artículo 2, párrafo tercero, de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República que regula: "Las controversias que surjan derivadas de la aplicación, interpretación y ejecución de las contrataciones internacionales entre privados, se resolverán de acuerdo a las normas contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, salvo que las partes acuerden expresamente el sometimiento a otros foros de arbitraje." Estima el interponente que dicha norma viola los artículos 2, 4, 12, 29, 130, 141, 152, 153, 154 y 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque impone acudir al arbitraje ante un ente internacional específico y una regulación determinada, con lo cual se está desvirtuando la voluntariedad expresa del arbitraje, negando el libre acceso a la justicia guatemalteca y delegando la función jurisdiccional del Estado, lo que transgrede la seguridad jurídica, además de basarse en extralimitaciones por parte del legislador, según quedó sintetizado en la resultados de este fallo. La norma cuestionada está contenida en el artículo 117 del Decreto 11-2006 del Congreso de la República que contiene las "Reformas Legales para la Implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América. En sus consideraciones, el legislador estableció que con la aprobación del referido Tratado de Libre Comercio, el Estado de Guatemala adquirió compromisos para realizar reformas a su sistema jurídico, especialmente en aquellos sectores que forman parte de la normativa del instrumento, que proporcionen certeza jurídica a la relación comercial que se otorgue en dicho marco. (...) Por otra parte, el precepto cuestionado, si bien es cierto que responde a la finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para obtener una mayor agilidad y especialidad en la solución de las controversias derivadas de contrataciones internacionales y busca descargar a los tribunales nacionales de casos de esa índole, también es cierto que al disponerlo el legislador de forma tal que no pueda prescindirse del arbitraje, establece un impedimento para el ejercicio del libre acceso a los tribunales de justicia del Estado y, con ello, elimina el contenido esencial de ese derecho fundamental que consiste precisamente en la prestación de la actividad jurisdiccional desarrollada por jueces y magistrados competentes y preestablecidos; por lo que resulta violatorio de los artículos 12 y 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por ser contrario al principio del juez natural e impedir el libre acceso a los tribunales de justicia del Estado, según las razones expuestas. (...) La Corte de Constitucionalidad con base en lo considerado y leyes citadas resuelve: I. Con lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por (...) contra el artículo 2, párrafo tercero, de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95, reformado por el contenido del artículo 117 del Decreto 11-2006, ambos del Congreso de la República." (El resaltado es propio).



La anterior sentencia permite establecer que en Guatemala el control constitucional no se limita a declarar la existencia de la omisión constitucional, sino que va más allá, pronunciando sentencias exhortativas en donde se orienta y recomienda la forma en que debe legislar el órgano competente, suponiendo una interacción entre el tribunal constitucional y el poder legislativo.

Control de razonabilidad y proporcionalidad de las políticas públicas: En Guatemala, si es posible realizar el control constitucional de las políticas públicas contenidas en las leyes por medio de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, dada la naturaleza neoconstitucionalista de nuestro pacto social, razón por la cual el control constitucional no se circunscribe al simple examen de incompatibilidad entre leyes y preceptos constitucionales, sino que verifica que las políticas públicas contenidas en las leyes, conforme al principio de razonabilidad se justifique en la necesidad de preservar o promover un fin constitucionalmente valioso y relevante que justifique una intervención en el seno de los derechos fundamentales, en ese sentido el control de razonabilidad ha sido diseñado como un análisis orientado a evaluar la decisión pública cuestionada de en su objeto, de manera neutral, y fundamentalmente prescindente respecto de las motivaciones, explicaciones y fundamentaciones del agente de la decisión. Con respecto a este tipo de control, la Corte de Constitucionalidad en cuanto al examen de razonabilidad de las políticas públicas se ha pronunciado en la sentencia de fecha doce de noviembre de dos mil trece dictada dentro de los expedientes acumulados números **2011, 2858-2011, 2859-2011, 2860-2011, 2861-2011 Y 2863-2011, la que en su parte conducente establece lo siguiente:**

En orden al motivo de impugnación, cabe señalar que en anteriores pronunciamientos el Tribunal se ha referido a la razonabilidad como límite al ejercicio de la función pública, habiendo abordado también lo relativo al objeto y alcance de su control en sede constitucional. Así, en sentencia de veintidós de febrero de dos mil once, expediente dos mil novecientos cincuenta y tres - dos mil nueve (2953-2009), se consideró: “[...] **como ha sido manifestado por el Tribunal, el control de constitucionalidad también se ejerce mediante el control de la razonabilidad de las acciones y disposiciones de los poderes públicos, las que deben ser coherentes con el orden de valores, principios y derechos que la norma fundamental recoge, y que nunca autorizarían**



un proceder arbitrario, caprichoso o injusto de los órganos a los que se han delegado las funciones y potestades estatales. Si bien la Constitución guatemalteca no prohíbe expresamente –como sí lo hace, por ejemplo, la Constitución Española en el artículo 9.3– la arbitrariedad de los poderes públicos –la que sí se veda en cuanto a la actuación personal de los diputados al Congreso de la República, artículo 161 de la Constitución guatemalteca–, tal mandato se entiende comprendido, implícitamente, en la forma republicana, democrática y representativa de Gobierno (artículos 140, 141, 152 y 281 constitucionales), en la supremacía de las normas constitucionales (artículos 44, 175 y 204), en la separación y distribución de las funciones del Estado (artículo 141), en el principio de legalidad que rige a la actuación administrativa (artículo 154), en el imperio de la ley y su carácter no retroactivo (artículos 15 y 153), en la responsabilidad en el ejercicio de la función pública (artículo 155), en la no obligatoriedad de acatar órdenes ilegales (artículo 156) y, finalmente, en los deberes primordiales del Estado, el que debe garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona (artículos 2o), es decir, el goce de sus derechos y libertades (artículos 138 y 140), estando obligado a dirigir todas sus acciones y decisiones a la realización del bien común (artículo 1o). En otras palabras, si el modelo de Estado que configura la Constitución Política de la República de Guatemala es congruente con los presupuestos, ideales, principios y valores del Estado constitucional y democrático de Derecho –como cabe deducir del contenido del Preámbulo de la Constitución–, entonces no es factible admitir o tolerar, bajo ninguna circunstancia, la arbitrariedad, el exceso, el capricho o el abuso en el desempeño de la función pública. Pues bien, afirmando la imposibilidad de que las potestades estatales sean ejercidas arbitrariamente, es menester que, para la consecución del modelo de Estado pretendido por las normas constitucionales, exista un control que sin suplantar o sustituir en su quehacer a los órganos públicos determine con un criterio objetivo, independiente e imparcial, si estos, en su actividad y funcionamiento, incurren en arbitrariedad. De esa cuenta, en la estructura orgánica del Estado es, en principio, a los órganos del Poder Judicial a los que incumbe tal control, lo que se evidencia de mejor forma en la función contralora de la juridicidad de la administración pública que el artículo 221 constitucional atribuye al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. **Por su parte, en lo que respecta a las leyes, reglamentos y demás disposiciones de carácter general, es a la Corte de Constitucionalidad a la que, por mandato del artículo 267 del texto fundamental, corresponde el control de constitucionalidad y, como elemento de este, el control de la razonabilidad en el ejercicio de la potestad legislativa, reglamentaria o reguladora, según sea el caso.** Ahora bien, en su labor de control, la Corte es la primera obligada a defender el orden constitucional (artículo 268 de la norma suprema), por lo que, respetando las potestades y atribuciones confiadas por el poder constituyente a los distintos órganos constituidos, le está vedado arrogarse el desempeño de las funciones a estos delegadas y, menos aun, desconocer los principios que informan al régimen democrático de Derecho que la Constitución aspira a realizar. Así, tratándose de una norma emanada del Poder Legislativo (como acontece en el proceso que ahora se resuelve), **el control de razonabilidad no puede ser tal que consienta la suplantación de la labor que le es propia al Congreso de la República, de manera que, lejos de prescribir cuál debe ser el contenido, el objeto o los alcances de las leyes que aquel decreta, reforma o deroga (artículos 157 y 171, inciso a), compete al Tribunal Constitucional únicamente dilucidar si la potestad legislativa ha sido o no ejercida alejada de toda arbitrariedad, es decir, si existe o no base razonable, en orden a los valores, principios y derechos que propugna la Constitución, que justifique la regulación contenida en el precepto legal que se reputa contraria a sus mandatos.** Este criterio, reiterado en sentencia de cuatro de octubre de dos mil once (expediente cuatro mil doscientos setenta y cuatro - dos mil nueve), resulta congruente con el sostenido en otros pronunciamientos, entre los que cabe citar las sentencias de cinco de mayo de dos mil diez (expediente cuatro mil trescientos diez - dos mil nueve), doce de mayo de dos mil diez (expediente doscientos ochenta y dos - dos mil diez) y diecinueve de julio de dos mil once (expediente cuatrocientos treinta y ocho - dos mil once). El criterio



expuesto recalca la imposibilidad de tolerar o admitir, en observancia de los principios, valores y derechos que la Constitución propugna y consagra, un proceder arbitrario y abusivo en el desarrollo de las potestades públicas, incluida la función legislativa, reglamentaria o reguladora. **Lo anterior evidencia la naturaleza de principio esencial con fundamento constitucional, que para el ejercicio de la función pública supone la noción de razonabilidad, en tanto denota un marco de actuación que delimita, en su contenido y alcances, el que hacer de los órganos estatales, siendo a estos a los que en primer término incumbe ajustar todo proceder y decisión a dicho principio.**" (El resaltado es propio).

Como síntesis de la jurisprudencia constitucional analizada, se infiere que dado que el neoconstitucionalismo se sitúa como fundamento filosófico en la interpretación de algunos componentes fundamentales de la Constitución Política de la República de Guatemala, en consecuencia la base doctrinaria, metodológica y jurisprudencial de gran parte de su sistema, evidencia que su control constitucional no se circunscribe al simple examen de incompatibilidad de leyes con preceptos constitucionales propias del sistema kelseniano tradicional que atribuía únicamente al tribunal constitucional la función de legislador negativo; sino que va más allá, abarcando la metodología del denominado control de razonabilidad de las políticas públicas contenidas en las leyes; el cual implica el denominado test de razonabilidad y proporcionalidad, consistiendo este, en verificar si una política pública contenida en una ley establece lo siguiente a) la medida adoptada busca satisfacer un fin constitucional; b) resulta ser válida para lograr la finalidad perseguida; c) fueron evaluadas las distintas alternativas y esa medida es necesaria para alcanzar el fin propuesto; d) no afecta el contenido esencial del derecho fundamental comprometido; y e) el beneficio que alcanza es proporcional al costo que previene.

En conclusión, las normas constitucionales antes analizadas, así como los fallos de la Corte de Constitucionalidad antes citados, evidencian elementos del Neoconstitucionalismo en el Derecho constitucional de Guatemala, tales como la lectura moral de la Constitución, la conexión entre Derecho y valores morales de Derecho natural, la distinción entre principios y reglas, la

interpretación conforme los derechos naturales supra positivos, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, la utilización del método de la ponderación y el control dúctil de constitucionalidad.



CONCLUSIONES



En el presente trabajo de tesis se formularon los problemas de investigación siguientes: 1) ¿Es el neoconstitucionalismo un paradigma del Derecho constitucional? 2) ¿Cuáles son las consecuencias positivas de admitir que el neoconstitucionalismo es un paradigma epistemológico del Derecho constitucional? Y 3) ¿Supera el neoconstitucionalismo al iusnaturalismo, el positivismo y el realismo, los sintetiza o es la renovación de uno de ellos? Derivado de la formulación de los anteriores problemas de investigación, el tesista planteó las siguientes hipótesis: 1) El neoconstitucionalismo es un paradigma epistemológico del Derecho constitucional. 2) La consecuencia necesaria de determinar que el neoconstitucionalismo es un paradigma del Derecho constitucional, consiste en dar solución a los problemas que actualmente enfrenta la práctica del Derecho ordinario y la materia constitucional y 3) El neoconstitucionalismo es un paradigma epistemológico cuya naturaleza mayoritariamente se basa en un iusnaturalismo, que algunos autores califican de iusnaturalismo renovado y actualizado.

En el presente informe final se han podido comprobar las hipótesis formuladas en el trabajo de investigación, pues se ha determinado:

- a) En primer término, que el neoconstitucionalismo es un paradigma epistemológico del Derecho Constitucional, dado que constituye un modelo de conocimiento jurídico para estudiar, analizar, comprender y conceptualizar el objeto de estudio de esa rama del Derecho.
- b) En segundo término, se ha establecido que el neoconstitucionalismo no supera los paradigmas tradicionales del Derecho, porque se desenvuelve dentro de los postulados de uno de ellos, tampoco los sintetiza porque su esencia no permitiría la fusión teórica, conceptual y metodológica de sus elementos entre iusnaturalismo, positivismo y realismo y en cuanto, a sí constituye una renovación de uno de los tres paradigmas tradicionales del



Derecho, analizados en la presente tesis, sus teorías, elementos y características en su mayoría coinciden con el iusnaturalismo, por lo que algunas teorías lo califican como un iusnaturalismo renovado y actualizado.

- c) La existencia del neoconstitucionalismo como paradigma epistemológico del Derecho constitucional permite solucionar los problemas que actualmente existen en la práctica del Derecho ordinario y de la materia constitucional.



BIBLIOGRAFÍA

- 2003 Alcalá, H. N. Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.:
- 1993 Alexy, R. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales Madrid.
- 2004 _____ El concepto y la validez del derecho. Gedisa. Barcelona.
- 2010 _____ Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista *El canon neoconstitucional*. Trotta. España.
- 2007 _____ Sobre la teoría de los derechos. Doxa. Madrid.
- 2007 _____ Los principales elementos de mi filosofía del Derecho. Doxa. Madrid:
- 1988 _____ Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. DOXA. Madrid.
- 2004 Asensi Sabater, J. Constitucionalismo y derecho constitucional. Tirant lo Blanch, Valencia.
- 2010 Atienza, M. Interpretación constitucional. Universidad Libre. Bogotá, Colombia:
- 2004 _____ Entrevista a Ricardo Guastini. DOXA. Madrid.
- 2008 _____ Tesis sobre Ferrajoli. DOXA. Madrid.
- 2006 _____ Entrevista a Neil Maccormick. DOXA Madrid.
- 2007 _____ Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino. DOXA. Madrid.
- 2014 _____ Una defensa del constitucionalismo post positivista. Volumen 15 de la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Argentina.
- 2011 Barberis, M. Ferrajoli o el neoconstitucionalismo no tomado en serio. DOXA. Madrid.



- 2008 Barroso L. R). El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México.
- 1998 Belaunde, D. G. Derecho Procesal Constitucional Marisol Perú Editoría Lima, Perú.
- 2011 Bernal Pulido, C. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. Revista Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Madrid.
- 2000 Bidart Campos G. Legalidad y legitimidad. Estudios de Derecho Político. Ediciones Suárez. Mar del Plata.
- 2002 Briones, G. Epistemología de las Ciencias Sociales. ARFO. Bogotá, Colombia.
- 2004 Carbonell, M. Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.
- 2007 _____ Teoría del Neoconstitucionalismo. Trotta. Madrid, España.
- 2003 _____ El principio constitucional de igualdad. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México.
- 2015 _____ Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. UNAM. México.
- 1998 _____ Sobre constitucionalismo y positivismo de Luis Prieto Sanchís. ISONOMÍA. México.
- 2004 _____ Ultrajando a la Constitución. ISONOMÍA. México.
- 1999 Carpintero F. Historia del Derecho Natural Un Ensayo. UNAM. México.
- 1988 _____ Introducción a la Ciencia Jurídica. Civitas. España.
- 1991 Carpizo, J. Derecho Constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.
- 2011 _____ Estudios Constitucionales . Porrúa. México D.F.
- 1975 _____ La Interpretación Constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.
- 2002 Comanducci P. (2002). Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico. Revista Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Madrid.
- 2011 Cuarezma Terán, S. J y Pichardo R. L. Nuevas Tendencias Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional. INEJ. Managua, Nicaragua.



- 2004 Ferrajoli, L. Epistemología Jurídica y Garantismo. Fontamara. México Distrito Federal.
- 2007 _____ “Sobre los derechos fundamentales” Revista Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Madrid:
- 2011 Gaido, P. El concepto de derecho: Una nueva aproximación metodológica a la teoría de Robert Alexy. DOXA. Madrid.
- 2005 Domínguez A. Neoconstitucionalismo y derechos colectivos. Ediar. Buenos Aires.
- 2001 Guastini, R.. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico” Revista Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Madrid.
- 2003 Haberle, P. El Estado Constitucional Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.
- 1961 Hermann H. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México DF.
- 1996 Hese, C. Manual de Derecho Constitucional. Instituto Vasco de Administración Pública. . Oñate/Madrid.
- 2003 Hidrón, J. H. Derecho Procesal Constitucional. Temis. Bogotá, Colombia.
- 2007 Kant, I. Crítica de la Razón Pura. Colihue. Buenos Aires, Argentina.
- 1986 Kelsen, H. Teoría Pura del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.
- 2004 Kuhn, T. La Estructura de las Revoluciones Científicas. Fondo de Cultura Económica. México
- 2006 Laguardia, J. M. *Constituciones Iberoamericanas Guatemala*. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.
- 1983 Laguardia, J. M. La Defensa de la Constitución. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.
- 1994 Larenz, K. Metodología de la Ciencia del Derecho. Barcelona, Ariel S.A. España.
- 1997 Lavagna C. *Problema di gisutizia costituzionale soltto il profilo della “manifesta infondatezza*, Máximo Siocleri. Milano.
- 1991 Lavie, H. Q. Derecho Constitucional Latinoamericano. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.



- 1998 Loewenstein, K. Teoría de la Constitución, Alfredo Gallego Anabitarte (trad.) Ariel. Barcelona.
- 2003 Moreso, J. J. "Conflictos entre principios constitucionales" Revista Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Madrid.
- 1997 Peña Freire A.M. La garantía en el estado constitucional de derecho. Trotta. Madrid.
- 2011 Pino, G. Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. DOXA. Madrid.
- 2007 Pisarello, G. "Globalización, constitucionalismo y derechos" Revista Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Madrid.
- 1998 Pozzolo, S. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. DOXA. Madrid.
- 2007 Prieto Sanchís, L. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial" Revista Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Madrid.
- 2002 _____ Voz Neoconstitucionalismo. Diccionario de Derecho Constitucional. Porrúa. México DF.
- 1959 Radbruch. G. Filosofía del Derecho. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- 1997 Rawls J. Teoría de la justicia. Fondo de Cultura Económica. México D.F.
- 2011 Salazar Ugarte, P. Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción. DOXA. Madrid.
- 1988 Sáchica, L. C. El control de constitucionalidad y sus mecanismos. Temis S.A. Bogotá, Colombia:
- 2006 Serna P. Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos. Porrúa. México.
- 1997 Siches L.R. Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa. México.
- 2003 Siches L. R. Tratado General de Filosofía del Derecho. Porrúa. México:
- 2004 Tarr, A. Comprendiendo las Constituciones Estatales. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.
- 2004 Villegas, R. A. Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho. Universitaria. Guatemala.

1997 Witker J. Metodología Jurídica. UNAM. México.

1991 Zagrebelsky G. *Manuale di diritto costituzionale*. Giappicheli. Turín.

2011 Zagrebelsky, G. El Derecho dúctil Ley, derechos, justicia. Trotta. Madrid, España.

