

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

PROGRAMA DE DOCTORADO

DOCTORADO EN DERECHO



TESIS

**ORIGEN Y PROSPECCIÓN DEL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO
TEORÍA DEL DERECHO**

PRESENTADA POR:

JHONI SHANG CASTILLA COLQUEHUANCA

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

DOCTORIS SCIENTIAE EN DERECHO

PUNO, PERÚ

2017

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO
PROGRAMA DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO



TESIS

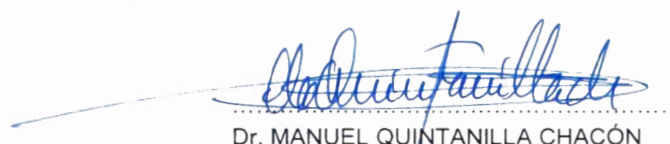
ORIGEN Y PROSPECCIÓN DEL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO
TEORÍA DEL DERECHO

PRESENTADA POR:

JHONI SHANG CASTILLA COLQUEHUANCA
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:
DOCTORIS SCIENTIAE EN DERECHO

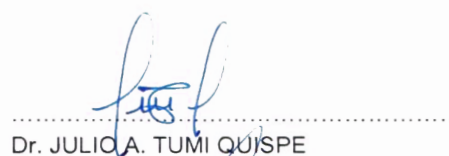
APROBADA POR EL SIGUIENTE JURADO:

PRESIDENTE



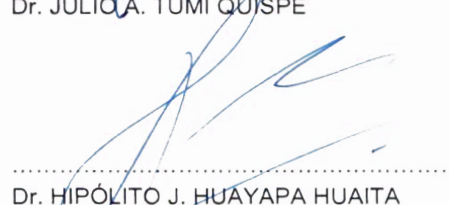
Dr. MANUEL QUINTANILLA CHACÓN

PRIMER MIEMBRO



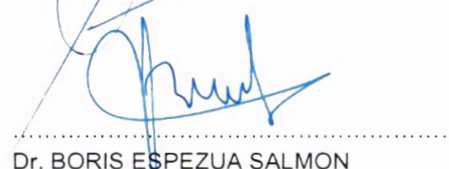
Dr. JULIO A. TUMI QUISPE

SEGUNDO MIEMBRO



Dr. HIPÓLITO J. HUAYAPA HUAITA

ASESOR



Dr. BORIS ESPEZUA SALMON

Puno, 07 de enero del 2017

ÁREA: Derecho.

TEMA: Neoconstitucionalismo en el derecho.

LÍNEA: Sistema jurídico nacional.

DEDICATORIA

A Dios por haberme dado el soplo de vida y tantas cosas, a mi padre por sus invaluable consejos; a mi madre por su abnegado esfuerzo y dedicación en mi formación personal; a mi familia por su gran apoyo, en especial a mi recordado hermano José Luís por infundirme el coraje y temple en mis acciones y la fidelidad para con mi familia, sin olvidar la memoria de mi abuelo Abelino y demás familiares que han partido al encuentro con nuestro creador.

AGRADECIMIENTOS

- Al Doctor Boris Gilmar Espezua Salmón, por su laudable aliento y colaboración intelectual y personal, así como por su confianza para la concreción del presente trabajo; sea extensivo el agradecimiento en su persona para los docentes de la Escuela de Post Grado de nuestra alma mater, por sus esfuerzos abnegados en las aulas.

- A la plana docente y personal administrativo de la Escuela de Post Grado de La Universidad Nacional del Altiplano de Puno, por haber contribuido a mi formación profesional.

INDICE GENERAL

	Pág.
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
INDICE GENERAL	iii
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
RESUMO	viii
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I**PROBLEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN**

1.1 Problema general	2
1.2 Problemas específicos	2
1.3 Descripción del problema	2
1.4 Justificación del problema de investigación	4
1.5 Objetivos	5
1.5.1 Objetivo general	5
1.5.2 Objetivos específicos	5
1.6 Marco conceptual	6
1.6.1 Conceptos básicos: definición de términos básicos: glosario	6
1.6.2 Antecedentes investigativos	7
1.7 Hipótesis	12
1.7.1 Hipótesis general	12
1.7.2 Hipótesis específicas	13
1.8 Categorías de análisis	14
1.8.1 Categoría de análisis independiente	14
1.8.2 Categoría de análisis dependiente	14
1.9 Dimensiones de análisis	14
1.10 Unidades de estudio	14
1.11 Definición operacional	15

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Teoría del iusnaturalismo	17
2.1.1 Orígenes del iusnaturalismo; el derecho natural	17
2.1.2 Iusnaturalismo	20
2.1.3 Clases de iusnaturalismo	22
2.1.4 Tesis del iusnaturalismo	25
2.2 Teoría del positivismo jurídico	29
2.2.1 Orígenes del positivismo jurídico	30
2.2.2 Positivismo jurídico	36
2.2.3 Sentidos del positivismo jurídico	43
2.2.4 Clases del positivismo jurídico	48
2.2.5 Postulados o tesis del positivismo jurídico	52
2.3. El neoconstitucionalismo	76
2.3.1 Orígenes del neoconstitucionalismo	77
2.3.2 El neoconstitucionalismo	79
2.3.3 Clases de neoconstitucionalismo	83
2.3.4 Tesis o postulados del neoconstitucionalismo	91

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Enfoque de investigación	107
3.2 Tipo y diseño de investigación	107
3.3 Método	108
3.4 Técnicas e instrumentos	108
3.5 Cobertura de estudio	108
3.6 Procesamiento y análisis de datos	109

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Fundamentos del neoconstitucionalismo como teoría del	
---	--



Derecho	110
4.2 Diferencia entre neoconstitucionalismo y constitucionalismo	114
4.3 Diferencia entre iusnaturalismo, positivismo jurídico y neoconstitucionalismo	115
4.4 La cultura jurídica en el contexto jurídico mundial	117
CONCLUSIONES	119
RECOMENDACIONES	121
BIBLIOGRAFÍA	122

RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca analizar el denominado “neoconstitucionalismo” -el cual conglomerará a un conjunto de postulados contemporáneos-, con la finalidad de determinar si aquel constituye o invoca, ciertamente, una teoría del Derecho, a partir de la revisión de trabajos teóricos y de filosofía del Derecho que desarrollan, precisamente, los mencionados postulados, pues en la actualidad se estudia y piensa a éste de un modo diferenciado del que se hacía en otrora. Dicha inquietud responde a que, y no sólo en nuestro país sino también en el Derecho Comparado, se observa que, tanto a nivel teórico como práctico, ha ocurrido un replanteamiento de muchas instituciones, figuras y categorías jurídicas del Derecho en todo su conjunto, siendo que dichos postulados se aplican hoy por hoy en todas las Cortes y Tribunales del mundo, que pertenecen a la familia jurídica del sistema romano-germánico (*civil law*), e incluso se ven los mismos en otra familia jurídica, como es la del sistema anglosajón (*common law*). Con esto último queremos precisar que, tales postulados tienen vigencia en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho (específicamente, en el de la norma jurídica). Sin embargo, cabe anotar que, los mismos son objeto de estudio en universidades del mundo de la familia jurídica a la que pertenecemos, en pre y post grado, además de serlo también en otros espacios de capacitación profesional, como pueden ser por ejemplo en los cursos impartidos por la Academia Nacional de la Magistratura en nuestro país.

Palabras clave: derecho, iusnaturalismo, neoconstitucionalismo, positivismo jurídico y teoría.

ABSTRACT

This paper analyzes the so-called "constitutionalism" -which cluster to a set of postulates contemporary-, in order to determine whether that is or invokes certainly a theory of law, from the review of theoretical works and philosophy of law that develop precisely the aforementioned postulates, because today is studied and thinks it a different manner than they did in former. This concern reflects the fact that, not only in our country but also in Comparative Law, it is observed that, both theoretical and practical level, a rethinking of many institutions, figures and legal categories of law throughout a whole has occurred, being that these principles are applied today in all the courts and tribunals of the world that belong to the legal family of the Roman-Germanic system (civil law), and the same is even seen in other legal family, as is the Anglo-Saxon system (common law). With the latter we point out that such assumptions are valid in the process of interpretation and application of law (specifically, the legal standard). However, it should be noted that these are studied in universities in the world of legal family to which we belong, in undergraduate and graduate, in addition to also be in other areas of vocational training, as they can be for example in courses offered by the National Judicial Academy in our country.

Keywords: law, legal naturalism, legal positivism; neoconstitutionalism and theory.

RESUMO

Esta pesquisa visa analisar o chamado "constitucionalismo" -que cluster para um conjunto de postulados contemporâneos-, a fim de determinar se é ou invoca certamente uma teoria do direito, a partir da revisão de trabalhos teóricos e filosofia do direito que se desenvolvem precisamente os postulados acima mencionados, porque hoje é estudado e pensa que uma maneira diferente do que eles fizeram na antiga. Essa preocupação reflecte o facto de, não só no nosso país mas também no Direito Comparado, observa-se que, tanto a nível teórico e prático, um repensar de muitas instituições, figuras e categorias jurídicas de direito em todo um todo tenha ocorrido, sendo que estes princípios são aplicados hoje em todos os tribunais de justiça do mundo que pertencem à família legal do sistema romano-germânico (civil law), eo mesmo é visto até mesmo em outra família legal, como é o sistema anglo-saxão (common law). Com este último cabe ressaltar que tais suposições são válidas no processo de interpretação e aplicação do direito (especificamente, o padrão legal). No entanto, deve notar-se que estes são estudados em universidades no mundo da família legal a que pertencemos, na graduação e pós-graduação, além de ser também em outras áreas da formação profissional, como eles podem ser, por exemplo, em cursos oferecidos pela Academia Nacional de Justiça no nosso país.

Palavras-chave: direito, iusnaturalismo, positivismo jurídico; neoconstitucionalismo, teoría.

INTRODUCCIÓN

En Europa (occidental) se ha venido construyendo una serie de postulados, respecto de los cuales se estaría intentando, no tanto abordarlos para desarrollarlos (valorarlos y, tal vez, profundizarlos) aisladamente, sino para hacer una elaboración sistemática de estos trabajos de investigación jurídica, orientados a generar un nuevo tratamiento de la “cultura jurídica y del derecho positivo”, es decir, del Derecho en su conjunto a todo nivel (teórico, metodológico e ideológico), a partir, precisamente, de dichos interesantes trabajos serios (de rigurosidad) y de notable trascendencia, en la medida que estarían dando a luz a un nuevo paradigma de cómo comprender (entender, aprender o estudiar), interpretar (inferir los postulados dogmáticos y normativos, para luego argumentar) y aplicar (en base a nuevas técnicas o pautas lógicamente construidas) el Derecho, en sus diferentes vertientes o ramas; lo que, tendría impacto incluso en la reconfiguración de las funciones de los legisladores y los jurisdiccionales (si nos referimos al tema de las fuentes del Derecho), así como en todos los organismos constitucionales.

CAPÍTULO I

PROBLEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Problema general

¿Cuáles son los fundamentos para considerar que el neoconstitucionalismo constituye una teoría del Derecho?

1.2 Problemas específicos

¿De qué manera se fundamenta el neoconstitucionalismo?

¿Es el neoconstitucionalismo distinto del positivismo jurídico y del iusnaturalismo?

¿Cómo se presenta la cultura jurídica en el contexto jurídico mundial?

1.3 Descripción del problema

En la actualidad, en el mundo del Derecho (no solo nacional, sino también a nivel mundial o del Derecho comparado), se ha producido un (que llamaremos

prima face) fenómeno jurídico que está teniendo impacto en los diferentes ordenamientos jurídicos tanto de Latinoamérica como de Europa (occidental), continentes, ciertamente, herederos de una misma familia jurídica. Dicho fenómeno ha generado que hoy se replanteen muchas instituciones figuras y categorías jurídicas. Esto ha devenido por las exigencias de la realidad contemporánea, que ha obligado al Derecho a reinventarse, con la consecuente, si se nos permite la expresión, reformulación o cambio de teoría o paradigma del Derecho.

A partir del siglo XIX hasta este punto de la historia, en el Derecho ha predominado (aún hoy se siga dando, en modo alguno, pues o han quedado muchos de sus aportes que hoy no se desean dejar o existen nuevos representantes de la misma que están replanteados sus postulados, dando a conocer nuevas versiones) la denominada teoría o paradigma del “*positivismo jurídico*”, el cual ha significado una corriente de pensamiento que ha explicado el Derecho (a todo nivel); sin embargo, producto de la realidad, siempre dinámica, se presenta en el contexto jurídico de hoy una conjunto de tesis y postulados (que van desde la filosofía hasta las ramas más específicas del Derecho) que no son ya coherentes (en algunos casos, incluso son contradictorios) con aquella teoría, generándose modos de entender (estudiar y reflexionar) e instrumentos (maneras de razonar, interpretar y aplicar) del Derecho que tiene tratamiento en los diferentes espacios de estudio (en universidades –pre y post grado-), así como empleo en los órganos jurisdiccionales, habiéndose emitido senda jurisprudencia.

Así, en suma, se aprecia que hay toda una nueva forma de pensar y aplicar el Derecho que es percibida explícitamente en la realidad jurídica y en la realidad factual o concreta.

Por consiguiente, cabe preguntarse si aquella teoría ha cambiado. Muchos autores sostienen que sí y otros tantos que habría evolucionado; y es que si se revisa la teoría contemporánea del Derecho, se observarán a aquellos postulados tratados de ser agrupados bajo el rótulo de “*necoconstitucionalismo*”, no obstante, también es menester señalar que esta es una etiqueta que se dio a los mismos, pues hay otros autores que refiriéndose a los mismos postulados no emplean dicha expresión, además de haber otros autores que refiriéndose a algunos de dichos postulados o agregando otros más, se denominan post positivistas o no positivistas, entre otros. De ahí que, surja la interrogante de ¿Si dichos postulados pueden dar a luz a una teoría?, esto es, si (y tomando la expresión más conocida bajo la cual se los agrupa y etiqueta) el llamado “*neoconstitucionalismo*” constituye una nueva teoría del Derecho.

1.4 Justificación del problema de investigación

Como se colige de la descripción del problema, abordar tal fenómeno jurídico, es *per se* una labor ardua y compleja que, sustenta su tratamiento en un espacio de estudio como el presente, por cuanto permite esa amplitud y grado de abstracción en su abordaje desde la teoría (filosofía) del Derecho y de la metaconcepción del Derecho, pues dicho fenómeno jurídico está buscando consolidarse (Prieto, 2007, p. 11), tanto más si muchos de los conceptos (categorías conceptuales) y fundamentos del mismo ya se están aplicando en

los diferentes ordenamientos jurídicos, no obstante, como dice el profesor Pedro Grández Castro (Prieto, 2007, p. 11), que sin duda el tema en cuestión es la revolución práctica más importante que vive el Derecho continental europeo, y esto, al margen de que la mayoría de abogados o juristas, incluso, no se han dado por notificados con este fenómeno jurídico, lo que nos interesa conocer pues somos herederos de la tradición jurídica Europea (como seguidores del *civil law*). Por lo que, éste trabajo tiene por finalidad, ya que en nuestro medio (y huelga decirlo) no se ha tomado aún conciencia del mencionado fenómeno jurídico, introducir y ponerlo a consideración en el foro jurídico, ya que el mismo de consolidarse presentará un distinto modo de concebir, operar y aplicar el Derecho en general.

1.5 Objetivos

1.5.1 Objetivo general

- Determinar si el neoconstitucionalismo tiene fundamentos para ser considerado como una teoría del Derecho.

1.5.2 Objetivos específicos

- Conceptualizar y caracterizar el neoconstitucionalismo y sus postulados para determinar el modo en que éste se fundamenta.
- Establecer la diferencia entre el neoconstitucionalismo, el positivismo jurídico y el iusnaturalismo.
- Caracterizar la cultura jurídica en el contexto jurídico mundial actual.

1.6 Marco conceptual

1.6.1 Conceptos básicos: definición de términos básicos: glosario.

- **Categoría jurídica.**- Las categorías jurídicas son entendidas como un nivel, un estándar, contenido de conceptos o preceptos jurídicos que desarrollan un determinado tópico jurídico, el cual está inmerso dentro de un concepto individualizado.

- **Derecho Privado.**-“Son las relaciones bilaterales o plurilaterales de coordinación existente. En igualdad de condiciones, cuya regulación está dada por el derecho público, por ejemplo: La compraventa de una casa” (Chanamé, 2009, p. 221).

- **Derecho Público.**- El Derecho Público es el conjunto de normas que regulan la organización, actividad, fines del Estado y demás entes Públicos en sí y sus relaciones (relaciones entre Estados y entre entidades oficiales) con los particulares (Chanamé, 2009, p. 222).

- **Figura jurídica.**- Constituyen temas individualizados, conceptos amplios, con desarrollo técnico jurídico particular y propio.

- **Principio.**- “En el conocimiento jurídico todo principio posee una naturaleza monovalente (sólo valen en el ámbito de determinada ciencia), y por ello su aplicación se restringe estrictamente al campo del Derecho” (Palacios, 2002, p.19). “Especial atención merecen los principios generales del derecho, verdades fundantes de un sistema u ordenamiento jurídico, concebidos como aquellos elementos de carácter lógico y ético del Derecho,

que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos” (Del Vecchio, 1979, p. 49).

- **Cultura jurídica.**- Considero pertinente, para la presente investigación, emplear la concepción de cultura en un sentido amplio, según la cual ésta es entendida como la suma de diferentes conjuntos de saberes y enfoques: en primer lugar, el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas y filósofos del Derecho en una determinada fase histórica; en segundo lugar, el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el Derecho propio de los operadores jurídicos profesionales, ya se trate de legisladores, de jueces o de administradores; en tercer lugar, el sentido común relativo al Derecho y a cada institución jurídica difundido y operativo en una determinada sociedad (Ferrajoli, 2010, p. 15).

1.6.2 Antecedentes investigativos

Hecha la revisión física en el archivo de trabajos de investigación de las escuelas de post grado de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno y la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez (es decir, a nivel regional), así como hecha la revisión en el espacio de consulta virtual de trabajos de investigación o de tesis (signado bajo la denominación de “Depositorio Digital de Tesis PUCP”) de la escuela de post grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (del Doctorado en Derecho), no existen antecedentes de investigación jurídica (no hay tesis) sobre el tema materia de investigación, esto es, plantearse si el neoconstitucionalismo constituye una teoría del Derecho; finalmente, se revisó la página virtual de la escuela

de post grado de la Universidad de Alicante (signada bajo la denominación de “Publicación de Tesis Doctorales en el Depositario de la Universidad de Alicante”), donde tampoco se encontraron tesis en las que se haya el problema que nos planteamos. No obstante, tanto a nivel internacional como nacional encontramos trabajos (en libros y revistas) que abordan el tema, los cuales desarrollamos a continuación.

a) A nivel nacional

- Sosa Sacio (2009) expresa que, Conforme a las ideas vertidas, no sería cierto decir que en nuestro país se ha acogido al neoconstitucionalismo tal cual es, como nuevo paradigma; sin embargo, si se advierte que, existen trabajos donde se han ocupado del mismo y, en cuanto a su aplicación por los operadores del Derecho a nuestra realidad, sí debemos señalar que se aprecian, la recurrencia a muchos postulados de dicha corriente que pretende consolidarse, al citarse (en la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional) a no pocos trabajos de (juristas y filósofos del Derecho) autores, a quienes se considera como representantes de la misma, partiendo o teniendo en cuenta, precisamente, lo que postulan y que contravienen o no creen ya en que el positivismo jurídico respondería a las exigencias de la realidad actual. Así, se ha dicho que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se hace referencia principalmente a dos planteamientos: los analíticos (por ejemplo Robert Alexy, Ricardo Guastini y Carlos Bernal Pulido) y los institucionales (por ejemplo Peter Häberle y Konrad Hesse); asimismo, se manifiesta que, en nuestro contexto varios autores

neoconstitucionalistas son poco trabajados y difundidos, como sucede con Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino y, en menor medida, Luigi Ferrajoli.

- Morales Luna (2009) señala al respecto que: <<“Argumentación jurídica”, “neoconstitucionalismo”, “principios jurídicos” o “ponderación” empiezan a convertirse en lugares comunes de la teoría del Derecho que se ha venido consolidando en las últimas décadas. Las obras de los autores identificados con este paradigma -que prefiero denominar pospositivista- como Dworkin, Alexy, Nino, Garzón Valdés o Atienza, por nombrar a algunos de los más influyentes en nuestro medio, han terminado desplazando (aunque, sin duda, no superando) los planteamientos de emblemáticos autores del paradigma positivista como Kelsen, Hart, Bobbio o Bulygin.>>.

- Grandez Castro (2010) expresa: aquello que los europeos hoy identifican como “neoconstitucionalismo”, no sería sino el reconocimiento al éxito mundial del modelo de Hamilton, en el que la división de poderes funciona incorporando un Poder Judicial como árbitro en las disputas y sometiendo a la legislación a los controles de forma y de contenido.

b) A nivel internacional

- Barberis (2013) manifiesta que: “En este trabajo he buscado demostrar, en negativo, que si el neoconstitucionalismo no existiese como teoría, entonces ningún otro “ismo” existiría: en todos serían solo ideologías. Pero, sobre todo he buscado demostrar, en positivo, que el

neoconstitucionalismo tiene, o incluso es, una teoría de las relaciones entre derecho y moral, de las normas, y del razonamiento jurídico: situación de verdad envidiable, para una teoría del derecho que no existe. Es posible que en mi blanda defensa del neoconstitucionalismo haya jugado a una suerte de indulgencia que los padres tienen hacia sus hijos rebeldes: generalmente no se aceptan los reproches de otros, solo los padres tienen el derecho de hacerlo. Aparte de la indulgencia, no me parece que el neoconstitucionalismo tenga más necesidad de ser defendido: en todo caso, es hora de tomarlo en serio.”.

- Ferrajoli (2014) concluye que: “De este modo, el (neo) constitucionalismo resulta concebido, antes como un nuevo y más desarrollado paradigma iuspositivista, como una superación del propio positivismo, en sentido antipositivista.”.

- Pozzolo (2011) afirma que, el término neoconstitucionalismo ha sido acuñado para denominar un cierto modo *anti*-iuspositivista de aproximarse al derecho; una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni *post*-positivista; que se caracteriza por oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios vs. reglas, ponderación vs. subsunción, Constitución vs. legislación, Judicial vs. Legislativo.

- Prieto Sanchís (2007) ha indicado que, la expresión neoconstitucionalismo se emplea para aludir a distintos aspectos de una, presuntamente, nueva cultura jurídica.

- Bernal Pulido (2009) comulga al manifestar que, en efecto, el profesor español Prieto Sanchís sostiene que el neoconstitucionalismo es una “forma política inédita en el Continente” europeo y una “nueva cultura” o por lo menos una “teoría del derecho”, distinta de “la teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico”, y que es producto de la “singularidad” del constitucionalismo europeo de la segunda postguerra.

- Schiavello (2013) precisa que: “El término “neoconstitucionalismo” denota una atmósfera cultural más que una concepción del derecho unitario, coherente y bien estructurada. De hecho, teorías del derecho muy diferentes entre ellas, pertenecientes a tradiciones de investigación consideradas hasta hace poco antípodas, han sido etiquetadas como “neoconstitucionalistas”. Por ejemplo, son por muchos motivos vinculados al neoconstitucionalismo las teorías del derecho neo - positivistas de Carlos Santiago Nino, Wilfrid Waluchow y Luigi Ferrajoli; las teorías del derecho declaradamente anti – positivistas de Ronald Dworkin, Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky, la hermenéutica jurídica contemporánea.”

- Comanducci (2010) enfatiza diciendo que, cabe indicar que la expresión más usada es la de “neoconstitucionalismo”, etiqueta que se manifiesta ha sido usada, a finales de los años noventa del siglo pasado, por unos ilustres profesores integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci), como una forma de clasificar, para criticar, algunas

tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí. La etiqueta ha tenido éxito, pero sobre todo se ha multiplicado en Europa (particularmente en España e Italia) y Latinoamérica (particularmente en Argentina y México) los estudios sobre esas tendencias y su comparación con el positivismo jurídico.

1.7 Hipótesis

1.7.1 Hipótesis general

- El neoconstitucionalismo presenta fundamentos para ser considerado como una corriente de pensamiento, del cual es factible extraer elementos para elaborar una teoría que entiende y explica el Derecho de modo distinto a la teoría imperante anterior (el positivismo jurídico), a todo nivel, en todas y cada una de sus ramas (analizadas en sus tres niveles). Esos fundamentos son: filosóficos (que inciden en la reivindicación del concepto de “imagen del ser humano” -dignidad-, una concepción de la justicia, etc.) teóricos (que desarrollan las cuestiones referentes a qué es el Derecho, de qué entidades se compone, etc.) y normativos (que desarrollan una nueva concepción de norma jurídica, así como de una teoría de la interpretación y aplicación de la misma, etc).

1.7.2 Hipótesis específicas

- El neoconstitucionalismo constituye un conjunto de tesis o postulados, los que inciden en temas vertebrales del Derecho (de ahí que, incluso, se hable de un neoconstitucionalismo teórico, metodológico e ideológico, por lo que,

éste trasciendo lo que se conoce como constitucionalismo); siendo que, a partir de revisar tales tesis contemporáneas encontramos un punto común entre las mismas, esto es, que se enfatiza lo “constitucional”.

- El neoconstitucionalismo se presenta como una teoría del Derecho distinta del positivismo, toda vez que, a través de los postulados que sostiene (constitucionalización del derecho, concepto normativo de la Constitución, Estado constitucional de derecho, ponderación, interpretación creadora o normativa, etc., que son desarrollados en el presente trabajo), crítica y pretende reemplazar a éste último (que tiene como postulados al legiscentrismo, concepto más político y como fuente de fuentes de la Constitución, Estado de derecho, interpretación formalista, etc., que también son desarrollados en el presente trabajo). El neoconstitucionalismo no constituye un nuevo iusnaturalismo, habida cuenta que sus postulados (fuerza normativa de la Constitución) no coinciden con los de éste último (que habla de un derecho universal superior y que no está en la Constitución).

- En la cultura jurídica se presentan dos posturas (en general) a saber, que inciden en el debate sobre el Derecho: la primera, en la que se encontrarían todos las tesis del neoconstitucionalismo (teoría no positiva o teoría postpositiva, en atención a los postulados contemporáneos a cuyo estudio se ocupan), que pretende desplazar al positivismo y el paradigma que generó, para dar paso (a la vez, de consolidar) a un tercer y nuevo paradigma en el Derecho; y, la segunda, propugnada por el conjunto de tesis que, se resisten a pensar en que se haya producido un cambio en esencia

en el Derecho, defendiendo el mantenimiento del paradigma del iuspositivismo para regir el mundo del Derecho, así como regular la realidad, a través de sus vertientes (como el positivismo crítico), o la respuesta que se intenta dar al neoconstitucionalismo, por medio del positivismo incluyente.

1.8 Categorías de análisis

1.8.1 Categoría de análisis independiente

V₁ El neoconstitucionalismo como teoría.

1.8.2 Categoría de análisis dependiente

V₂ El Derecho.

1.9 Dimensiones de análisis

- Neoconstitucionalismo y sus sentidos.
- Diferencia con el constitucionalismo.
- Positivismo jurídico.
- Cultura jurídica.
- Contexto jurídico.

1.10 Unidades de estudio

- El neoconstitucionalismo y sus postulados.
- Las clases de neoconstitucionalismo.

- El constitucionalismo.
- El positivismo jurídico.
- El iusnaturalismo.
- El contexto de la cultura jurídica mundial.

1.11 Definición operacional

Categorías de análisis	Dimensiones de análisis	Unidades de análisis
1. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORÍA DEL DERECHO	<p>1.1. Concepción</p> <p>1.2. Sentidos</p> <p>1.3. Diferencia con el constitucionalismo</p>	<p>1.1.1. Precisión terminológica.</p> <p>1.1.2. Definición.</p> <p>1.1.3. Posturas o variedades.</p> <p>1.2.1. Teórico.</p> <p>1.2.2. Ideológico.</p> <p>1.2.3. Metodológico.</p> <p>1.3.1. A nivel teórico.</p> <p>1.3.2. A nivel Ideológico.</p> <p>1.3.3. A nivel Metodológico.</p>

<p>2. EL DERECHO</p>	<p>2.1. Positivismo jurídico.</p> <p>2.2. Cultura jurídica.</p> <p>2.3. Contexto jurídico.</p>	<p>2.1.1. Concepción.</p> <p>2.1.2. Posturas o variedades.</p> <p>2.1.3. Clases (teórico, ideológico y metodológico).</p> <p>2.2.1. Concepción.</p> <p>2.2.2. Paradigmas (iusnaturalista y iuspositivista).</p> <p>2.3.1. Paradigma neopositivista.</p> <p>2.3.1. Paradigma neoconstitucionalista.</p>
-----------------------------	---	---

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Teoría del iusnaturalismo

El iusnaturalismo tiene una data muy antigua, tiene que ver incluso con el origen mismo de la organización humana, es decir, las primeras manifestaciones de un modo de generar un orden o algún grado de orden en los grupos humanos insipientes, a partir de la explicación que el ser humano tiene de sí mismo con respecto al universo, esto es, de todo cuanto le rodea. Así, se atiende a la dación y explicación de las primeras reglas de conductas sociales que se dieron a través del tiempo en la historia de la humanidad, en base a ciertos fundamentos o convicciones que tiene el hombre.

2.1.1 Orígenes del iusnaturalismo; el derecho natural

Los orígenes tienen que ver incluso con los aportes significativos de grandes filósofos como Sócrates, Platón y Aristóteles (quienes incidieron no solo en la filosofía, sino también en el derecho y la moral), bagaje de sabiduría que

el filósofo Zenón de Citio tomó y se preocupó por establecer la Escuela Estoica, cuya filosofía, dentro del primigenio derecho natural de Heráclito, consideró que todos los hombres eran iguales, con pleno derecho a su libertad y a su dignidad humana. (Del Solar, 2009, p. 24). “*Mutatis mutandi*, subraya el filósofo británico Bertrand Russell, que para los estoicos, <<la Naturaleza está estrictamente regida por leyes>> (...) <<El estoicismo... sostuvo que... todos los hombres son iguales... e hizo resaltar la distinción entre ley natural y la ley de las naciones>>. Es más, enfáticamente, agrega: <<Por derecho natural se entiende aquí aquello a lo que un hombre tiene derecho en virtud precisamente de su naturaleza humana. La doctrina de los derechos naturales ejerció cierta influencia benéfica sobre la legislación romana, mitigando la suerte de quienes estaban privados de una plena posición social>> y no debemos olvidarnos que <<el estoicismo predicaba la hermandad entre los hombres>>” (Del Solar, 2009, p. 24).

Así, con tales bases sentadas, el *Ius Naturalis*, siglos después, fue desarrollado por los romanos a la par del Derecho de Gentes o *Ius Gentium*; son pues, los filósofos estoicos en Roma quienes abordaron el tema, como son Marco Tulio Cicerón (que introdujo el estoicismo en Roma y señaló que existe una ley natural que es eterna e inmutable, que gobierna la naturaleza, respecto de la cual ningún individuo puede sustraerse sin renegar de su condición humana) y Lucio Anneo Séneca. Ello permitió definir la competencia del Derecho Civil Romano (propio a la ciudad, cuyo sujeto sería el ciudadano o miembro de una determinada comunidad, en este caso el romano), del Derecho de Gentes (propio a todos los hombres y/o a todas las naciones, cuyo sujeto serían todos los seres humanos sobre el mundo

conocido por los romanos) y del Derecho Natural (es propio a todo lo creado por Dios, cuyos sujetos serían todos los seres vivos, indistintamente, hombres y animales) -Del Solar, 2009, p. 25-.

Con todo, se puede señalar que, en las diferentes épocas o en todas las épocas ha existido una especie de consenso o admisión sobre la existencia de ciertos principios más o menos fijos y universales, propios de la naturaleza humana, que están por encima del derecho positivo, como el del respeto a la palabra dada, el de la fuerza obligatoria de los contratos, el de la no retroactividad de las leyes, etcétera. (Véscovi, 2011, p. 26-27).

Como se vio, entonces, tanto en Roma como en Grecia se admitió la existencia del Derecho Natural: así, los estoicos concibieron un derecho natural, constituido por un conjunto de normas superiores que preveía todas las soluciones, frente al positivo, ya en muchos autores griegos se admite implícitamente la existencia de un derecho natural de carácter sagrado. A este respecto, es paradigmática la respuesta de Antígona al tirano Creón, cuando éste último le pregunta si dio sepultura al cadáver de su hermano Polínice, que encierra un derecho superior a los caprichos y convenciones de los legisladores terrenos, concepto expuesto por Sófocles siguiendo el concepto de la época, sostenido por Sócrates. En Roma ocurrió lo propio con las tres clases de derecho que conocieron (según ya vimos); siendo el más destacado el *ius naturalis*. Luego, en la escuela cristiana, representada en la edad media por Santo Tomás de Aquino, el derecho ha sido aislado en su íntima conexión con el universo físico y convertido en un derecho divino, manifestado por revelación; se sostenía la existencia de una ley que era

eterna, divina en tanto “Ley de Dios” (inmutable e infalible), puesto que las cosas en su totalidad antes de existir en sí mismas ya existían en Dios. Aquella es una ley diferente a la ley humana. (Véscovi, 2011, p. 27-28).

Algunos autores sostienen que el Derecho Natural no constituye primariamente un Derecho como tal, no obstante, que desde antiguo dicha expresión se viene usando como contrapunto a la noción de Derecho Positivo, ni siquiera tampoco constituye un sistema normativo bien delimitado; de esta forma, no existe con propiedad la dicotomía Derecho natural-Derecho positivo, a modo de aludir a dos especies de un mismo género, lo cual no quiere significar que exista otro sistema normativo positivo natural (jurídico o moral), sino especificar que el Derecho natural constituye ante todo una doctrina acerca de la moral y acerca del Derecho. (Prieto, 2011, p. 301).

2.1.2 Iusnaturalismo

El Derecho natural es una expresión que sufre de multivocidad conceptual, conforme se puede advertir a lo largo de su manejo histórico, al haber recibido una variedad de significados, atendiendo a diferentes circunstancias, características, etc.

Un notable profesor español, expresa al respecto que los métodos de análisis del lenguaje pueden limitarse en un primer *approach* a tomar constancia del uso de la polimorfa nomenclatura <<Derecho natural>> en la praxis lingüística de los filósofos, de los juristas o incluso en el lenguaje común.

En tal caso, sigue el mismo profesor, el análisis lingüístico en términos de definiciones de definiciones lexicales, destinadas a poner de relieve el significado usual de ciertas palabras o expresiones revelando, en su caso, su grado de univocidad o equivocidad.

Luego, continuando, manifiesta que desde este ángulo y acudiendo a efectos puramente taxonómicos a la teoría aristotélica de la causa, pueden ordenarse las diferentes definiciones del Derecho natural, empleadas en diferentes ámbitos históricos o culturales, en función de su respectiva causa material, formal, eficiente y final.

Así, la expresión Derecho natural con referencia a su causa material alude, de una u otra forma, a la idea de naturaleza; si bien, si bien, este concepto tampoco viene empleado con sentido unívoco pudiendo venir entendido, fundamentalmente, como: a) naturaleza del ser supremo en su proyección mundanal y de la que el hombre participa; b) naturaleza racional del hombre con independencia de la idea de la divinidad; c) naturaleza del mundo físico de la que el hombre participa por hallarse ínsito en él.

Por otra parte, a tenor de su causa formal el término Derecho natural puede presentarse bien como el recurso de un orden absoluto e inmutable de principios válidos *semper et ubique*, o bien como la apelación a un conjunto de reglas que se acomodan a las concretas exigencias de lugar y tiempo.

En tercer lugar, en consideración a su causa eficiente los principios del Derecho natural se entenderán como derivados de la razón o de la voluntad, sea divina o de los hombres.

Por último en lo que atañe a su causa final el Derecho natural puede aludir bien al cumplimiento del plan divino en las relaciones interhumanas, bien a posibilitar esas relaciones de acuerdo con una concepción inmanente de la justicia (Pérez, 2008, p. 203-204).

Otro profesor, entiende por iusnaturalismo en dos sentidos: como doctrina acerca de la moral, la cual afirma la existencia de ciertos principios de justicia universalmente válidos y cognoscibles; y, como doctrina sobre el Derecho, desde la que se sostiene que entre el Derecho positivo y los principios de justicia antes mencionados existe una relación de dependencia, al punto que el carácter jurídico de una norma o del sistema en conjunto depende, precisamente, de su adecuación a los mismos. (Prieto, 2011, p. 301).

2.1.3 Clases de iusnaturalismo

Como se dijo anteriormente, el iusnaturalismo ha sido producto de todo un legado, frondoso y variopinto de teorías y autores, desde antiguo, no obstante, hay cierto consenso en clasificar a éste en dos variantes: el iusnaturalismo religioso y el iusnaturalismo racionalista.

a) Iusnaturalismo greco-romano

Éste está marcado por la cosmogonía, toda vez que, ya Pitágoras había visto al universo como un todo ordenado, regido por los principios de una justicia cósmica, que preside la “generación y la disolución de los seres; asimismo, Parménides atribuye a la justicia el sentido de ley universal que garantiza la inmutabilidad del ser; así también, Heráclito atribuye al

logos la calidad de ley divina inspiradora de las leyes humanas; sintetizándose, se dice que en todas estas doctrinas aparece como elemento común un iusnaturalismo panteísta de signo cosmológico. (Alzamora, 1987, p. 319-320).

Se da pues una distinción entre lo justo según la naturaleza y lo justo según la ley: ya los sofistas (Trasímaco, Calicles, Hippias, Alcidas) describían que existe un derecho natural con el cual no siempre coinciden las leyes de los pueblos; Sócrates admite que existen normas de validez absoluta cuyo conocimiento lleva a la práctica del bien y de la justicia; Platón en el “Critón” proclama el deber absoluto de obediencia a las leyes, además, contrapone la ley verdadera (que pertenece al mundo de las ideas) a la ley positiva (que es sólo una sombra de la primera); Aristóteles habla de la ley suprema de la moralidad, que es la realización de la esencia, de la naturaleza, pues lo natural es al mismo tiempo moral; de ello, se seguirá las dos formas de lo justo, es decir, lo justo por naturaleza (universal e inmutable) y lo justo según la ley (expresión de la voluntad del legislador que debe ser la expresión de la ley natural).

Posteriormente, la filosofía estoica equipara el universo a una gran ciudad (civitas máxima), reconoce la existencia de un alma del mundo que contiene las razones seminales (logos spermatikoi) que informa la realidad de la que participan todos los hombres, que por tanto, son iguales, se dice pues que la común naturaleza humana está regida por un conjunto de principios universales, que constituye el derecho natural. (Alzamora, 1987, p. 321-322).

El pensamiento jurídico de los romanos recibió la influencia de la filosofía griega y de forma especial de la corriente estoica, así se aprecia de las ideas de Marco Antonio Cicerón, para quien el Derecho no nace del conocimiento de la Ley de las XII Tablas ni de los edictos de los pretores, sino de la Filosofía, la que descubre una ley natural, que tiene como fuente la razón misma y que es común a todos los hombres y a todas las épocas, a la cual se le llama ley eterna y es el derecho mismo, que es el fundamento y la razón de ser del derecho promulgado; por su parte, estoicos como Séneca condenarán la esclavitud porque el hombre es sagrado para el hombre, o dirán como Epíteto que “somos miembros de un cuerpo”; y es que la reflexión filosófica sobre la naturaleza del hombre, de inspiración estoica, y el conocimiento de las legislaciones de los diversos pueblos conquistados que contenían principios universales comunes, llevó a afirmar a los grandes juristas romanos a reafirmar la concepción del derecho natural, incluso en aquella época (siglos II y III) Ulpiano extiende el concepto de derecho natural de los hombres a los animales y a los demás seres vivientes, como aquel *prima naturalia* de los estoicos, que se traduce en el instinto de conservación; Gayo identificó el derecho natural con el derecho de gentes, mientras Paulo buscó el fundamento metafísico para el derecho natural. (Alzamora, 1987, p. 322).

b) Iusnaturalismo religioso o cristiano

Como se sabe, el iusnaturalismo ha sido la corriente (tradición) de pensamiento jurídico más larga o duradera, como vimos sus orígenes se

remontan a la Grecia y Roma clásicas (con Sócrates, Platón, Aristóteles, Cicerón, entre otros), llegando hasta nuestros días; empero, lo que se ha venido a denominar el iusnaturalismo religioso o teológico (Santo Tomás, San Agustín, la escolástica española), se da hasta la edad media. (Pérez y Gonzáles, “Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin”, p. 3).

En efecto, la filosofía cristiana se inspiró en el pensamiento griego y en la jurisprudencia romana para crear un sistema de derecho natural con sentido teológico; San Agustín fundamentó el orden del universo de la ley eterna que significa “razón suprema y voluntad de Dios que manda respetar el orden natural y prohíbe perturbarlo”, siendo que aquella constituye el modelo de las leyes humanas temporales (y que se extienden sólo a un sector de la conducta que es el que comprende las relaciones sociales), en la cual debe basarse el legislados, claro está adaptándose a las circunstancias de naturaleza variable; el máximo exponente es San tomas de Aquino, de cuya concepción de Derecho, su teoría de la justicia, su interpretación del Estado, muestran la comprensión del sentido ético de la vida humana temporal a la luz de las ideas cristianas.

2.1.4 Tesis del iusnaturalismo

El iusnaturalismo sostiene las siguientes tesis o postulados:

a) La tesis del dualismo jurídico

Es la que considera que el Derecho es dicotómico, en el sentido de que existe un Derecho positivo (que lo tienen todos los países, puesto por el legislador, por tanto, una ley humana) y un *derecho natural o superior* (conformado por un conjunto de normas y, sobre todo, principios morales que son calificados como Derecho).

De éste último, se predicen las siguientes características: i) sus normas y principios son “*naturales*”, empero no referida a la naturaleza *física* (enmarcada en el espacio y tiempo), sino comprendida como una instancia suprasensible, “*trascendente*” o “*transnatural*” (bien teológica, bien metafísica), del cual se predica su existencia en el sentido platónico -“en el *mundo de las ideas*”, distinto del “*mundo sensible*”-; ii) son verdaderos, pues reflejan fielmente esa naturaleza de la que proceden, pues los juicios de valor son verdaderos o falsos según correspondan o no a ciertos hechos; iii) son cognoscibles, ya que tales principios del Derecho natural pueden ser conocidos (al menos los más importantes), aunque los iusnaturalistas discrepan sobre el modo o manera de cómo se conocen aquellos (la revelación divina, la reflexión racional, la intuición o los sentidos); iv) son universales, en cuanto al espacio, puesto que valen para todos los países del mundo; v) son inmutables, en cuanto al tiempo, han existido y siempre existirán, por tanto, valen en cualquier episodio histórico. Ésta tesis, en realidad, vendría a ser una tesis de la justicia. (Pérez y Gonzáles, “Apuntes sobre la Filosofía del

Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin”, p. 4-5).

b) La tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral.

Esta tesis (que es meramente definitoria, analítica o conceptual) se centra en el contenido que deben tener las normas jurídicas para ser consideradas como tales y, antes bien, para hablar de un derecho justo, de donde se sigue que el derecho injusto no es derecho, por consiguiente, no debe ser obedecido. (Barberis, 2015, p. 21).

Además, enseña Barberis (2015) que esta tesis tiene dos variantes: una que es fuerte, que es más tajante, al sostener que todo derecho injusto no es derecho; y, otra débil o más flexible, la cual manda que no sería derecho sólo aquel que es intolerablemente injusto, como dicta la fórmula Radbruch. En buena cuenta, el Derecho positivo (orden normativo humano) sólo puede ser considerado verdadero Derecho si guarda correspondencia con aquel Derecho natural (o sea, con la moral) descrito en el párrafo precedente, *contrario sensu* ni siquiera debe ser calificado como Derecho, sería solo apariencia o corrupción del Derecho, empero no auténtico Derecho. De lo expuesto, muy bien se colige que, ésta tesis trata acerca de lo que es (o no es) o se entiende por Derecho, es decir, sobre el concepto de Derecho; además, es importante en la medida que permite su diferenciación con el iuspositivismo. (Pérez y Gonzáles, “Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin”, p. 5-6).

c) La tesis del objetivismo ético

Por la cual, los juicios de valor son verdaderos o falsos, o al menos objetivamente justos o injustos. Aquí, se debe tener en cuenta la división entre discursos cognitivos y normativos, en virtud de los que, a su vez, se distinguen dos tipos de juicios: los *juicios de hecho*, que versan sobre la verdad o falsedad, propios de la ciencia empírica; y, los *juicios de valor*, muy típicos de la moral. (Barberis, 2015, p. 23).

En los primeros pues, prima la objetividad, o sea, la descripción de ese orden o sistema de coordenadas universal que se describe de lo factual sin alterarse nada, esto es, el sujeto no le imprime ni añade nada, éste se limite a describir lo que advierte. En el segundo caso, más bien, el sujeto le tiñe de una tonalidad de subjetividad (opinión, apreciación particular) a su juicio. Así las cosas, los juicios o valores, en cada caso, es distinto. Por esto dice Barberis (2015) que, en cuanto al primero, se tienen el juicio de hecho de que la tierra es redonda, para lo cual no se toma en cuenta la subjetividad, sino la objetividad que les permitió, a quienes lo hicieron, sostener ello; sin embargo, en el segundo tipo, se tienen valores normativos como los morales (bueno, justo, correcto, etc.), que son percibidos como subjetivos, esto es, que el sujeto le impone a al juicio su apreciación, evidentemente, de acuerdo al plexo de valores personales que pueda tener, a la vivencia que ha experimentado, etc.

d) Ninguna tesis explícita acerca de la interpretación, sino propensa al formalismo interpretativo

Ocurre que, en cuanto a la interpretación, tanto los iusnaturalistas antiguos como los modernos nunca se ocuparon del tema. Barberis (2015) ha manifestado que, la interpretación nació recién en el siglo XIX y frente a un derecho que ahora se ha reducido a la legislación, es más, afirma que los iusnaturalistas (antiguos y aún los modernos), en tanto no distinguen proposiciones, normas y juicios de valor, no distinguen tampoco la interpretación del juicio de valor. Sin perjuicio de ello, el mismo autor expresa que, cuando los iusnaturalistas contemporáneos se ocupan del tema parecen adoptar la tesis del formalismo interpretativo, toda vez que, sostienen (cita a Moore) que cada caso judicial tiene una solución justa, así como cada disposición jurídica una sola interpretación correcta.

2.2. Teoría del positivismo jurídico

Cuando nos formulamos la pregunta por el Derecho, es decir, ¿Qué es el Derecho?, sin lugar a dudas, una respuesta que salta a la vista, es la de entenderlo como un conjunto de normas jurídicas que regula la conducta humana en relación social (en su intersubjetividad) o en su vinculación humana-natural (en su inter subje-objetividad -si se me permite la expresión, con la cual deseo describir la conducta del ser humano respecto de las cosas de la naturaleza, es decir, su vinculación con las mismas, con relación a las cuales actúa-); se podrá decir que su estudio no se agota en abordar sólo la comprensión de normas jurídicas o que éstas pueden tener una concepción

particular al momento de afrontar su concepción, pero lo que nos parece que no se puede sostener, sin incurrir en yerro, es que el Derecho no verse (también, sea como elemento principal o elemento coordinado con otros) sobre normas jurídicas.

Al respecto, enseñó bien el filósofo italiano Norberto Bobbio (2013) al decir que también la historia de la humanidad puede ser explicada desde un punto de vista o método *normativista*, dado que en nuestro devenir siempre hemos estado inmersos dentro de reglas de conducta, o sea, que constantemente desde que somos pequeños y a lo largo de la historia de la humanidad, siempre nos hemos movido en el marco de modos y maneras de comportarnos, esto es, de directrices que, en primer término, ordena y organizan el interactuar humano, para luego, en segundo término, orientar nuestras acciones, lo cual hace posible la convivencia humana. De lo dicho, se concluye que los estudiosos y usuarios del Derecho no pueden afirmar categóricamente que el aquel no se entiende o no tiene que ver con normas, evidentemente, jurídicas.

El derecho positivo hará referencia al derecho inmanente y dado por el hombre, es decir, a un derecho que, si antes estaba o encontraba su fundamento en una abstracción divina o principios naturales universales, ahora se hace aterrizar en el plano de la objetividad humana.

2.2.1 Orígenes del positivismo jurídico

Como es sabido, el positivismo jurídico (el pensamiento positivista) no es una corriente exclusiva del Derecho, sino que al mismo subyace la así llamada filosofía positiva que, a su vez, refiere al positivismo.

a) Positivismo físico

De manera muy ilustrativa se señala que, como producto de la época moderna (1490 - 1560), el positivismo nació con el desarrollo científico de fines del siglo XVI e inicios del XVII, cuando los astrónomos, matemáticos y físicos -como Galileo Galilei y Jhoannes Kepler: "..., matemático, físico y astrónomo alemán, que descubrió las tres leyes planetarias que llevan su nombre y cálculo las tablas de la astronomía heliocéntrica más famosas.". (Álvarez, 2010, p. 50)-, por separado, se propusieron probar, empíricamente, la realidad física del sistema copernicano.

Precisamente, Nicolás Copérnico -"..., un clérigo polaco que publicó su tesis sobre el movimiento aparente de los planetas y llegó incluso a la audacia de degradar a la tierra del sitio de centro del Universo, al lugar de un planeta más del sistema, el tercero a contar desde el Sol, que se movía en una perfecta órbita casi circular." (Álvarez, 2010, p. 48-49)- sostuvo la tesis del sistema heliocéntrico (que el sol es estático y centro del universo, y que la tierra y los demás planetas giran a su alrededor -lo que, evidentemente, trajo abajo la tesis (geocéntrica) de Claudio Ptolomeo (o Tolomeo), quien creía que, más bien, la Tierra era el centro del Universo, que el sol, la luna y las estrellas, así como los planetas, giraban alrededor de la Tierra, afirmación que pareciera compadecer con la realidad observable (o simple vista) por cualquiera, ya que ella nos muestra tal apariencia, cuando alguien se posa firme e inmóvilmente en un lugar y mira hacia el cielo, se tiene esa sensación, además de ver

que el Sol aparece y se pone todos los días, como la Luna también sale y se oculta. (Álvarez, 2010, p. 48-49)-.

Esta hipótesis copernicana fue demostrada por Kepler, dando inicio al científicismo positivo, llamado con mayor precisión “positivismo físico”, el cual forjó un sistema de naturaleza que integró con extrema rigurosidad a las ciencias físico-matemáticas y, en torno a ellas, las ciencias biológicas, con menos rigor, pero muy eficaz; de ahí que, el positivismo se sustentó en el método experimental, inductivo, que rechaza el conocimiento a priori y el concepto universal y absoluto. Así, éste “saber modelo” durará tres siglos, siendo que incluso la filosofía se supedita a él, en tanto la física se había convertido en prototipo de la verdad científica, por lo que, los filósofos se acercan y buscan integrarse y someterse a las leyes de la naturaleza y a los métodos empíricos con la finalidad de explicar sus hipótesis o planteos, todo lo cual dará paso al surgimiento del positivismo social. (Del Solar, 2009, p. 17-18).

De aquí en más, este tipo de saber (tanto más, hoy en día, por sus avances) será muy preponderante en la historia de la humanidad, llegando incluso a ser muy renuente (aún más, peyorativo) con otros tipos de saberes, cuya impronta generará en todos los seres humanos, en modo alguno, cierta aquiescencia a sus postulados, por su propia virtualidad. Es más, por tal razón, muy bien se ha dicho en la actualidad que las ciencias tienen una evolución con gran ritmo de aceleración que no ha terminado sino que promete continuar en el futuro con un ímpetu pujante. (Álvarez, 2010, p. 52).

b) Positivismo social.

Por influjo, entonces, de lo que se ha señalado en el párrafo anterior, todos los saberes querían integrarse o acercarse (aproximarse) a tal filosofía positiva o saber científico y a su método. Lo propio ocurre, con una de las últimas ciencias, como es la sociología.

Como se ha visto, el ser humano puso énfasis en la explicación y teorización sobre la naturaleza, lo cual es coherente con la forma como se dieron las cosas en nuestro planeta, ya que como se enseña bien, en el devenir histórico, se puede apreciar que en los primeros tiempos todo fue naturaleza (física y viviente), es decir, sólo se apreciaba un único mundo que era el mundo de la naturaleza que fue el supuesto de la ciencia de la naturaleza (la única ciencia, de ese entonces); tal mundo sufrió un decisivo desgarramiento, cuando el hombre salió de su dominio al que pertenecía, constituyéndose como otro ser de su universo, para fundar su propio mundo conformado por lo que es solo creación humana, lo que trae como consecuencia, dos tipos de reinos (esto es, la realidad partida en dos mitades): el de la naturaleza y el de lo humano, con un único sujeto cognoscente, que es el ser humano, de estos dos aspectos de la realidad; así, surgen dos tipos de ciencias hechas por el hombre que son la de la naturaleza (que es la descripción del mundo de lo natural); y, la del hombre (para conocerse a sí mismo), es decir, se tiene una ciencia humana sobre un objeto no humano y una ciencia humana sobre un objeto humano. (Álvarez, 2010, p. 17).

Así, Álvarez (2010) ha dicho que: "... en los primeros tiempos todo fue naturaleza, luego surge lo social como creación humana desprendida de lo natural y posteriormente el hombre va creando una obra sustancialmente humana, que lo va rodeando y lo va integrando en un "nuevo mundo" que es el ámbito de la cultura".

Es así, como se plantea la cuestión de que también existe una ciencia avocada al estudio del hombre y todo lo que a él respecta. De este modo, se da paso al positivismo social, que fue creado por el francés August Comte, a partir de 1826, así como de la sociología (1837) o lo que llamó "física social", como una ciencia que revestía mayor complejidad que la matemática o la física, entre otros, por cuanto su ámbito de aplicación era la sociedad humana que *per se* es compleja; aquella, se encargaba de estudiar la realidad social en todas sus formas y aspectos, es decir, se ocupa de los problemas de las ciencias sociales como ciencia unificada, constituía pues, la reina de las ciencias, la última que vino a llenar los vacíos o lagunas finales del conocimiento de la sociedad. (Del Solar, 2009, p. 18-19).

"De ahí que, *Comte* buscando rigurosidad científica para su <<Física social>> (sociología) -que en definitiva era una ciencia social-, creó la filosofía positiva -positivista- que cuestionó, paradójicamente, la cientificidad de las otras disciplinas sociales y que la propia sociología quiso integrar dentro de su seno al encumbrarse ella como ciencia total, unificadora, restándoles autonomía e independencia científicas a las otras. Éstas son, la historia, la geografía, el derecho, la economía, la

antropología, etc., las cuales sólo constituían una parte, un capítulo, de la gran ciencia madre de la sociedad, la física social. Ella tenía como objeto de estudio, escudriñar al hombre y su realidad social, es decir, investigarlo científicamente ajustándose a los métodos y reglas de las ciencias naturales (física, química, biología, etc.). En suma, la sociología sería la ciencia universal de las sociedad humana.” (Del Solar, 2009, p. 19).

Con lo precedentemente expuesto, en absoluto, pretendemos establecer que sea exactamente lo mismo el positivismo jurídico y el positivismo filosófico, puesto que como bien ha señalado Joseph Raz (1985): “Ciertamente, está bien establecido que el positivismo jurídico es esencialmente independiente (aunque no históricamente conectado) tanto del positivismo de la filosofía del siglo XIX como del positivismo lógico del presente siglo.”

Es decir, como afirmó Viehweg (2011), se suele vincular al positivismo jurídico con aquella posición positivista que tan ejemplarmente fue representado por Comte; sin embargo, el jurista alemán Bergbohm (quien a finales del siglo XIX abogó decididamente por el positivismo jurídico) sostenía en su conocido libro *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (Jurisprudencia y Filosofía del Derecho) del año 1892, que el positivismo filosófico que se acaba de mencionar que se acaba de mencionar no tenía nada que ver con el positivismo jurídico. No obstante, siguiendo al mismo profesor, podemos señalar que: “Pero, desde una distancia temporal mayor, vemos las cosas de una manera

algo diferente. Es ciertamente correcto que el positivismo filosófico - cuyos matices en su país originario, Francia, se extienden desde el positivismo cientificista-empirista hasta el positivismo metafísico-espiritualista no puede sin más equiparado al positivismo jurídico que, a su vez, se presenta también con matices diferentes. Pero, puede constatarse que la actitud cientificista-positivista -que se encuentra en la base y con la que, por así decirlo, se comenzó- es la misma. Tiene un carácter primordialmente epistemológico. Al postular el espíritu positivo de la ciencia, se exige también que ésta esté libre de toda metafísica.” (Viehweg, 2011, p. 54).

2.2.2 Positivismo jurídico

Siempre se está hablando del denominado <<positivismo jurídico>>, quizá porque es a partir de este que, sin lugar a dudas, se hable con propiedad de una construcción teórica muy importante sobre el Derecho como una rama autónoma e independiente del conocimiento o del saber en general, la única corriente de pensamiento que logró generar una teoría general y sistemática del Derecho, con postulados y planteamientos propios, que permitieron posicionar al Derecho como un saber con una impronta propia.

Tanto ha sido su impacto que incluso se suele emplear la expresión *paradigma* iuspositivista, expresión (que, por lo demás, se debe o ha sido acuñada con una significación particular por el preclaro pensador Thomas Kuhn) que empleamos ahora con la salvedad o siendo conscientes de que la misma es una expresión un tanto reservada y que sólo se suele emplear en las denominadas comunidades científicas; sin embargo, se observa que en

varios trabajos sobre Derecho se suele utilizar aquella, con una particularidad propia empero que busca dar una mayor expresión denotativa a la palabra que acompaña (verbigracia, precisamente, “paradigma iuspositivista”). Esto es comprensible, dado que muchas de las palabras o términos en Derecho adquieren una significación especial en el mismo y, aún más, a menudo dichas expresiones tienen una significancia específica en cada rama del Derecho.

Volviendo al tema, debemos decir que, por su parte los operadores del Derecho, los juristas y los filósofos, también aceptaron dicho paradigma y su oleaje fue azas importante durante la segunda mitad del siglo XIX y hasta mediados del siglo XX, por lo que, se ha señalado que el positivismo jurídico fue la concepción fuertemente predominante -prácticamente hegemónica- en la teoría del derecho; así, autores como Bentham, Austin, von Jhering, los exégetas franceses, Von Kirchmann, Bergbohm, Merkel y finalmente Kelsen, aparecían como los referentes casi indiscutidos de ese ámbito y sus opiniones eran receptadas de modo *cuasi* dogmático y, por ende, indiscutido. (Massini-Correas, 2015, p. 15).

Por lo indicado se sostuvo que: “De hecho, casi todas las cátedras de Introducción al Derecho, Teoría del Derecho y Filosofía Jurídica, seguían las ideas de alguno de estos autores, principalmente las de Kelsen, y un buen número de profesores consideraban que, con el advenimiento del positivismo jurídico, el pensamiento filosófico acerca del derecho había llegado a su mayoría de edad y alcanzado el anhelado estatus de conocimiento científico. Es cierto que existían algunas voces discordantes,

kantianas, hegelianas o iusnaturalistas, pero no lograban modificar la opinión común preponderante y aparecían como doctrinas marginales y claramente minoritarias.” (Massini-Correas, 2015, p. 15).

Ahora bien, cabe formularse la interrogante por la concepción del positivismo jurídico, esto es, responder a la pregunta de ¿qué es el positivismo jurídico? Tarea que, como ha señalado Viehweg (2011), por lo demás, muy bien puede constituir un insólito intento el pretender dar una respuesta fundamental a la misma en pocas páginas, habida cuenta de la amplia bibliografía que existe al respecto; no obstante, ello no es óbice para intentar una respuesta.

En una aproximación genérica, debemos señalar que el positivismo jurídico constituye toda una corriente de pensamiento iusfilosófico, que se erigió para dar respuesta a todos los problemas (genéricos y específicos) del Derecho como área del conocimiento, tratando (cuando no logrando) una concepción del Derecho científica o del Derecho como ciencia o un tipo de ciencia dentro de las existentes, al describir que el mismo tiene que ver con los hechos (hechos humanos, en este caso), como las otras ciencias; de ahí que, que se haya dicho que la locución positivismo jurídico, ha sido acuñada a finales del siglo XIX, precisamente, como calco del positivismo (filosófico), el cual reenvía a la calidad distintiva del derecho moderno, la positividad que, básicamente, consiste en ser concebido como hecho por hombres, intencionalmente o no, y no por la naturaleza o por la razón (Barberis, 2015, p. 27).

Así también enseñaba Recasens Siches (2008), al decir que: “En sentido propio, estricto, se entiende por Derecho el Derecho fabricado por los hombres, que habitualmente es llamado *Derecho positivo*, es decir, puesto o establecido por los seres humanos.”, aunque luego precisa, a diferencia de lo anteriormente dicho, que: “Claro que ese Derecho positivo, obra realizado por los humanos, contiene intrínsecamente la intencionalidad no solo de satisfacer unas necesidad sociales, sino de hacer esto según las pautas que se derivan de unos valores, del valor justicia y de los demás valores implicados por la justicia, como son, verbigracia, la dignidad y autonomía de la persona humana, la igualdad ante la ley, la igualdad de oportunidades, la seguridad, el bienestar general o bien común, etc.” (Recasens, 2008, p. 42).

Más, en estricto, Pérez Luño (2008) ha dicho que: “El positivismo jurídico es una concepción doctrinal del Derecho monista, en el sentido de que sólo admite la existencia de un único Derecho: el Derecho positivo. Para esta teoría jurídica la propia noción general del Derecho se identifica con el Derecho positivo, impugnando el carácter jurídico del Derecho natural que queda relegado al ámbito de las exigencias morales, de las convenciones sociales o de las ideologías políticas.”. Por ello, Bobbio (1965) ya había sostenido que: “Por “positivismo jurídico” entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo..., afirma la exclusividad del derecho positivo... la teoría de la *exclusividad* del derecho positivo...”.

Partiendo de precisar que la Teoría Pura del Derecho es la Teoría del Positivismo Jurídico, se enfatiza que aquella es una teoría de Derecho

positivo, el cual es un orden coercitivo cuyas normas son creadas por actos de voluntad de los seres humanos, es decir, por órganos legislativos, judiciales y administrativos o por la costumbre constituida por actos de seres humanos, por lo que, pueden modificarse arbitrariamente, y son diferentes en distintos tiempos y entre pueblos diferentes; de ahí que, una teoría como la descrita que limita su objeto al tipo de normas descritas corresponde al principio del positivismo jurídico. (Kelsen, 2001, p. 63). Se trata pues de una teoría que no se circunscribe a describir un determinado ordenamiento jurídico o determinado derecho positivo o en particular (nacionales o internacionales), sino que se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, por consiguiente se presenta como una doctrina general sobre el derecho. (Kelsen, 2001, p. 15).

Ahora bien, como se ha podido notar, no es fácil definir qué es o en qué consiste exactamente el positivismo jurídico, por lo que, hay autores que prefieren hacerlo a partir de las tesis que sostiene o sustenta aquel, para caracterizarlo y de eso modo hallar una concepción, digamos, conjunta partiendo de lo específico para decir lo general.

Es el caso del profesor Barberis (2015) quien en forma explícita señala la definición del positivismo jurídico, desarrollando las tesis que éste último plantea. Explica que el positivismo jurídico sostiene tres tesis: i) la tesis de la separabilidad del Derecho respecto de la moral, y que entre ambos sólo es factible conexiones contingentes; ii) la tesis del subjetivismo ético, referido a que en el Derecho no se hacen juicios de valor sobre verdad o falsedad, ni tampoco juicios sobre lo objetivamente justo o injusto, sino que se efectúan

únicamente juicios de valor subjetivamente justos o injustos; y, iii) la tercera tesis está referida a las teorías de la interpretación, que describe que hay casos de aplicación fáciles y difíciles, así como que las disposiciones a veces expresan una sola norma y, otras veces, más de una norma.

De igual forma, ocurrió lo mismo con el insigne maestro argentino Carlos Santiago Nino (2003) quien partiendo de reconocer que resulta sumamente difícil caracterizar la concepción positivista del derecho, incoa su explicación sobre el mismo, a partir de las posiciones (tesis) que se han atribuido al positivismo (por sus propios cultores o por sus opositores), las cuales son:

El escepticismo ético (la no existencia de principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos), aunque se puntualiza que no todos los autores positivistas comparten esta tesis, por lo que, se concluye que no es correcto identificar (del todo, al menos) el positivismo jurídico con el escepticismo ético y que, ergo no es esencial a la posición positivista el rechazo que esta tesis sostiene;

El positivismo ideológico (tesis por la que cualquiera que sea el contenido de las normas del derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas por la población y aplicadas por los jueces, haciendo caso omiso de sus escrúpulos morales, es decir, que los jueces asuman una posición moralmente neutra y que se limiten a decidir según el derecho vigente, siendo, en todo caso, esto último el único principio moral prescrito y de observancia para ellos), aunque también precisa que, es muy difícil encontrar algún filósofo positivista importante que se adhiera a esta tesis;

El formalismo jurídico (según la cual, se suele atribuir al positivismo jurídico una cierta concepción acerca de la estructura de todo orden jurídico, consistente en que el derecho está compuesto exclusiva o predominantemente por preceptos legislativos, o sea por normas explícita y deliberadamente por órganos centralizados -más no, por ejemplo, por normas consuetudinarias o jurisprudenciales- que constituyen un orden jurídico siempre completo -sin lagunas-, consistente -sin contradicciones- y preciso -sin normas vagas e imprecisas-, en suma un sistema autosuficiente para proveer una solución unívoca para cualquier caso concebible), aclarando, como en las tesis anteriores, que aquí tampoco en verdad que los principales representantes del positivismo se adhieran a esta tesis o forma de concebir el derecho; y, finalmente,

El positivismo metodológico o conceptual (indica que el derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas sino tomando en cuenta sólo propiedades prescriptivas, es decir, que las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone no implican juicios de valor y son verificables en relación ciertos hechos observables empíricamente), que sería la tesis, a diferencia de las otras, que caracteriza esencialmente al positivismo defendido por autores como Bentham, Austin, Hart, Ross, Kelsen, Bobbio, etc.; ésta “*tesis conceptual*” -en tanto que se refiere a la definición del concepto de derecho- sería la que caracterizaría en mayor medida, y en modo alguno, a lo que se debe entender como positivismo jurídico y que, incluso, serviría para diferenciarlo del iusnaturalismo, esto es, respecto de la concepción que cada uno le asigna al Derecho.

Hay, además, otros autores que hacen lo propio, que no mencionamos en este punto; sin embargo, deseamos indicar que quizá convenga distinguir la definición o concepción del positivismo jurídico de lo que postula o las tesis que tiene para tratar de lograr concentrar o condensar lo que vendría a ser, por lo que, más adelante abordaremos, en forma diferenciada, los sentidos, las clases y las tesis y postulados del positivismo jurídico, siendo conscientes de que dicha labor es muy encomiable, empero que intentaremos efectuar, a la vez, de que sea ello nuestra pequeña contribución, al tratar de organizar, siempre con nuestras falencias y limitaciones, lo respectivo al positivismo jurídico.

2.2.3. Sentidos del positivismo jurídico

En lo que sigue, abordaremos los sentidos o espacios o contextos del mundo del Derecho en los que es explicado o tomado en cuenta el denominado positivismo jurídico.

Ya es bastante conocida la tripartita explicación conceptual del positivismo jurídico en el mundo del sistema romano-germánico o sistema del *civil law*, expuesta con bastante sagacidad por un ilustre maestro filósofo italiano, nos referimos a Norberto Bobbio, en la que trata de concentrar o comprimir las diferentes posiciones o tesis que se sostienen por los autores que se adscriben a dicha corriente de pensamiento del Derecho.

Con la finalidad de caracterizar el positivismo jurídico, Bobbio (1965) diferencia tres aspectos (no necesariamente implicantes entre sí) en los que se ha presentado el mismo históricamente.

En primer lugar, como un modo de acercarse al estudio del derecho, diferenciándolo de “método” (instrumentos o técnicas empleadas en la investigación), para describir la delimitación del objeto de la investigación. En este sentido de positivismo jurídico, nos explica el autor cuál sería el objeto de estudio del Derecho, lo que, evidentemente, ubica o sitúa en dónde le corresponde estar al Derecho dentro de las ramas del conocimiento, esto es, dentro de las ciencias (descriptivas y explicativas), al señalar que en este espacio se distingue entre el derecho real y el ideal, entre derecho como hecho y como valor, o entre el derecho que es y el derecho que debe ser, siendo que el jurista debe ocuparse por la primera opción, con lo cual se podría decir que, en esta versión, se sostiene una explicación (estudio) del derecho científica; ello, por influencia del saber científico en la edad moderna (que ya anotamos líneas atrás, al desarrollar el origen del positivismo jurídico), que eliminó la concepción finalista del universo que inducía a pronunciar juicios de valor sobre los hechos naturales.

De este modo, entonces, el positivista asume frente al Derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral, por consiguiente, acepta como único criterio para la diferenciación de una regla jurídica de la que no lo es, la derivación de hechos verificables y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores; rechaza que se incluya en la definición del derecho elementos finalistas. A mayor explicación se dice que, se define al positivismo jurídico como teoría del derecho que parte del presupuesto de que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, el cual es el derecho vigente en una sociedad. Aclara que esto, es diferente a afirmar que no existe otro derecho que el derecho positivo, dado que el positivista no

niega que haya un derecho ideal (natural o racional), sino que niega que sea derecho en la misma medida que lo es el derecho positivo. (Bobbio, 1965, p. 39-43).

Un segundo sentido en que puede ser tomado el positivismo jurídico, es como una determinada teoría -conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificados después en un sistema coherente, esto es, el modo de entender (no de acercarse a) la realidad, de dar una descripción y explicación global de ella- o concepción del derecho. Aquí, se invoca un determinado modelo de organización jurídico-política como la manera más óptima para cualquier sociedad, o sea aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar coacción (el Estado), se trata pues de la común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho, la cual históricamente viene a ser la expresión o toma de conciencia de los juristas del complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización de la producción jurídica por parte del Estado; así las cosas, el objeto de estudio que se presenta es el derecho unificado por el poder estatal. Se pinta, entonces, el positivismo jurídico como estatismo, empero por razones históricas. (Bobbio, 1965, p. 43-44).

Ad Iteram Bobbio (1965) dijo: “A este segundo aspecto del positivismo jurídico, es decir, a la concepción estatal del derecho, están vinculadas algunas conocidas teorías que a menudo son consideradas como características del positivismo jurídico: 1) con respecto a la definición del

derecho, la teoría de la coactividad, según la cual se entiende por derecho un sistema de normas que se aplican por la fuerza, o bien, de normas cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza en un grupo social dado; 2) con respecto a la definición de la norma jurídica, la teoría imperativa, según la cual las normas jurídicas son mandatos, son todo un cortejo de subdistinciones (mandatos autónomos o heterónomos, personales o impersonales, categóricos o hipotéticos, éticos o técnicos, abstractos o concretos, generales o individuales; 3) con respecto a las fuentes del derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y la reducción del derecho consuetudinario, del derecho científico, del derecho judicial, del derecho que deriva de la naturaleza de las cosas, al carácter de fuentes subordinadas o aparentes; 4) con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración del complejo de las normas como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o de ausencia de lagunas y, subordinadamente, también de coherencia o falta de antinomias; 5) con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica, en particular, la consideración de la ciencia jurídica como hermenéutica (escuela pandectista alemana)".

En tercer sentido, el positivismo jurídico es visto como una determinada ideología (cierta toma de posición frente a una realidad dada, fundada sobre un sistema más o menos consciente de valores, y que se expresa en juicios de valor que tienden a ejercer cualquier influencia sobre la realidad misma, conservándola tal como es, si la valoración es positiva, modificándola, si la valoración negativa) de la justicia, que expresa o representa la creencia en

ciertos valores, sobre cuya base confiere el derecho que es (y por el solo hecho de existir) un valor positivo, al margen de su coincidencia con el derecho ideal. (Bobbio, 1965, p. 46-47).

Al respecto, explica Bobbio (1965): “Esta atribución de un valor positivo al derecho existente se realiza a menudo a través de dos tipos diversos de argumentación: 1) el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante, es justo; o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; con otras palabras, la obediencia de las normas jurídicas es un deber moral, entendiéndose por deber moral una obligación interna o de conciencia; en otros términos, la obligación debida *por respeto* a las leyes, en contraposición a aquella obligación externa o *por temor* a la sanción”.

Así, se advierte la actitud de los juristas frente al complejo de hechos históricos -en el caso concreto, la reducción del derecho a regla puesta o impuesta por el Estado- y a representarlos en una serie más o menos coherente y completa de nociones sistemáticas. Aquí, se precisa que la teoría del positivismo jurídico no implica necesariamente una valoración

positiva de los datos que han sido objetivamente destacados y representados, ya que tiene una función fundamentalmente descriptiva y solo indirectamente prescriptiva; su fin y su límite es describir, interpretar, comprender una realidad, no recomendar esta o aquella solución como mejor que otra. Empero, esto da cierto giro, en lo que respecta al positivismo jurídico ideológico, puesto que el paso de la teoría a la ideología del positivismo jurídico, implica no sólo la verificación del hecho, sino la valoración positiva del mismo; ergo, se dice que el sistema vigente no sólo es descrito o interpretado objetivamente, sino que el mismo es presentado como un sistema bueno o directamente como el mejor. Ello trae como correlato la transformación del positivismo jurídico de teoría del derecho en teoría de la justicia, esto es, una teoría que no indicará lo que en el plano de los hechos es el derecho, sino recomendar aquello que en el plano de los valores es lo justo. (Bobbio, 1965, p. 47-48).

2.2.4. Clases de positivismo jurídico

Ya, en ítem anterior, se ha dejado entrever la génesis o relación que, en modo alguno, existiría entre el positivismo jurídico y el positivismo filosófico, cuya caracterización daría lugar a las dos clases de positivismo jurídico que habría.

En efecto, a este respecto se ha dicho que: "Hemos dicho que el positivismo jurídico supuestamente vendría a ser la versión jurídica del positivismo filosófico o general. "Supuestamente" porque el positivismo jurídico tendió, desde sus orígenes, hacia un tipo de formalismo que en realidad se alejaba mucho del genuino espíritu empirista del positivismo filosófico o sociológico;

y, aunque había antecedentes (la Escuela Histórica de Savigny), sólo décadas después (en Europa, hacia el último tercio del siglo XIX) aparecerá, dentro del iuspositivismo, una reacción sociologista (más "positivista" en el sentido del positivismo filosófico) contra el formalismo. Así pues, la relación entre positivismo filosófico y positivismo jurídico es un tanto compleja, ya que cabe distinguir dos grandes corrientes dentro del positivismo jurídico: un iuspositivismo "sociológico" (o "sociologista", "realista" o "historicista"), claramente enraizado en el "positivismo filosófico"; y un iuspositivismo "formalista" o "legalista" que se aleja de él". (Pérez y Gonzáles, "Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin", p. 10).

Como se observa, entonces, habrían o existirían dos clases de positivismo jurídico, el primero de ellos es *iuspositivismo sociologista o realista*, con relación al cual se sostiene: <<Por un lado, hubo y hay un cierto positivismo jurídico que sí puede considerarse como la traducción o plasmación directa, en el campo del Derecho, del llamado "positivismo filosófico": algunos juristas positivistas utilizan el método empírico para estudiar el Derecho contemplándolo como un fenómeno social más, como conductas sociales efectivas (de los jueces o de los ciudadanos). Ellos estudian el Derecho en cuanto que hecho social, centrándose en las causas y consecuencias sociales "reales" de las normas, su eficacia social, su interpretación basada en los fines sociales subyacentes a las normas, etc.

Para este iuspositivismo lo que interesa no es tanto el análisis lingüístico de las normas en cuanto que formalmente válidas, ni la estructura formal de los

sistemas normativos y sus relaciones lógicas internas, sino más bien la dimensión social del Derecho, que es estudiada con los métodos de las ciencias sociales empíricas: la ciencia jurídica tiende a aproximarse y hasta confundirse con la sociología del Derecho. Más que un análisis "interno" y autónomo del Derecho formalmente válido ("Derecho en los libros"), que sería el enfoque tradicional de la ciencia del Derecho (dogmática jurídica), este iuspositivismo desarrolla un análisis "externo" del Derecho socialmente eficaz ("Derecho en acción"), tomado como fenómeno no aislado sino ligado a los aspectos sociales, históricos, económicos, políticos, etc. de las normas. Según Fassó, este tipo de iuspositivismo estudia el Derecho "abstrayendo conceptos generales a partir de los datos suministrados por la observación histórica o etnográfica de las instituciones jurídicas de las distintas épocas y países, permaneciendo de este modo en el ámbito de la sociología y del auténtico y propio positivismo">> (Pérez y Gonzáles, "Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin", p. 11).

De otra parte, se manifiesta que existe una segunda clase de positivismo jurídico que vendría a ser el iuspositivismo formalista o legalista, respecto del cual se ha dicho: <<"Otros [iuspositivistas], sin embargo -añade Fassó-, que emplearon igualmente un método abstracto y generalizador, lo aplicaron a los datos sacados de los ordenamientos jurídicos "positivos", si bien en un sentido puramente formal, esto es, a ordenamientos constituidos por normas "positivas" en el sentido -tradicional en el lenguaje jurídico- de validez formal, independientemente del hecho (que sería el dato verdaderamente positivo) de su efectiva observancia por parte de los miembros de la sociedad">>

(Pérez y Gonzáles, "Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin", p. 11).

Continuando se expresa que: <<Es decir, para este otro iuspositivismo, el objeto de estudio (el dato, lo dado, lo puesto o "*positum*") no son en realidad hechos sociales (conductas humanas externas y observables), sino normas "positivas" en el sentido de formalmente válidas, puestas por el legislador siguiendo los procedimientos prescritos por el propio Derecho (típicamente, textos legales: el "Derecho en los libros", independientemente de su eficacia y de sus causas y efectos sociales). Esas normas formalmente válidas se asimilan a los hechos o "fenómenos" a los que se refería el positivismo filosófico, pero obviamente no se trata de hechos o conductas sociales observables, sino de enunciados con su significado normativo (que se toman aislados de su contexto social, histórico, "real").

Y, en cuanto al método de estudio del Derecho, este iuspositivismo formalista no utiliza los métodos sociológicos empíricos, sino que analiza lingüísticamente los enunciados de las normas, extrae su significado (o significados), construye conceptos jurídicos, analiza las relaciones lógicas entre las normas, las sistematiza, etc., siguiendo un "método jurídico" (el tradicional de la dogmática jurídica) que es bien distinto del de las ciencias sociales empíricas. Aquí impera la lógica y los métodos de interpretación lingüística y del análisis conceptual, y no el método científico empírico que veíamos a propósito del positivismo filosófico o "general". La ciencia jurídica "positivista" en este segundo sentido se aproxima más a las "ciencias formales" (como la lógica) que a las "ciencias empíricas o materiales" (como

la sociología); es decir, se aleja del modelo genuinamente positivista de ciencia>> (Pérez y Gonzáles, “Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin”, p. 11).

2.2.5. Postulados o tesis del positivismo jurídico

Abordamos el presente tópico, para desarrollar aquellos fundamentos particulares o generales, según sea el caso, que esgrime el positivismo jurídico para dar respuesta a los aspectos más troncales o vertebrales del Derecho (en su conjunto) como rama del conocimiento. Evidentemente, no decimos que sean los únicos o que seamos exhaustivos, empero sí los más principales que se toman dentro de esta postura que se pretenda como una teoría general del Derecho.

a) Derecho y moral

Una primera tesis, que es bastante conocida, es la referida a la relación entre el Derecho y la moral. Esta ha sido llamada como la tesis de la separabilidad, la misma que fue formulada por Hart en los años cincuenta del siglo pasado (retomando una afirmación de Austin), como resultado de la negación de la tesis iusnaturalista de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral (así, la definición del Derecho pasa por referirse también a la justicia); aunque, se precisa que Hart habla no tanto de separación (puesto que no niega que hayan muchas relaciones contingentes -fácticas, empíricas- entre ambos) como de *separabilidad*, ya que él niega, más bien, que se den relaciones necesarias (*definitorias, analíticas*) entre las palabras derecho y moral.

Aunque debe señalarse que, hay autores positivistas, como el discípulo de Hart -Joseph Raz-

Que afirman que entre ambos términos hay varias conexiones definitorias en realidad, siendo que, incluso, otros positivistas han sostenido que ninguno ha sostenido nunca la tesis de marras. Luego se dice que, de hecho, la mencionada tesis se discute hoy como tesis no definitoria, sino como una tesis acerca de la identificación del Derecho, a partir de sus fuentes y no de su justicia -que evoca la tesis de las fuentes sociales- (Barberis, 2015, p. 29).

Explica Barberis (2015) que: “Como ha dicho Kelsen, el derecho regula su propia producción precisamente estableciendo sus fuentes (fuentes de producción) y que permiten a los juristas conocerlo y a los jueces aplicarlo (fuentes de conocimiento). Las fuentes son hechos, no valores, y la identificación del derecho sería a su vez una actividad puramente cognitiva, de reconocimiento de hechos establecidos positivamente por el mismo derecho.”.

Después, continúa el mismo autor, se explica que desde el comienzo, la reflexión occidental acerca de la ética o práctica ha tenido la tendencia a concentrarse en el derecho y a subestimar la moral, reducida por los iusnaturalistas al derecho natural, y por los positivistas al derecho que debe ser. Sin embargo, puede tomarse más en serio la moral, distinguiéndola por su función (evaluar la conducta, no dirigirla), o por su discurso típico (el juicio de valor, no la norma).

Además, hay diferentes tipos de moral. Existe una *moral externa* al derecho, con la cual éste tiene relaciones contingentes de influencia recíproca, por ejemplo, a través de la Constitución, y que puede ser *positiva*, producida por los mismos sujetos morales, o bien *crítica*, producida por los filósofos a fin de mejorarla positiva. Además, existe incluso una *moral interna* al derecho; es decir, valores estrictamente jurídicos, como la legalidad”. (Barberis, 2015, p. 29-30).

b) Juicios de valor

Una segunda tesis, es la que describe los juicios de valor que se efectúan en el Derecho, que ha merecido la denominación de subjetivismo ético positivista. Esta tesis se presenta como una negación al objetivismo ético iusnaturalista, en tanto sostiene que los juicios éticos no son objetivos sino subjetivos, relativos a los sujetos que evalúan. Se ha dicho: “El subjetivismo ético positivista desciende del objetivismo iusracionalista todavía compartido por los utilitaristas, cuyos juicios de utilidad serán objetivos, pues algo es más o menos útil en la medida del grado de placer que produce. En realidad fue el propio iusracionalismo el que minó la creencia iusnaturalista en valores concebidos como calidades de las cosas mismas; si los valores, por el contrario, son solo proyectados sobre las cosas por la razón humana, basta con concebir esta última como no objetiva, sino subjetiva, diversa para diferentes sujetos, como también los juicios de valor se convertirían en subjetivos.” (Barberis, 2015, p. 30).

c) Teoría de la interpretación

Una tercera tesis, está referida al tema de la interpretación. E cuanto a este tema los positivistas han adoptado las teorías que en determinados momentos fueron mayoritarias: así, en el siglo XIX, con posterioridad a la codificación, el positivismo técnico (la doctrina y la jurisprudencia que aplican los códigos), se adhirió a la *tesis del formalismo interpretativo*, la cual considera que las disposiciones tienen un solo significado, además de que todas las cuestiones de derecho tienen una y solo una respuesta correcta; después, en los siglos XIX y XX el informalismo ingenuo fue criticado y se dio lugar al *escepticismo interpretativo*, el cual indica que toda disposición jurídica admite diferentes interpretaciones, y toda cuestión de derecho diversas respuestas, siendo que, algunos positivistas teóricos -críticos de la doctrina tradicional- se unieron a esta tesis, como ocurrió con Kelsen, para quien cada disposición proporciona sólo un marco de sentidos, dentro del cual el intérprete escoge la norma a aplicar mediante una discrecionalidad más amplia en el caso del legislador que aplica la Constitución, y más restringida en el caso del juez que aplica la ley; con posterioridad a ello, se afirma que, al menos desde Hart -que distinguió entre formalismo y escepticismo, para proponer una posición intermedia-, la mayoría de los positivistas defiende la teoría mixta, según la cual hay casos fáciles, donde el derecho tiene un solo sentido, pero también casos difíciles, donde admite interpretaciones diferentes. (Barberis, 2015, p. 31-32).

d) Estado de Derecho

No hay duda que, en lo que respecta a la concepción del Estado, una de las conquistas del paradigma positivista lo constituye la comprensión del denominado <<Estado de derecho>>-en tanto que se da una identidad entre el Derecho y el Estado, pues se sostiene que aquel es un orden que regula la conducta de los hombres, es, pues, un orden jurídico (Kelsen, 1981)-, en oposición al Estado absolutista, como una respuesta a las necesidades contextuales (coyunturales) del momento histórico en el que se gestó.

El estadio de las formas de gobierno monárquico-autócratas a formas de gobierno basadas en la soberanía y representación popular, produjeron la necesidad de crear controles al poder; garantizando así la integridad de las esferas de la libertad individual. Ya que es el liberalismo político, propio de los siglos XVII y XVIII, el que identifica la libertad individual con la separación de poderes; configurándose lo que Jackisch denomina una libertad protectora o defensiva (Del Pozo, 2005, p. 58).

En aquel tiempo existió una lucha por el reconocimiento de los (ahora) denominado derechos fundamentales y el control de los excesos del poder. Aquí podemos identificar dos elementos importantes a tener en cuenta: i) reconocimiento y, a lo suyo, respeto, de los derechos fundamentales; y, ii) limitación del poder.

A mayor abundamiento, podemos señalar que El Estado de Derecho (o Estado Liberal o Estado Liberal de Derecho) es una forma de estado,

que implica un estado bajo el régimen de derecho, que indica un valor, consistente en la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos.

Se ha establecido como uno de los fundamentos del Estado de Derecho la exigencia de que el propio Estado fije y determine exactamente los cauces y límites de su actividad, así como la esfera de libertad de los ciudadanos, conforme a derecho, es decir que la ley es la que delimita el actuar (dice qué puede hacer el Estado), a la vez, que limita el accionar de los particulares (establece límites o márgenes a la libertad de los privados); empero se manifestaba que eso no indicaba que el Estado renunciaba a su poder o que se resumiese a un mero ordenamiento jurídico sin fines administrativos propios o a simple defensa de los derechos de los individuos, aunque se trasladaba el acento desde la acción libre del soberano a la predeterminación legislativa. Así, se da la posibilidad de reducir al Estado de Derecho a una fórmula carente de significado sustantivo desde el punto de vista estrictamente político-constitucional; se dice, que el concepto de Estado de Derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se de garantía el respeto a la ley, cualquiera que esta fuese. Se advierte, entonces, que en el Estado de Derecho se hace uso de la ley para dominar totalmente a la sociedad, quedando al margen los derechos de los ciudadanos.

En lo que se refiere al derecho administrativo, se ha precisado (por Otto Mayer) que el Estado de Derecho, se caracteriza por la concepción de la

ley como acto deliberado de un parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y solo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de los jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. Entonces, el Estado de Derecho tiene un significado que comprende la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de los poderes; el cual se encamina a la defensa o protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.

Advirtiéndose, conforme a lo expuesto, que el Estado de Derecho es un Estado legislativo que se consolida a si mismo mediante el ya conocido principio de legalidad, el cual tiene una preponderancia única en el mismo, ya que importa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible, al cual -en tanto principio- no es factible oposición por parte de ningún derecho más fuerte; de donde se observa que el Estado de Derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión (o al menos la sumisión a la ley), de todas las demás fuentes del derecho; entendida la ley como la centralización del poder político.

Lo que caracteriza a la ley en el Estado de Derecho es su entendimiento como norma general y abstracta. La ley (comporta una normatividad

media) regía para todos por igual sin distinción, lo cual era reflejo de postulados importantes del Estado de Derecho, como son la moderación del poder (cuyo uso debía ser regulado), la separación de poderes y la igualdad ante la ley. La generalidad es además es además a premisa para la realización del importante principio de separación de poderes. Si las leyes pudiesen dirigirse a los sujetos considerados individualmente sustituirían a los actos de la Administración y a las sentencias de los jueces (Zagrebelsky, 1995, p. 29). Por su parte, la abstracción, puede definirse como <<generalidad en el tiempo>> y que consiste en prescripciones destinadas a valer indefinidamente y, por tanto, formuladas, dice Schmitt, mediante “supuestos de hechos abstractos” (Zagrebelsky, 1995, p. 29).

En el ámbito jurisdiccional, definitivamente la influencia del Estado de Derecho -aunque también es menester señalar que hay posición en virtud de la cual esta expresión es una fórmula genérica con la que pueden entenderse dos cosas distintas: en sentido débil o lato (estado legislativo de derecho); y, en sentido estricto o fuerte -estado constitucional de derecho- (Ferrajoli, 2011, p. 461)- se resumía a la mera aplicación de la ley por parte de los órganos jurisdiccionales que ellos no elaboraban.

Conforme a lo precedentemente expuesto, se tiene que la ley ocupa pues la posición más alta, no existiendo por encima de ella ninguna regla jurídica que pudiera establecer límites.

En suma, tal concepción del derecho, bajo los postulados del Estado de Derecho -o Estado legal de Derecho (Aguiló, 2004, p. 9), o simplemente Estado legal que, en opinión autorizada, responde al modelo paleo-iuspositivista (Ferrajoli, 2001, p. 31)-, del principio de legalidad y del concepto de ley expuesto, venía a constituir el positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva.

En suma, tal concepción del derecho, bajo los postulados del Estado de Derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley expuesto, venía a constituir el positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva.

e) Concepto de Constitución

De igual forma, en lo que respecta a la concepción de la Constitución, también hubo influencia en la forma de entenderla, así en cuanto a su funcionamiento, conforme al paradigma iuspositivista que la entendía fundamentalmente como un documento político que delimita el poder y otras precisiones (que hoy han ido variando), como veremos en los reglones siguientes.

Así, es necesario parir por revisar los postulados clásicos de los grandes maestros que se ocuparon del estudio de la Constitución para poder desentrañar cuál es el concepto o en qué sentido fue entendida la Constitución. El profesor Loewenstein (1979) planteaba el tema de la concepción de la Constitución relacionándola directamente con lo indicado en el párrafo anterior, al abordar en su clásica obra “Teoría de la Constitución” bajo la denominación de la constitución como dispositivo

de control del poder. Empieza explicando que, la consideración de un sistema político como democrático constitucional está supeditada a que haya o no instituciones por las que el ejercicio del poder político sea distribuido entre los detentadores del poder y que, a su vez, estén sometidos al control de los destinatarios del mismo, quienes son los detentadores supremos del poder; ello, en la medida que se es consciente de la naturaleza humana como es, o sea, que no es factible que quien detenta el poder sea capaz (por autolimitación voluntaria) de liberar a los destinatarios del poder y así mismo del trágico abuso del poder.

El hombre ha comprendido que una sociedad justa será aquella en que se limite el ejercicio del poder de quienes lo detentan, con independencia de los fundamentos de la legitimación; por tanto, se ha reconocido que la manera más óptima de conseguir dicho cometido es haciendo constar dichos frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas -<<la constitución>>- destinados a limitar el ejercicio del poder político, así, la constitución se convirtió en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder. De ahí que, luego, se dijo que se debe considerar como el *telos* de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político, lo cual presenta una doble significancia ideológica: i) liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores; y, ii) asignarles una legítima participación en el proceso del poder.

Se aprecia, de este modo, que la Constitución se entendía como un instrumento de organización y limitación del poder, lo que ocurrió también como correlato de garantizar las libertades que se reconocieron al ser humano, al pasar del *anciem régime* al estado de Derecho, pues en éste lapso se concibió a la Constitución como instrumento en el cual se debieran declarar y reconocer dichas libertades.

Al respecto, un maestro en materia constitucional, el profesor Schmitt (1963), enseñaba que, se daba una especie de concepción ideal de la constitución del Estado de Derecho, puesto que en el proceso histórico de la Constitución moderna ha prosperado tanto un concepto ideal, que, desde el siglo XVIII, solo se ha designado como Constitución aquellas que correspondían a las demandas de libertad burguesa y contenían ciertas garantías de dicha libertad.

Asimismo, Schmitt (1963) expresaba que la Constitución que organiza y limita el poder también era entendida con las siguientes características.

La Constitución como una sistema de garantías de la libertad burguesa, concepto de constitución que descansa en la división entre Constituciones liberales y no-liberales, división de infinitos significados en sí misma, pero que recibe su significación concreta de unas palabras de Montesquieu, las que se trata de una frase del libro *El espíritu de las leyes*, que rezan de la siguiente manera: “Unas constituciones como objeto y fines inmediatos la gloria del Estado; otras, la libertad política de los ciudadanos.”, con lo que se establecía la distinción fundamental entre libertad y poder, siendo que, el mismo Montesquieu las trata todavía

como dos criterios igualmente legítimos y valiosos de la vida del Estado; con los avances de la burguesía liberal, la libertad burguesa se erigió como el criterio adecuado, no para la vida política del Estado en general, y sobre todo no para su política exterior, empero si en el terreno de la legislación constitucional.

Constituyen ejemplo los Estados Unidos de América y la Constitución de la revolución francesa que dio su impronta a este tipo y fijó el esquema de esta especie de Constituciones, concluyéndose que sólo se considerarían Constituciones liberales, dignas del nombre de “Constitución”, aquellas que contuvieran algunas garantías -ya a discutir- de la libertad burguesa y, son garantías constitucionales de la libertad burguesa: la existencia de un reconocimiento de los derechos fundamentales, división de poderes y, al menos, una participación del pueblo en el poder legislativo por medio de una representación popular. Aunque, es conveniente señalar aquí que, luego advinieron otras exigencias, según la situación política, verbigracia en el siglo XIX, la exigencia de un gobierno parlamentario, caracterizado como gobierno libre.

La Constitución como división (distinción) de poderes, que invocaba la distinción entre legislación, administración y justicia, la misma (división) que es considerada desde el siglo XVIII (en forma especial) como contenido necesario de una Constitución liberal y auténtica; contiene, precisamente, la garantía orgánica contra el abuso del poder del Estado (es decir, como ya anotamos, la Constitución funciona -es comprendida-

como límite al poder), puesto que la proclamación de los derechos fundamentales significa sólo el establecimiento del principio general de la libertad individual, mas no la introducción orgánica mediante una estructura del Estado determinada por la meta de la libertad burguesa, por tanto, es fundamental la división de los poderes a fin de erradicar el despotismo, el absolutismo, la dictadura, que designan la negación de dicha distinción entre legislativo, ejecutivo y justicia.

La Constitución escrita (documento constitucional), como una exigencia política condujo a una equiparación: Constitución = Constitución escrita, ya que es primero un pacto instrumentado, después, como consecuencia, una ley constitucional escrita. Bajo lo descrito, se reafirma que, en dicho estadio el concepto ideal dominante de Constitución es el ideal de Constitución del Estado burgués de Derecho, que ha estado en vigor en la mayor parte de los Estados del mundo. En suma, lo particular de su ideal, reside en que con él se adopta una organización del estado desde un punto de vista crítico y negativo frente al poder del Estado -que se trasluce en la protección del ciudadano con el *abuso* del poder del Estado-; por lo que, los medios y métodos de control sobre el Estado se organizan más que el propio Estado, creándose seguridades contra ataques estatales, a la vez, de tratar de introducir frenos en el ejercicio del poder público.

Por su parte, el insigne profesor del Derecho Público alemán, Jellinek (1979) explicaba que la nota esencial de todo Estado es que exista un poder del mismo, el cual no puede derivarse de ningún otro, sino que

debe proceder de sí mismo y según su propio derecho; por consiguiente, donde haya una comunidad con un poder originario y medios coercitivos para dominar sobre sus miembros y territorio, conforme a un orden que le es propio, allí existirá un Estado. De lo indicado, se colige que la nota característica del Estado, en cuanto tal (distinto de asociaciones que no tiene ese carácter), es la existencia de una organización propia y de una división del poder unida a esta organización.

Entonces, continuando Jellinek (1979) decía que, toda organización que sea permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituya y desenvuelva su voluntad, principio de ordenación que será el que limite la situación de los miembros dentro de la asociación y en relación con ella; una ordenación o estatuto de esta naturaleza, es lo que se llama Constitución, ergo, todo Estado ha menester de una Constitución, pues el que no la tuviera sería un anarquía, empero todo Estado (aun el Estado arbitrario) tiene una Constitución, incluso es suficiente la existencia de un poder de hecho que mantenga la unidad del Estado para tener un *mínimum* de Constitución preciso para la existencia del propio Estado. Ahora bien, por lo general, se da un orden jurídico reconocido en principios de derecho; así, la Constitución de los Estados abarca los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del *poder* del Estado, pues ella (la Constitución) determina cómo se ha de dividir el poder, cuál sea el sitio en que haya de residir el

poder supremo y qué fines de la comunidad le han de estar encomendados.

Así, en palabras de otro ilustre profesor, como es Heller (1990), la tendencia a la racionalización de la estructura de poder, junto con los esfuerzos revolucionarios de la burguesía tendiente al establecimiento de límites jurídicos al ejercicio del poder del Estado, han influido en la creación de las modernas Constituciones; aunque, es menester señalar que tal racionalización fue tanto de la forma jurídica, como del contenido jurídico, pues ambas tuvieron que intervenir para engendrar la creencia en la posibilidad de una estructura unitaria de poder del Estado mediante una codificación sin lagunas de las normas jurídicas fundamentales. Se concluirá de lo reseñado que, el contenido nuevo de los documentos constitucionales modernos consiste en la tendencia a realizar la limitación jurídica objetiva del poder del Estado y asegurarla políticamente por medio de los derechos subjetivos de libertad e intervención de los ciudadanos respecto al poder del Estado, de suerte que los derechos fundamentales del individuo son protegidos en virtud de la estructura fundamental de la organización del Estado.

Probablemente, bajo el influjo del tipo de planteamientos descritos, es que se hayan ensayado las concepciones de Constitución, como las que se describen a continuación.

“García señala que el concepto de Constitución trata de ser monopolizado por una determinada tendencia: “sólo vale como Constitución aquello que realiza el programa del Estado liberal

burgués...; así pues, no es constitucional cualquier ordenación fundamental del Estado sino precisamente aquella que reúne estas dos condiciones: a) la garantía de los derechos individuales y b) la división de poderes que sirva a la actividad de aquellos” (García, 2010, p. 336).

Ello es así, en tanto que, a partir del siglo XVIII, la palabra Constitución quedó entroncada con el origen mismo del poder, a propósito del contexto histórico de dicho momento por establecer control al poder (que se dio bajo los dogmas del liberalismo); así, en tal contexto, se expresa que la Constitución será invocada como una vigencia ético-política para determinar el origen del poder, para legitimar la finalidad del Estado y para limitar las relaciones de mando y obediencia a favor del resguardo de los derechos de la persona (García, 2010). Explicando la concepción de Constitución se dice que: “Javier Pérez Royo [ob. cit.] considera que la noción de Constitución tal como hoy la entendemos, es la expresión típica del auge de la ilustración. Dicho movimiento intelectual desarrollado entre 1715 y 1784 afirmó el predominio de la razón, la igualdad intrínseca de los hombres, la existencia de derechos naturales inviolables y la defensa de la libertad frente abuso del poder absolutista” (García, 2010, p. 446).

Se señala al respecto que: “Con objetividad histórica y en el ámbito de la cultura occidental, es evidente que la Constitución ha permitido garantizar las libertades individuales y limitar el poder político en aras de asegurar la emancipación y el desarrollo de la burguesía; al influjo del ideario liberal se buscará la “sacralización” de aquel conjunto de

principios, normas y practicas político-jurídicas, dado que estas coadyuvan a dicho propósito. Es dentro de ese contexto cultural que puede recogerse la afirmación de Kart Loewenstein [*Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1984], en el sentido de que “la Constitución deviene en un dispositivo para el control del proceso del poder” (García, 2010, p. 446).

La historia del constitucionalismo occidental -el más importante eslabón para la materialización del ideal liberal del siglo XVIII- ha significado la búsqueda de la limitación del poder absoluto, así como el esfuerzo por establecer una justificación espiritual, moral o ética para aceptar el ejercicio de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a ella. Esta visión no es la única ni es excluyente; empero es la más valiosa. De ella ha nacido la impronta constitucionalista en América Latina.

“Carlos Alberto Olano [*Derecho constitucional e ilustración políticas*. Bogotá: Temis, 1987] señala que “en la época moderna no es concebible un Estado sin su respectiva Constitución, la cual se puede considerar como un complejo de normas jurídicas que determinan no solo la organización fundamental, el modo de ser y de obrar del Estado mismo, sino la relación entre el poder público y los ciudadanos”. Por dicha razón sostiene que, en puridad, el Estado no “tiene” una Constitución, sino que “es” en sí mismo una Constitución, ya que esta es quien organiza el ejercicio del poder que ostenta y establece las metas justificatorias de su creación”” (García, 2010, pp. 446-447).

Además del aspecto reseñado en la concepción de la Constitución, es de notar el otro aspecto o elemento a tener en cuenta, esto es, el de la proclamación o reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. Con relación al tema se manifiesta que, en un texto constitucional aparece explicado el reconocimiento y promoción de los derechos connaturales al ser humano, luego se dice que: “En este aspecto, como bien señala Magdiel [Manual de derecho constitucional. Borrador en proceso de edición], la Constitución es un orden supremo que regula el ejercicio del poder político y que garantiza la vigencia y goce de los derechos fundamentales de la persona en una realidad social concreta” (García, 2010, p. 449).

Así también, es necesario resaltar que bajo el referido paradigma, la constitución es entendida como fuente de fuentes, sin regulación directa sobre las situaciones jurídicas. En efecto, se sustenta que la Constitución constituye el grado superior del derecho positivo, entendido en el sentido material de la palabra, siendo su función principal la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento a seguir; asimismo, la Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. Ahora bien, la prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley (Kelsen, 1981).

Como se advierte, entonces, en palabras de Loewenstein (1979), la historia del constitucionalismo no fue sino la búsqueda por el hombre

político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente; aspiraciones que quedaron concretadas en la aprobación de controles sociales, consistentes en limitaciones impuestas al nudo poder que estarían aseguradas por el acuerdo de la sociedad estatal sobre ciertas reglas fijas, reguladoras del proceso político, las cuales estarían contenidas y reguladas en la Constitución.

f) Norma constitucional

Por lo indicado en el párrafo anterior, se esgrimían concepciones, refiriéndose a las normas que contiene la constitución, indicándose que son un sistema de normas jurídicas, escritas o no que pretende regular los aspectos fundamentales de la vida política de un pueblo (Ferrando, 1987); se agrega que, junto a esto hay una fórmula según la cual se entiende por constitución, una serie de leyes de cierto tipo. Constitución o ley constitucional, recibirán, según esto, el mismo trato; así, cada ley constitucional puede aparecer como Constitución, a consecuencia de ello el concepto se hace relativo, ya no afecta a un todo, a una ordenación y a una unidad, sino a algunas, varias o muchas prescripciones legales de cierto tipo (Schmitt, 1983).

Es decir, que las normas de la constitución carecían de contenido finalista objetivo (valores), por lo cual, se expresa que la ley y la Constitución se cumplían en tanto ostentaban la calidad de emisión

normativa estatal, no por contener en ellas valores intrínsecos que las dotaran de legitimidad; así, la ley y el derecho sin un contenido finalista de valores, podría operar en última instancia, como la legitimación del poder estatal, el cual se encontraría habilitado para operar en el marco de la legalidad, aun desconociendo los fundamentos básicos de la dignidad del ser humano y sus derechos (Del Pozo, 2005).

g) Concepto de derechos fundamentales

Antes bien, es necesario hacer la precisión que, la noción *per se* “los derechos fundamentales”, ya es un concepto jurídico trabajado en la doctrina contemporánea de amplio contenido como se advertirá más adelante, el cual tiende a designar a conjunto de “derechos” necesarios y correspondientes para el ser humano, en tanto permiten la realización del mismo así como le son atribuidos como prolongación del respeto de su dignidad; sin embargo, para designar a estos derechos se han usado no sólo varias expresiones -derechos humanos, derechos naturales, derechos subjetivos públicos, libertades públicas, derechos morales (Peces-Barba, 2005), sino que se han arribado a conceptos distintos. Con tal precisión, debe tenerse en cuenta que haremos uso de la expresión “derechos fundamentales” que es la expresión que actualmente se emplea, la misma que se refiere a aquellos “derechos” a que hicimos referencia líneas arriba.

Siendo así, la noción clásica de derechos fundamentales originada en el Estado de Derecho burgués, hacia relación a los derechos de libertad o derechos de primera generación, que correspondía a derechos de los

particulares frente al Estado, que propugnaban por la abstención o limitación del Estado en aras a inmiscuirse en la vida privada de las personas; consistían en garantías de los particulares que no podían ser infringidas por el Estado, ni siquiera merced a decisiones mayoritarias del legislativo; concepción justificada en la desigualdad de los particulares frente al Estado. Tales derechos desde su consagración se han tenido como judicializables. Desde sus orígenes, los derechos fundamentales se constituyen por ende, en una serie de limitaciones al poder del Estado, concepto que no se plantea como extensivo a los particulares, pues se concibe que las relaciones privadas siempre se den en un plano de igualdad. De aquí que los derechos fundamentales sólo son exigibles ante el Estado y no entre particulares, ergo como derechos subjetivos de carácter público; claro y ello es así, es decir, hablamos de un posicionamiento respecto del Estado, en tanto se ha dicho que la llamada parte dogmática de la constitución aborda el *status y la situación de los hombres* en el Estado (Bidart, 1969).

Con relación al término “*derechos subjetivos públicos*”, se ha dicho: “El término se creó en el seno de la escuela del Derecho público alemán en el siglo XIX, como especificación del concepto más genérico de derecho subjetivo, expresión del individualismo en el pensamiento positivista, aunque las raíces son más antiguas.” (Peces-Barba, 2005, p. 23). Lo interesante de traer el tema a colación es que, precisamente, aquel importa una concepción como *derechos de defensa* frente al Estado, tan arraigada en la concepción alemana de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos como sindicaba Jellienk (Mendoza,

2009). Por ello, se ha expresado respecto de aquellos que, se trata de una concepción unidireccional (Bilbao, 1997) en tanto únicamente son oponibles frente a los poderes público.

Asimismo, Bilbao expone (1997) que la concepción de los derechos públicos subjetivos, no es sino la trasposición a la esfera del Derecho público de la noción de derecho subjetivo acuñada en el Derecho privado. “El razonamiento G. Jellinek, máximo exponente de esta doctrina, parte del reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, que posibilita el que los individuos, en tanto que ciudadanos, entablen relaciones jurídicas con el Estado. Frente a éste, el ciudadano se encuentra en una serie de situaciones jurídicas, de las que derivan directamente pretensiones jurídicas. Pues bien, son estas pretensiones las que reciben el nombre de <<derechos públicos subjetivos>>” (Bilbao, 1997, 235). “Dentro de estas coordenadas, los derechos que hoy llamamos fundamentales se conciben como derechos de defensa (<<Adwehrrechte>>) o de omisión (<<Underlassungsrechte>>) oponibles únicamente frente al Estado. Sólo pueden ejercerse unidireccionalmente, puesto que son los poderes públicos los únicos que están obligados a respetarlos... Se presupone que los demás individuos son extraños, en principio, a la relación jurídica establecida entre una persona concreta y el Estado, como único sujeto pasivo de la misma” (Bilbao, 1997, 235).

h) Derecho público y derecho privado

Como se podrá advertir, habida cuenta de la forma como se entiende la Constitución, sus normas y, en general, todo el Derecho, también existe

pues una forma particular de entender ambos ámbitos del derecho (nos referimos al derecho público y al derecho privado), a partir de los postulados del paradigma objeto de estudio.

En principio, debemos partir por la premisa de señalar que ambos ámbitos del derecho (de mucha antigüedad -desde el derecho romano, nada más y nada menos-), en otrora se han presentado claramente diferenciados y delimitados, desde sus diversos aspectos, como veremos a continuación.

En una obra de mucha trascendencia, Bobbio (2004) ha explicado con claridad (en el contexto jurídico en la que fue escrita, bajo el precitado paradigma), la forma de concebir dichos ámbitos del derecho de modo marcadamente separados, así como sus características y peculiaridades, empleándose la expresión “la gran dicotomía: público/privado”; esto importa pues, que el mismo objeto de regulación o tratamiento por una de ellas sea excluyente de la otra, esto es, que si una de dichas áreas se aboca a determinadas materias, la otra no tendrá ingerencia en aquellas. Por ello se suele decir que cada una debe ser definida independientemente, o bien solo una de ellas es definida mientras el otro es definido negativamente, así se dice que “privado” sea definido como “no público”, ya que en el lenguaje jurídico, el léxico público remite inmediatamente por contraste al léxico privado y viceversa; en el lenguaje común, el interés público se determina inmediatamente en relación y en contraste con el interés privado y viceversa. Evidentemente, entre otros, tal dicotomía obedece a una

repartición de materias atendiendo a dos tipos de relaciones sociales: entre iguales y desiguales. En efecto, la existencia de un Estado, es decir, de una esfera pública, *per se* invoca una relación de subordinación entre gobernantes y gobernados, esto es, entre detentadores del poder de mandar y destinatarios del deber de obedecer, que son relaciones entre desiguales; la sociedad natural como fue descrita por los iusnaturalistas, o bien la sociedad de mercado en la idealización de los economistas clásicos, en cuanto son tomadas normalmente como modelos de esfera privada contrapuesta a la esfera pública, están caracterizadas por relaciones entre iguales o de coordinación. Asimismo, otro aspecto de tal tratamiento diferenciado, lo constituye el tema de las fuentes (en el sentido técnico-jurídico del término) del derecho público y del derecho privado: la ley y el contrato (o más en general el llamado “asunto jurídico”).

De donde se advierte que el criterio de distinción entre derecho público y privado es la diferente manera bajo la cual uno y otro existen en cuanto conjunto de reglas vinculantes de la conducta: el derecho público es tal en cuanto es impuesto por la autoridad política, manifestado mediante la “ley”, en tanto norma obligatoria porque es impuesta por el detentador del poder supremo (el soberano) y reforzada constantemente por la coacción (cuyo ejercicio exclusivo pertenece al propio soberano); en el derecho privado o derecho de los privados, es el conjunto de normas que los sujetos establecen para regular sus relaciones, entre las cuales las más importantes son las relaciones patrimoniales, mediante acuerdos bilaterales, cuya fuerza vinculante reposa primordialmente,

independientemente de la reglamentación pública, en el principio de reciprocidad.

Así también, un aspecto a tener en cuenta, es la que tiene incidencia en la justicia distributiva y conmutativa. La justicia conmutativa es la que regula los intercambios; que las cosas que se intercambien sean de igual valor, a fin de considerar el intercambio “justo”; en cambio, la justicia distributiva es en la que se inspira la autoridad pública para la distribución de honores y gravámenes, o sea, que a cada uno le sea dado lo que le corresponde con base en criterios que pueden cambiar, de acuerdo con la diversidad de situaciones objetivas o de los puntos de vista (Bobbio, 2004).

2.3. El neoconstitucionalismo

Resulta innegable que, desde hace un buen tiempo, en Europa (occidental) se ha venido construyendo una serie de postulados, respecto de los cuales se estaría tratando, no tanto de abordarlos para desarrollarlos (valorarlos y, tal vez, profundizarlos) aisladamente, sino para hacer una elaboración sistemática de estos trabajos de investigación jurídica, orientados a generar un nuevo tratamiento de la Cultura Jurídica y del derecho positivo, es decir del Derecho en su conjunto a todo nivel (teórico, metodológico, ideológico), a partir, precisamente, de dichos interesantes trabajos serios (de rigurosidad) y de notable trascendencia, en la medida que estarían dando a luz a un nuevo paradigma de como comprender (entender, aprender o estudiar), interpretar (inferir los postulados dogmáticos y normativos, para luego argumentar) y aplicar (en base a nuevas técnicas o pautas lógicamente construidas) el

Derecho, en sus diferentes vertientes o ramas; lo que, tendría impacto incluso en la reconfiguración de las funciones de los legisladores y los jurisdiccionales (si nos referimos al tema de las fuentes del Derecho), así como en todos los organismos constitucionales.

Por consiguiente, abordar tal fenómeno jurídico, es *per se* una labor ardua y compleja que, desborda notablemente el presente espacio de estudio; por tanto, se hace un tratamiento somero (excusándonos desde ya, de algunas imprecisiones, pues dicho fenómeno jurídico mismo, está buscando consolidarse) y, sobre todo, descriptivo e informativo, por cuanto como dice el profesor Pedro Grández Castro (Prieto, 2007, p. 11), no obstante, que sin duda el tema en cuestión es la revolución práctica más importante que vive el Derecho continental europeo, y esto, al margen de que la mayoría de abogados o juristas, incluso, no se han dado por notificados con este fenómeno jurídico, lo que nos interesa conocer pues somos herederos de la tradición jurídica Europea (como seguidores del *civil law*).

2.3.1 Orígenes del neoconstitucionalismo

El constitucionalista argentino Sagües ha señalado que el denominado fenómeno del constitucionalismo concluye con la dación de las Constituciones escritas, es decir, con la plasmación en dicho documento político de todo los ideales filosóficos y políticos que inspiraron la construcción de la figura del Estado de Derecho, de la superación de los viejos ideales de desigualdad (estratificación de clases sociales marcada) y absolutismos que rigieron durante mucho tiempo, durante el periodo del *anciem regimen*. Los inicios o atisbos del así llamado neoconstitucionalismo

o, mejor aún, constitucionalismo contemporáneo, se produce a partir de la superación de los conceptos del Estado de Derecho y el legiscentrismo, es decir, del seno de los planteamiento del denominado positivismo jurídico, como consecuencia de dos funestos episodios en la historia de la humanidad, así como el nuevo contexto jurídico ganado con los fundamentos anteriores y los fenómenos producidos como correlato del avance de las relaciones sociales (como la globalización, el avance tecnológico, entre otros), que llevaron a replantear las principales teorías o tesis que, en su momento, sostuvieron o fundamentaron el Derecho mismo y su finalidad o cometido.

Los dos hechos, referidos en primer término son la primera guerra mundial y la segunda guerra mundial, diríase el periodo de entre guerras, que llevaron a los filósofos y juristas o teóricos del Derecho, a replantear los fundamentos de éste, con relación a cómo debe entenderse y fundamentarse. Después el nuevo contexto generado por el Estado de Derecho con constituciones escritas, que importaron un nuevo contexto jurídico-social, al tener las personas derechos declarados y ser libres, configuro, pues, un nuevo escenario e impulso el desarrollo de las relaciones sociales a niveles increíbles, no imaginados. La realidad se tornó mucho más dinámica y cambiante, generando supuestos de relaciones sociales muy variadas, casi difíciles de ser abstraídos, puesto que se dan con cada peculiaridad que los hace muy distintos. Luego, las exigencias de la realidad social son cada vez más apremiantes y deben ser atendidas con mayor celeridad que antes.

2.3.2 El neoconstitucionalismo

Empezaremos indicando que, este (que llamamos *prima face*) fenómeno jurídico del “neoconstitucionalismo”, es también denominado en doctrina con las expresiones de “constitucionalismo contemporáneo”, “constitucionalismo moderno” o simplemente “constitucionalismo”, además de “neoconstitucionalismo contemporáneo” -en nuestro sistema romano-germano o tradición del *civil law* y, en el sistema anglosajón o en la tradición del *common law*, se usa la expresión “*Third Theory of Law*”, denominado así por John Mackie (Barberis, 2011, p. 253) -; no obstante, independientemente de la expresión que se tome, lo que en atención al significado de dichos enunciados puede conllevar a equívocos (pues muchos de los términos en derecho son expresiones equívocas), nosotros utilizaremos la expresión “neoconstitucionalismo” (que es la más difundida), sin necesariamente etiquetar o acuñar dicha frase para denominar así al fenómeno jurídico que describiremos.

Continuando, cabe indicar que la expresión más usada es la de “neoconstitucionalismo”, etiqueta que se manifiesta ha sido usada, a finales de los años noventa del siglo pasado, por unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci), como una forma de clasificar, para criticarlas, algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí. La etiqueta ha tenido éxito, pero sobre todo se ha multiplicado en Europa (particularmente en España e Italia) y Latinoamérica (particularmente en Argentina y México)

los estudios sobre esas tendencias y su comparación con el positivismo jurídico (Comanducci, 2010, p. 247) -respecto de lo cual, la profesora Susanna Pozzolo, ha afirmado que, ello evidencia la proximidad de las culturas jurídicas, mostrando la cercanía entre Europa occidental y América Latina-.

En efecto, se ha indicado que la elección del término “neoconstitucionalismo” ha sido particularmente afortunada, siendo que su gran difusión es síntoma de una eficaz identificación del fenómeno que denomina, aunque ciertamente pueda significar una fuerza expansiva o denotativa que tiene la palabra, pues puede denotar variedad de teorías o conceptos, lo que podría advertirse como un defecto, a pesar de ello, se ha mencionado que tal defecto -la identificación de opciones teóricas diferentes que tienen un aire de “familia” entre ellas- es bastante común entre las grandes corrientes de pensamiento: basta con pensar en el “iuspositivismo” y ver todas las formas teóricas y políticas que esta locución identifica, diferentes entre sí, pero con algo en común; luego, se dice que, la expresión “neoconstitucionalismo” denota distinciones de temas o de acentos, todas ellas comprendidas en una única postura o perspectiva.

Así, se indica que: “Individualizar esta unidad ha representado la posibilidad de dar luz a una reflexión de amplio margen conceptual, acerca de los distintos aspectos involucrados, sin dejar que ninguno de ellos se desperdigase por un camino particular. Identificar un común denominador ha sido importante y funcional para evidenciar las cuestiones y los problemas teórico-políticos más generales, relacionados con las propias fuentes del

Derecho y con el modo de reflexionarlo; temas que, de lo contrario, habrían podido quedarse ocultos detrás de la crítica analítica a este o aquel autor de la “familia” neoconstitucionalista. La unidad ha promocionado un debate conceptual sobre los fenómenos fundamentales (por ejemplo, los “valores constitucionales”, la “ponderación”, el “universalismo” y el “particularismo” jurídico, etc.) y no solo una discusión relativa a la obra de unos autores, quizá más paradigmáticos (Robert Alexy o Carlos Santiago Nino, por citar algunos), pero aislados uno del otro.” (Pozzolo, 2011, p. 8)-, pues el neoconstitucionalismo tiene la pretensión de abarcar completamente el fenómeno jurídico, lo que, es difícil que logre hacer un autor, ya que este cometido será más factible a través de una corriente de pensamiento, por cuanto, son muchos los aspectos involucrados en el debate neoconstitucional, desde los valores fundamentales hasta los temas más técnicos de la interpretación del Derecho o de la lógica; temas que abarcan todas las ramas de la moderna discusión político-jurídica; esto incluso hasta la dimensión supranacional (Pozzolo, 2011, p. 9).

En virtud de lo precedentemente expresado, podemos intentar resumir señalando que, el neoconstitucionalismo -expresión sobre la que ya se han emitido argumentos para su uso justificado (Pozzolo, 2011, p. 26)- es el enunciado utilizado para significar el agrupamiento y, a su vez, la descripción de un conjunto de postulados o tesis (Estado Constitucional, Constitucionlizaciónn del ordenamiento, ponderación, preponderancia de los derechos fundamentales, etc. por citar algunos) propios de la cultura jurídica contemporánea, que ya se ven reflejados en el derecho positivo (como las Constituciones y las propias normas de rango inferior), donde o bien ya

aparecen recogidos expresamente aquellos, o bien son desarrollados, a propósito de la praxis o en la práctica, en la actividad interpretativa y argumentativa de los operadores del derecho (revítese por ejemplo la doctrina jurisprudencial o precedentes vinculantes de nuestro Tribunal Constitucional, en virtud de los cuales también aplican el derecho los magistrados del Poder Judicial o también en los diferentes Tribunales Administrativos, Oficinas de Control que ven procesos disciplinarios, etc., pues sobre qué temas no se ha pronunciado el máximo intérprete de la constitución); tesis que serían pues diferentes de los postulados del iuspositivismo (incluso contrarias respecto de este), así como también del iusnaturalismo.

Justamente, al respecto, se ha dicho que: <<“Argumentación jurídica”, “neoconstitucionalismo”, “principios jurídicos” o “ponderación” empiezan a convertirse en lugares comunes de la teoría del Derecho que se ha venido consolidando en las últimas décadas. Las obras de los autores identificados con este paradigma -que prefiero denominar pospositivista- como Dworkin, Alexy, Nino, Garzón Valdés o Atienza, por nombrar a algunos de los más influyentes en nuestro medio, han terminado desplazando (aunque, sin duda, no superando) los planteamientos de emblemáticos autores del paradigma positivista como Kelsen, Hart, Bobbio o Bulygin.>> (Morales, 2009, p. 203).

Siendo así, se aprecia que *prima face* dicho fenómeno jurídico se pretende erigir como una verdadera teoría del Derecho que inocule un nuevo paradigma en todos sus ámbitos y espacios de tratamiento, se habla de un neoconstitucionalismo, ideológico, metodológico y conceptual, respecto de lo

cual no ahondaremos, por no ser objeto de análisis del presente espacio de estudio. Asimismo, no obstante, el éxito que pueda tener la expresión neoconstitucionalismo para denotar idóneamente el conjunto de postulados (característicos de la cultura jurídica contemporánea, según indicamos), existen pues autores que prefieren hacer uso de otras como “teoría post positiva o teoría no positiva del Derecho”, las cuáles serían más apropiadas para denotar esta nueva teoría que se pretende consolidar (sobre esta afirmación nuestra producto de investigación –que puede ser correcta o equivocada-, así como otras cuestiones del neoconstitucionalismo, véase nuestro trabajo -Castilla, 2012, p. 169-).

2.3.3 Clases de neoconstitucionalismo

A menudo, en doctrina (la que aborda el estudio del tema materia de comentario) se hace referencia a una clásica división (clasificación) del neoconstitucionalismo tripartita o, en otras palabras, se hace alusión a tres concepciones principales, cuyo planteamiento suele atribuirse al Profesor Paolo Comanducci, quien la habría tomado siguiendo la conocida distinción que hiciera el filósofo italiano Norberto Bobbio, con respecto al positivismo jurídico -precisamente, indica dicho autor: “Creo que en una caracterización del positivismo jurídico puede ser útil distinguir tres aspectos diferentes: 1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada justicia de la justicia.” (Bobbio, 1965, p. 39-40)-.

Así, el mencionado autor indica expresamente: “Es bastante conocida la distinción formulada por Bobbio entre tres tipos -o tres acepciones- de

positivismo jurídico; me parece oportuno, aunque sea un poco forzado, instituir una clasificación análoga entre tres diversas formas de neoconstitucionalismo -teórico, ideológico, metodológico- incluso porque, de este modo, resultará más comprensible y significativa la confrontación crítica entre tres tipos homogéneos de positivismo y, respectivamente, de neoconstitucionalismo” (Comanducci, 2010, p. 248). De modo que, existiría un neoconstitucionalismo teórico, otro ideológico y un tercero que sería metodológico, los cuales desarrollaremos a continuación.

a) Neoconstitucionalismo teórico

En este primer tipo, se debe anotar que el mismo busca explicar y desarrollar los cambios que han operado contemporáneamente en los sistemas jurídicos, así como caracterizarlos a partir del proceso de constitucionalización -Ricardo Guastini, con claridad y agudeza vital, ha señalado un total de siete condiciones (si bien la lista no es cerrada) de <<constitucionalización>> de un ordenamiento. La <<constitucionalización>> es una propiedad gradual, de modo que puede hablarse de ordenamientos con un mayor o menor grado de constitucionalización, en la medida en que concurren en él un número mayor de las condiciones señaladas o que éstas se manifiesten con mayor intensidad (si bien las dos primeras son condiciones *sine qua nom*). Las condiciones son las siguientes: 1) *Una constitución rígida*; 2) *La garantía jurisdiccional de la constitución*; 3) *La fuerza vinculante de la constitución*; 4) *La <<sobreinterpretación>> de la constitución*; 5) *La aplicación directa de las normas constitucionales*; 6) *La interpretación*

conforme de las leyes; y, 7) La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas. (Martínez, 2007, p. 60-62- que se ha dado en aquellos, el cual ha incidido en una suerte de revaloración o reflexión sobre la comprensión (de su contenido) y eficacia (alcance) de los textos constitucionales en dichos sistemas.

Sobre tal proceso de reconfiguración de los sistemas jurídicos propugnado por el neoconstitucionalismo, nos dice el Profesor Comanducci, está caracterizado, además de por una Constitución <<invasora>>, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la Constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas particularidades de la interpretación y de la aplicación de 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 ya no refleje 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 (Comanducci, 2010, p. 249).

Al respecto debemos señalar, que lo indicado ciertamente es perceptible en nuestro medio jurídico, por ejemplo (para referirme a un aspecto de los ya indicados), se ha dado un replanteamiento respecto del objeto del proceso contencioso administrativo, en cuya virtud antes, únicamente se

podía hacer una revisión formal de los actos o actuaciones -en amplio sentido que engloba todos los supuestos de acción y de inacción- de la administración Pública, conforme al sistema francés -que propugnaba un proceso contencioso administrativo objetivo-, en cambio, hoy ya se amplió el objeto de dicho proceso, puesto que se permite entrar a la cuestión de fondo ventilada en sede administrativa, precisamente, para la defensa de los derechos constitucionales de los administrados, bajo el sistema alemán -que postula un proceso contencioso administrativo subjetivo-, con lo que se ha pasado a una jurisdicción plena; ello, obedece a que se ha reorientado una serie de cuestiones respecto del estado, la Administración Pública misma, el derecho a la tutela jurisdiccional, entre otros, en base a los postulados de este neoconstitucionalismo, a través de las tesis sustentadas por sus diferentes representantes -sobre el ejemplo indicado, podemos remitir a nuestro trabajo (Castilla, 2010, p. 5)-

b) Neoconstitucionalismo ideológico

Sobre esta acepción, nos parece ilustrativa y con más cobertura, la explicación que ensaya el profesor español Luís Prieto Sanchís, al referir que el neoconstitucionalismo como ideología, presenta tres diferentes niveles o proyecciones.

El primero, que se identifica con filosofía política que considera que el Estado Constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política, en la que se enfrenta la objeción democrática o de supremacía del legislador, pues a más Constitución y a mayores

garantías judiciales, se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias, lo que se verifica como consecuencia de la ponderación judicial.

En segundo lugar, pretende ofrecer consecuencias metodológicas o conceptuales, lo que, en suma, significa dado que el constitucionalismo (debemos precisar que, el autor hace uso de esta expresión refiriéndose a neoconstitucionalismo) es el modelo óptimo de Estado de Derecho, al menos allí donde existe cabe sostener una vinculación necesaria entre Derecho y moral, postulando, por tanto, alguna forma de obligación de obediencia al Derecho.

Y, finalmente, unida a la anterior, que podría denominarse constitucionalismo dogmático, representa una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, propugnando bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no sólo descriptiva por parte del científico del Derecho. Ejemplo de estas dos últimas implicancias pueden encontrarse en los planteamientos de autores como Dworkin, Habermas, Alexy, Nino, Zagrebelsky y, aunque de un modo más matizado, Ferrajoli (Prieto, 2007, p. 110-111). Es importante observar que, es en este tipo de neoconstitucionalismo, donde se aprecia de forma directa la contravención frontal que hace el neoconstitucionalismo al positivismo jurídico (ideológico, en estricto).

A propósito de esto último, así como del segundo nivel o proyección de esta acepción, resulta pertinente la explicación que hace el profesor

Comanducci (2010, p. 252-253), quien manifiesta, recordando al maestro Bobbio, que el positivismo ideológico, cuya máxima es la obediencia a las leyes en cuanto tales y no porque sean justas (pues el Derecho, con independencia de su contenido, tiene por sí mismo un valor positivo, al cual se debe obediencia), puede distinguirse en tres versiones: *latissimo*, *lato* y *stricto sensu* (advirtiéndose que esta tipología no es exhaustiva, pues existen formas mixtas).

En la versión *latissimo sensu* se debe obediencia al Derecho, independientemente de su contenido, forma y estructura, es decir, se debe obediencia a la autoridad (que busca la paz social); por eso, no se habla de una moralidad interna, sino una justificación moral externa de la autoridad, de sus órdenes y, en conclusión, del Derecho. En la versión *lato sensu* (que es la decimonónica o, genéricamente, moderna) se debe obediencia al Derecho, con independencia de su contenido (el legislador es el dueño del Derecho), pero no cualquier orden de autoridad constituye Derecho, sino sólo las leyes generales y abstractas (a las que están sometidos los mismos poderes, en alguna medida); la justificación de la obediencia depende (además del valor moral de la paz social), de la moralidad interna del Derecho, del valor intrínseco de su forma (gobierno *per leges*) y de su estructura (gobierno *sub lege*), así, solo está justificada la obediencia a las leyes de un Estado de Derecho, advirtiéndose que el valor que se persigue es la igualdad formal.

En la versión *strictu sensu* (que es la democrática, de la segunda mitad del siglo XX) se debe obediencia al Derecho, prescindiendo de su

contenido, sólo si sus procedimientos de formación son democráticos, lo que a lo suyo importa que las leyes (generales y abstractas) han sido aprobados por la mayoría; aquí el valor intrínseco del procedimiento democrático (que respeta el valor de la autonomía, además de la paz social y la igualdad formal, pues se da un igual derecho de participación política) justifica el deber de obediencia a las leyes aprobadas por la mayoría, de donde se tiene que, está justificada la obediencia a las leyes de un Estado democrático (en sentido procedimental) de Derecho.

Como se observa, de lo descrito en el párrafo precedente, en las tres versiones no se toma en cuenta el contenido del Derecho. Es en este punto que, se incide para diferenciar al neoconstitucionalismo ideológico del positivismo ideológico, pues (nuevamente con el mencionado profesor italiano) aquel entiende que se debe obediencia al Derecho, únicamente si tiene un determinado contenido, o sea, si se conforma a una Constitución que tiene a su vez un determinado contenido: una Constitución formada por un conjunto de principios, valores y derechos fundamentales que constituyen -al menos en opinión de algunos autores cognitivistas, como Dworkin; no en opinión de otros, no cognitivistas, como Ferrajoli- la positivización de la moral crítica. La justificación de la obediencia al Derecho, no a cualquier Derecho, es brindada por una moral que <<nace>> fuera del Derecho y, después, se incorpora al sistema jurídico en su más alto nivel, al Constitución. Sólo está justificada la obediencia a las leyes de un Estado Constitucional y democrático de Derecho (Comanducci, 2010, p. 254).

c) Neoconstitucionalismo metodológico

En suma, desde esta acepción, se propugna la tesis del necesario nexo entre el Derecho y la moral, lo cual evidentemente significa un manera de concebir y, en consecuencia, también de operar o aplicar el Derecho. Se afirma que, la variante del neoconstitucionalismo ideológico, presupone una toma de posición metodológica, es decir, la existencia de un neoconstitucionalismo metodológico, manifestándose que la referencia es a autores como Alexy y Dworkin (Comanducci, 2010, p. 257). Se expone que en esta concepción, se sostiene -al menos respecto a situaciones de sistemas jurídicos constitucionalizados, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirán un puente entre Derecho y moral- la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral (Comanducci, 2010, p. 257).

Esta variante, sería contraria al positivismo metodológico, por el que se estudia al derecho en forma objetiva tal cual es, diferenciado de su deber ser. Nos dice Comanducci que, esta tesis tiene, como se sabe al menos dos corolarios: la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la de la no conexión necesaria entre Derecho y moral, así como expresa desde su punto de vista que, la tesis positivista tiene también al menos un presupuesto: la aceptación de la gran división entre ser y deber ser; en su formulación lingüística, como distinción entre describir y valorar-prescribir. Sin embargo, no tiene como presupuesto la tesis metaética no-cognotivista en el ámbito moral; por lo menos no necesariamente,

aunque de hecho muchos teóricos positivistas son no-cognotivistas y la mayoría de los críticos del positivismo son cognitivistas (Comanducci, 2010, p. 257).

2.3.4 Tesis o postulados del neoconstitucionalismo

Ahora bien, corresponde desarrollar aquellos fundamentos particulares o generales, según sea el caso, que esgrime el neoconstitucionalismo para dar respuesta a los aspectos más troncales o vertebrales del Derecho (en su conjunto) como rama del conocimiento. Evidentemente, no decimos que sean los únicos o que seamos exhaustivos, empero sí los más principales que se toman dentro de esta postura que pretende ser una teoría general del Derecho.

a) Estado constitucional

Aquí corresponde precisar que, precisamente uno de los postulados contemporáneos que englobaría el denominado neoconstitucionalismo, lo constituye el tema del “Estado Constitucional”, que representaría un nuevo paradigma en la concepción del Estado.

Sobre el tema se ha dicho que, quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituirían los postulados del Estado de derecho legislativo, por cuanto se avizoraría un cambio genético (Zagrebelsky, 1995) en la concepción del Estado, y más que la continuación del Estado de Derecho, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del Derecho (Zagrebelsky, 1995).

Incluso por ello se ha dicho que: “En estos momentos es común hablar del “Estado constitucional” como algo diferente del “Estado de Derecho” y referirse a los cambios que esta transición está suponiendo en la concepción del Derecho y del método jurídico” (Aguiló, 2004, p. 9). Se explica que la fórmula del Estado Constitucional, trae a lo suyo una novedad capital que afecta a la posición misma de la ley, pues ésta última por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución (Aguiló, 2004).

En lo que se refiere a la Administración, se expresa que se da una crisis de la vinculación de la Administración a la ley previa derivada de la superación, por parte del aparato del Estado, de su función prevalentemente <<garantizadora>> -es decir, de su función de garantía concreta las reglas jurídicas generales y abstractas mediante actos aplicativos individuales y concretos- y de la asunción de tareas de gestión directa de grandes intereses públicos; así se hace referencia a un papel más dinámico de aquella, pues para la realización de las tareas de gestión requiere la existencia de grandes aparatos organizativos que actúen necesariamente según su propia lógica; indicándose que esto evidencia también la crisis del principio de legalidad (Aguiló, 2004).

Se sustenta un retroceso del principio de legalidad, es decir, la predeterminación de la actuación administrativa, ante la afirmación de un principio de autonomía funcional de la Administración que, en el ámbito de las leyes que simplemente indican tareas, restablece situaciones de

supremacía necesarias para el desempeño de la misma, atribuyendo implícitamente, en cada caso, las potestades que se precisan para su realización; por lo que, se sostiene que, en estos supuestos no podría hablarse, salvo a costa de un malentendido, de mera ejecución de la ley, puesto que ante objetivos sustanciales de amplio alcance, indicados necesariamente mediante formulaciones genéricas y cuya realización supone una cantidad y variedad de valoraciones operativas que no pueden ser previstas, la ley se limita a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interés público, y para todo lo demás la Administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental, cuyos límites, en relación con el respeto a las posiciones subjetivas de terceros, resultan fundamentalmente imprecisos (Zagrebelky, 1995).

En cuanto a la norma jurídica, se aprecia un deterioro de sus características de generalidad y abstracción, pues describiéndose la época actual, se indica que el mismo viene marcado por la <<pulverización>> del derecho legislativo, ocasionada por una multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, <<de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción>>, hasta el extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intensión <<regulativa>> en sentido propio: en lugar de normas, medidas; la respuesta a la desaparición de dichas características clásicas de la ley, obedecería a los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el <<mercado de las leyes>>, los cuales

exigen una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, lo que significa la explosión de legislaciones sectoriales, con la consiguiente crisis del principio de generalidad, y, de otra parte, la creciente virtualidad de dichos grupos determina además situaciones sociales en cada vez más rápida transformación que requieren normas jurídicas *ad hoc*, adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades, de donde se advierte la crisis del principio de abstracción (Zagrebelsky, 1995).

Asimismo, en lo referente al ordenamiento jurídico, precisamente, en atención al pluralismo de las fuerzas políticas y sociales (referidas en el párrafo precedente), generará una heterogeneidad de valores e intereses expresados en las leyes, es decir, en sus contenidos. Consiguientemente, se advierte que, no solamente confluirán a la confección de la ley el parlamento sino tales fuerzas provenientes de dichos grupos sociales, por lo que, se habla de una amplia <<contractualización de la ley>>.

Entre otras, una consecuencia es que en los ordenamientos actuales también son el resultado de una multiplicidad de fuentes que es, a su vez, expresión de una pluralidad de ordenamientos <<menores>> que viven a la sombra de la ley, aunque no siempre aceptan pacíficamente una posición de segundo plano, respecto de los cuales se ha hablado incluso de <<gobiernos particulares>> o <<gobiernos privados>> que constituyen gobiernos sectoriales o territoriales. En atención a ello, se manifiesta que debe descartarse la idea de que las leyes y las otras

fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan de por sí un ordenamiento -como podía suceder en el siglo pasado-, siendo la crisis de la idea de Código, una clara manifestación de dicho cambio (Zagrebelsky, 1995).

En opinión de Robert Alexy, algunos rasgos esenciales, serían los siguientes: valor en vez de norma; ponderación en vez de subsunción; omnipresencia de la constitución en vez de independencia del derecho ordinario; omnipotencia judicial apoyada en la constitución en lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la constitución (Prieto, 2007).

b) Concepción de Constitución

Antes bien, debemos precisar que describiremos el aspecto de la concepción de la Constitución en lo concerniente al trato de los derechos fundamentales. Posteriormente, a lo indicado en el capítulo anterior, en lo referente a este mismo tema, los derechos fundamentales comienzan a tener interés para el Derecho a partir del siglo XVIII, no antes, pues en los siglos precedentes las prerrogativas de los individuos o su posición frente al Estado pudieron tener interés para la moral o la filosofía, pero no para el Derecho (Carbonell, 2010).

En este segundo estadio la Constitución adquiere un papel más dinámico e implicante, desarrollándose un aspecto de suma importancia jurídico-política para la vida social de los Estados. Nos referimos a la concepción de la Constitución como “norma jurídica” o a la “fuerza

normativa” de la misma. En atención a ello, se sostiene que la Constitución se presenta como un conjunto de normas fundamentales, obligatorias, imperativas y vinculantes; enseguida, se expresa que: “Sobre esto último Germán Bidart Campos [El derecho constitucional y su fuerza normativa. Buenos Aires: Ediar, 1995]” señala que comprende “Tanto a la totalidad de los órganos de poderes como a los particulares, en un doble aspecto: cuando el propio Estado se relaciona con los particulares, y, cuando en estos se relacionan entre sí. Todo ello para que la Constitución se cumpla, se acate, funcione y sea inviolable ante los tribunales de justicia” (García, 2010, p. 453).

Se sostiene que, la Constitución, bajo esta segunda concepción, ya no constituye una realidad meramente retórica, sino que pasa a formularse como una realidad normativa y, por tanto, efectivamente vinculante a sus destinatarios: el poder público y los particulares (Castillo y Castillo, 2008). Así, dice Zagrebelsky, la Constitución es una norma fundamental abierta a valores, a fin de mantener no sólo la unidad en la producción de las distintas fuentes normativas, sino también -y fundamentalmente- a fin de cumplir la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales (Castillo y Castillo, 2008).

Por eso se dice, en nuestro contexto por ejemplo, que la Constitución no es sólo una <<norma jurídica estatal>>, que impone deberes, derechos y obligaciones, sino que constituye el marco de valores y principios en los que la sociedad desea vivir y que regula el ordenamiento del poder en

general; luego se indica que, la Constitución se autoerige en la plasmación normativa de la realidad constitucional (Del Pozo, 2005). Asimismo, la constitución tiene fuerza normativa porque está dotada de exigibilidad, obligatoriedad y efectividad. Así, tanto el poder estatal como la libertad personal terminan siendo regulados jurídicamente por el conjunto normativo contenido en el texto fundamental (García, 2010).

c) Norma constitucional

Respecto de las normas que contiene la Constitución se dice que, tiene un contenido caracterizado por un elemento formal y otro material. El elemento formal consiste en que las disposiciones constitucionales -en particular las disposiciones iusfundamentales- se formulan a través de un lenguaje general que las hacen abiertas, indeterminadas y necesitadas de concreción. El elemento material, por su parte, consiste en que las disposiciones constitucionales -en particular las disposiciones iusfundamentales- tienen un importante contenido axiológico, a través del cual formula los valores básicos de una sociedad que han de ser asumidos y seguidos como fin, tanto por el poder político como por los particulares, llegando incluso a justificar del poder político verdaderas obligaciones de acción (Castillo y Castillo, 2008).

Asimismo, dado el contenido de las normas constitucionales indicadas en el párrafo anterior, en esta segunda estación de la modernidad, se sostiene que respecto de aquellas existe la división de las mismas contemporáneamente conocidas: normas-regla y normas-principio -Al respecto, se ha dicho: "Pues hay razones para entender que el Derecho

no sólo está compuesto por reglas, sino también por los valores y propósitos (esto es, por los principios, en sentido amplio) explícitos o implícitos, a los que las reglas sirven” (Atienzay Ruiz, 2009, p. 234-; ya que tanto en la obra de Dworkin, como en la obra de Alexy, esta distinción se aplica se aplica para explicar la estructura de las normas de derecho fundamental (Bernal, 2003).

En efecto, respecto de la distinción teórico-estructural de este tipo de normas, se ha señalado que para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la división entre reglas y principios (Alexy, 2008). Las primeras son normas que ordenan algo definitivamente (mandatos definitivos), en su mayoría para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones, es decir, son normas condicionadas, aunque las reglas pueden revestir también una forma categórica (ejemplo es la prohibición absoluta de tortura); lo decisivo es, entonces, si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige, por lo que, si se hace, entonces la regla se cumple, si no se hace, la regla se incumple. De ahí que las reglas son normas que siempre pueden cumplirse e incumplirse (Alexy, 2010).

Por su parte, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, es decir, son mandatos de optimización; así, a lo suyo pueden ser cumplidos en diferentes grados, asimismo, la medida de cumplimiento de lo ordenado por los principios depende no sólo de

las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas, siendo que estas últimas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario (Alexy, 2010).

d) Concepto de derechos fundamentales

Al respecto cabe precisar que, la dimensión conceptual que se abordará de los derechos fundamentales, no es tanto la de su contenido (esencia) como de su naturaleza jurídica.

Modernamente, aquellos “derechos” a los que hicimos referencia, son manejados bajo la denominación de derechos fundamentales, noción que, por los demás, no resulta simple. Espinoza-Saldaña (2005) indica que, como es de conocimiento general, cuando la dogmática constitucional comenzó a hablar con cierto rigor de “Derechos fundamentales” los calificaba como “Derechos Públicos Subjetivos”, o dicho en otras palabras, como posibilidades de hacer o no hacer básicamente exigibles por una persona individualmente considerada al aparato estatal (en puridad a las entidades que configuran la Administración o Administraciones Públicas de un Estado determinado).

Luego, Espinoza-Saldaña (2005) dice que, como consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana como fundamento último, por tanto, valor supremo, además del desarrollo y complejidad de las relaciones sociales, los derechos fundamentales se comprendieron como elementos esenciales del ordenamiento jurídico; siendo que, a partir de este momento aquellos tienen un doble carácter, pues serán a

la vez que derechos subjetivos (su dimensión o función subjetiva), elementos básicos para la comprensión de todo el ordenamiento jurídico, cuyo respeto y cumplimiento deber ser ineludible (su dimensión o función objetiva).

En efecto, Landa (2010) expresa que en general los derechos fundamentales han sido concebidos como derechos subjetivos, pero que exigen un deber objetivo de protección tanto del Estado como de los particulares; de donde se deriva el doble carácter de los derechos fundamentales, en la medida que contienen un haz subjetivo y un haz objetivo. “Por el primero, se reconoce a la persona una esfera de pretensiones y satisfacción de necesidades legítimas jurídicamente reconocibles; por el segundo, y en tanto valores objetivos del ordenamiento jurídico, el Estado asume la obligación de brindar protección legal, judicial y administrativa de los mismos (artículo 44), y coloca a los particulares también en una posición de ventaja como deber de coadyuvar a su protección o satisfacción (artículo 38).” (Landa, 2010, p. 12).

Asimismo, se dice que, los derechos fundamentales no pueden ser entendidos simplemente como un conjunto de facultades de acción atribuidas al titular del derecho, sino que precisamente por su especial significación jurídico-política, se entiende que los derechos generan especiales deberes por parte del poder político hacia la consolidación de una plena vigencia de los mencionados derechos, los cuales no son más zonas de autonomía que exigen la no intervención estatal, ya que son,

además, mandatos positivos de actuación del poder público para asegurar la plena vigencia de los derechos.

Siendo así, se afirma que, de esta manera, a la clásica dimensión subjetiva de los derechos fundamentales ha venido a añadirse una dimensión objetiva o institucional (Castillo, 2008), ergo estos derechos sirven como normas a ser cumplidas por sí mismas por el legislador y por todos los que tienen poder dentro de la sociedad, aún la administración pública y los jueces, así como también en las relaciones privadas de las personas (Rubio, Eguiguren y Bernales, 2010).

Explica un profesor de gran trayectoria en Latinoamérica que, habiendo nacido el derecho constitucional como instrumento de protección de los individuos -o de ciertos grupos sociales- respecto del Estado, es evidente que el primer sujeto ante el cual -o contra el cual- se pueden esgrimir los derechos constitucionales es el mismo Estado; sin embargo, en la segunda etapa del constitucionalismo (es decir, del constitucionalismo social), los derechos constitucionales son visualizados también frente a todos los demás (Estado o particulares), quienes deben respetarlos, y contra los cuales es posible accionar en caso de violación de esos derechos (Sagües, 1999).

Lo precedentemente expuesto sirve de fundamento para sustentar que, podemos observar que en los derechos fundamentales se observa una doble naturaleza: como derechos subjetivos de carácter público, así como derechos subjetivos de carácter privado; ergo, no solo observables por los poderes públicos, sino también por los sujetos de derecho

privado en las relaciones inter privados. Saber a qué obedece lo indicado es el cometido del presente trabajo de investigación.

e) Derecho público y derecho privado

Lo anteriormente esgrimido, así como por imposición misma de la forma como se dan las relaciones sociales de nuestra sociedad contemporánea, trae consigo una consecuencia a tener en cuenta en la actualidad, en lo que respecta a las dos áreas más conocidas del Derecho, nos referimos al Derecho Público y al Derecho Privado.

En efecto, se ha señalado la dinámica e interacción que existe entre ambas áreas, haciéndose una explicación de cómo las características antes marcadamente diferenciadas, ahora tienden a enervarse. Al respecto, se ha dicho que, en otrora se dio una especie de “era del orden”, en la que los ámbitos tanto del Derecho de Público como la del Derecho Privado, estaban notablemente y perfectamente diferenciados, por lo que, se desarrolló una dogmática basada en dichas esferas de modo independiente; lo propio ocurría con las fuentes de aquellas, puesto que el Derecho Público era abordado en la Constitución y el Derecho Privado en los Códigos Civil y Comercial. Las dos tenían presupuestos claros, principios autónomos, y autosuficiencia, de modo que no se necesitaban recíprocamente.

En cambio, se sostiene que ahora existe evidencia suficiente de un cierto desorden en la frontera entre ambas, la que se ha tornado móvil, en algunos casos confusos, y en numerosos casos atravesada por

problemas y principios que establecen un nuevo sistema de comunicación entre lo público y privado. La razón fundamental de ello, se explica, reside en que hubo cambios en los presupuestos que dieron origen a la separación entre Derecho Público, lo cual puede contrastarse mediante una brevísima descripción que a continuación desarrollamos. i) *imperium e igualdad*: un elemento esencial se basa en que el Estado es fuerte, está dotado de imperio, sus decisiones son inatacables; en cambio, en el Derecho Privado hay dos sujetos en paridad que tienen relaciones horizontales. Sin embargo, actualmente nadie niega que en el plano privado hay desigualdades entre los individuos, tal vez mucho más relevantes que las que antes existieron respecto del Estado. Por ello es que aparece cada vez con más fuerza la norma imperativa en el Derecho Privado, que se impone a los particulares en asuntos sensibles al interés público.

En el campo de la actividad pública internacional, encontramos a un Estado que en muchos casos actúa en paridad o inferioridad respecto de otros sujetos, principalmente en la economía globalizada. En los asuntos internos, el Estado aparece como un mediador entre intereses sectoriales contrapuestos y las soluciones que dispone no son imperio, sino por consenso. ii) *Ley y contrato*: otro elemento identifica a la ley como característica del ámbito público y al contrato como propio del ámbito privado. Sin embargo, las decisiones públicas surgen de negociaciones que se parecen en mucho a un contrato, y son analizadas con criterios de base contractualista.

Lo inverso ocurre en el orden privado, en el que se observa un incremento de la regulación heterónoma de conductas en base en el orden públicas. iii) *Justicia distributiva y conmutativa*: ha sido tradicional considerar que en el ámbito público rige la justicia distributiva, para el reparto de honores y gravámenes, dando a cada uno lo que le corresponde, según situaciones objetivas como el mérito o el trabajo, mientras que en el Derecho Privado rige la justicia conmutativa, que regula el intercambio, y que busca que el valor de las cosas intercambiadas sea equivalente. Sin embargo, se puede reconocer que en el Derecho Privado comienza a percibirse el efecto distributivo de las normas jurídicas y como ello gravita en las decisiones.

En el *Corpus Iuris* (Digesto, I, I, I, 2) se define al Derecho Privado como *quod ad singulorum utilitatem*, como lo que atañe a la utilidad del individuo. Hoy no es posible pensar que el único criterio del que se vale el Derecho Privado es la utilidad del individuo. iv) *Fuentes autónomas*: como elemento distintivo ha sido la autonomía de fuentes. En el Derecho Público predomina la Constitución, mientras que en el Privado rigen los Códigos Civil y Comercial. El Derecho Privado está tratado en la Constitución y el movimiento de derechos humanos ha influido notablemente para que la relación sea muy estrecha: la mayoría de los casos se solucionan con referencias constitucionales. El Derecho Público ha incorporado elementos iusprivatistas, como ocurre en los servicios públicos ofrecidos a los consumidores, los contratos administrativos, la tipificación de delitos económicos, etcétera. Éste fenómeno conlleva un pluralismo de fuentes muy complejo, en el que se

relacionan las fuentes tradicionales del Derecho Público con las del Privado (Lorenzetti, 2006).

En tal orden de ideas, también se ha pronunciado un maestro peruano indicando: “En la segunda mitad del siglo XX, se demuestra que, en consonancia con la estructura coexistencial del ser humano, no es factible seguir sosteniendo como válida la pretendida clasificación fundamental del Derecho en público y privado, como si fueran dos situaciones del todo inconexas, incomunicadas. Dado que la persona humana es una individualidad pero, al mismo tiempo, un ser social, no es dable escindir jurídicamente los aspectos individuales o privados de aquellos públicos que le son inherentes en cuanto participe de un todo, como es la sociedad. Existen intereses privados con trascendencia pública y aspectos sociales que comprometen a toda persona humana integrante de una determinada comunidad.

En otros términos, la persona humana es, a la vez, sujeto de derecho privado y público, razón por la cual la tradicional y arraigada clasificación fundamental del Derecho es antológicamente inviable. El que la persona sea un ser social o coexistencial nos permite sostener que no se puede hacer abstracción de esta dimensión humana, por lo que el interés comunitario está siempre presente, en mayor o menor medida, en todo derecho subjetivo, en todo accionar de la persona, así como también no es dable desconocer que en todo interés público esté presente el interés privado desde que, en última instancia, el Derecho, en cuanto todo, protege la libertad de cada cual para cumplir con su personal “proyecto

de vida” dentro del bien común. En toda norma jurídica coexisten ambos intereses. Lo que ocurre es que, en ciertos casos, resulta preponderante el interés público mientras que, en otros, lo es el interés privado.

Dicha clasificación, en todo caso, conserva un valor didáctico al efecto de distinguir las normas jurídicas sobre la base del interés cuya protección resulta preponderante, más no exclusiva. Por ello, en los tiempos que corren en lugar de utilizar la común expresión “derechos y deberes” -como si no estuvieran presentes en toda posición jurídica- se prefiere aludir a la de “situación jurídica subjetiva”. Esta expresión, como se sabe, pone de manifiesto el plexo de derechos y deberes que supone el que la persona esté situada en una determinada situación jurídica, ya sea como acreedor o deudor, como progenitor o como hijo, por ejemplo.” (Fernández, 2011, p. 67).

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Enfoque de investigación

El enfoque metodológico, desde el cual se efectuó la presente investigación es: CUALITATIVO (Hernández, Fernández y Baptista, 2009), en tanto que a través de este trabajo se buscó determinar si el neoconstitucionalismo constituye o da lugar a una teoría del Derecho, es decir, la hipótesis se construyó a partir de la realización de la investigación, siendo incluso que las preguntas formuladas se fueron perfeccionando, mostrándose así su carácter dinámico.

3.2 Tipo y diseño de la investigación

Se siguió el diseño no experimental, descriptivo, de teoría fundamentada (Hernández, Fernández y Baptista, 2009), en cuanto se analizó la situación actual del neoconstitucionalismo y sus implicancias en el Derecho, así como sus postulados y debates que sostiene, para determinar si es factible elaborar de aquel una teoría.

3.3 Método

Se empleó los siguientes:

- Descriptivo-explicativo, por cuanto se explicaron los fundamentos en que se sustenta el neoconstitucionalismo.
- Analítico, debido a que se analizó sus implicancias en el Derecho.
- Interpretación sistemática, ya que se hizo la hermenéutica jurídica de la constitución (viendo su fundamentabilidad material y formal) y demás normas del ordenamiento jurídico, en atención a los postulados del neoconstitucionalismo, para advertir su incidencia práctica.

3.4 Técnicas e instrumentos

Por el carácter de la investigación, la misma centró su atención en los fundamentos y las teorías (tesis o postulados) que engloba el neoconstitucionalismo y su incidencia en el Derecho, así como su debate frente a la teoría anterior, en el momento actual (contemporáneo); los cuales se vienen empleando en los diferentes ordenamientos jurídicos. Con tal cometido se empleó fichas de resumen.

3.5 Cobertura de estudio

La base temporal se entendió a un espacio fáctico global en razón a la validez y vigencia de las teorías jurídicas que se abordaron en el presente trabajo de investigación.

3.6 Procesamiento y análisis de datos.

Los indicadores fueron trabajados en base a conceptos, categorías, constructos y la facticidad de los mismos, en base a documentos y datos concretos; esto es, observación directa intensiva de material bibliográfico (objetivo y virtual).

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Fundamentos del neoconstitucionalismo como teoría del Derecho

Lo primero que deseamos señalar, es que si damos una mirada rápida a lo que se plantea, a través de diferentes trabajos por parte de los operadores jurídicos, juristas y filósofos del Derecho, advertiremos con claridad que hay un conjunto de tesis y postulados que se muestran diferentes de los que antes se sostenían, bajo el influjo del así llamado positivismo jurídico.

Ahora bien, es menester señalar que si se miran autores o las tesis que sostienen de manera aislada, con las particularidades que describen, esto es, las diferencias, notaremos que no es posible establecer una unidad respecto de lo que podría venir a ser una teoría contemporánea del Derecho, puesto que estas diferencias alejan tal posibilidad, que es, precisamente, lo que se critica al neoconstitucionalismo, que hay variedad de autores y tesis en el mismo, lo cual no es una crítica certera, debido a que también respecto de la corriente del denominado positivismo jurídico se ha sostenido u observado lo mismo, o sea,

que en aquel existe una variedad de tesis y autores que no, necesariamente, coinciden en sus tesis; sin embargo, lo que debemos efectuar es fijarnos en los puntos en común que tienen dichas tesis o postulados contemporáneos del Derecho, sólo así es posible la construcción de una teoría que estaría replanteando todo lo referente a aquel. Ello, debido a que es, por demás, evidente que si hay un cambio en los fundamentos que inspiran el Derecho, y como correlato de esto, a su vez, una transformación o replanteamiento de los instituciones, figuras y categorías jurídicas a todo nivel.

Estos puntos en común sí se dan en la contemporaneidad y son: lo que puede llamarse “*lo constitucional*”, que hace referencia a que todos los autores y sus respectivas tesis, ponen énfasis en esto, es decir, que se tiene una revaloración de los fundamentos del discurso constitucional y su impregnación en los enteros sistemas y ordenamientos jurídicos, lo cual ha traído consigo el fenómeno de la llamada “constitucionalización del Derecho”, no sólo a nivel teórico ocurre esto, sino también en la praxis jurídica, puesto que si observamos las resoluciones emitidas por órganos jurisdiccionales, Cortes y Tribunales Constitucionales del mundo, advertiremos que todos tienen una cultura muy marcada y con mucho énfasis en lo constitucional.

Esta situación ha generado que se reconfiguren conceptos, como el de la Constitución (antes un documento político, hoy una verdadera norma jurídica vinculante de modo directo); la norma constitucional, etc., que ya referimos en el marco teórico. Éste es, pues, el manto que cubre el Derecho a nivel dogmático, teórico o filosófico.

Antes bien, de continuar con nuestro relato, es pertinente hacer notar en este punto, que la principal tesis dicho fenómeno, razón por la cual muy bien tal situación justificaría la denominación de esta teoría contemporánea como “neoconstitucionalismo”.

Como señaló Dworkin, para que se hable de una teoría del Derecho, la corriente de pensamiento que se pretende presentar como tal, debe ofrecer una teoría de la interpretación, una teoría de la decisión, una teoría de la norma jurídica, una teoría de las fuentes del Derecho, entre otros.

Si somos acuciosos, notaremos que estas teorías están allí puestas en la contemporaneidad, a través de dichos postulados o tesis, que pasamos a anotar enseguida.

Hay una teoría de la interpretación que podemos llamar normativa o creativa o constructiva (creativa), a diferencia de lo que ocurría en el positivismo jurídico, donde la teoría de la interpretación es formalista, cognitiva o descriptiva.

También se aprecia una teoría de la decisión jurídica, la cual en el positivismo jurídico es silogística (lógica), en cambio en el neoconstitucionalismo se habla con de modo muy asiduo de la argumentación, es decir, no sólo se ve la corrección formal, sino también material de las decisiones; ello quiere decir que, para que una decisión sea tomada de modo válido, no es suficiente el juicio de subsunción en el que se ve que se pasa de modo correcto de una premisa a otra, sino que se ve el contenido de las premisas, respecto de las cuales se tiene el análisis argumentativo (desarrollado por las teorías clásicas

como estándar de la misma), para poder concluir si una decisión fue adoptada en términos debidos.

De otra parte, apreciamos que es factible encontrar o hallar hoy una teoría diferente de la norma jurídica que en otrora se planteó, conforme a los fundamentos iuspositivistas, puesto que ésta sostenía una concepción formal, lógica y estructural de norma jurídica, la cual era definida como regla jurídica que está contenida e identificada con la fórmula textual, diferenciada de los principios que eran entendidos como pautas o lineamientos interpretativos o integrativos, además de ser en algunos casos descriptivos o informativos; sin embargo, en la actualidad se maneja la distinción entre disposición (que es la fórmula textual) y lo que en realidad viene a ser la norma jurídica (que es dicha fórmula textual interpretada), así como que hoy se entiende que no hay un solo tipo de norma jurídica, esto es, que la norma jurídica no sólo son las reglas jurídicas, sino también los principios, de ahí que se hable de las normas-regla y las norma-principio.

Otro replanteamiento, y no menos importante, es el relacionado a las fuentes del derecho. En nuestra tradición jurídica (*civil law*) romano-germánica, la principal fuente del Derecho es la ley, y solo subsidiariamente, indirectamente, casi imperceptiblemente se hacía referencia a la jurisprudencia y otras fuentes; esto, no sólo por influjo de la teoría, sino por la praxis y las exigencias de la realidad, ha ido cambiando de un buen tiempo a esta parte, debido a que el Derecho no sólo es dicho por el legislador, sino también por los jueces, incluso, algunos autores han enfatizado en que el Derecho hoy está en manos de los

jueces, es decir, ha caído el legiscentrismo y su principal protagonista que era el legislador, para dar paso al protagonismo del juez.

Constantemente se ve que se estudia y se citan en la praxis a los denominados “precedentes constitucionales” que por mandato de ley son verdaderas normas jurídicas, es decir, aunque no se desee aceptarlo el Tribunal Constitucional (en el caso de nuestro país) legisla, emite legítimas normas positivas. Ello no sólo ocurre en este ámbito, sino también en el ámbito de la justicia ordinaria y en sede administrativa. Antes no existían muchos plenos casatorios civiles, ni tampoco acuerdos plenarios penales, los cuales han proliferado y, cada vez, hay una mayor cultura por crear y recurrir a estos. Lo propio ocurre en sede administrativa, donde se emiten pronunciamientos y son de observancia obligatoria.

4.2 Diferencia entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo

Si se emplea el término <<neoconstitucionalismo>>, es por cuanto, en modo alguno, mediante el uso del mismo se quiere expresar un conjunto de postulados que serían diferentes a un <<constitucionalismo>>. Tal diferenciación concita pues una labor encomiable, dado que implica hablar de diferentes tópicos que representan complejidad, empero evocando el cometido trazado sobre el tema y a fin de no dejar incontestada alguna cuestión al respecto, es que abordaremos el tema, aunque de manera puntual.

Hemos ubicado el presente ítem en este punto, en razón a que se ha manifestado que, dicho tríptico (abordado en el subtítulo anterior) de la concepción del neoconstitucionalismo, permite apreciar la diferencia señalada.

A causa de esto se ha dicho en doctrina (Comanducci, 2010, p. 248) que, el empleo de la referida tripartición, ayuda a notar las diferencias existentes entre constitucionalismo y neocosntitucionalismo. El constitucionalismo, constituye fundamentalmente una ideología encaminada a la limitación del poder, así como a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales, la misma que, de una parte, tiene como trasfondo habitual - aunque no necesario, en tanto que, si existieron positivistas que se han adherido a tal ideología, han rechazado lo que se puede llamar el “constitucionalismo metodológico”, esto es, la idea de que las constituciones (aún más, los principios y derechos fundamentales que las contiene), instituyen un puente entre derecho positivo y moral- el iusnaturalismo, que sustenta la conexidad identificativa entre Derecho y moral, y, de otra parte, tiene como adversario directo al positivismo ideológico.

4.3 Diferencia entre iusnaturalismo, positivismo jurídico y neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo contemporáneo es una doctrina que, según sus partidarios, surge justamente en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del Derecho y que pretende superar y, en un sentido, suplantarse bien al positivismo jurídico bien al isunaturalismo (Comanducci, 2010, p. 247). Se menciona también que, esta expresión se emplea para aludir a distintos aspectos de una, presuntamente, nueva cultura jurídica (Prieto, 2007, p. 109). En efecto, el profesor español Prieto Sanchís sostiene que el neoconstitucionalismo es una “forma política inédita en el Continente” europeo y una “nueva cultura” o por lo menos una “teoría del derecho”, distinta de “la

teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico”, y que es producto de la “singularidad” del constitucionalismo europeo de la segunda postguerra (Bernal, 2009, p. 79).

Se hace esta afirmación de connotación amplia (en términos generales), en lo que atañe al contenido de los temas de estudio que abarcaría, por cuanto el neoconstitucionalismo que, como vimos, conglomeró un conjunto de postulados que tienen en común ciertos aspectos, a partir de los cuales existe pues el esfuerzo de diferentes autores de unificarlos en una (y lo decimos en el aspecto más general) corriente de pensamiento que constituya una verdadera teoría del derecho que, como tal, introduzca un cambio de paradigma en el Derecho en general en todos sus ámbitos, como toda teoría consolidada del Derecho que se ha dado a través de la historia, como el iusnaturalismo, el iuspositivismo y, ahora, el neoconstitucionalismo -o la denominación que se adopte, pues ya vimos que aún no se acuña dicha expresión aunque sea la más difundida, que expresa el real sentido y contenido de su cometido- y que, justamente, se intenta consagrar a ésta última como una teoría del derecho, dado que ésta contradice o presenta postulados, distintos a las dos anteriores teorías (con un paradigma distinto de los establecidos, a su turno, por aquellos); a causa de esto, se ha dicho que el neoconstitucionalismo es un cierto modo *anti-iuspositivista* de aproximarse al derecho; una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni *post-positivista*; que se caracteriza mediante oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios vs. Reglas, ponderación vs. Subsunción, Constitución vs. legislación, Judicial vs. Legislativo (Pozzolo, 2011, p. 16).

4.1.3 La cultura jurídica en el contexto jurídico mundial

Si bien podemos percibir un conjunto de postulados o tesis, que pretenden mostrar obsoleto al positivismo jurídico (respecto del cual se dice que fue elaborado para una realidad que ya no está vigente), no es menos cierto que existen también (aunque tal vez sea de un número menor) defensores de esta última teoría; por lo que, nos parece atinado señalar que serían dos posturas (en general) las que existirían en el debate sobre el Derecho: la primera, en la que se encontrarían todos los autores (muchos de los cuales ya han sido mencionados) del neoconstitucionalismo (teoría no positiva o teoría postpositiva, en atención a los postulados contemporáneos a cuyo estudio se ocupan, según señalamos), que pretende desplazar al positivismo y el paradigma por el generado, para dar paso (a la vez, de consolidar) a un tercer y nuevo paradigma en el Derecho, una corriente de pensamiento que sea tomada como tal y en forma autónoma, que replantea todo el esquema del Derecho en sustancia y en forma, pues creen que, partiendo de los cambios de la realidad, en la teoría (nos referimos a dichos postulados y tesis actuales) del Derecho ha operado un cambio rotundo, esencial; y, la segunda, propugnada por el conjunto de autores que, se resisten a pensar en que se haya producido un cambio en esencia en el Derecho, defendiendo el mantenimiento del paradigma del iuspositivismo para regir el mundo del Derecho, así como regular la realidad, a través de sus vertientes (véase el neoconstitucionalismo como positivismo crítico (Jiménez, 2008, p. 53), o la respuesta que sustenta dar al neoconstitucionalismo, por medio del positivismo incluyente (Escudero, 2011, p. 89), así como se puede apreciar la defensa del profesor Juan Antonio García Amado -y su conocido debate sostenido con el profesor Luís Prieto sanchos, al

cual se suma el profesor Carlos Bernal Pulido en defensa del neoconstitucionalismo-, trabajos que de forma directa se pronuncian o hacen frente al neoconstitucionalismo, por citar algunos).

Este es pues el contexto jurídico actual del Derecho, de donde nosotros podemos inferir que el derecho se estaría reinventando o repensando para regular la realidad, que siempre es dinámica y cambiante (y a menudo con más frecuencia), la misma que a propósito de los avances tecnológicos, ha generado una serie de espacios nuevos para el desenvolvimiento de las relaciones sociales (presentando, cada vez más, una multiplicidad de tipos de relaciones sociales y multidiversidad de supuestos en que estas se pueden presentar) lo que, por consiguiente, trae una serie de remodelaciones, reestructuraciones y reflexiones sobre cómo entender la realidad para regirla mediante el Derecho, labor a la que confluyen tales postulados y tesis (así como el debate que por las mismas se generan); lo cierto es que, tales postulados y tesis es lo que vino después del positivismo, es decir, el neoconstitucionalismo -con relación e esto se ha dicho: “Si el pandectismo fue un método o una ideología, o ambas cosas al mismo tiempo, que correspondieron al Derecho de la recopilación romana, y el Positivismo lo fue para el tiempo de la codificación napoleónica, el Neconstitucionalismo sería el método o ideología jurídica del Derecho decodificado, del Derecho suelto, en fin, del Derecho “liberado” de su “auténticos intérpretes” como pretendiera hacer creer en el Estado del legislador decimonónico”. (Prieto, 2007, p. 11)- (teoría no positiva o post positivismo), con el debate en contra del paradigma del positivismo para derrocarlo o por su reflote.

CONCLUSIONES

- El neoconstitucionalismo, atendiendo más que a autores, por las tesis y postulados que agrupa, es factible encontrar puntos comunes a partir de los cuales se puede construir una teoría contemporánea del Derecho distinta del iusnaturalismo y, antes bien, del positivismo jurídico, respecto del cual tales tesis se muestran en contradicción y explican y responden mejor a la realidad actual. Los sentidos de neoconstitucionalismo se contraponen a los sentidos de positivismo jurídico, las cuales replantean varios fundamentos y conceptos del Derecho, a todo nivel.
- Sí se aprecia una diferencia clara ente el constitucionalismo y el neoconstitucionalismo, siendo el primero una filosofía política y la segunda se muestra como una verdadera teoría general del Derecho. Así también, el neoconstitucionalismo se muestra, a partir de sus autores y postulados, diferente tanto del iusnaturalismo como del positivismo jurídico.

- La cultura jurídica de hoy se muestra bipartita entre los neoconstitucionalistas, no positivistas o post positivistas, por un lado, y los neopositivistas, de otra parte.

RECOMENDACIONES

- A los investigadores, se indica que la presente investigación es un primer paso para construir, a partir de puntos en común de las tesis y postulados de la contemporaneidad del Derecho, por lo que, se recomienda incidir en tales puntos en común, a fin de lograr construir una Teoría General del Derecho; asimismo, se incida en los fundamentos filosóficos que inspiran al así llamado neoconstitucionalismo.

- A las autoridades, conviene apoyar la profundización o continuación de la presente investigación, toda vez, que el mismo tiene incidencia en la teoría y praxis actual de las relaciones sociales, siendo que se requiere de financiamiento correspondiente con material bibliográfico y demás para el logro de su cometido.

- A los profesionales en Derecho, es menester revisar y reflexionar sobre el presente trabajo, ya que el mismo pone en evidencia la fundamentación teórica actual del Derecho, lo que coadyuva el estudio del mismo y su razonamiento.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiló, J. (2004). *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

Aguiló, J. (2010). *Positivismo y Postpositivismo - Dos paradigmas en pocas palabras. Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Lima: Palestra Editores.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Sociedad Anónima de Fotocomposición.

Alexy, R. (2009). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Colombia: Digiprint Editores EU.

Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Editora Marcial Pons.

Atienza, M. y Ruiz, J. (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Lima: Editorial Ariel.

- Atienza, M. y Ruiz, J. (2009). *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Barberis, M.(2011). *El Neoconstitucionalismo – ThirdTheroy of Law. Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores.
- Bobbio, N. (1965). *El Problema del Positivismo Jurídico*.Buenos Aires: EUDEBA Editorial.
- Bobbio, N. (1997). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bernal, C (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamental*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal, C. (2009). *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*. Colombia: X pressEstudio Gráfico y Digital.
- Bidart, G. (1969). *Filosofía del Derecho Constitucional*.Buenos Aires: Editorial EDIAR.
- Bilbao, J. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carbonell, M. (2007). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta.

- Carbonell, M. (2010). *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos claves*. Lima: Palestra Editores.
- Castillo, L. (2008). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Castillo, L. y Castillo, J. (2008). *El precedente Judicial y el precedente constitucional*. Lima: ARA Editores.
- Castillo, L. (2009). *La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del Derecho. Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Castilla, J. (2012, junio). Apuntes sobre el neconstitucionalismo: La configuración de un nuevo paradigma en el Derecho en general (en la cultura jurídica y el derecho positivo) *Revista Jurídica ASTREA* - "Hablemos de Derecho y algo mas...". 01, 29-36.
- Comanducci, P. (2004). *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. México: Distribuciones Fontamara.
- Comanducci, P. (2010). *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica – Ensayos de Teoría Analítica del Derecho*. Lima: ARA Editores.
- Chanamé, R. (2009). *Diccionario Jurídico – Términos y conceptos*. Lima: ARA Editores.
- Del Vecchio, G. (1979). *Los principios generales del Derecho*. Barcelona: Editorial Bosch.

- Del Pozo, C. (2005). *Control Difuso y Procedimiento Administrativo*. Lima: Palestra Editores.
- Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas.
- Escudero, R. (2011). *La respuesta positivista al desafío del neconstitucionalismo: el positivismo jurídico incluyente. Neconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores.
- Espinosa-Saldaña, E. (2005). *Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Distribuciones Fontamara.
- Ferrajoli, L.(2011). *Cultura jurídica y paradigma constitucional – La experiencia italiana del siglo XX*. Lima: Palestra Editores.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrando, J. (1987). *¿Qué es una Constitución?*Madrid: Editorial Tecnos.
- García, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Arequipa: Editorial Adrus.

- Haberle, P. (2003). *El Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial.
- Hernando, E. (2009). *Neconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes? Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Jiménez, R. (2008). *Una metateoría positiva del positivismo jurídico*. Madrid: Editora Marcial Pons.
- Kelsen, H. (1981). *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria.
- Landa, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Lorenzetti, R. (2006). *Razonamiento Judicial – Fundamentos de Derecho Privado*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Martínez, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Editora Marcial Pons.
- Mendoza, M. (2009). *Derechos fundamentales y derecho privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Morales, F. (2009). *El Derecho como espacio de convergencia entre el neconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica. Pautas para*

interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Naranjo, V. (2010). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas.* Colombia: Editorial Temis.

Palacios, E. (2002). *La conversión y la nulidad del negocio jurídico.* Lima: ARA Editores.

Peces-Barba, G. (1999). *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política).* Madrid: Editorial DIKINSON.

Peces-Barba, G. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales.* Madrid: Editorial DIKINSON.

Pérez, A. (1998). *Los derechos fundamentales.* Madrid: Editorial Tecnos.

Pozzolo, S. (2011). *Notas al margen para una historia del neconstitucionalismo. Neconstitucionalismo, Derecho y Derechos.* Lima: Palestra Editores.

Pozzolo, S. (2011). *Neconstitucionalismo y positivismo jurídico.* Lima: Palestra Editores.

Prieto, L. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial.* Lima: Palestra Editores.

Rubio, M.Eguiguren, F. y Bernal, E. (2010). *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional – Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución.* Lima: Fondo Editorial - PUCP.

Sagües, N. (1999). *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires:
Editorial ASTREA.

Schimtt, C. (1983). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Alianza.

Torres Vásquez, A. (2008). *Diccionario de Jurisprudencia Civil. Definiciones y
conceptos de Derecho civil y Derecho Procesal Civil extraídos de la
jurisprudencia*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid:
Editorial Trotta.