

**ESCRITOS SOBRE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y
TEORÍA O FILOSOFÍA DEL DERECHO**

Jhoni Shang Castilla Colquehuanca



JHONI SHANG CASTILLA COLQUEHUANCA

**ESCRITOS SOBRE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y
TEORÍA O FILOSOFÍA DEL DERECHO**



Facultad de Ciencias
Jurídicas y Políticas



Universidad Nacional del
Altiplano de Puno

Título:

Escritos sobre teoría constitucional y teoría o filosofía del derecho

Autor:

Castilla Colquehuanca, Jhoni Shang

Editado y arbitrado académicamente por doble par ciego por:

Universidad Nacional del Altiplano. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

Esquina Jr. Conde de Lemos, con Jr. Grau, Puno – Perú

fcjp.investigacion@unap.edu.pe

Publicación digital disponible en:

<http://fcjp.derecho.unap.edu.pe/libros/>

1ª edición digital: abril de 2023

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-03055

ISBN N° 978-612-48935-5-1

DOI: 10.56187/unap.fcjp.lib.10

Esta obra está bajo la licencia de Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0)

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....

Índice

PRÓLOGO	1
INTRODUCCIÓN	2
NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORÍA DEL DERECHO; ¿QUÉ VINO DESPUÉS DEL PARADIGMA IUSPOSITIVISTA?	5
1. Introducción	5
2. Aproximación conceptual	7
3. Sentidos o enfoques del neoconstitucionalismo	13
3.1. Neoconstitucionalismo teórico	15
3.2. Neoconstitucionalismo ideológico	18
3.3. Neoconstitucionalismo metodológico	22
3.4. Cuestión en torno a la clasificación	22
4. Una pincelada sobre la diferencia entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo	22
5. El neoconstitucionalismo en el Perú	26
6. Contexto jurídico	32
6.1. Niveles de reflexión del Derecho	32
6.2. Ámbito tentativo de debate del neoconstitucionalismo ..	34
6.3. Cultura jurídica	35
6.4. Neoconstitucionalismo, teoría no positiva o teoría postpositiva del Derecho	36
6.5. Dos posturas a saber en el contexto jurídico	38
6.6. Después del positivismo	39
7. Reflexión final	40
Bibliografía	42
FUNDAMENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A TERCEROS	44
1. Introducción	44
2. Positivism jurídico y neoconstitucionalismo	46
2.1. Positivism jurídico (brevísim referencia)	48
2.2. Neoconstitucionalismo (brevísim referencia)	50

3. Algunas tesis o postulados del positivismo jurídico y del neoconstitucionalismo	54
3.1. Estado de derecho y estado constitucional	54
3.2. Concepto de constitución y de norma constitucional	55
4. Concepto de derechos fundamentales bajo el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo	60
5. Conclusión	64
Bibliografía.....	64
LAS DOS ARISTAS DEL DERECHO PUNITIVO DEL ESTADO: BREVE REFLEXIÓN DEL MISMO EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO.....	68
1. Introducción	69
2. Contexto jurídico	70
3. Derecho punitivo del estado	71
4. Las dos aristas del derecho punitivo del estado	73
5. Criterios para discernir el ejercicio del derecho punitivo del Estado a través de sus dos aristas	74
5.1. Primer criterio: gravedad de hechos irregulares y bienes jurídicos afectados.....	74
5.2. Segundo criterio: contexto en que se producen los hechos irregulares y cualificación excluyente de los presuntos responsab	78
5.3. Tercer criterio: descentralización del ejercicio de la coerción penal y mejor organización de la misma, como consecuencia de la evolución de los postulados del derecho punitivo vinculados al derecho administrativo sancionador ..	79
6. Interacción entre las dos aristas y no interpolación.....	81
7. Principios que coadyuvan a la interacción y no interpolación de las dos aristas del derecho punitivo del Estado.....	81
7.1. Non bis in ídem y Ne bis in ídem	82
7.2. Principio de legalidad	83

7.3. Principio de intervención mínima.....	86
8. Caso (específico) práctico sobre el tema	88
9. Conclusión	94
Bibliografía.....	94
LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA COMO DERROTERO DEL PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO Y SUS APORÍAS; UN INTENTO POR RESPONDER HACIA DÓNDE VA EL DERECHO ACTUAL	96
1. Introducción	97
2. Interpretación.....	100
3. La interpretación jurídica.....	104
3.1. Notas sumarias sobre la interpretación jurídica.....	104
3.2. Interpretación jurídica y positivismo jurídico (el formalismo interpretativo)	108
3.3. Interpretación jurídica e interpretación constitucional (a propósito del constitucionalismo contemporáneo)	118
4. Mutación (constitucional) e interpretación evolutiva	123
5. Las aporías en el derecho contemporáneo	128
5.1. Ápice de la exactitud e inexactitud jurídica	128
5.2. Derecho ordenado (legislativo) y derecho espontáneo (constitucional-judicial)	129
6. Orientación del derecho (la mutación jurídica como horizonte jurídico)	130
7. Conclusiones.....	132
Bibliografía.....	91
DE LA EXACTITUD JURÍDICA A LA INEXACTITUD CONSTITUCIONAL: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA TESIS DE LA EXACTITUD E INEXACTITUD EN EL DERECHO	135
1. Introducción	136
2. Materiales y métodos.....	137
3. Positivismo jurídico y concepción clásica de la norma jurídica	138

4. Concepción contemporánea de norma jurídica	141
5. Concepción estática y dinámica de norma jurídica	144
6. Norma jurídica y teoría general del derecho	147
6.1. La exactitud jurídica.....	149
6.2. La inexactitud constitucional.....	151
7. Circunloquio de la tesis de la exactitud e inexactitud en el derecho	155
8. Conclusiones.....	156
Bibliografía.....	157
APÉNDICES	93
La doble dimensión del lenguaje jurídico: a propósito de las sentencias dictadas en quechua y en aymara	160
<i>(Columna)</i>	156
La madre tierra reclama sus derechos	159
<i>(Columna)</i>	159
Justicia intercultural y justicia de paz	159
<i>(Columna)</i>	159

INTRODUCCIÓN

El libro que se presenta reúne cinco trabajos sobre temas de teoría constitucional y teoría del Derecho, escritos que inciden sobre temas muy en boga, no solo en la teoría sino en la praxis jurídica.

El primer artículo, tiene como cometido analizar el denominado constitucionalismo contemporáneo o “neoconstitucionalismo” -el cual conglomerará a un conjunto de postulados contemporáneos-, con la finalidad de reflexionar 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 todos 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).

En el segundo trabajo, nos ocupamos de encontrar y dar a conocer los fundamentos por los cuales, los derechos fundamentales (derechos humanos, en sentido más amplio) son exigibles frente a terceros (esto es entre particulares, no sólo frente al Estado) y, por tanto, tutelados a través de mecanismos jurídicos (sustantivos y procesales) concretos que permitan reclamar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, verbigracia por medio de una acción de amparo ante un supuesto en el que se vulnere la dignidad con el

contenido de una prestación, en la celebración de un determinado contrato. Lo expuesto, evidentemente, supone abordar la problemática de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros o particulares. Tal planteamiento obedece a que en nuestro país, a nivel teórico aún no se tiene claro por qué el respeto de los derechos fundamentales son de observancia obligatoria en la relaciones inter privados, motivo por el cual no existe normatividad expresa que así lo disponga (con los supuestos que corresponda), no obstante, que el Tribunal Constitucional ya emitió pronunciamiento a favor, a partir de la interpretación de un artículo de nuestra norma suprema, empero en nuestro país en los diferentes sectores de estudio y aplicación del Derecho, aún no se toma conciencia o no se advierte dicha problemática y los fundamentos que sustentan tal omnipresencia de los derechos fundamentales en el ámbito privado también, incluso todavía algunas veces se entiende que los derechos fundamentales tienen sólo el carácter (o dimensión) de derechos públicos, ergo sólo exigible frente al estado, concretamente frente a personas que desempeñan cargos que importan el poder público, más no así, es exigible entre particulares. Tal cometido importa revisar la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, el sistema de valores de la constitución, su fundamentabilidad material y formal, y otros temas, que permitan explicar su validez al entero ordenamiento jurídico, lo que significa que también sean exigibles en el derecho privado en general.

De otra parte, en el tercer manuscrito nos ocupamos del *ius puniendi* del estado, donde damos a conocer nuestra postura respecto de una presunta interpolación de sus dos aristas, a partir de la revisión y análisis de un caso específico sobre el tema. Y es que, en la *praxis* jurídica a menudo se ven casos que, en no pocas veces (y dicho sea de paso), generan problemas interpretativos de cara a la resolución, justamente, de casos concretos; por lo que, este trabajo pretende alcanzar criterios o elementos de gran utilidad y que, muy bien, pueden ser tenidos en cuenta en la interpretación operativa.

Con relación a la cuarta entrega, allí el lector podrá encontrar una reflexión sobre la orientación que tendría el Derecho, a propósito de la reconfiguración de la concepción (cuando no de la misma fundamentación) de la interpretativa jurídica y de su operatividad, por influjo de la así llamada interpretación evolutiva. Hoy en día, se exige al Derecho que sea o que, en todo caso, cuente con mecanismos ágiles y más eficientes para la atención de las grandes exigencias sociales que impone la sociedad contemporánea que es, por demás, dinámica. Siendo así, el Derecho mismo debe buscar una proyección en tal sentido, claro está sin incurrir en excesos o extremos.

También nos avocamos al concepto de la norma jurídica, en nuestro último trabajo, donde se explica cómo es que en la teoría contemporánea del Derecho, la concepción de la norma jurídica ciertamente merece reflexión, habida cuenta que su comprensión y aplicación muestra, sino visos de cambio, una ampliación, de modo tal, que hay una sensación de revisión de la concepción dada bajo el paradigma del positivismo jurídico; sin embargo, muchos operadores del derecho continúan aplicando la norma jurídica atendiendo a lo que nosotros denominamos la *concepción estática* de la misma, en lugar de realizarlo teniendo también en cuenta a lo que llamamos *concepción dinámica* de la norma jurídica, como ya lo hizo incluso nuestro supremo intérprete de la Constitución, esto es, el Tribunal Constitucional. Con motivo de cavilar sobre tal tópico, deseamos insinuar la tesis de la exactitud e inexactitud jurídica.

Finalmente, compartimos tres columnas nuestras, donde damos a conocer nuestra opinión jurídica sobre temas, si bien puntuales, empero de mucha actualidad e interés.

<<En tiempos modernos, conforme al avance y evolución de las relaciones sociales y el contexto general que las rodea, el Derecho ha tenido que enfrentarse a varios desafíos que, precisamente, aquellas le imponen, por lo que, se ha visto en la

necesidad de reinventarse a fin de dar respuesta a los requerimientos que la realidad exige...>> j.s.c.c.

NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORÍA DEL DERECHO; ¿QUÉ VINO DESPUÉS DEL PARADIGMA IUSPOSITIVISTA?¹

Sumario: i. Introducción; ii. Aproximación conceptual; iii. Sentidos o enfoques del neoconstitucionalismo: 3.1. Neoconstitucionalismo teórico, 3.2. Neoconstitucionalismo ideológico, 3.3. Neoconstitucionalismo metodológico, 3.4. Cuestiones en torno a la clasificación; iv. Una pincelada sobre la diferencia entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo; v. El neoconstitucionalismo en el Perú; vi. Contexto Jurídico: 6.1. Niveles de reflexión del Derecho, 6.2. Ámbito tentativo de debate del neoconstitucionalismo, 6.3. Cultura jurídica, 6.4. Neoconstitucionalismo, teoría no positiva o teoría postpositiva del Derecho, 6.5. Dos posturas a saber en el contexto jurídico, 6.6. Después del positivismo; vii. Reflexión final.

1. Introducción

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 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

¹ Artículo publicado (en su versión original) en la Revista Institucional de Derecho del Ilustre Colegio de Abogados de Puno “Vox Juris”, N° 12 - 2013.

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 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, a través de este artículo trataremos (siempre dentro de nuestras limitaciones, ya sea de orden bibliográfico u otros, pero que no enervan la seriedad de las ideas que se pretenden transmitir) de hacer un tratamiento somero (excusándonos desde ya, de algunas imprecisiones, pues dicho fenómeno jurídico mismo, está buscando consolidarse²) y, sobre todo, descriptivo e informativo, por cuanto como dice el profesor Pedro Grández Castro³, 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

² Como dijo Grández Castro: “Es cierto que el visitante puede ver que aún no hay una tendencia definida, pero es cierto también que todos ven dar la estocada final a un pensamiento que se ha dado en llamar Neoconstitucionalismo o Constitucionalismo moderno. ..., es claro que se trata de un nuevo pensamiento, de una manera distinta de leer la sociedad a través del Derecho y, por ello mismo, de una nueva posibilidad de construir el futuro de nuestra cultura y tradición jurídica.”. De la presentación del libro: Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Palestra Editores. Primera reimpression, julio 2007. Lima – Perú, p. 11.

³ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. ob. cit., p.11.

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 solo a nivel local sino también nacional) no se ha tomado aún conciencia del mencionado fenómeno jurídico (al menos, en su real magnitud o dimensión), introducir y ponerlo a consideración en el foro jurídico (labor que ya habríamos iniciado el año dos mil once, en una ponencia que diéramos con todo gusto sobre el tema, en un congreso de derecho, precisamente con el cometido antes indicado). Por ende, conviene indicar que, las ideas que transmitimos no son agotadas o definitivas, empero sirvan para invitar a los estudiantes, juristas y operadores del derecho, tanto para conocer el tema, así como para incentivar la investigación sobre el mismo, habida cuenta de su amplia implicancia.

2. Aproximación conceptual

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*, pues en el sistema anglosajón o en la tradición del *common law* se usa la expresión “*Third Theory of Law*”, denominado así por John Mackie⁴–; no obstante, independientemente de la

⁴ MACKIE, John citado por; Barberis, Mauro. El Neoconstitucionalismo – Third Theory of Law. En: Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos. Palestra Editores. Primera edición, noviembre 2011. Lima – Perú, p. 249. El Profesor Mauro Barberis nos dice, en el mencionado artículo de su autoría (página 253 y, luego, en el pie de página de la misma) que el *new constitutionalism* hoy aparece también en el debate angloamericano, remitiéndonos a las siguientes obras de: HIRSCHI, Ran, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Cambridge. Harvard University Press, Massachusetts, 2003, y “The New Constitutionalism and

expresión que se tome, en atención a que la sinonimia o polisemia 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 acuñar⁵ dicha frase para denominar así al fenómeno jurídico que describiremos, puesto que es esto último lo que nos interesa, esto es, hacer una descripción y difusión del mismo, para concitar mayor interés (a la par de hacer notar en mayor medida su presencia) en nuestro foro, como lo anotábamos líneas atrás.

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 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 jurídico⁶ (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).

the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, en *Fordham Law Review*, N° 75, 2006, pp. 721-754.

⁵ Nuevamente, señala Grández Castro: “Lo cierto es que algunos autores... no se arriesgan aún a rotularse “neoconstitucionalistas” o confortantes de la “Escuela de Derecho dúctil” ...”. De la presentación del libro: ob. cit., p. 14.

⁶ COMANDUCCI, Paolo. *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica – Ensayos de Teoría Analítica del Derecho*. ARA Editores. Primera edición. Lima – Perú. 2010, p. 247.

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, empero 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 perspectiva⁷, 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

⁷ 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, Susanna. Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo. En: Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos. Palestra Editores. Primera edición, noviembre. Lima – Perú. 2011, p. 8.

las ramas de la moderna discusión político-jurídica; esto incluso hasta la dimensión supranacional⁸.

De nuestra parte, sin perjuicio de lo anotado precedentemente, podemos afirmar que se emplea la expresión “neoconstitucionalismo”, en todo caso, para destacar o resaltar la característica o postulado o tesis más resaltante del mismo: esto es, la preponderancia de “lo constitucional” (con todo lo que de suyo importa) en el Derecho, motivo por el cual un notable jurista italiano como lo es el profesor Ricardo Guastini haya planteado el tema del fenómeno de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”; preponderancia que se ha dado a través de un replanteamiento o reconfiguración robusta o reforzada de lo constitucional, verbigracia, hoy se habla de un “Estado Constitucional” a diferencia y en lugar de un “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-⁹.

Una vez, ciertamente, justificado el manejo de dicha expresión, corresponde ahora pasar a tratar de conceptualizar la misma, partiendo de lo que se informa por quienes se ocupan de su estudio. 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, suplantar bien al positivismo jurídico bien al isunaturalismo¹⁰. Se menciona también que, esta expresión se emplea para aludir a distintos aspectos de una, presuntamente,

⁸ POZZOLO, Susanna. ob. cit., p. 9.

⁹ FERAAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. T. 1. Teoría del derecho. Editorial TROTТА. Madrid – España. 2011, p. 461.

¹⁰ COMANDUCCI, Paolo. ob. cit., p. 247.

nueva cultura jurídica¹¹. 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 postguerra¹².

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, conglera 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

¹¹ PRIETO SANCHÍS, Luís. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Palestra Editores. Primera reimpresión, julio. Lima – Perú. 2007, p. 109.

¹² BERNAL PULIDO, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho. X press Estudio Gráfico y Digital S.A. – Universidad Externado de Colombia. 2009, p. 79. Véase también este artículo en: CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. Madrid. 2007, pp. 289 a 325. Asimismo, en la primera obra que citamos, pp. 79 se indica: Otros autores concuerdan con esta tesis e incluso la plantean con mayor ahínco. Así, por ejemplo, se expresa M. A. Ahumada: “Con el término “neoconstitucionalismo” se quiere hacer referencia al nuevo paradigma asociado a esta forma constitucional [la del Estado Constitucional Democrático]. Un modelo de perfiles todavía confuso que ha obligado a la revisión de la filosofía del derecho”. En: *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson y Civitas, 2005, pp. 80 a 81. Por su parte, A. García Figueroa sostiene que el neoconstitucionalismo es una “nueva corriente” (p. 237), un “nuevo paradigma” (p. 237 a 254), “esquivo a las etiquetas adicionales” (p. 237), capaz de superar la “agotada” “dialéctica positivismo-iusnaturalismo” (p. 254 a 258), y que se caracteriza porque en él “el derecho tiene disposición a la corrección” (p. 258). En: “Principios y derechos fundamentales”, en J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. de Páramo y L. Prieto Sanchís (eds.). *Constitución y derechos fundamentales*, Ministerio de la Presidencia, Secretaría Técnica, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 235 y ss.

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, precisamente, 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. Legislativo¹³.

En virtud de lo precedentemente expresado, podemos intentar una concepción del mismo, resumiendo su marco conceptual, señalando que, el neoconstitucionalismo (expresión sobre la que ya se han emitido argumentos para su uso justificado¹⁴, según ya vimos) es el enunciado utilizado para significar el agrupamiento y, a su vez, descripción de un conjunto de postulados¹⁵ o tesis (Estado

¹³ POZZOLO, Susanna. ob. cit., p. 16.

¹⁴ POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. Palestra Editores. Lima – Perú, noviembre del 2011, p. 26 y ss.

¹⁵ 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 LUNA, Félix. El Derecho como espacio de convergencia entre el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica.

Constitucional, constitucionalización del ordenamiento jurídico, 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 iusnaturalismo¹⁶.

Quede claro, entonces, que el “*neoconstitucionalismo*” no es un tema al interior de la rama del derecho denominado “derecho constitucional”, como curiosamente se suele creer (y hay que decirlo sin temor, pues a todos nos ocurre) por desconocer un tema (y todos pues desconocemos o somos ignorantes en cierta medida, ya que nadie lo conoce todo, ergo, es recomendable abstenerse de hablar o avocarse a un tema, sin previa investigación seria del mismo), pues resulta inocente asignar a las expresiones significados a priori atendiendo solamente o limitándose únicamente a su literalidad, máxime cuando se trata del estudio del Derecho.

En: Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Primera edición, diciembre 2009, p. 203.

¹⁶ Por ello se ha dicho, refiriéndose al neoconstitucionalismo y su pretensión de soslayar al positivismo jurídico que: “Por cierto y para no entusiasmar a nadie, no se trata de la victoria de su contrincante histórico, el iusnaturalismo...”. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. ob. cit., p.11.

3. Sentidos o enfoques del neoconstitucionalismo

Si, como habíamos precisado anteriormente, el tema materia del presente artículo, representa complejidad por la amplitud de su contenido, en cuanto se esfuerza por erigir un nuevo paradigma en la cultura jurídica y el derecho positivo, ya que desea constituirse en una teoría general del Derecho, tal tarea implica pues que deba cubrirse los diferentes ámbitos de estudio como objeto de estudio propio de las grandes corrientes, razón por la que se verá en la necesidad de diversificarse (en sentidos y enfoques, pues nos parece que estas expresiones, describen mejor el contenido del que se ocupan, sin embargo, reproduciremos las expresiones usadas de clases, tipos o acepciones, atendiendo a su empleo por los autores que son de referencia), a fin de no dejar incontestada ninguna cuestión de nuestra rama del conocimiento.

A este respecto, ya hemos señalado que, bajo el rótulo de neoconstitucionalismo se hace referencia a cuestiones distintas que conviene distinguir cuidadosamente: en ocasiones se usa para dar cuenta de ciertos cambios acaecidos en los textos constitucionales o en la estructura del ordenamiento jurídico en general; otras veces, para remitirse a las teorías que dan cuenta de esos cambios; en otros casos, para describir una ideología que subyace en ciertos juristas y teóricos del Derecho que valoran positivamente esos cambios¹⁷.

Tal percepción no es errada, porque 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

¹⁷ MARTÍNEZ ZORRILA, David. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. De la colección "Filosofía y Derecho". Editora Marcial Pons. Madrid – España. 2007, p. 59.

conocida distinción que hiciera el Ilustre maestro italiano Norberto Bobbio, con respecto al positivismo jurídico¹⁸.

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”¹⁹. De modo que, existirían un sentido o enfoque de neoconstitucionalismo teórico, otro ideológico y un tercero que sería metodológico, los cuales desarrollaremos a continuación.

3.1. 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 constitucionalización²⁰ que se ha dado en aquellos, el cual ha incidido

¹⁸ BOBBIO, Norberto. El Problema del Positivismo Jurídico. EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires - Argentina. Traducida por Ernesto Garzón Valdés. 1965, p. 39-40. 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.”.

¹⁹ COMANDUCCI, Paolo. ob. cit., p. 248.

²⁰ Ricardo Guastini, con su claridad y agudeza vitales, 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 concurran 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*

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 sostenibles²¹.

Al respecto, debemos señalar que, lo indicado en cierta medida 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

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 ZORRILA, David. ob. cit., p. 60-62.

²¹ COMANDUCCI, Paolo. Op. Cit., p. 249.

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 trabajo²²).

Siendo así, que las necesidades de la realidad han requerido la reformulación de los postulados que la explicaba, la cual no está más enmarcada en el llamado positivismo teórico, que se presenta alejado de aquella. Hay algo bastante obvio: la crisis de la ley, una crisis que no responde sólo a la existencia de una norma superior, sino también a otros fenómenos más o menos conexos al constitucionalismo, como el proceso de la unidad europea, el desarrollo de las autonomías territoriales, la revalorización de las fuentes del Derecho, la pérdida de las propias condiciones de racionalidad legislativa, como la generalidad y abstracción, etc. En suma, la ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho que pretendió ser en otra época, y tal vez este sea el síntoma más visible de la crisis de la teoría del Derecho positivista, forjado en torno a los dogmas de la estatalidad y de la legalidad del Derecho²³.

El Profesor español Luís Prieto Sanchís, indica que el neoconstitucionalismo, que está impulsando una nueva teoría del Derecho, tendría como rasgos más sobresalientes aspectos que pueden ser resumidos en los siguientes cinco epígrafes, que son expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más

²² CASTILLA COLQUEHUANCA, Jhoni Shang. *¿Se requiere el agotamiento de la vía administrativa frente a las actuaciones materiales de la Administración no sustentadas en actos administrativos?* Gaceta Jurídica. Suscripción Actualidad Jurídica. Tomo 225 – agosto 2012. Lima – Perú, p. 99.

²³ PRIETO SANCHÍS, Luís. ob. cit., p. 120-121.

principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o parlamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas²⁴.

3.2. Neoconstitucionalismo ideológico

Sobre esta acepción, nos parece ilustrativa y con más cobertura, la explicación que ensaya, nuevamente, 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

²⁴ PRIETO SANCHÍS, Luís. ob. cit., p. 121. El mencionado Profesor, manifiesta al respecto: “Resumo aquí la caracterización más o menos coincidente que ofrecen distintos autores, como R. ALEXI, *El concepto y validez del Derecho*, trad. De Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 159 y ss; G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, epílogo de G. Peces-Barbas, Trotta, Madrid, 1995, pp. 109 y ss.; R. GUASTINI, “La costituzionalizzazione’ dell’ordenamiento italiano, en *Ragion Pratica*, Nº 11, 1998, pp. 185 y ss.”

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, Ferrajoli²⁵.

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 Comanducci²⁶, quien manifiesta, recordando al gran 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

²⁵ PRIETO SANCHÍS, Luís. ob. cit., p. 110-111.

²⁶ COMANDUCCI, Paolo. ob. cit., p. 252-253.

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, en las tres versiones no se toma en cuenta el contenido del Derecho²⁷.

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

²⁷ COMANDUCCI, Paolo. ob. cit., p. 254.

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 Derecho²⁸.

3.3. Neoconstitucionalismo metodológico

En suma, desde esta acepción, se propugna la tesis del necesario nexo entre el Derecho y la moral, lo cual evidentemente significa una 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. Asimismo, 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 moral²⁹.

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

²⁸ Ídem.

²⁹ COMANDUCCI, Paolo. ob. cit., p. 257.

positivistas son no-cognotivistas y la mayoría de los críticos del positivismo son cognitivistas³⁰.

3.4. Cuestiones en torno al criterio de clasificación

Sin perjuicio, de la distinción trazada, es menester señalar (en atención a la tarea informativa del presente artículo, según lo hemos dejado establecido) que se hace una clasificación de cuatro orientaciones o acepciones del neoconstitucionalismo, donde además de las ya indicadas se aduce, de forma diferenciada, que el neoconstitucionalismo describe también una forma de Estado: así, el profesor Castillo Córdova indica (citando al profesor Prieto Sanchís): “Hasta cuatro acepciones han sido atribuidas a este término: <<[e]n primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designado por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política...>>”³¹.

De lo descrito se desprende que, además de las tres acepciones que desarrollamos, se agregaría la del cambio de paradigma de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional. En nuestra opinión (si no entendemos mal), esta clasificación de tres o cuatro acepciones, se hace depender de la elección de los tópicos o temas que se pretenden enmarcar en tales acepciones; es decir, en base a un criterio (del profesor Comanducci, según ya vimos) se divide las acepciones teórica y metodológica (abordando en la acepción ideológica el tema del Estado Constitucional); y, en atención a otro criterio (del profesor Prieto Sanchís³²), se tocan estas dos acepciones de forma conjunta y se opta por reservar una acepción del neoconstitucionalismo para describir únicamente el tipo del Estado Constitucional.

³⁰ Ídem.

³¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luís. La jurisprudente vinculante del Tribunal Constitucional. En: El precedente judicial y el precedente constitucional. En coautoría con Castillo Alva, José Luís. ARA Editores. Primera edición. Lima – Perú. 2008, pp. 176.

³² PRIETO SANCHÍS, Luís. ob. cit., p. 109 y ss.

4. Una pincelada sobre la 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 doctrina³³ 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.

Así también, se ha indicado que, existiría una simple distinción entre los conceptos de constitucionalismo y neoconstitucionalismo (y

³³ COMANDUCCI, Paolo. ob. cit., p. 248.

positivismo jurídico), ya que aquel es una filosofía política, en cambio este último viene a ser una teoría jurídica. Pero esta distinción está muchas veces difuminada, por dos razones. La primera es el rechazo neoconstitucionalista del propio principio de avaloratividad: que solo permite distinguir entre filosofías normativas y teorías cognoscitivas. La segunda es que constitucionalismo y neoconstitucionalismo sufren ambos de una ambigüedad muy común; la existente entre fenómenos y teorías que hablan de ellos. Si se distingue entre los dos, entonces “constitucionalismo” y el propio *New constitutionalism* que hoy aparece también en el debate angloamericano, se refieren sobre todo a fenómenos, y “neoconstitucionalismo” sobre todo a teorías que hablan de ellos³⁴.

Teniendo en cuenta tales ideas, se afirma que el constitucionalismo no es relevante como teoría del Derecho, en tanto se advierte que, la teoría dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX es, sin duda alguna, la positivista, así como que, al parecer del Profesor Paolo Comanducci³⁵, el constitucionalismo nunca intentó destronar tal hegemonía con una diferente propuesta teórica. El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología -y una correlativa metodología-, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista³⁶.

La diferencia entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo, se acentuaría más entre la primera y la segunda variante o acepción del éste último (esto es la orientación ideológica). Nos dice el mencionado profesor italiano³⁷, en la ideología del constitucionalismo (del siglo XVIII y XIX) el punto central es la limitación del poder estatal, por el contrario, el neoconstitucionalismo ideológico ubica en primer plano la garantía de los derechos fundamentales, cambio que se explica en la adopción

³⁴ BARBERIS, Mauro. ob. cit., p. 253.

³⁵ COMANDUCCI, Paolo. ob. cit., p. 248.

³⁶ Ídem.

³⁷ COMANDUCCI, Paolo. ob. cit., p. 252.

por este último del denominado Estado Constitucional y democrático de Derecho; ya que se sostiene no haber una limitación en la sola afirmación de los logros del proceso de constitucionalización, sino que estos son valorados positivamente y se propugna su defensa y ampliación; resalta la preponderancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales (sentido en el que se puede hablar de un neoconstitucionalismo de los contrapoderes); más aún, destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminados a la concreción, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución (en este sentido se puede hablar de un neoconstitucionalismo de las reglas).

En estricto, se advierte que el constitucionalismo no habría logrado constituirse o erigirse como una teoría del Derecho (con todo lo que ello implica), pues únicamente llegó a orientarse ideológicamente, empero dejó descubiertos otros aspectos, como el metodológico y teórico, cuya magnitud permiten identificar a una corriente (o conjunto de postulados) como una teoría del Derecho (en plenitud o completitud), que rebata fundadamente postulados o principios establecidos por otras teorías (como el iusnaturalismo o el iuspositivismo), porque una teoría (en general) debe contener (en integridad) toda una explicación respecto del Derecho, sin dejar incontestada ninguna cuestión del mismo, desde las más particulares hasta las más generales, incluso teniendo en cuenta los tres niveles de reflexión del Derecho en General (que se mencionarían en el subsiguiente ítem), lo que, evidentemente, tendrá como consecuencia su incidencia o repercusión en un cambio de paradigma de la Cultura Jurídica, un modo o manera de ver (percibir en contexto), aprender (estudiar), entender (interpretar y motivar) y aplicar (las normas o principios al caso concreto) el Derecho.

5. El neoconstitucionalismo en el Perú

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 aprecia 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 Ferrajoli³⁸. En cuanto a la consideración de este último autor como neoconstitucionalista, nosotros debemos corregir que se lo catalogue como tal, dado que, si bien de la revisión de sus trabajos veríamos algún punto que, podría considerarse en alguna medida coincidente con algunos de las tesis del neocosntitucionalismo, como son, por ejemplo, la defensa y preponderancia de los derechos fundamentales; sin embargo, dicho autor tiene su propio pensamiento denominado el “constitucionalismo garantista”.

Ahora bien, a efecto de desarrollar cómo habría sido acogido el tema en nuestro país, resumiremos a continuación un trabajo elaborado por un investigador del Derecho³⁹, que presenta una

³⁸ SOSA SACIO, Juan Manuel. Nuestros neoconstitucionalismos. En: Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Primera edición, diciembre 2009, pp. 5-6.

³⁹ SOSA SACIO, Juan Manuel. ob. cit., p 7 y ss.

propuesta (ergo, debe ser vista así -por ello, susceptible de réplica o confirmación, precisión o ampliación-, para evitar cualquier displicencia sobre cómo es que se percibe el fenómeno jurídico que describimos en el país), al respecto, intentando una clasificación, que no aparece necesariamente igual a la clasificación ya indicada, aunque sí coincidente en algunos puntos de encuentro. Pues bien, se hace también una clasificación de tres acepciones de cómo se habría presentado o que existirían en el discurso académico nacional del neoconstitucionalismo: el primero, que pretendió revivir la noción de Constitución despolitizada, entregando su defensa técnico-jurídica a los jueces; el segunda, entendido como constitucionalismo contemporáneo, que explicaría las transformaciones dadas en el valor y forma de entender las constituciones (que se manifiesta estaría vinculada al neoconstitucionalismo teórico, considerado por Comanducci); finalmente, uno comprometido e ideologizado, cuyo discurso se consideraría como una especie de nuevo constitucionalismo liberal.

Con relación (a la primera) al neoconstitucionalismo como renacimiento de la idea de Constitución, se sustenta que este brota a propósito de la crisis de la idea de Constitución, anotada en la doctrina francesa del siglo XX, como lo advirtiera el profesor francés Georges Burdeau⁴⁰, incidiendo en su dificultad para normar la totalidad de la vida política y para adaptarse a una realidad para la cual no estaban imaginadas, siendo que tal crisis se debe entender desde una triple perspectiva: jurídica (la contraposición entre la Constitución como base de un sistema jurídico escalonado y unitario y la creciente pluralidad de ordenamientos, que trajo la idea de que no todo derecho procedía de la Constitución, ni el que emanaba de esta era eficaz para los problemas cotidianos), política (ausencia de la oficialización de una idea de Derecho, esto es, la pérdida de

⁴⁰ BURDEAU, Georges. "Una supervivencia: la noción de Constitución". En *Revista Peruana de Derecho Público*. Domingo García Belaunde (Director), Año 3, N° 93, Grijley, Lima, p. 97. Citado por: Sosa Sacio, Juan Manuel. ob. cit., p. 8. Reproducimos la cita por si se quiere ampliar al respecto.

legitimidad y arraigo como norma ordenadora de la comunidad política) e ideológica (cuando la idea de Constitución como límite para los gobernantes queda sin sentido, al darse la identidad entre gobernantes y gobernados, a propósito del constitucionalismo democrático)⁴¹.

No obstante, dicha crisis no significó la destrucción o futilidad del concepto de Constitución, pues los mismos franceses se refirieron a una reconstrucción de la noción de Constitución y a un neoconstitucionalismo⁴²; por lo que, la doctrina comienza a hablar de la constitucionalización del Derecho⁴³ (aún de la política), colocándose a los jueces constitucionales en un lugar preeminente, con lo que, se indica que la Carta fundamental vuelve a adquirir valor en manos de los jueces, que vuelven “técnico-jurídicos” asuntos constitucionales de todo orden, haciéndola valer como auténtica norma jurídica.

En cuanto (a la segunda) al neoconstitucionalismo como constitucionalismo contemporáneo, por el mismo se entendería al Derecho Constitucional del actual Estado Constitucional, el cual se habría configurado en atención (a un hecho por demás conocido) a los lamentables sucesos ocurridos en la segunda guerra mundial, que marcó la mente del mundo, al punto que hizo volver la mirada a la dignidad del hombre como principal sustento de todo Estado y también del Derecho. Se manifiesta que las características de esta segunda acepción (consiguientemente, también del Estado Constitucional) serían que: es decididamente personalista, pues pone a la persona (y a la dignidad humana, ambos como fin, así como valor

⁴¹ Para mayor precisión de tales perspectivas, véase: SOSA SACIO, Juan Manuel. ob. cit., p. 8-9.

⁴² Se hace referencia al trabajo del profesor Louis Favores, véase: SOSA SACIO, Juan Manuel. ob. cit., p. 9.

⁴³ FAVOREAU, Louis Joseph. “La constitucionalización del Derecho”. En: Revista de Derecho. Vol. XII, N° 1, Universidad Austral de Chile, Valdivia, agosto 2001, p. 31 y ss. Citado por: Sosa Sacio, Juan Manuel. ob. cit., p. 8. Reproducimos la cita por si se quiere ampliar al respecto.

y principio rector, respectivamente) como el centro de todo poder estatal, ya que el Estado mismo es un instrumento de realización del individuo; se produce la positivización de catálogos de derechos fundamentales a nivel constitucional; el Estado constitucional se entiende y se vive a partir del poder constituyente del pueblo, lo que implica, además, que aquel es eminentemente democrático, pues precisamente reconocer en el ser humano la causa de las instituciones del Estado Constitucional, implicará entender que a los propios seres humanos compete determinar la existencia del Estado, el contenido de su Constitución y su desarrollo; se produce la constitucionalización del ordenamiento, o sea, la intromisión de las normas y principios constitucionales en las ramas del Derecho y en la vida social misma, ya que la Constitución no solo importa un orden marco, sino un orden fundamental de contenido material; la constitución adquiere fuerza normativa y ya no es más un simple documento político, puesto que se erige como la *norma normarum* (fuente del Derecho) y fundamento formal y material de todo el ordenamiento jurídico; se evidencia un pluralismo valorativo en el contenido de las constituciones, esto es, que acumulan varios valores, de diversos constitucionalismos (liberal, social, democrático) o recogen expectativas de fuerzas políticas e intereses sociales distintas, así como se postulan un conjunto de valores materiales por medio de los derechos fundamentales, valores que no son precisos, son indeterminados y ambiguos⁴⁴.

Al respecto, dijo Konrad Hesse⁴⁵, la Constitución debe permanecer incompleta e inacabada en tanto que es una norma que pretende normar vida histórica y, por ello, sometida a cambios históricos; existe una notoria ambigüedad en los contenidos de la Constitución, que importan una interpretación especial de su texto, que se encarga principalmente al órgano judicial, de donde, a su vez, se advierten que son características de las constituciones actuales, el

⁴⁴ SOSA SACIO, Juan Manuel. ob. cit., p. 15.

⁴⁵ HESSE, Konrad. Citado por Sosa Sacio, Juan Manuel. ob. cit., pp. 15.

principialismo (mayor protagonismo de las ya conocidas normas-principios, antes que de las normas-reglas a que se refiere el profesor alemán Robert Alexy), la judicialización (que significa que la ley es desplazada como fuente de Derecho, perdiendo presencia el legislador y lo ganan los jueces, quienes son ahora los llamados a concretizar los contenidos abiertos de la constitución) y la justificación argumentativa (e inevitable “derrotabilidad” de los principios), significando ésta última, en términos operativos, mayor uso de la técnica de la ponderación antes que de la subsunción en la aplicación del Derecho; la internacionalización de los derechos fundamentales, esto es, la positivización de los derechos humanos, siendo que está demás hacer la cita de los diferentes instrumentos internacionales que existen sobre derechos humanos, que son por demás conocidos⁴⁶.

Asimismo, el autor⁴⁷ del trabajo que venimos resumiendo, señala que en este paradigma, a nivel nacional, se mueven todos los que participan en la obra colectiva que contiene dicho trabajo⁴⁸ in comento, esto es, Luís Castillo Córdova, Úrsula Indochea Prevost, Jorge Alexander Portocarrero Quispe, Pedro P. Grandes Castro, Eduardo Hernando Nieto, Félix Morales Luna, así como E. Carpio, R. Rodríguez Santander, E. Alvites y M. Mendoza, además de autores de su generación que tiene publicados estudios y consideran este paradigma, entre otros, a Fernando Velezmoro, Heber Joel Campos, Carolina Canales, Cristián Donayre, Abraham García, Johan León por mencionar algunos, nos dice (disculpándose si incurre en omitir a otros autores). En lo que respecta a la tercera acepción, es decir, el neoconstitucionalismo como nuevo constitucionalismo liberal, se expresa que en este se abordan varios temas (en virtud de la actuación del principialismo contra el positivismo legalista) como, por

⁴⁶ Para una ampliación de dichas características, véase: SOSA SACIO, Juan Manuel. *ob. cit.*, pp. 11-18.

⁴⁷ Véase: SOSA SACIO, Juan Manuel. *Op. Cit.*, p. y pp. 17.

⁴⁸ La obra es: Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Primera edición, diciembre 2009.

ejemplo, la vinculación entre la moral y el Derecho o sobre si es posible hallar una solución correcta dentro del ordenamiento jurídico a partir de principios o criterios de justicia, de ahí que se diga que la moral irrumpe en los fueros del Derecho, expulsando (o subordinando) a la política; indicándose al respecto que tales postulados tienen una carga ideológica, que correspondería a raíces kantianas (e incluso rawlsianas), lo que puede verse en los trabajos de los profesores Nino, Dworkin y Alexy⁴⁹.

6. Contexto jurídico

Podemos decir con certeza que, ya por las exigencias de las necesidades de las relaciones sociales en la realidad o por lo que se percibe de la forma como se interpreta y aplica el derecho en la actualidad, hay un conjunto de postulados elaborados, cuya vigencia no pueden ser ignorados, debido a que tales planteamientos son adoptados en muchos ordenamientos jurídicos (así como en el nuestro), para la resolución de conflictos, verbigracia, no en pocos casos, hemos visto como el Tribunal Constitucional ha resuelto casos demostrando el contenido material de la Constitución, haciendo ver que sus contenidos sustanciales ingresan a todo ámbito del derecho, o el mismo hecho del denominado precedente constitucional vinculante, que a lo suyo es de observancia obligatoria, al ser emitido por el supremo intérprete de la Constitución, situaciones que son factibles en el marco de los postulados a los que nos referimos, desarrollados contemporáneamente (en este caso, bajo el denominado neoconstitucionalismo⁵⁰).

6.1. Niveles de reflexión del Derecho

⁴⁹ Para ver de manera puntual la ideología liberal en los aportes de dichos autores, véase: SOSA SACIO, Juan Manuel. Op. Cit., ps. 20-22.

⁵⁰ Par una explicación sobre la posición del Tribunal Constitucional y el efecto vinculante del precedente constitucional, bajo el paradigma del neoconstitucionalismo, véase: CASTILLO CÓRDOVA, Luís. Op. Cit., p. 175 y ss.

Empero, la implicancia de tales postulados se ha visto reflejado, no solo en cuanto a la resolución de los conflictos (en las diferentes vertientes del Derecho Procesal, lo que da pues un buen grado de verificación de la vigencia de tales postulados o tesis), sino que, aún más, se habría visto en cuanto al estudio del Derecho. Precisamente, se ha sostenido la existencia de tres niveles de reflexión sobre cómo abordar su objeto de estudio en tres diferentes dimensiones. En un primer nivel, se encontraría la dogmática jurídica (donde se ubica el estudio del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Derecho Civil y Procesal Civil, Derecho Penal y Procesal Civil, Derecho Administrativo y Proceso Contencioso administrativo, etc., es decir, las diferentes ramas sustantivas y procesales del Derecho), la misma que, se indica⁵¹, se ocuparía, esencialmente, del interrogante relativo a qué es lo válido desde el punto de vista jurídico y de preguntas relativos a ello, tales como cuál es la solución que el derecho otorga a cada caso concreto, o cuáles son las acciones jurídicamente permitidas, prohibidas u ordenadas, siendo que, evidentemente, las respuestas que se formulen a tales interrogantes, generan juicios de primer orden. En el segundo nivel, se encontraría la filosofía del derecho, o también denominada teoría del derecho, que se ocupa de preguntas cuya respuesta es a veces necesaria para responder las interrogantes que se proponen en el ámbito de la dogmática jurídica: así, la filosofía del derecho se pregunta, por ejemplo: ¿En qué tipo de entidades consiste el derecho? ¿Qué es aquello que las conecta para hacerlas formar el todo llamado derecho? ¿Cuáles son las propiedades que caracterizan a cada una de estas entidades y al todo que denominamos derecho?⁵², siendo que las respuestas a estas preguntas se expresan mediante juicios de segundo orden, esto es, juicios a cerca de los juicios que se expresan en el primer nivel de

⁵¹ BERNAL PULIDO, Carlos. En la parte del estudio introductorio del libro: El concepto y la naturaleza del derecho. De la colección "Filosofía y Derecho". Editora Marcial Pons. Madrid – España. 2008, ps. 13-14.

⁵² Para las respuestas a estas preguntas, véase: ALEXY, Robert. El concepto y la naturaleza del derecho. De la colección "Filosofía y Derecho". Editora Marcial Pons. Madrid – España. 2008, pp. 39-47.

reflexión, o sea, en la dogmática jurídica. Se ha dicho que también sería posible un tercer nivel de reflexión, donde se suele ubicar las reflexiones del profesor Alexy (pienso también las del profesor Atienza, entre otros).

A este ámbito se ha venido a denominar metateoría del derecho, cuyas reflexiones (como se podrá advertir) se expresan por medio de juicios de tercer orden, es decir, acerca (o sobre) los juicios que se emitan en el ámbito de la filosofía del derecho, o sea, respecto de los resultados arribados en el nivel de reflexión anterior, a propósito de las respuestas que se emiten en este, con relación a las preguntas que se plantean. Las preguntas que se abordarían en este nivel son tales como: ¿Qué tipo de problemas son aquellos que debe afrontar la filosofía del derecho? ¿Qué tipo de argumentos se utilizan para definir en qué tipo de entidades consiste el derecho y qué es aquello que las vincula para formar el todo llamado derecho? o ¿cómo es posible evaluar la corrección de las conclusiones que derivan de estos argumentos y de las justificaciones que estos argumentos representan? Finalmente, nos dice el profesor Bernal Pulido, si la filosofía del derecho es una reflexión acerca de la naturaleza del derecho, la metateoría del derecho es una reflexión acerca de la reflexión acerca de la naturaleza del derecho. Ergo, la metateoría del derecho es hacer una teoría acerca de la teoría (filosofía) del derecho.

6.2. Ámbito tentativo de debate del neoconstitucionalismo

Lo indicado en el párrafo anterior *in fine*, obedece a que los postulados o tesis del tema en cuestión (bajo la denominación que se les quiera agrupar), concitan o llaman a un debate sobre todos los espacios del derecho, desde las diferentes posiciones o enfoques de los cuales se pronuncien los autores, encaminando sus esfuerzos a rebatir o poner en cuestión el paradigma que alumbró el positivismo jurídico, lo cual importaría un ámbito de debate. Sobre esto nos parece que se ha dicho: “La importancia del debate -creemos- radica en que la posición que se adopte al respecto tiene repercusión en casi

todas las cuestiones de la teoría del Derecho y, sobre todo, en que el problema de fondo de la discusión no es -o no debería ser- tanto un problema de teoría del Derecho como de metateoría jurídica: cuáles son las cuestiones de las que merece la pena ocuparse, qué teoría del Derecho merece la pena esforzarse por elaborar.”⁵³.

6.3. Cultura jurídica

Como se podrá observar, estos postulados contemporáneos han tenido resonancia en el Derecho en general: esto es tanto en la cultura jurídica como en el derecho positivo, bifurcación a la que hiciéramos referencia en la parte introductoria del presente artículo, para aludir al Derecho en su integridad, ya que siempre creímos que se podía hablar del concepto de “cultura jurídica” (aún antes de revisar algunos textos), y es que cuando se hace referencia al concepto de “cultura” o, como indica la profesora Pozzolo⁵⁴, al preguntarse sobre los aspectos que caracterizan la cultura de un pueblo, las personas señalarían las obras literarias, pictóricas, zonas geográficas, piezas musicales y platos regionales, sin que aparezcan nombradas también las instituciones político-jurídicas, a pesar de que son centrales para comprender el espíritu de los pueblos y su historia actual, es decir, que también estos son un componente del concepto de “cultura”. De suerte que, no en pocos textos, ya se hace referencia a la expresión cultura jurídica.

Para no dilatar (y hacer citas), nos parece interesante la concepción que sustenta el profesor italiano Luigi Ferrajoli (impulsor del garantismo), al decir que por “cultura jurídica” podemos entender 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

⁵³ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Para una teoría postpositiva del Derecho. Palestra Editores S.A.C. Lima - Perú. Primera edición, setiembre 2009, p. 127.

⁵⁴ POZZOLO, Susanna. ob. cit., p. 13.

segundo lugar, el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el Derecho propios de los operadores jurídicos profesionales, ya se trate de legisladores, de jueces o administradores; en tercer lugar, el sentido común relativo al Derecho y a cada institución jurídica difundido y operativo en una determinada sociedad. Entre el Derecho positivo y la cultura jurídica existe, por otra parte, una relación de interacción recíproca. El Derecho puede, efectivamente, concebirse como un complejo lingüístico, a un mismo objeto y producto de la cultura jurídica; es decir, como un conjunto de signos normativos y de significados asociados a ellos en la práctica jurídica de los juristas, operadores y usuarios, todos los cuales concurren, de diferentes formas y en diferentes niveles, a su producción además de a su interpretación⁵⁵. Podríamos expresar al respecto que: los juristas intervienen elaborando (creando, reflexionando); los operadores en lo referente a la interpretación y aplicación; y, los usuarios, quienes son los destinatarios, emitiendo opinión.

6.4. Neoconstitucionalismo, teoría no positiva o teoría post positiva del Derecho

Advertíamos ya regiones atrás que, el neoconstitucionalismo tenía varias denominaciones, entre ellas la de denominarlo simplemente “constitucionalismo” (sobre todo en España, como se vio la expresión que usa el Profesor Prieto Sanchís), u otras veces se hace uso de otras expresiones (que ya indicamos), o también se suele describir o hacer referencia a los postulados de los cuales se ocupa el denominado neoconstitucionalismo, frase usada para expresar o denotar los postulados o tesis contemporáneos, por quienes postulan su defensa. En verdad, nos parece que después de la segunda postguerra mundial, se han trabajado una serie de postulados y tesis

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. Cultura jurídica y paradigma constitucional – La experiencia italiana del siglo XX. Palestra Editores S.A.C. Lima - Perú. Primera edición, octubre 2010, pp. 15-16.

que, a decir de sus defensores son distintos de los que informan al iuspositivismo (en sus diferentes vertientes), existiendo (nos parece) varias tendencias (o simplemente frases que a juicio de quienes la postulan, representarían mejor o describirían idóneamente tales postulados).

Así, usándose la expresión “constitucionalismo” y enfatizándose la transformación del Estado de Derecho (Estado legal) al Estado Constitucional de Derecho (paso del imperio de la ley al imperio de la Constitución), se advierte que se ha situado la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista⁵⁶; y es que, hay autores que prefieren usar la expresión “teoría postpositivista”, para aludir a dicho conjunto de postulados o fenómenos jurídicos contemporáneos; de otra parte, también hay quienes han denominado a tal conjunto de tesis “teoría no positiva” del Derecho.

Entonces, siempre sujetos a la crítica, intentaremos una afirmación y expresar que, en nuestra opinión tales expresiones (“neoconstitucionalismo”, “teoría post positiva” y “teoría no positiva”) se estarían empleando para describir y abordar el estudio de todos los postulados y tesis que hemos señalado, las cuales estarían impregnadas en la cultura jurídica contemporánea y en el derecho positivo (como ya vimos), conforme se puede verificar de una rápida revisión de las características actuales de ambos, los cuales se dice pueden ser compartidos, al mismo tiempo, por la gran mayoría de teóricos legales y filósofos del Derecho de la actualidad (como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Neil MacCormick, Carlos Santiago Nino, Ernesto Garzón Valdés, Luigi Ferrajoli, Joseph Raz,

⁵⁶ AGUILÓ REGLA, Joseph. Positivism and Post positivism – Dos paradigmas en pocas palabras. En: Interpretación jurídica y teoría del Derecho. Palestra Editores. Primera edición, julio 2010. Lima – Perú, pp. 13-14.

entre muchos otros)⁵⁷. Ya hemos precisado nuestro reparo de esta lista respecto de Luigi Ferrajoli.

6.5. Dos posturas a saber en el contexto jurídico

No obstante, lo precedentemente expuesto, 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 post positiva, 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 las cambios de la realidad, en la teoría (nos referimos a dichos postulados y tesis actuales) del Derecho ha operado un cambio rotundo, esencial.

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

⁵⁷ HERNANDO NIETO, Eduardo. Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes? En: Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Primera edición, diciembre 2009, p. 185.

como positivismo crítico⁵⁸, o la respuesta que sustenta dar al neoconstitucionalismo, por medio del positivismo incluyente⁵⁹, así como se puede apreciar la defensa del profesor Juan Antonio García Amado –y su conocido debate sostenido con el profesor Luís Prieto sanchis, 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).

6.6. Después del positivismo

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 neoconstitucionalismo⁶⁰ (teoría no positiva o post positivismo), con

⁵⁸ JIMÉNEZ CARO, Roberto M. Una metateoría positiva del positivismo jurídico. De la colección "Filosofía y Derecho". Editora Marcial Pons. Madrid – España. 2008, p. 53 y ss.

⁵⁹ ESCUDERO ALDAY, Rafael. La respuesta positivista al desafío del neoconstitucionalismo: el positivismo jurídico incluyente. En: Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos. Palestra Editores. Primera edición, noviembre 2011. Lima – Perú, p. 89 y ss.

⁶⁰ 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

el debate en contra del paradigma del positivismo para derrocarlo o por su reflote (seguramente estaremos pendientes del resultado).

7. Reflexión final

Creo que todo estudioso (desde diferentes posiciones, como operadores, juristas y filósofos) del frondoso mundo del Derecho (así como los que somos pretendidos o que tenemos la intensión de encaminarnos por esa senda, nada fácil y muy ardua, empero gratificadora cuando se ven frutos), que intentamos transmitir ideas (sea descriptivamente o aportando ideas) producto de una investigación seria, debe ser sincero, lo que seguramente se verá trasuntado en los trabajos y la información que vierta, y esto mismo le dará, de seguro, rigurosidad y disciplina a su trabajo. Partía de tal premisa, debido a que cuando empecé a leer sobre el tema, no lo hice de manera directa, me refiero a que no leí el neconstitucionalismo entendiéndolo, al menos, de la manera como se dejó entrever en el presente artículo, en cuanto a su ámbito o cobertura de los postulados o tesis que pretende englobar (en el esfuerzo de los profesores italianos que mencionamos), sino que (presumo que también paso lo mismo con muchos) hacía lectura de muchos de tales postulados en forma separada, como por ejemplo el tema del Estado Constitucional (en la obra del Derecho dúctil del profesor italiano Gustavo Zagrebelsky -de quien recuerdo la expresión “cambio sustancial, genético”- o la obra del Estado Constitucional de Peter Haberle -de quien recuerdo también la expresión “el Derecho es lo que los tribunales dicen que es”, lo que evidentemente tiene mucho significado, en lo que se puede referir por ejemplo al tema de las fuentes del Derecho u otros, conforme al contexto que hemos descrito-) o el tema de la ponderación (tan difundida por el profesor Robert Alexy, a través de su fórmula del peso y contrapeso, según

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”. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. ob. cit., p.11.

entendemos), por citar algunos de los postulados o tesis que intenta aglutinar el neconstitucionalismo.

Siendo así, con las primeras lecturas reflexionamos en: “Si el neconstitucionalismo era algo que nació con nombre propio y que describía por ello su propia esencia (o sea, planteamientos teóricos que eran propios o se habían trabajado bajo dicha denominación), o si era una expresión que se usaba para describir a todo un fenómeno jurídico (es decir, precisamente, a un conjunto de postulados o tesis que se estaban trabajando de un tiempo a esta parte) después de la segunda post-guerra mundial, o si describía una evolución del constitucionalismo Europeo de la II post-guerra mundial o, a lo mejor, de alguna de las vertientes del positivismo jurídico o, finalmente, en qué contexto o paradigma nos encontrábamos, ya que era evidente la sensación de que las cosas, conforme habían sido planteadas en otrora, ahora, producto de la realidad y la dinámica y mecánica actual del Derecho con relación a aquella, ya no eran las mismas, lo que se percibía, en ambos planos: teoría y praxis...”. Pues bien, creo que la respuesta salta a la vista con el presente artículo, la misma que se inclina hacia la segunda de las opciones anotadas. En cuanto al contexto jurídico, esperamos haberlo graficado de manera adecuada; y, respecto del paradigma, nos parece que dependerá de la consolidación (pues podría sobreponerse el positivismo en una versión mejorada, no lo sabemos) del neconstitucionalismo o la denominación que se acuñe, como una corriente de pensamiento distinta del positivismo jurídico, capaz de explicar a plenitud el Derecho de cara a la realidad, como teoría plena de aquel.

Ahora bien, el neconstitucionalismo o los postulados y las tesis que enmarca, aparecen como una gran propuesta frente a los desafíos de tiempos modernos, en lo que respecta a las variantes (siempre cambiantes) de la realidad (de las relaciones sociales) contemporánea que exigen nuevos (o renovados) mecanismos sustantivos y procesales, métodos o explicaciones teóricas (incluso ideológicas) por parte del Derecho; sin embargo, es menester señalar

que, ni la conformación de la misma ni su recepción en el debate mundial, ha sido pues pacífica, ya que, en primer lugar, al interior de esta pretendida (pues sus propios defensores, reconocen que está buscando consolidarse) corriente de pensamiento, presenta disquisiciones, es decir, que dentro de la misma existe debate (lo cual no es malo, pues este ejercicio académico hará elucubrar ideas más sólidas y elaboradas), basta mencionar, por citar un ejemplo, la propia denominación respecto de la cual no hay consenso; asimismo, según vimos, tampoco se ha dejado el camino libre, pues existen defensores del iuspositivismo, que se mantienen firmes y ya han producido trabajos para rebatir de manera frontal al neoconstitucionalismo, pretendiendo (flexibilizando algunos de los postulados propios del positivismo jurídico) esgrimir tesis que renueven sus planteamientos y que respondan de manera más actualizada a las exigencias que impone los innegables cambios producidos en la realidad.

Finalmente, debemos decir que se ha dado un estudio panorámico de lo que es este fenómeno jurídico del neconstitucionalismo, pues desarrollar cada uno de los componentes que informan al mismo es un trabajo extenso, que desbordaría por mucho el presente espacio de estudio (que esperamos cubrir en un próximo trabajo), por lo que, esperamos haber cumplido el fin informativo y descriptivo (con alguno u otra idea particular suelta), establecido como cometido del presente artículo, a efecto de que se tome conciencia del tema y se aborde su estudio, pues si revisamos muchos cursos especializados o maestrías que se dictan en el extranjero, notaremos que el tema del neconstitucionalismo aparece consignado como una materia a desarrollar en sus ítems académicos.

Bibliografía

- AGUILÓ REGLA, Joseph. Positivism y Postpositivismo – Dos paradigmas en pocas palabras. En: Interpretación jurídica y teoría del Derecho. Palestra Editores. Primera edición, julio. Lima – Perú, 2010.

- ALEXY, Robert. El concepto y la naturaleza del derecho. De la colección “Filosofía y Derecho”. Editora Marcial Pons. Madrid – España. 2008.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Para una teoría postpositiva del Derecho. Palestra Editores S.A.C. Lima - Perú. Primera edición, setiembre 2009.
- BARBERIS, Mauro. El Neoconstitucionalismo – Third Theory of Law. En: Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos. Palestra Editores. Primera edición, noviembre. Lima – Perú, 2011.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho. X press Estudio Gráfico y Digital S.A. – Universidad Externado de Colombia. 2009.
- BOBBIO, Norberto. El Problema del Positivismo Jurídico. EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires - Argentina. Traducida por Ernesto Garzón Valdés. 1965.
- CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luís. La jurisprudente vinculante del Tribunal Constitucional. En: El precedente judicial y el precedente constitucional. En coautoría con Castillo Alva, José Luís. ARA Editores. Primera edición. Lima – Perú. 2008.
- CASTILLA COLQUEHUANCA, Jhoni Shang. *¿Se requiere el agotamiento de la vía administrativa frente a las actuaciones materiales de la Administración no sustentadas en actos administrativos?* Gaceta Jurídica. Suscripción *Actualidad Jurídica*. Tomo 225 – agosto 2012. Lima – Perú.
- COMANDUCCI, Paolo. Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica – Ensayos de Teoría Analítica del Derecho. ARA Editores. Primera edición. Lima – Perú, 2010.
- ESCUDERO ALDAY, Rafael. La respuesta positivista al desafío del neoconstitucionalismo: el positivismo jurídico incluyente. En: Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos. Palestra Editores. Primera edición, noviembre. Lima – Perú, 2011.

- FERRAJOLI, Luigi. Cultura jurídica y paradigma constitucional – La experiencia italiana del siglo XX. Palestra Editores S.A.C. Lima - Perú. Primera edición, octubre 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. T. 1. Teoría del derecho. Editorial TROTТА. Madrid – España. 2011.
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. De la presentación del libro: Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Palestra Editores. Primera reimpresión, julio 2007. Lima – Perú.
- HERNANDO NIETO, Eduardo. Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes? En: Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Primera edición, diciembre 2009.
- JIMÉNEZ CARO, Roberto M. Una metateoría positiva del positivismo jurídico. De la colección “Filosofía y Derecho”. Editora Marcial Pons. Madrid – España. 2008.
- MARTÍNEZ ZORRILA, David. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. De la colección “Filosofía y Derecho”. Editora Marcial Pons. Madrid – España. 2007.
- MORALES LUNA, Félix. El Derecho como espacio de convergencia entre el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica. En: Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Primera edición, diciembre 2009.
- POZZOLO, Susanna. Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo. En: Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos. Palestra Editores. Primera edición, noviembre. Lima – Perú, 2011.
- POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y positivismo, jurídico. Palestra Editores. Lima – Perú, noviembre del 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luís. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Palestra Editores. Primera reimpresión, julio 2007. Lima – Perú.

- SOSA SACIO, Juan Manuel. Nuestros neoconstitucionalismos. En: Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Primera edición, diciembre, 2009.

<<Todo cuanto se conceptúa está en función de un sentido de conocimiento, por lo que, es de suma importancia conocer los fundamentos o el contexto teórico en que los conceptos se dan o se entienden...>>. j.s.c.c.

FUNDAMENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A TERCEROS⁶¹

¿Por qué son exigibles los derechos fundamentales también frente a los particulares?

Sumario: i. Introducción; ii. Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo: 2.1. Positivismo jurídico (brevísima referencia), 2.2. Neoconstitucionalismo (brevísima referencia); iii. Algunas tesis o postulados del positivismo jurídico y del neoconstitucionalismo: 3.1. Estado de derecho y estado constitucional. 3.2. Concepto de constitución y de norma constitucional; iv. Concepto de derechos fundamentales bajo el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo; v. Conclusión.

1. Introducción

En las relaciones *inter privados* se aprecian acciones y omisiones que vulneran derechos fundamentales, lo que exige protección también en este ámbito, no obstante, la tradición clásica de concebir que los derechos fundamentales son exigibles solo al Estado, producto de su marcado concepto como derechos subjetivos públicos; sin embargo, se observa un replanteamiento de la comprensión de los mismos, lo

⁶¹ Artículo publicado (en su versión original) en la Revista Institucional de la Corte Superior de Justicia de Puno "Voz de Justicia", edición octubre, AÑO 10 / Nº 13 / 2014.

que no viene solo de tesis formuladas en la dogmática jurídica sino, antes bien, desde la Teoría o Filosofía del Derecho. Actualmente, podemos avizorar que el Derecho se encuentra en un proceso de reingeniería; en este panorama se aprecian laudables esfuerzos por construir Teorías Generales del Derecho que permitan una explicación distinta o renovada (según sea el caso) a la elaborada por el denominado “Positivismo Jurídico”.

Así, podemos anotar que, en el contexto jurídico global apreciamos al menos dos posturas a saber: la de quienes no quieren continuar trabajando bajo el paradigma del positivismo jurídico (donde ubicamos el denominado neoconstitucionalismo o las teorías post positivas o no positivas del Derecho); y la de quienes procuran renovar los postulados del positivismo jurídico -(como es el caso del positivismo incluyente o crítico) ya que sostienen que dicha expresión tiene un significado más amplio, que comprende no solo una concepción formalista sino también sustancial⁶² o a través de repotenciar una de las variantes del mismo, tratando de elaborar una metateoría del positivismo jurídico⁶³, a fin de responder a las exigencias contemporáneas que la sociedad impone al Derecho-.

Ahora bien, merece especial atención el planteamiento del ilustre profesor italiano Luigi Ferrajoli, cuyo pensamiento es denominado como “garantismo constitucional” (que se muestra en toda su plenitud en “Principia iuris”), el mismo que, como ya han explicados renombrados autores (como el profesor español Luíís Prieto Sanchís), no es igual a la pretendida corriente del neoconstitucionalismo, empero que en algunos de sus planteamientos pareciera asemejarse al mismo (digamos teóricamente), y otras veces pareciera asemejarse

⁶² FERRAJOLI, Luigi. Epistemología jurídica y garantismo. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, N.º 88. Distribuciones Fontamara, S.A. Segunda reimpresión. México. 2008, p. 266.

⁶³ JIMÉNEZ CARO, Roberto M. Una metateoría positiva del positivismo jurídico. De la colección “Filosofía y Derecho”. Editora Marcial Pons. Madrid – España. 2008, pp. 21-24.

al planteamiento del positivismo jurídico (digamos metodológicamente, pues no olvidemos que dicho maestro trabajó mucho tiempo al lado de otro grande maestro como lo es el recordado profesor, también italiano, nos referimos a Norberto Bobbio); por ello, no es el espacio para abordarlo.

2. Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo

Abordar el tema es una labor encomiable y amplia, además de compleja; así que, en lo que importa para los fines del presente abordaremos aspectos que tienen injerencia en nuestro objeto de estudio.

2.1. Positivismo jurídico (brevíssima referencia)

Podemos indicar que dicho paradigma se gesta con suma claridad, en forma expresa, a través de la “Teoría pura del derecho”, obra del insigne maestro austriaco Hans Kelsen. Precisamente, en las primeras líneas de dicha obra, se indica que la Teoría pura del derecho es una teoría del “derecho positivo”⁶⁴; de donde, con nitidez, se advierte el planteamiento del denominado “positivismo jurídico”, es decir, que todo el estudio (en términos generales) del Derecho se remite al estudio del derecho positivizado. Con relación a la expresión “positivismo jurídico”, se ha dicho que es aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo, es decir, que este último es exclusivo (único y no superior al derecho natural); de ahí que, que se sostenga que el positivismo jurídico es la teoría de la exclusividad del derecho positivo, por lo que, se postula monista⁶⁵ y

⁶⁴ KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Decimoséptima edición. Argentina. 1981, p. 15.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. El Problema del Positivismo Jurídico. Traducida por Ernesto Garzón Valdés. EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires – Argentina. 1965, p. 68.

descriptiva, pues como bien se apuntó, para Kelsen las ciencias normativas no necesitan crear normas, sino simplemente conocerlas, ya que la ciencia nunca es voluntad, prescriptiva, creadora, sino inteligencia descriptiva, perceptiva; de ahí que, para él el término “normativo” no significa establecimiento de norma, sino conocimiento de la misma⁶⁶.

Se sostiene que, el positivismo jurídico parte de las siguientes tesis: i) el Derecho lo constituye sólo las disposiciones jurídicas positivas emitidas por los órganos competentes que expresan la voluntad del Estado, las cuales son la única fuente del Derecho; ii) toda ley (en sentido material), que haya sido dada conforme a los preceptos constitucionales, constituye derecho vinculante en forma general, no aceptándose cualquier otra fundamentación; iii) en la emisión de las leyes, el legislador no está sujeto *a priori* a ningún principio jurídico material, valor básico o principio ético, por lo que, el control de contenido de las leyes estatales, no se basa en una justicia material⁶⁷. De lo expresado, se pueden inferir, las tesis del monismo jurídico, la no necesaria conexión entre el Derecho y la moral, empero, debemos precisar que también hay otras tesis o postulados del positivismo jurídico (como por ejemplo la de las fuentes sociales del Derecho o el Estado de Derecho, entre otros), sobre lo cual no profundizaremos, en tanto no es éste el objetivo de este trabajo.

Conforme a los trabajos de los estudiosos del Derecho (juristas y iusfilósofos), se tiene que dicha corriente de pensamiento representa una explicación (a todo nivel) del Derecho, desde los temas más generales a los más puntuales o precisos. En efecto, dicha corriente se ha erigido como un “paradigma” desde la forma de estudiar, pensar, reflexionar hasta aplicar el Derecho, al menos durante el siglo XIX y XX. Es por ello que, que se haya dicho que la característica

⁶⁶ EBENSTEIN, William. La Teoría Pura del Derecho. Trad. J. Malagón y A. Pereña. 1° ed. Ediciones Coyoacán S.A. de C.V. México. 2004, p. 19.

⁶⁷ RÜTHERS, Bernd. Teoría del Derecho - Concepto, validez y aplicación del Derecho. Trad. Minor S. Salas. Editorial Temis – Ediciones Olejnik. Argentina. 2018, p. 239.

basilar (o de base) del positivismo jurídico es que, el mismo, concibe al derecho como un conjunto de normas puestas por seres humanos, cuyo estudio es asignado a la ciencia del derecho, así como su aplicación corresponde a la práctica del derecho⁶⁸.

Pues bien, incluso, en la actualidad aún se puede percibir, dicho paradigma o teoría del derecho, tanto en la actividad jurídica de la interpretación, como en la actividad jurídica de la aplicación del derecho que, precisamente, llevan a cabo los operadores del Derecho, por una u otra razón.

2.2. Neoconstitucionalismo (brevísimas referencias)

Por su parte, el así denominado neoconstitucionalismo es el enunciado utilizado para significar el agrupamiento, al tiempo de describir, de un conjunto de postulados o tesis (Estado Constitucional, constitucionlización 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; es decir, que se trataría de un conjunto de teorías que tendrían impacto sobre la generalidad del Derecho, al referirse al concepto mismo de éste último, puesto que, además, dichas tesis serían divergentes y, más aún, contrarias de los postulados del positivismo jurídico, así como diferentes del iusnaturalismo.

Sin perjuicio de lo indicado (aunque se insinuó lo que enseguida anotaremos), los postulados de la referida corriente de pensamiento,

⁶⁸ SCARPELLI, Uberto. ¿Qué es el positivismo jurídico? Trad. César E. Moreno More. 1° ed. Zela Grupo Editorial. Lima. 2021, p. 211.

no sólo se observarían a nivel teórico, sino también a nivel pragmático, ya que ello se aprecia explícitamente de la revisión, por ejemplo, de la doctrina jurisprudencial o precedentes vinculantes de nuestro Tribunal Constitucional, donde se ve que los mismos son empleados para resolver los casos de los que se ocupa dicho órgano jurisdiccional; siendo que, justamente, en virtud de tales pronunciamientos emitidos por el supremo intérprete de la Constitución, también aplican el derecho los magistrados del Poder Judicial o, asimismo, 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).

Es por tal razón que el maestro español García Figueroa ha dicho que, precisamente, a partir de que el neoconstitucionalismo se concentra sobre el Derecho de los Estados constitucionales, éste se estaría concentrando sobre el Derecho que interesa a los juristas, empero no sólo a nivel teórico, sino también, y antes bien, práctico, por lo que, concluye, inclusive, que viene a ser inherente al neoconstitucionalismo la asunción de un cierto grado de pragmatismo, o sea, en términos generales, la asunción de que la utilidad debe ser un criterio relevante a la hora de elaborar nuestras teorías jurídicas; de tal manera, nos indica, que la filosofía del Derecho neoconstitucionalista relativiza así una de sus tradicionales diferencias con la dogmática: esto es, la búsqueda de un concepto general de Derecho. De tal manera que, continúa, desde este punto de vista, el neoconstitucionalismo aproxima la filosofía jurídica a las necesidades de la dogmática⁶⁹.

Por tanto, dicho fenómeno jurídico se pretende erigir como una verdadera teoría del Derecho que inocule un nuevo paradigma en

⁶⁹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Criaturas de la moralidad - Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. 1° ed. Editorial Trotta. Madrid. 2010, pp. 222-223.

todos sus ámbitos y espacios de tratamiento, por lo cual ya se ha hablado 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, así como de otras cuestiones del neoconstitucionalismo, remitimos a un trabajo nuestro anterior⁷⁰, que está considerado también en el presente libro en acápite anterior).

En suma, el profesor Barberis explica que, además de defender su existencia teórica, las tesis sobre las cuales se asentaría dicho neoconstitucionalismo serían cinco tesis, al menos. La primera abordaría la apariencia sobre el conflicto o problema entre valores, principios y derechos, el cual ocultaría una jerarquía coherente de principios constitucionales o de sus núcleos esenciales. En segundo lugar, enfatiza en que la ponderación constituye un procedimiento racional, casi matemático, para la solución de los casos constitucionales. Como tercer término, se sustenta la ponderación como temperamento de los principios relevantes, esto es, una conciliación que sólo en casos extremos sacrificaría totalmente el uno o el otro. En cuarto orden, asevera que la ponderación vendría ser funcional a la justicia del caso concreto, o, en otras palabras, justicia obtenible únicamente a través de la ponderación, es decir, teniendo en cuenta todos los valores, principios y derechos relevantes. Por último, la tesis de la exclusividad, en virtud de la cual los principios se

⁷⁰ CASTILLA COLQUEHUANCA, Jhoni Shang. Neoconstitucionalismo como teoría del Derecho - ¿Qué vino después del paradigma del iuspositivismo? En: Revista Institucional de Derecho del Ilustre Colegio de Abogados de Puno “Vox Juris”, N° 12 - 2013.

resuelven con la ponderación y las reglas por medio de la subsunción⁷¹.

No obstante, lo mencionado, consideramos que las tesis mencionadas por el referido maestro italiano, no son las únicas, sino que hay otras también (como la del Estado constitucional y otros, conforme ya mencionamos reglones atrás, lo cual también pasaremos y no ahondaremos por no ser nuestro cometido).

A continuación, nos proponemos explicar (someramente) algunas de las concepciones que se manejan bajo el paradigma positivista y el del pretendido neoconstitucionalismo o, en todo caso, el planteamiento que se tiene de aquellas en la teoría contemporánea del Derecho, delimitando su explicación en lo que interesa a nuestro cometido (esto es, orientado a los derechos fundamentales, tanto más si como algún autor ya ha sostenido que, incluso, el núcleo de lo que se llama neoconstitucionalismo lo constituiría, precisamente, que los derechos fundamentales de la Constitución son principios, que se aplican judicialmente mediante la ponderación⁷²; empero ello, no se puede comprender si, antes bien, no se pautea o describe el contexto teórico en cual se los entiende del modo indicado).

3. Algunas tesis o postulados del positivismo jurídico y del neoconstitucionalismo

3.1. Estado de derecho y estado constitucional

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;

⁷¹ BARBERIS, Mauro. ¿Existe el Neoconstitucionalismo? En: Ortgea, Santiago (Director) ¿Existe el Neoconstitucionalismo? - Razones, debates y argumentos. 1° ed. Jurista Editores E.I.R.L. Lima. 2013, pp. 47-50.

⁷² BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009, p. 92.

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 podríamos denominar una libertad protectora o defensiva⁷³. En aquel tiempo existió una lucha por el reconocimiento de los (ahora) denominados 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. Tales condiciones se garantizaban a través del denominado Estado de derecho que, es el Estado en el cual todos se someten a la ley (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 jurídico⁷⁴), en oposición al Estado absolutista; erigiéndose los denominados principios de “legalidad”, “libertad” y “división de poderes”.

Por su parte, sobre el Estado constitucional 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 genético⁷⁵ 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 Derecho⁷⁶. 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

⁷³ JACKISCH, Carlota. Citada por: Del Pozo, Claudia. Control Difuso y Procedimiento Administrativo. Palestra Editores. Primera edición julio. Lima – Perú. 2005, p. 58.

⁷⁴ KELSEN, Hans, ob. cit., p. 189.

⁷⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta, Madrid – España. 1995, p. 33.

⁷⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, ob. cit., p. 34.

concepción del Derecho y del método jurídico”⁷⁷. 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.⁷⁸.

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 constitución⁷⁹.

3.2. Concepto de constitución y de norma constitucional

Bajo el Estado de derecho se define a la Constitución de la siguiente manera: “García Pelayo 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”⁸⁰.

⁷⁷ AGUILÓ REGLO, Guido. La Constitución del Estado Constitucional. Palestra Editores. S.A.C. Lima – Perú. 2004, p. 9.

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ PRIETO SANCHÍS, Luís. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Palestra Editores. Primera reimpresión julio. Lima – Perú. 2007, p. 166.

⁸⁰ GARCÍA PELAYO, citado por Naranjo Mesa Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial Temis S.A. Undécima Edición. Bogotá – Colombia. 2010, p. 336.

Además del aspecto reseñado en la concepción de la Constitución, en este primer estadio de la modernidad, 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 Gonzáles [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.”⁸¹.

Bajo el Estado constitucional, se conceptúa del modo siguiente. No obstante, lo indicado, 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 Derecho⁸².

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

⁸¹ GARCIA TOMA, Víctor. ob. cit., p. 449.

⁸² CARBONELL, Miguel. Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos claves. Palestra Editores. S.A.C. Primera edición junio. Lima – Perú. 2010, p. 55.

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.”⁸³.

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 particulares⁸⁴. Así, 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.⁸⁵.

Atendiendo a la concepción de Constitución bajo el Estado de derecho, se esgrimían concepciones, refiriéndose a las normas que contiene la constitución, indicándose como: “... sistema de normas jurídicas, escritas o no que pretende regular los aspectos fundamentales de la vida política de un pueblo.”⁸⁶; “...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.”⁸⁷. 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

⁸³ GARCIA TOMA, Víctor, ob. cit., p. 453.

⁸⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis y CASTILLO ALVA José Luis. El precedente Judicial y el precedente constitucional. ARA Editores. Primera edición. Lima – Perú. 2008, p. 177.

⁸⁵ ZAGREBELSKY, citado por Castillo Córdova, Luis y Castillo Alva José Luis. ob. cit., p. 178.

⁸⁶ FERRANDO BADIA, Juan. ¿Qué es una Constitución? Editorial Tecnos. Madrid – España. 1987.

⁸⁷ SCHIMTT, Carl. Teoría de la Constitución. Editorial Alianza. Madrid – España. 1983.

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.⁸⁸.

De otra parte, en atención a la concepción de Constitución bajo el Estado 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.⁸⁹.

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-principio⁹⁰; ya que tanto en la obra de Dworkin, como en la

⁸⁸ DEL POZO, Claudia. ob. cit., pp. 62 – 63.

⁸⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis y CASTILLO ALVA José Luis. ob. cit., p. 177.

⁹⁰ 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.”. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Para una teoría postpositivista del Derecho. Palestra Editores S.A.C. Primera edición setiembre. Lima – Perú. 2009, p. 234. Véase

obra de Alexy, esta distinción se aplica se aplica para explicar la estructura de las normas de derecho fundamental⁹¹. 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 principios⁹².

Las primeras (las reglas) 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 incumplirse⁹³.

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

también: ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. 1° ed. Editorial Ariel S.A. Lima-Perú. 1996, p. 1 y ss.

⁹¹ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamental. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid – España. 2003, p. 569.

⁹² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Sociedad Anónima de Fotocomposición Talisio, 9. 28027. Primera reimposición a la 2° ed. Madrid – España. 2008, p. 63.

⁹³ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Palestra Editores S.A.C. Primera reimposición febrero. Lima – Perú. 2010, p. 458.

mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.⁹⁴.

4. Concepto de derechos fundamentales bajo el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo

En la concepción clásica (bajo el imperio del Estado de derecho), la noción 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; y ello es así, en tanto se habla 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.⁹⁵.

En la concepción contemporánea (bajo el imperio del Estado constitucional) o modernamente, aquellos “derechos” a los que hicimos referencia, son manejados bajo la denominación de

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. Filosofía del Derecho Constitucional. Editorial EDIAR. Buenos Aires – Argentina. 1969, p. 267.

derechos fundamentales, noción que, por los demás, no resulta simple.

Se manifiesta⁹⁶ en doctrina 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, se dice⁹⁷ 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, se expresa⁹⁸ 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

⁹⁶ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera edición setiembre. Lima Perú. 2005, p. 33.

⁹⁷ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, ob. cit., p. 37.

⁹⁸ LANDA ARROYO, César. *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Palestra Editores S.A.C. Primera edición enero. Lima – Perú. 2010, p. 12.

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).”(Sic)⁹⁹.

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 institucional¹⁰⁰, 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 personas¹⁰¹.

Explica un profesor de gran trayectoria en Latinoamérica que, habiendo nacido el derecho constitucional como instrumento de

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luís. Derechos fundamentales y procesos constitucionales. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima – Perú. 2008, p. 15.

¹⁰¹ RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional – Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución. Fondo Editorial – PUCP. Primera edición junio. Lima – Perú. 2010, pp. 26-27.

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 derechos¹⁰². Lo precedentemente expuesto sirve de fundamento para sustentar que, podemos observar que en los derechos fundamentales se observa una doble naturaleza: de una parte, constituyen derechos subjetivos de carácter público, y, por otro lado, son considerados también 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. Dar cuenta de a qué obedece tal reconceptualización ha sido el cometido del presente trabajo, esto es, describir los fundamentos o contexto teórico dentro del cual se desarrolla o amplía la concepción de los derechos fundamentales, de modo tal que, aquellos hoy en día también son exigibles frente a los particulares.

5. Conclusión

Como se puede advertir, la comprensión de los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos y privados, tiene asidero desde las teorías generales del Derecho, siendo que, dichos replanteamientos sustentan también (o aún antes) la eficacia de los derechos fundamentales, ya que las teorías particulares que se han desarrollado para la explicación de dicha eficacia tiene como contexto o continente tales postulados generales. En efecto, la explicación del tema tiene teorías específicas (las cuales son: la teoría del efecto mediato o indirecto en terceros; la teoría del efecto

¹⁰² SAGÜES, Néstor Pedro. Elementos de derecho constitucional. Editorial ASTREA. 3° edición actualizada y ampliada. Buenos Aires – Argentina. 1999, p. 305.

inmediato o directo en terceros; la teoría del efecto producido a través de derechos frente al Estado o del deber de protección del Estado; y, la teoría del modelo de tres niveles) que tratan de dar una respuesta a tal fenómeno jurídico, las cuales no desarrollamos, en tanto existen trabajos sobre ellas, empero las mismas se dan en el contexto jurídico que hemos descrito, lo que usualmente no se señala, de ahí el mérito del presente artículo.

Bibliografía

- AGUILÓ REGLO, Guido. La Constitución del Estado Constitucional. Palestra Editores. S.A.C. Lima – Perú. 2004.
- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Sociedad Anónima de Fotocomposición Talisio, 9. 28027. Primera reimpresión a la 2° ed. Madrid – España. 2008.
- ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Palestra Editores S.A.C. Primera reimpresión febrero. Lima – Perú. 2010.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Para una teoría postpositivista del Derecho. Palestra Editores S.A.C. Primera edición setiembre. Lima – Perú. 2009.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. 1° ed. Editorial Ariel S.A. Lima-Perú. 1996.
- BARBERIS, Mauro. ¿Existe el Neoconstitucionalismo? En: Ortgea, Santiago (Director) ¿Existe el Neoconstitucionalismo? - Razones, debates y argumentos. 1° ed. Jurista Editores E.I.R.L. Lima. 2013.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamental. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid – España. 2003.
- BIDART CAMPOS, Germán J. Filosofía del Derecho Constitucional. Editorial EDIAR. Buenos Aires – Argentina. 1969, p. 267.

- BOBBIO, Norberto. El Problema del Positivismo Jurídico. Traducida por Ernesto Garzón Valdés. EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires – Argentina. 1965.
- CARBONELL, Miguel. Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos claves. Palestra Editores. S.A.C. Primera edición junio. Lima – Perú. 2010.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis y CASTILLO ALVA José Luis. El precedente Judicial y el precedente constitucional. ARA Editores. Primera edición. Lima – Perú. 2008.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luís. Derechos fundamentales y procesos constitucionales. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima – Perú. 2008.
- CASTILLA COLQUEHUANCA, Jhoni Shang. Neoconstitucionalismo como teoría del Derecho - ¿Qué vino después del paradigma del iuspositivismo? En: Revista Institucional de Derecho del Ilustre Colegio de Abogados de Puno “Vox Juris”, N° 12 - 2013.
- DEL POZO, Claudia. Control Difuso y Procedimiento Administrativo. Palestra Editores. Primera edición julio. Lima – Perú. 2005.
- EBENSTEIN, William. La Teoría Pura del Derecho. Trad. J. Malagón y A. Pereña. 1° ed. Ediciones Coyoacán S.A. de C.V. México. 2004.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera edición setiembre. Lima Perú. 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. Epistemología jurídica y garantismo. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, N.º 88. Distribuciones Fontamara, S.A. Segunda reimpresión. México. 2008.
- FERRANDO BADIA, Juan. ¿Qué es una Constitución? Editorial Tecnos. Madrid – España. 1987.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Criaturas de la moralidad - Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. 1° ed. Editorial Trotta. Madrid. 2010.
- JIMÉNEZ CARO, Roberto M. Una metateoría positiva del positivismo jurídico. De la colección “Filosofía y Derecho”. Editora Marcial Pons. Madrid – España. 2008.

- KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Decimosétima edición. Argentina. 1981.
- LANDA ARROYO, César. Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Palestra Editores S.A.C. Primera edición enero. Lima – Perú. 2010, p. 12.
- NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial Temis S.A. Undécima Edición. Bogotá – Colombia. 2010.
- PRIETO SANCHÍS, Luís. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Palestra Editores. Primera reimpression julio. Lima – Perú. 2007.
- RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional – Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución. Fondo Editorial – PUCP. Primera edición junio. Lima – Perú. 2010.
- RÜTHERS, Bernd. Teoría del Derecho - Concepto, validez y aplicación del Derecho. Trad. Minor S. Salas. Editorial Temis – Ediciones Olejnik. Argentina. 2018.
- SAGÜES, Néstor Pedro. Elementos de derecho constitucional. Editorial ASTREA. 3° edición actualizada y ampliada. Buenos Aires – Argentina. 1999.
- SCARPELLI, Uberto. ¿Qué es el positivismo jurídico? Trad. César E. Moreno More. 1° ed. Zela Grupo Editorial. Lima. 2021.
- SCHIMTT, Carl. Teoría de la Constitución. Editorial Alianza. Madrid – España. 1983.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta, Madrid – España. 1995.

<<Conforme al contexto jurídico actual, se advierte un cambio de paradigma innegable, en la concepción del Estado (así como en la concepción misma del Derecho, entre otros), conforme al cual también debe ejercerse el derecho punitivo, dándose mayor preponderancia a los principios de razonabilidad y proporcionalidad...>> j.s.c.c.

LAS DOS ARISTAS DEL DERECHO PUNITIVO DEL ESTADO: BREVE REFLEXIÓN DEL MISMO EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO¹⁰³

La presunta interpolación del derecho penal y el derecho administrativo sancionador: ¿Un problema de nunca acabar?

Sumario: i. Introducción; ii. Contexto jurídico; iii. Derecho punitivo del Estado; iv. Las dos aristas del derecho punitivo del Estado; v. Criterios para discernir el ejercicio del derecho punitivo del Estado a través de sus dos aristas: 5.1. Primer criterio: gravedad de hechos irregulares y bienes jurídicos afectados, 5.2. Segundo criterio: contexto en que se producen los hechos irregulares y cualificación excluyente de los presuntos responsables, 5.3. Tercer criterio: descentralización del ejercicio de la coerción penal y mejor organización de la misma, como consecuencia de la evolución de los postulados del derecho punitivo vinculados al derecho administrativo sancionador; vi. Interacción entre las dos aristas y no interpolación; vii. Principios que coadyuvan a la interacción y no interpolación de las dos aristas del derecho punitivo del Estado: 7.1. Non bis in ídem y Ne bis in ídem, 7.2. Principio de legalidad, 7.3. Principio de intervención mínima; viii. Caso (específico) práctico sobre el tema; ix. Conclusión.

1. Introducción

Sin lugar a dudas, un tema álgido y delicado para todo Estado, es el del derecho punitivo (*ius puniendi*) del mismo, no solo por la implicancia social que aquel tiene en su ejecución (a propósito de la respuesta que se pudiera recibir por parte de los miembros integrantes de la sociedad, llámese meros ciudadanos o de los medios de comunicación, entre otros, por lo que, dicho sea de paso, muchas veces se ve condicionado), sino también por su correcta aplicación que se propugna, en atención al análisis y estudio que se hace del mismo, producto de juicios de reflexión que desde la dogmática jurídica se hacen (primer nivel de reflexión del derecho) o desde la teoría del derecho (segundo nivel de reflexión del derecho), todo en base al contexto jurídico que actualmente se vive, cuyos

¹⁰³ Artículo publicado (en su versión original) en la Revista Institucional del Ilustre Colegio de Abogados de Puno "Vox Juris", N° 11 - 2012.

postulados indudablemente influyen en los ordenamientos y sistemas jurídicos.

Asimismo, la temática reviste importancia, debido al impacto que aquel puede tener respecto de conceptos jurídicos muy delicados, ello en atención a que, por la esencia del mismo, esto es el punir o penar (que importa sancionar, castigar), de hecho, muchas veces tiene directa incidencia en derechos fundamentales del más alto rango, verbigracia el derecho a la libertad, cuyo ejercicio es a veces privado y otras restringido (según el supuesto delictivo en que se incurra), como consecuencia precisamente del ejercicio de dicho derecho punitivo.

Empero, debemos indicar que alrededor de dicho *ius puniendi*, se adscriben diferentes temas, por consiguiente, a través del presente artículo se abordará el referido a la presunta interpolación que se daría entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, a partir (pues en las diferentes entidades que componen la Administración Pública, se cuentan con órganos de control interno, donde se ejerce el derecho administrativo sancionador o potestad administrativa sancionadora) de un caso o ejemplo específico, tomado para fines meramente académico o ilustrativo para el objeto del presente, ello ha efecto de no complejizar el tema en cuestión.

2. Contexto jurídico

Es importante ubicar el contexto jurídico vigente en el cual se desenvuelven el tratamiento de las diferentes instituciones, figuras y categorías jurídicas (sustantivas y procesales). Como es sabido, después de la segunda postguerra mundial se ha desarrollado un fenómeno jurídico (nueva cultura jurídica) denominado “neoconstitucionalismo”, el cual es conjunto de planteamientos de orden conceptual, metodológico e ideológico-filosófico que han dado un nuevo vuelco al Derecho, que va desde la concepción del mismo hasta el tópico más específico del mismo.

Evidentemente, a ello no puede escapar -principalmente- el derecho punitivo del Estado, más aún, si el paradigma de la concepción misma del Estado (claro está desde la óptica del derecho) ha sido redefinido, motivo por el cual se habla del paradigma del Estado Constitucional; así, el derecho punitivo del Estado, también debe responder o ser enmarcada en el contexto de dicho cambio de cultura jurídica y, más puntualmente (pues este es una consecuencia de aquel), en el paradigma indicado, de otra manera, seguir dándole un tratamiento conforme al paradigma anterior, implicaría mantener una versión vetusta del derecho punitivo del Estado, conforme al avance y desarrollo de las relaciones sociales y la evolución del conjunto de instituciones, figuras y categorías jurídicas (de la concepción misma del derecho, etc.), a las que ya no responde conforme al paradigma anterior del Estado de Derecho, ya que, al margen -como hemos indicado en un trabajo anterior¹⁰⁴-, de la discusión de si el Estado Constitucional es un cambio sustancial (genético) del Estado de Derecho, o si es una evolución de este último, lo cierto es que la concepción (claro está desde la perspectiva del Derecho) del Estado como “Estado de Derecho” en la actualidad (con los avances, a todo nivel, que ya hemos señalado), ya no responde a los postulados y condiciones a los que obedeció.

3. Derecho punitivo del Estado

El derecho punitivo del Estado (*ius puniendi*), es una potestad de éste último, consistente en una actividad reaccionaria de este último frente a conductas socialmente reprochables, ya por su intolerancia

¹⁰⁴ CATILLA COLQUEHUANCA, Jhoni Shang. A propósito del agotamiento de la vía administrativa como requisito indispensable para el inicio del proceso contencioso administrativo. ¿Se requiere el agotamiento de la vía previa para el caso de las actuaciones materiales de la administración pública no sustentadas en acto administrativo? En: Revista Institucional de la Corte Superior de Justicia de Puno N° 10, AÑO 07, Agosto – Diciembre: “VOZ DE JUSTICIA”. Editora Epsensa Puno – Perú, 2010, p. 95.

en el desenvolvimiento de las relaciones sociales, así como por su efecto enervante de los valores (bienes jurídicos) relevantes para una sociedad, en atención a cuestiones socioculturales y axiológicas, proyectadas del devenir histórico de la misma. Este tiene como trasfondo el restablecimiento del resquebrajamiento (puesta en peligro) o ruptura (daño o perjuicio causado) del estado regular de cosas de la sociedad, esto es la tranquilidad social.

Asimismo, es necesario señalar que, el ejercicio de dicho derecho punitivo (por parte del Estado), inexorablemente, conlleva una consecuencia prevista, que resalta su esencia, esto es la imposición de una sanción. En efecto, se pone en movimiento todo el aparato (nos referimos a los órganos jurisdiccionales y fiscalías) del Estado para, luego de verificar (previa investigación, juicio y luego decisión) la comisión de un delito, imponer una pena, la misma que puede ir desde una simple multa hasta la privación del derecho a la libertad (si acaso uno de los derechos más importantes y delicados del ser humano).

Nótese entonces, lo delicado y adecuado que debe ser el ejercicio de dicho derecho punitivo; por lo que, el mismo debe ser ejercido en el marco de respeto a una serie de garantías, derechos y principios constitucionales, como son por ejemplo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, tanto más, si conforme al contexto jurídico actual -esto es en el marco de un Estado Constitucional-, hay una mayor preponderancia por el respeto a los derechos fundamentales (como la libertad, por citar un ejemplo), en virtud de lo cual, la afectación de un derecho constitucional, de las garantías y principios constitucionales, adquieren mayor cuidado en su restricción o privación (en cuanto a derechos), así como en su ejercicio o aplicación (en cuanto a los principios y garantías), de manera que se descarte cualquier indicio de arbitrariedad en el ejercicio de tal derecho punitivo (o poder penal del Estado, en

palabras del Profesor Alberto M. Binder¹⁰⁵, o también poder punitivo, en palabras del Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁰⁶ -aunque lo que entiende dicha expresión utilizada por este último profesor no sea tan acorde al concepto que propugnamos-). Lo expuesto, conforme al paradigma que se describió líneas atrás.

Como se advierte, de lo descrito en el párrafo anterior, podemos inferir una de las características de dicho derecho punitivo: esto es que la coerción penal constituye una fuerza estatal de alta intensidad¹⁰⁷, por tanto, su ejercicio debe ser correctamente encausado, de manera que se descarte cualquier tipo de arbitrariedad o, asimismo, el ejercicio de aquel (aún bajo el sustento de ciertas normas) que suponga una vulneración a derechos fundamentales, los cuales tienen mayor incidencia y prevalencia en los ordenamientos jurídicos, conforme al contexto descrito en el ítem anterior.

4. Las dos aristas del derecho punitivo del Estado

Conforme se tiene del estudio de la doctrina especializada contemporánea en la materia, se aprecia que se ha adoptado la teoría del *ius puniendi* único del Estado, indicándose al respecto que, ello revela un recurso dogmático empleado por la doctrina y la jurisprudencia para asimilar dos figuras aparentemente distintas, que consiste en la formación de un concepto superior y único (supraconcepto) en el que ambas están integradas¹⁰⁸. Desde este

¹⁰⁵ BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires – Argentina, 2002, p. 75.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Estructura Básica del Derecho Penal. Editorial Ediar. Buenos Aires – Argentina, 1° ed., 2009, p. 16.

¹⁰⁷ BINDER, Alberto M. ob. cit., p. 75.

¹⁰⁸ DAÑOS ORDÓÑEZ, Jorge Elías; MORÓN URBINA, Juan Carlos; MARTÍN TIRADO, Richard J.; ESPIÑOSA-SALDAÑA BARREDA, Eloy; GUZMÁN NAPURÍ, Christian; ZEGARRA VALDIVIA, Diego; PEDRESCHI GARCÉS, Willy; HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto; SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto Carlos y OCHOA CARDICH, César:

punto de vista, tanto la potestad punitiva penal como la sancionadora administrativa constituyen manifestaciones de un mismo “ius puniendi” genérico del Estado, el mismo que se articula en dos grandes brazos: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador¹⁰⁹. Lo indicado obedece a la razón dogmática, el cual está inmerso (así como la razón cronológica y la constitucional) en el argumento denominado “primogenitura” del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador¹¹⁰.

Así, dicha potestad del estado, desarrollada de manera muy somera en el punto anterior, tiene dos formas de expresión, en dos ramas del derecho a través de las cuales se ventila o encausa aquella, con la finalidad de encauzar (y luego concretizar) su ejercicio, en atención a tres criterios a saber: la primera, referida a la gravedad de los hechos irregulares y bienes jurídicos que se afectan; la segunda, vinculada al contexto en que estos se producen y la cualificación excluyente de los presuntos responsables; y, el tercero, con relación a lo que podemos denominar “descentralización del ejercicio de la coerción penal”¹¹¹ y una cuestión de mejor organización de la misma, que es una consecuencia de la evolución de los postulados del derecho punitivo vinculados al derecho administrativo sancionador.

Enseguida, en el siguiente *ítem* desarrollaremos dichos criterios, a fin de diagramar mejor el tema.

Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, ARA Editores E.I.R.L., 1era Edición – Julio 2003. Lima, T. 1, p. 509.

¹⁰⁹ MESTRE, Juan. La Configuración Constitucional de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública. En: Estudios sobre la Constitución Española, libro Homenaje al Profesor García de Enterría. T. II. Madrid. Editorial Civitas, 1991, p. 2497.

¹¹⁰ DAÑOS ORDÓÑEZ, Jorge Elías; MORÓN URBINA, Juan Carlos; MARTÍN TIRADO, Richard J.; ESPIÑOSA-SALDAÑA BARREDA, Eloy; GUZMÁN NAPURÍ, Christian; ZEGARRA VALDIVIA, Diego; PEDRESCHI GARCÉS. Willy; HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto; SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto Carlos y OCHOA CARDICH, César. ob. cit., p. 515.

¹¹¹ Tomamos la expresión usada por: BINDER, Alberto M. ob. cit., p. 75; aunque debemos precisar que, dicho autor, no la usa exactamente en el sentido en que la emplearemos en el presente trabajo, sino en un modo similar.

5. Criterios para discernir el ejercicio del derecho punitivo del Estado a través de sus dos aristas

5.1. Primer criterio: gravedad de hechos irregulares y bienes jurídicos afectados

En principio, cabe hacer las siguientes precisiones, en virtud de la categorización de conceptos cuyo empleo como método jurídico es común en el derecho en general, ergo también en el derecho penal y administrativo disciplinario: nos referimos a la dogmática jurídica¹¹². Sabemos que, en la realidad concreta, a menudo se producen o dan hechos, los cuales en estricto solo son eso “hechos”, empero ellos, conforme a la percepción que de los mismos tiene el hombre (producto de toda una evolución teórica explicativa, desde diferentes áreas del conocimiento, como son la filosófica, científica, ética, etc., cuyo tratamiento, evidentemente, desborda el presente espacio de estudio) y la incidencia de estos en las relaciones sociales, hace juicios de valor respecto de los hechos, cualificándolos.

Así, tenemos que, como una primera categoría, se habla de “hechos irregulares”, para denotar aquellos que (por cuestiones axiológicas, etc.) no responden a hechos que se ajustan al normal desenvolvimiento de las relaciones sociales y estado de cosas que permiten el desarrollo de las mismas (como la tranquilidad, paz social, cumplimiento de deberes, por citar algunos ejemplos), ya porque las frustran (cuando se causan daños que afectan gravemente

¹¹² Sobre dogmática jurídica, véase: MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Editorial Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 187; BULYGIN. Eugenio. Dogmática Jurídica y Sistematización del Derecho. En: Introducción al Derecho – Iniciación a la Teoría del Derecho y Ciencias Filosóficas. CHANAMÉ ORBE, Raúl y PÉREZ CASAVARDE, Javier. Ediciones Legales. Primera Edición, julio 2010. Perú, p. 263. En nuestro país, puede revisarse: MORALES HERVIAS, Rómulo. Estudios sobre Teoría General del Negocio Jurídico. ARA Editores. Primer Edición, setiembre 2002, p. 33.

o vulneran valores apreciados por la sociedad y que se dan al interior de aquellas) o por cuanto las obstaculizan (se generan afectación únicamente, a dichos valores).

Pues bien, en una segunda categoría, se hace una distribución de los mismos, en atención a la gravedad que revisten (por la afectación o vulneración que ocasionan en los bienes jurídicos), en los supuestos de hecho contenidos en las normas que, a su vez, están distribuidas en las dos ramas del derecho que ya mencionamos; esto es los hechos irregulares delictivos, los cuales son previstos así por la gravedad (vinculada a los bienes jurídicos que afectan) que su acaecimiento reviste, y los hechos irregulares infractores, regulados expresamente como faltas, siendo que estos últimos merecen precisión, por cuanto dicha categoría se presenta también en el Derecho de Familia (piénsese en los hechos irregulares cometidos por los menores de edad -a quienes se denomina infractores-, denominados hechos -irregulares- infractores), así como también en el derecho penal se utiliza la expresión faltas para designar a los hechos irregulares no delictivos, esto es los que no constituyen delito, por lo que, dejamos en claro que, para los efectos del presente artículo, cuando hacemos referencia a la categoría de hechos irregulares infractores o hechos irregulares que constituyen o se denominan legalmente faltas, nos estamos refiriendo a aquellos que importan supuestos de infracción de deberes (denominados supuestos de conducta funcional), que son de tratamiento u objeto del derecho administrativo sancionador.

Como una tercera categoría, podemos indicar que al interior de los mismos (esto es los hechos irregulares delictivos y los hechos irregulares infractores), se hace también una clasificación, a la vez, relacionado también a la gravedad (vinculada a los bienes jurídicos que afectan) que los mismos importan, haciéndose una graduación de tales hechos irregulares de injerencia de una u otra rama del derecho, motivo por el cual se utilizan a menudo los adjetivos jurídicos de leve, grave, muy grave incluso (en el campo del derecho

administrativo sancionador), ello con la finalidad de enfatizar (entre otros principios) la proporcionalidad entre el hecho producido y la sanción que corresponde imponer por la comisión (responsabilidad) del mismo, permitiéndose con esto (entre otros aspectos, como que se hace una escala pues permite graduar objetiva y prudencialmente la sanción) que se haga un ejercicio razonable y racional de dicho poder punitivo o sancionador.

Así, en el derecho penal encontramos, por citar un ejemplo, el delito de lesiones leves y el de lesiones graves; en lo que se refiere al ámbito administrativo sancionador, tenemos una agrupación un poco más conjuntiva y definida, debido a que, por decir algún ejemplo, en el caso de la Ley de la Carrera Judicial (Ley N° 29277), en sus artículos 46, 47 y 48, se regula en forma conglomerada los supuestos de infracción (inconducta funcional), clasificándolos en faltas leves, graves y muy graves, respectivamente.

Brevemente, diremos que tales hechos irregulares delictivos o infractores ya han sido abstraídos de la realidad en abstracto en los supuestos de las normas (concernientes al derecho penal o administrativo sancionador), por el legislador en la labor anterior de previsión (calificación ex ante o a priori) de los mismos, esto es que con anticipación el legislador ya preestablecido o discriminados los supuestos de hecho que corresponden o deben ser tramitados en una u otra rama, empero, posterior a ello (a posteriori) el operador del derecho debe hacer una calificación de los hechos irregulares, a efecto de indicar a que vía corresponde ventilar, si a la vía penal o al administrativo sancionador, más adelante volveremos a este respecto.

De esta manera, en cuanto a los bienes jurídicos, tenemos que, en ambas ramas del Derecho, se protegen bienes distintos.

Así, debemos hacer referencia (en base a un criterio de descarte) a cuáles son los que protegen en a través del Derecho Administrativo

Sancionador, por ser más puntuales (a diferencia del Derecho Penal donde se advierte que se protegen bienes jurídicos más variados y diversos). Por ejemplo, en el caso de los funcionarios (Jueces) y servidores (Auxiliares Jurisdiccionales) del Poder Judicial, a través del Derecho Administrativo Sancionador (por medio de la OCMA) se busca proteger el cumplimiento óptimo y correcto desenvolvimiento de los deberes previstos por ley, en relación a las funciones y atribuciones propias de los cargos que se ejercen.

En el caso del ejemplo indicado, se tiene en cuenta concepto de “deber legal”, por el que solo un deber es exigible a un funcionario o servidor, siempre en cuando el mismo está expresamente conminado como tal respecto de las funciones del cargo, cuyo incumplimiento encuentra su correspondencia en un supuesto de infracción de deberes, también previsto por ley (en este caso, la Ley Nº 29277). En cambio, en el Derecho Penal, se protegen bienes jurídicos como la integridad física, la vida, entre otros.

Nótese, entonces, que los bienes jurídicos que se protegen, y ello es por regla general, son distintos y no podrían dar lugar a que se dé un hecho que pueda ser investigado por ambas ramas, sin embargo, por excepción, podría pasar (aunque ya veremos líneas adelante, como se da en realidad esta situación, a partir de un caso puntual, cuyo razonamiento muy bien es aplicable a la generalidad de supuestos similares) que ciertamente hayan hechos que presuntamente den lugar a que el mismo pudiera ser investigado en ambas ramas.

5.2. Segundo criterio: contexto en que se producen los hechos irregulares y cualificación excluyente de los presuntos responsables

En lo que se refiere a los hechos irregulares que puedan constituir supuestos de infracción, por tanto, objetos de ventilación a través del proceso disciplinario, tenemos que aquellos únicamente se pueden dar dentro de las actividades o servicios que realiza o presta la

Administración Pública, por medio de sus diferentes entes que lo componen; ya sea respecto del cumplimiento de funciones de los funcionarios o servidores públicos, o a propósito de la relación entre administrados y la Administración Pública.

Dicho el contexto, de superfluo, se advierte que los que pueden ser presuntos responsables y, por ello, susceptibles de proceso disciplinario, son sujetos cualificados, esto es administrados (no todos, sino únicamente los que hayan entablado una relación jurídica administrativa) y funcionarios y servidores públicos (estrictamente en el cumplimiento de las funciones establecidas por ley).

En cambio, en el Derecho Penal, los presuntos responsables o los sujetos de derecho, que podrían incurrir en vulnerar los bienes jurídicos protegidos por dicha rama, son de diferentes calidades, así, cualquier administrado (y no sólo aquel que haya entablado relación con la administración) o ciudadano (o sujetos de derecho privado), así como cualquier funcionario o servidor público (y no únicamente en el cumplimiento de funciones) en diferentes supuestos.

Debemos adelantar que, hay supuestos en los que, en ambas ramas del derecho, pueden cometer los supuestos de hechos irregulares correspondientes a cada rama; al respecto veremos más adelante como es que esto articula.

5.3. Tercer criterio: descentralización del ejercicio de la coerción penal y mejor organización de la misma, como consecuencia de la evolución de los postulados del derecho punitivo vinculados al derecho administrativo sancionador

Producto de la evolución de las relaciones sociales y la diversidad de hechos irregulares que se dan en la misma y los múltiples supuestos en que se presentan, lo que, a su vez, ha dado lugar a que los mismos se presenten en diferentes grados (o gravedad), situación ésta que orientó a replantear temas como los siguientes: sobre si

determinados hechos irregulares que eran de suma levedad (de bagatela), que venían siendo considerados como supuestos delictivos, debieran continuar considerándose como supuestos delictivos; sobre si el derecho punitivo realmente debe ser monopolio del Derecho Penal; incluso si realmente se un mismo hecho puede ser sancionado tanto disciplinariamente, como penalmente (nos referimos a si por un mismo hecho se puede incoar y sancionar, tanto en la vía penal como disciplinaria -esto es, por ejemplo, el tema de la triple responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, a efectos de entender realmente como es que estas se dan-).

En primer término, debemos enfatizar que, conforme se puede revisar de los supuestos normativos tanto penales como de infracción de deberes (como por ejemplo, continuando en el caso indicado, véase el inciso 12 del artículo 48 de la Ley de la Carrera Judicial número 29277, que establece como un supuesto de inconducta funcional al hecho de: “(...) Incurrir en acto u omisión que sin ser delito, vulnera gravemente los deberes del cargo previsto en la ley”), el legislador (siendo consciente del avance de los postulados sobre el *ius puniendi* y de la descentralización del mismo) ya ha distribuido (o discriminado) los hechos irregulares que corresponden o deben ser ventilados en una u otra de las ramas del derecho a las que nos referimos, no existiendo más la supuesta interpolación entre las mismas, atendiendo (precisamente) a la levedad de ciertos hechos irregulares en que pudieran incurrir los administrados o servidores o funcionarios públicos, teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad, razonabilidad y racionabilidad (que adquieren mayor preponderancia, conforme al contexto jurídico actual, según vimos con anterioridad), así como a los principios de legalidad, debido procedimiento administrativo y *non bis in ídem*.

En segundo lugar, como ya se vio, se ha optado por la teoría del *ius puniendi* único del Estado, por el que se reconoce la identificación de ilícitos penales y administrativos, ergo que por medio del derecho

administrativo sancionador también se ejerce esa potestad sancionadora del Estado, pues si bien uno de los principios básicos del sistema constitucional (tal como fuera diseñado en sus orígenes), radicaba en la encomienda exclusiva del ejercicio de la potestad punitiva (*ius puniendi*) a los órganos jurisdiccionales, en atención a la independencia de actuación de los mismos frente al Poder Ejecutivo, sin embargo, tanto una visión histórica como un rápido examen actual del ordenamiento jurídico nacional y comparado, evidencia que en la práctica totalidad de los mismos, la Administración Pública cuenta con potestades represivas o de sanción expresas, dirigidas a contrarrestar la comisión de determinados supuestos de conductas ilícitas cuyo castigo se encuentra excluido de la competencia de los órganos jurisdiccionales penales.

Dicha situación tiene su origen en las siguientes causas fundamentales: a) La preexistencia de un régimen mixto en las entidades de la Administración Pública, no abolido por el sistema constitucional; b) el fortalecimiento de la Administración Pública, producido a partir del siglo XIX, toda vez que diversos Estados le fueron otorgando facultades expresas para el ejercicio de poderes represivos; c) La ampliación de las funciones administrativas en los últimos doscientos años, la misma que ha desbordado la capacidad de actuación de los órganos jurisdiccionales, quedando estos limitados a la represión de un limitado número de conductas, consideradas delitos¹¹³.

6. Interacción entre las dos aristas y no interpolación

¹¹³ DAÑOS ORDÓÑEZ, Jorge Elías; MORÓN URBINA, Juan Carlos; MARTÍN TIRADO, Richard J.; ESPINOSA-SALDAÑA BARREDA, Eloy; GUZMÁN NAPURÍ, Christian; ZEGARRA VALDIVIA, Diego; PEDRESCHI GARCÉS, Willy; HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto; SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto Carlos y OCHOA CARDICH, César: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, ARA Editores E.I.R.L., 1era Edición – Julio 2003. Lima, T. 1, pp. 502-503.

Siendo así, que ambas ramas del derecho obedecen a un solo derecho punitivo (*ius puniendi*) del Estado, ello implica una reformulación del modo de entender el contenido de ciertos principios (máxime en el actual contexto jurídico, al que hicimos referencia) que permiten la interacción entre las dos aristas del mentado derecho de punir, claro está sin pretender una lista exclusiva o cerrada, los cuales abordaremos a continuación.

7. Principios que coadyuvan a la interacción y no interpolación de las dos aristas del derecho punitivo del Estado

7.1. *Non bis in ídem* y *Ne bis in ídem*

Si el derecho punitivo (*ius puniendi*) del Estado es uno solo, el cual se canaliza a través de las dos vertientes ya señaladas que son el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador; ello implica que las conductas reprochables y, consecuentemente, objeto de sanción, han sido distribuidas con exclusividad a uno u otro ámbito, evitándose precisamente que ambas pueden entorpecerse, en el sentido de que exista una superposición (o interpolación) de ambas vías respecto de un mismo hecho, lo cual sería una incoherencia, por cuanto -recalcando- el derecho punitivo (persecutor de castigo, sanción) del Estado es uno sólo, lo cual importa que el Estado sólo puede perseguir y sancionar a una persona por un hecho, una sola vez, a través de cualquiera de sus vertientes señaladas: penal o disciplinaria administrativa. Esto obedece, precisamente, a fin de evitar transgredir el denominado principio (de rango constitucional) del *non bis in ídem*.

Así, en materia de Derecho Administrativo Sancionador expresamente se ha dicho (teniendo en cuenta lo precedentemente expuesto en el presente espacio de estudio): “El principio *non bis in ídem* constituye la garantía del administrado que por un mismo hecho no podrá ser sancionado dos veces (dimensión material), ni podrá ser objeto de dos procesos distintos (dimensión procesal),

operando como un límite a la acción persecutoria y sancionadora propia del Estado de modo que tenga una sola oportunidad para ejercer su *ius puniendi*. Proscribe la duplicidad sucesiva o simultánea de imputaciones, procesamientos y sanciones para todo el Estado integralmente considerado, comprendiendo tres escenarios posibles: - Acumulación de procesos en la entidad estatal que ya procesó al infractor.... - Acumulación de procesos en cualquiera de las entidades de la Administración Pública en general... - Acumulación de procesos entre la Administración pública y la jurisdicción penal. Por ejemplo, si un mismo ilícito pretendiera ser objeto de un procedimiento sancionador administrativo y de un proceso penal.”¹¹⁴.

En el mismo orden de ideas se ha pronunciado el máximo intérprete de la constitución, esto es el Tribunal Constitucional, al indicar que: “El principio *non bis in ídem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal: (...) b. En su vertiente procesal significa que ‘nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos’, es decir, que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal)...”¹¹⁵.

Conforme a lo desarrollado, claramente podemos diferenciar que, en realidad, existen dos principios: de una parte, el *non bis in ídem*, el cual se traduce como la imposibilidad de no someter dos veces a sanción a un sujeto por un mismo hecho, a lo que se le llama también material o sustantiva del derecho punitivo del Estado; y, por otro lado, el *ne bis in ídem*, el cual importa que, no se puedan iniciar dos procedimientos por un mismo hecho, respecto de una persona que

¹¹⁴ MORON URBINA, Juan Carlos, ob. cit., p. 728.

¹¹⁵ STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC, reiterado en la STC Exp. N° 2868-2004/TC.

presuntamente lo cometió, razón por la cual a esta se le llama dimensión procesal o procedimental.

7.2. Principio de legalidad

Nuevamente, bajo la premisa de que el derecho punitivo del Estado es uno solo -el cual ya vimos que se canaliza a través de dos vertientes que son el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador-, debemos decir dos aspectos concluyentes respecto de este principio: i) que, el mismo se aplica en el derecho administrativo sancionador (en general, así como también en el proceso disciplinario del Poder Judicial, en forma particular), en su amplia dimensión constitucional (bajo el contexto jurídico que precisamos, por el cual todo debe partir y encontrar su fundamento en la Constitución¹¹⁶ -ergo, en atención a los postulados o doctrina del Derecho Constitucional-) y penal (en lo que corresponda o pertinente, pues ya se ha dicho que, precisamente, en virtud de que el derecho punitivo del Estado es un solo, los principios del Derecho Penal son perfectamente aplicables al Derecho Administrativo Sancionador¹¹⁷), con las peculiaridades o particularidades del caso;

¹¹⁶ Es por ello que, se trata de sustentar el fundamento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública, al tocarse el tema del “reconocimiento constitucional de la misma”, en: DAÑOS ORDÓÑEZ, Jorge Elías; MORÓN URBINA, Juan Carlos; MARTÍN TIRADO, Richard J.; ESPIÑOSA-SALDAÑA BARREDA, Eloy; GUZMÁN NAPURÍ, Christian; ZEGARRA VALDIVIA, Diego; PEDRESCHI GARCÉS. Willy; HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto; SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto Carlos y OCHOA CARDICH, César: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, ARA Editores E.I.R.L., 1era Edición – Julio 2003. Lima, T. 1, p. 504. Asimismo, se habla de “La constitucionalidad de la potestad sancionadora de la administración”. En la misma obra, T. 2, p 265.

¹¹⁷ Así se ha dicho: “... el traslado de los principios informadores del derecho penal al derecho administrativo sancionador, lo que a su vez sustenta la derivación de la potestad sancionadora de la Administración Pública del propio carácter del ordenamiento constitucional, antes que del solo contenido de disposiciones con rango de Ley.”. En: MORÓN URBINA, Juan Carlos; MARTÍN TIRADO, Richard J.; ESPIÑOSA-SALDAÑA BARREDA, Eloy; GUZMÁN NAPURÍ, Christian; ZEGARRA VALDIVIA, Diego; PEDRESCHI GARCÉS. Willy; HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto;

y, ii) que, este principio de basamento constitucional (artículo 2, numeral 24 y literal d) de la Constitución Política del Estado, el cual también está expresamente recogido en el Reglamento que regula el proceso sancionador¹¹⁸, en el caso del ejemplo que mencionamos), es exigible únicamente (como regla general, al menos) a la función legislativa del Estado configurar las conductas sancionables, las sanciones a aplicar y la estructura formal del procedimiento sancionador.

De esto último, claramente podemos inferir tres cosas: en primer término, que es el legislador el único que puede establecer o identificar en los supuestos de hechos (abstracción de la realidad) de las normas, cuáles son los hipotéticos que se consideran como conductas infractoras susceptibles de reproche en el proceso disciplinario; en segundo lugar, que es el legislador quien también establecerá (como consecuencia jurídica de los supuestos de infracción) la sanción correspondiente a aplicar ante la verificación de la conducta infractora; y, finalmente, es el legislador quien predetermina -llamado principio de predeterminación de la vía, en teoría general del proceso- cuál es la estructura y cauce (procedimiento) que debe seguir el proceso sancionador. Complementariamente a ello, respecto de este principio, por la peculiaridad del procedimiento sancionador, se ha dicho en doctrina que: “Como se puede apreciar nos encontramos frente a una regla de reserva de competencia para dos aspectos de la potestad sancionadora: para la atribución de la competencia sancionadora a una entidad pública y para la identificación de las sanciones...”¹¹⁹.

SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto Carlos y OCHOA CARDICH, César: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, ARA Editores E.I.R.L., 1era Edición – Julio 2003. Lima, T. 1, p 514.

¹¹⁸ Véase artículo 6 inciso 10 del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, aprobado por Resolución Administrativa N° 129-2009-CE-PJ; concordado con el artículo 230 inciso 1 de la Ley 27444.

¹¹⁹ MORON URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Gaceta Jurídica, Novena Edición, mayo del 2011, p. 693.

Corolario de lo expuesto, es que solo se puede ejercer la acción de control para incoar un proceso disciplinario en virtud de una conducta (que desarrolla un hecho irregular) que se encuentre previamente y expresamente tipificada como un supuesto de inconducta funcional, hacer lo contrario sería (por decir lo menos) viciar de irrazonable el acto de apertura (del proceso disciplinario, en el caso del ejemplo tantas veces señalado) y “... el acto irrazonable es un acto inconstitucional...”¹²⁰; pues no debe olvidarse que a la luz de este principio la Administración (así como las Oficinas que se encargan de ejercer su potestad sancionadora) tiene una función de ejecución de los actos predeterminados por ley; de ahí que, se diga respecto del margen de acción de la administración pública, que ésta solo puede hacer lo que expresamente se le permite o concede hacer normativamente, no pudiendo hacer nada respecto de lo que no dice la ley (en este sentido, es estricto el principio de legalidad), a diferencia de los particulares que si pueden actuar aquello en lo que la ley no dice nada y no lo prohíbe.

Con lo precedentemente indicado, en lo que se refiere al segundo aspecto concluyente del principio in comento, queremos decir que precisamente por ser el derecho punitivo del Estado uno solo, y que el mismo se expresa a través del derecho penal y el administrativo sancionador, no puede existir una supuesta interpolación de los hechos irregulares, de manera que un mismo hecho irregular no puede constituir un supuesto delictivo y un supuesto de infracción, puesto que tal unidad implica que ya se han preestablecido discriminadamente (en forma excluyente), los hechos que pueden constituir supuestos delictivos y los que pueden constituir supuestos de infracción.

7.3. Principio de intervención mínima

¹²⁰ MARIENHOFF, Miguel. El exceso de punición como vicio del acto jurídico de Derecho Público. La Ley. Argentina. 1989. T. I., p. 968.

Se debe partir por señalar que, la intervención del derecho penal es de última ratio, esto es que su intervención es de última instancia, ante el supuesto que las demás vías formales de solución de conflictos, esto es las diferentes ramas del derecho. Por ello se dijo que el derecho penal debe emplearse contra ataques muy graves a los valores fundamentales de la comunidad¹²¹.

Por ello (una excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, a decir del profesor Francisco Muñoz Conde), es que se ha establecido límites al derecho punitivo del Estado, lo que se trasunta en la vigencia formal y material de dos principios fundamentales a saber, como son el de intervención mínima y el de intervención legalizada. En lo que se refiere a este último principio, el mismo importa que el derecho penal intervenga únicamente en los casos de ataques más graves a bienes jurídicos importantes. Por lo que, en coherencia se ha dicho que, las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter “subsidiario” frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico¹²².

Actualmente, conforme al paradigma y contexto jurídico en el que nos encontramos, con relación a este principio se ha manifestado que, no se puede permitir que, se impongan sanciones en duplicidad lo que importaría una dureza, si el derecho punitivo es uno solo, pues ello significaría retroceder en el avance al que se encuentra el derecho penal, por ello ya se advertía que: “... un aumento de la dureza en la represión punitiva, que parece volver a los tiempos de una política penal autoritaria de donde parecía se había salido ya definitivamente.”¹²³.

¹²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Editorial Montevideo-Buenos Aires. 2003, p. 106.

¹²² MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 107.

¹²³ ídem.

En suma, lo indicado acentúa el hecho de que por ser el derecho punitivo uno sólo, tanto el derecho penal como administrativo sancionador articulan de manera que uno es más leve que el otro, así como uno actúa en forma subsidiaria que el otro, por cuanto (como indicábamos) los hechos irregulares ya están designados a una u otra rama.

8. Caso (específico) práctico sobre el tema

En la parte introductoria, habíamos señalado que abordaríamos el tema, a partir de un caso específico, ello precisamente para demostrar cómo interactúan ambas ramas del derecho (en base a los postulados actuales, conforme al contexto jurídico actual), y que ya no se da la interpolación.

El caso específico, es sobre si un hecho que está siendo investigado en la vía penal puede ser, a la vez, investigado en la vía administrativa sancionadora o disciplinaria.

Así, continuando en el caso que citamos, si un hecho irregular, que sea presuntamente atribuible a un funcionario o servidor judicial, se pone en conocimiento del órgano de control, y el mismo está siendo objeto de investigación en materia penal por un determinado delito, ello importa que dicho hecho es de tal gravedad que es (en base a indicios o elementos de juicio) tipificado presuntamente como delito, es por cuanto precisamente la gravedad de ese hecho hace que este sea ventilado en una vía de ultima ratio como es la penal, y al ser investigado tal hecho como delito, esto implica, en atención a lo que el legislador ha querido (así como teniendo en cuenta todo lo que hemos desarrollado), que el hecho en mención es considerado para ser investigado como un supuesto de delito, por cuanto el mismo ha sido sustraído como supuesto de infracción de la vía administrativa (claro está, ello respecto de las conductas de los servidores y funcionarios de la administración pública), lo cual, a su

vez, importa que dicha conducta (por su gravedad) ya no sea objeto -en el caso nuestro- de un proceso disciplinario (recuérdese el principio de legalidad, en los márgenes que expusimos, por el que hay una distribución excluyente de los hechos irregulares a cada rama), de ahí, que (como ya lo advertíamos antes) por ejemplo en el artículo 10 (referido a faltas muy graves) inciso 12 del artículo 48 de la Ley de la Carrera Judicial número 29277, se establece como un supuesto de inconducta funcional al hecho de: “(...) Incurrir en acto u omisión que sin ser delito, vulnere gravemente los deberes del cargo previsto en la ley”, lo que corrobora lo manifestado.

Esto es que, cualquier presunto hecho irregular que se ponga en conocimiento para su investigación por la Oficina de Control, en absoluto, debe tener connotación presunta de constituir un supuesto de delito, menos pues el hecho debe estar siendo investigado como delito, por mandato imperativo y expreso de la precitada norma.

Ello, justamente, a efecto de evitar el *ne bis in ídem*, pues un mismo hecho no puede ser investigado al mismo tiempo como delito y como falta, ya que no se puede dar esa interpolación de vías, debido a que ambas ramas del derecho pertenecen un único derecho punitivo; ni tampoco un mismo hecho, luego de ventiladas las vías o procedimientos o procesos correspondientes, puede ser sancionado dos veces, conforme al *non bis in ídem*.

A mayor abundamiento, se ha dicho respecto del procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal, que cuando se produce la situación que comentamos en el presente caso, que: “Para solucionar este problema habría que acudir al principio de unidad de potestad punitiva del Estado y la naturaleza delegada del derecho administrativo sancionador, para concluir el sometimiento de éste último al proceso penal. En este sentido, la potestad sancionadora de la administración debe abstenerse de actuar un hecho que podría calificar como infracción administrativa también

admite su calificación en un tipo penal... De este modo, la administración sólo podrá ejercer su potestad sancionadora, luego de que en el ámbito penal se haya descartado la relevancia penal de los hechos,...”¹²⁴.

Esto último, pues, reafirma expresamente lo que señalamos, es decir, que si hay un hecho que es de relevancia penal, pues el mismo se ventila en dicha rama del derecho (o vertiente del derecho punitivo del Estado), ello excluye a la vía sancionadora administrativa; ello, justamente, en cuanto que (como ya decíamos) las conductas reprochables y, consecuentemente, objeto de sanción, han sido distribuidas con exclusividad a uno u otro ámbito, evitándose precisamente que ambas pueden entorpecerse, en el sentido de que exista una superposición de ambas vías respecto de un mismo hecho, lo cual sería una incoherencia, por cuanto -recalcando- el derecho punitivo (persecutor de castigo, sanción) del Estado es uno sólo, lo cual implica que el Estado sólo puede perseguir y sancionar a una persona por un hecho, en una sola oportunidad, a través de cualquiera de sus vertientes ya señaladas.

En atención a lo precedentemente expuesto, queda claro que, siempre en el caso escogido como ejemplo, la Oficina de Control no puede proceder a la apertura de investigación, por un hecho que ya está siendo investigado en la vía procesal penal, por cuanto ello indica que el supuesto hecho irregular ya ha sido catalogado como penalmente relevante, por tanto, un supuesto propio de un presunto delito, esto es que el hecho mencionado, conforme al precitado artículo 48 inciso 12 de la Ley de la Carrera Judicial número 29277, no puede ser investigado en la vía del proceso disciplinario, debido a que el hecho no debe constituir un supuesto de delito.

¹²⁴ DAÑOS ORDÓÑEZ, Jorge Elías; VIDAL PERDOMO, Jaime; ROJAS, Juan Francisco; ESPIÑOSA-SALDAÑA BARREDA, Eloy; PEREIRA, Roberto, SANTOFIMIO Jaime Orlando; MARTÍN TIRADO, Richard J. y MORÓN URBINA, Juan Carlos: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, ARA Editores E.I.R.L., 1era Edición – Julio 2003. Lima, T. 2, pp. 286-287.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, conforme a los fundamentos expuestos en los párrafos precedentes, corresponderá a dicha Oficina de Control abstenerse del conocimiento del hecho que este siendo investigado como supuesto de delito, máxime si es investigado en una vía procesal idónea, por la amplitud que ofrece en cuanto a su actividad procesal. Hacer lo contrario sería hacer un ejercicio abusivo del *ius puniendo* del Estado que es uno solo, al cual pertenecen tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador, según se tiene ampliamente expuesto líneas atrás, lo que a la postre traería consigo la vulneración del *non bis in ídem* cuando no del *ne bis in ídem* (según se ha visto).

Por tanto, habrían dos vías procedimentales donde se valoran el mismo hecho (y tal vez los mismos medios probatorios), lo cual incluso podría dar lugar a una tremenda contradicción jurídica, por cuanto qué pasaría si en la vía penal se encuentra inocente al servidor, habiendo efectuado el análisis lógico jurídico de los medios ofrecidos y arribado a la conclusión sobre la inocencia del investigado, y en la vía administrativa disciplinaria se dijera lo contrario, y para decir lo contrario necesariamente se tendría que hacer un juicio de valor de los medios probatorios ofrecidos (por ejemplo se denunciara a un juez por lesiones y, a la vez, se le queja porque, precisamente al agredir presuntamente al quejoso habría inobservado el deber de guardar conducta intachable en todo momento), no solo se tendrían dos decisiones contradictorias (que traería inestabilidad e inseguridad jurídica), sino que surgiría la cuestión de ¿qué pasaría con la garantía constitucional de la presunción de inocencia?, la misma que no fue desvirtuada en un proceso penal donde hay mayor actividad procesal en todo sentido - por ejemplo, se pueden practicar ampliamente pruebas periciales, y ya sabemos que en el proceso penal el concepto de prueba es uno que viene extensamente garantizado desde su forma de obtención hasta su actuación y valoración, lo que no es pues tan amplio en la vía administrativa disciplinaria-, sin embargo, la misma sería

desvirtuada en una vía más sesgada, en atención a su objeto de investigación (que es incumplimiento o infracciones de deberes); generar una situación como la descrita sería pues un tremendo error, por demás inconcebible.

Ahora bien, prosiguiendo con lo expresado en el párrafo anterior, sería factible afirmar, incluso, que, la denuncia, disposición de la formalización y continuación de la investigación preparatoria y demás actos procesales, podrían ser valorados para acreditar una conducta funcional; ello sería equívoco, por cuanto los mismos no son medios de prueba sino actos preliminares de investigación y actos procesales de una determinada vía procesal, como es la penal, donde más bien se va a dirimir hechos que si son materia de probanza, donde de acreditarse los mismos con los verdaderos medios de prueba (pericias, declaraciones testimoniales, actas de constatación, etc. los mismos que solo se dan en juicio bajo ciertas condiciones, y antes de ello no constituyen prueba alguna aún), se impondrá la pena correspondiente.

Así también, podrían surgir otras situaciones a saber, como el hecho de que, un juez quejado no pueda ser investigado en la vía administrativa disciplinaria por un hecho “X”, debido a que tal hecho está siendo investigado en la vía penal, y de que, si luego se le encuentra culpable y es sentenciado con resolución firme, el mencionado juez quejado quedaría exento de responsabilidad administrativa. Aparentemente ello ocurriría así, empero categóricamente debemos expresar que ¡no!, y al respecto pueden presentarse dos supuestos que a continuación describimos.

El primero es que, si un determinado hecho “X” está siendo conocido en otra vía con mayor actividad procesal (como lo es la penal) que, donde ampliamente se dilucidará si dicho hecho es irregular (ilícito, en el caso penal), al emitirse sentencia firme en contra del imputado (el funcionario o servidor judicial), se genera un segundo hecho “Y” consistente en “el hecho de ser sentenciado por

la comisión de delito doloso”, hecho que por sí solo no es delito -esto es que el “hecho de que una persona sea condenada por la comisión de un delito” no constituye delito a su vez, no hay un tipo penal que diga “el que es condenado por la comisión de un delito, comete el delito de..., por lo que será reprimido con pena...”, no existe un tipo penal así-, empero el mismo sí tiene relevancia administrativa disciplinaria, porque entonces tal hecho “Y” sí constituiría un supuesto de infracción de un deber, el descrito en el artículo 34 inciso 17 de la Ley de la Carrera Judicial número 29277 que dice expresamente: “(...) 17. guardar en todo momento conducta intachable.”, así como constituiría un supuesto de inconducta funcional, esto es el preceptuado en el artículo 48 inciso 12 de la misma Ley que indica: “(...) Incurrir en acto u omisión que, sin ser delito, vulnere gravemente los deberes del cargo previstos en la ley”, es por ello que, tal hecho es sancionado con destitución, según norma expresa, es decir, conforme al artículo 55 primer párrafo de la precitada Ley.

El segundo supuesto, se configuraría en el hipotético de que no se haya emitido sentencia absolutoria en el avía penal, sino que se archivara el caso sin pronunciamiento sobre el fondo, fundamentalmente por cuanto el hecho irregular materia de investigación penal, no es cualificado para constituir un supuesto de delito; caso en el cual, si correspondería que la Oficina de Control pueda avocarse al conocimiento de tal hecho irregular, por cuanto ya se habría procedido conforme a derecho (en atención a lo largamente fundamentado en el presente artículo), o sea, que se habría descartado la relevancia penal (no se produciría el *nen bis in ídem*, y lo demás que ya hemos explicado), por ello se indica que, la vía administrativa disciplinaria actúa luego de la vía penal. Así es como articulan ambas aristas del derecho punitivo y, es en ese sentido, que también se debe entender la triple responsabilidad civil, penal y administrativa a la que hace referencia la Ley (sobre todo en cuanto a estas dos últimas), por lo cual queda descartada la interpolación de dichas vías. Siendo este el ejercicio que debe

realizar el órgano de control al conocer los supuestos hechos irregulares, al momento de la calificación.

9. Conclusión.

Conforme a lo precedentemente expuesto, no existe (y no debe darse) una interpolación entre las dos aristas del *ius puniendi* del Estado, el cual también debe estar enmarcado dentro de los postulados de la teoría contemporánea del Derecho (esto es, neoconstitucionalismo, post positivismo, no positivismo, etc.), a fin de ejercer el mismo en estricto respeto de la Constitución y los derechos fundamentales, cometido al cual ha querido coadyuvar el presente trabajo. Finalmente, deseamos expresar que dejamos a salvo la discusión de si es conveniente o no una teoría unitaria del derecho punitivo del Estado, que sería, en todo caso, objeto de otro espacio de estudio.

Bibliografía

- BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires – Argentina, 2002.
- BULYGIN. Eugenio. Dogmática Jurídica y Sistematización del Derecho. En: Introducción al Derecho – Iniciación a la Teoría del Derecho y Ciencias Filosóficas. CHANAMÉ ORBE, Raúl y PÉREZ CASAVARDE, Javier. Ediciones Legales. Primera Edición, julio 2010. Perú.
- CATILLA COLQUEHUANCA, Jhoni Shang. A propósito del agotamiento de la vía administrativa como requisito indispensable para el inicio del proceso contencioso administrativo. ¿Se requiere el agotamiento de la vía previa para el caso de las actuaciones materiales de la administración pública no sustentadas en acto administrativo? En: Revista Institucional de la Corte Superior de Justicia de Puno Nº 10, AÑO 07, Agosto – Diciembre: “VOZ DE JUSTICIA”. Editora Epena Puno – Perú, 2010.

- DAÑOS ORDÓÑEZ, Jorge Elías; MORÓN URBINA, Juan Carlos; MARTÍN TIRADO, Richard J.; ESPIÑOSA-SALDAÑA BARREDA, Eloy; GUZMÁN NAPURÍ, Christian; ZEGARRA VALDIVIA, Diego; PEDRESCHI GARCÉS, Willy; HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto; SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto Carlos y OCHOA CARDICH, César: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, ARA Editores E.I.R.L., 1era Edición – Julio 2003. Lima, T. 1 y T.2.
- MARIENHOFF, Miguel. El exceso de punición como vicio del acto jurídico de Derecho Público. La Ley. 1989. Tomo I.
- MESTRE, Juan. La Configuración Constitucional de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública. En: Estudios sobre la Constitución Española, libro Homenaje al Profesor García de Enterría. T. II. Madrid. Editorial Civitas, 1991.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. Estudios sobre Teoría General del Negocio Jurídico. ARA Editores. Primer Edición, setiembre 2002.
- MORON URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Gaceta Jurídica, Novena Edición, mayo del 2011.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Editorial Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Estructura Básica del Derecho Penal. Editorial Ediar. Buenos Aires – Argentina, 1° ed., 2009.

“No es necesario preocuparse por el futuro si se está ocupado o trabajando en el presente, esto es, que el presente prefija el futuro; la traducción jurídica de ello es que, para otear en el horizonte jurídico, se debe revisar o analizar lo que pasa en la teoría actual del Derecho...” j.s.c.c.

LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA COMO DERROTERO DEL PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO Y SUS APORÍAS; UN INTENTO POR RESPONDER HACIA DÓNDE VA EL DERECHO ACTUAL¹²⁵

Sumario: i. Introducción; ii. La interpretación; iii. La interpretación jurídica: 3.1. Notas sumarias sobre la interpretación jurídica, 3.2. Interpretación jurídica y positivismo jurídico (el formalismo interpretativo), 3.3. Interpretación jurídica e interpretación constitucional (a propósito del constitucionalismo contemporáneo); iv. Mutación (constitucional) e interpretación evolutiva; v. Las aporías en el derecho contemporáneo: 5.1. Ápice de la exactitud e inexactitud jurídica. 5.2. Derecho ordenado (legislativo) y derecho espontáneo (constitucional-judicial). vi. Orientación del derecho (la mutación jurídica como horizonte jurídico); vii. Conclusiones.

Resumen

¹²⁵ Artículo publicado (en su versión original) en la obra colectiva “Historia y Derecho - 200 años de república visto desde el altiplano del sur peruano”, Edición conmemorativa editada por la Corte Superior de Justicia de Puno y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UNA - Puno, Zela Grupo Editorial, 1° ed., Puno - Perú, 2020, T. II.

En el presente espacio de estudio se reflexiona sobre el rumbo que está tomando el Derecho, como producto de los cambios sufridos en el mismo por influjo de la teoría contemporánea del Derecho o, si se quiere, del paradigma jurídico que se pretende acuñar; ello, en esta ocasión, a partir de abordar el tema de las mutaciones constitucionales que, si bien es un tema que se está produciendo dentro del derecho constitucional o, de manera más acotada, de la interpretación constitucional, no deja de ser de asaz importancia, en la medida que, como producto del así llamado fenómeno de constitucionalización del Derecho (en particular, las condiciones de fuerza vinculante de la Constitución, la sobre interpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales y la interpretación conforme de las leyes), se advierte que el entero ordenamiento jurídico -y nos referimos puntualmente al ordenamiento jurídico ordinario- se verá afectado. En este *iter* se mostrará algunas aporías que enfrenta el Derecho. Con tal cometido, se empleó dos métodos jurídicos a saber: i) el método dogmático, para describir el estado de la cuestión del Derecho, sobre todo respecto del Derecho ordinario, dando cuenta del mismo; y, ii) el método histórico-sociológico, para desarrollar el tema de las mutaciones y cómo éstas pueden generar ese puente entre el derecho anterior y los nuevos requerimientos de la sociedad. Como consecuencia de todo ello, se espera lograr demostrar que las mutaciones o la interpretación evolutiva es la muestra de la cima del patrón del derecho de hogaño.

1. Introducción

Deseamos incoar el presente trabajo, evocando lo expresado por Dworkin (2012, p. 286), quien afirmó que: “Las cortes son las capitales del imperio de la justicia y los jueces son sus príncipes, pero no sus adivinos y profetas. Les corresponde a los filósofos, si lo desean, resolver las ambiciones del derecho, la forma más pura del derecho dentro y más allá del derecho que tenemos...>>”. De ello, se

sigue, entonces, que corresponde a los juristas y filósofos del Derecho ocuparse, entre otros, del porvenir del Derecho, lo cual se trasunta en que, es deber de la doctrina o de espacios como el presente de hacerse cargo de tal cometido.

En la actualidad, resulta muy pertinente meditar sobre la expresión “evolución”, en el actual inusitado contexto en el que vive la humanidad; quizá, el hombre se enfrenta a un escenario (nos referimos a la pandemia) en el cual su existencia misma como ente biológico corre riesgo o, a lo mejor, nos pone en una situación en la que tenemos que afrontar el desafío de cambiar o transformar los modos o maneras de nuestra existencia, con todo lo que ello implica. La palabra evolución, denota la acción y efecto de evolucionar, esto es, una serie de transformaciones continuas que va experimentando la naturaleza y los seres que la componen (Diccionario de la Real Academia Española, 2019). Asimismo, evolución, según su significado originario (*evolutio*, del verbo *evolvo*), designa la acción y efecto de desenvolverse, desplegarse, desarrollarse algo. No obstante, a partir de señalar que el término evolución pertenece a una numerosa familia de vocablos, se precisa que, si bien describe un proceso (ordenado, por cierto, y diferente de revolución, palabra con la que puede tener cierto acercamiento semántico) que puede, en principio, afectar a cualquier realidad, y en la medida que dentro de esa familia de términos que hemos señalado se relaciona con el término desarrollar, podría, ciertamente, afectar también a las ideas o conceptos, de los cuales puede asimismo decirse que se desarrollan o pueden desarrollarse; empero, se indica que sería abusivo adscribir evolución a las ideas o a los conceptos, salvo cuando nos referimos a la llamada <<evolución histórica>>, ya que no son las ideas o los conceptos, con propiedad, los que evolucionan, sino las actitudes y las opiniones sobre tales ideas y conceptos. Siendo así, no hay óbice en hablar de la evolución de una idea siempre que se tenga en cuenta que la idea no evoluciona del mismo modo en que evoluciona un organismo. Esto es así, por cuanto una idea o un concepto, más bien, podría contener ciertos elementos que sólo se van manifestando

sucesivamente; por tanto, es más conveniente decir que la idea o el concepto van explicitando lo que se hallaba en ellos implícito, y que en esta explicitación lo importante no es el proceso temporal, sino el paso de lo menos específico a lo más específico, de los principios a las consecuencias (Diccionario de filosofía, 2020).

Así, debemos ser conscientes de que tratándose la interpretación de una labor intelectual -es decir, conceptual, en tanto o se dice un concepto o se describe un concepto-, la misma, con propiedad, no debe confundirse con su objeto, por lo que, según se verá, no es que la interpretación sea evolutiva en el sentido estricto del sintagma, sino que el resultado como producto de ella busca cambios o transformaciones en las disposiciones constitucionales o en las instituciones, figuras o categorías jurídicas constitucionales (ya que se advierte que, en la actualidad, están evolucionando las actitudes y las opiniones sobre las ideas y conceptos que se tienen de las mismas), mas no de la interpretación misma, ya que lo que se estaría describiendo con interpretación evolutiva, sería que la misma interpretación es la que evoluciona; sin embargo, como vimos recientemente, las ideas o conceptos, no evolucionan, sensu estricto, sino los fenómenos, ambientes y seres biológicos (actitudes, etc.). Ergo, es en ese entorno o que, con tal precisión, hablaremos de la interpretación evolutiva, ello, en la medida que se trata de expresarse en forma rigurosa, y no tanto entrar en debates sobre filosofía analítica (y hablar, por ejemplo, de los esencialismos lingüísticos, etc.); de este modo, advertiremos que la interpretación evolutiva aborda la problemática actual de la tendencia del Derecho, en torno a que se busca una dirección del Derecho a que sea más dinámico, que responda de manera más rauda a los cambios vertiginosos de la realidad factual o concreta, incluso, en situaciones como en la que nos encontramos, lo que trae a cuento en el escenario jurídico los grandes debates que hay en torno a las tesis o postulados de las teorías o corrientes filosóficas jurídicas, mostrándose encrucijadas o aporías jurídicas, las que deben, en modo alguno, ser, sino superadas, al menos, abordadas o afrontadas.

En los reglones que siguen abordaremos el tema que nos hemos propuesto a manera de efecto de embudo, o sea, ir de lo más general a lo más específico, esto para advertir la importancia que tiene la interpretación dentro del Derecho, la complejidad que la misma reviste y su incidencia en uno de los ámbitos más importantes y sutiles del Derecho de cara a la realidad, que es el razonamiento jurídico para la aplicación de las normas jurídicas a la realidad, lo que supone como paso previo e importante la interpretación jurídica. Para tal tratamiento usaremos el método dogmático, en tanto se advertirá la interpretación jurídica dentro del positivismo jurídico, lo que continúa dándose, de alguna manera, dentro del Derecho ordinario; así como se utilizará el método histórico-sociológico, para contextualizar las exigencias de la realidad actual, las que demandan una actitud dinámica en el intérprete jurídico, para poder aplicar normas anteriores a situaciones actuales, sin la necesidad de largos procedimientos de reforma, que implican tiempo y otros costos que generan impaciencia y falta de tutela rápida y eficaz para los usuarios o destinatarios del Derecho.

2. La interpretación

En general, la interpretación es una construcción humana, o un constructo propio de lo humano, es decir, obedece al concepto o está dentro del concepto de cultura humana, por lo que, solo se puede predicar la misma respecto del mundo de lo humano (o el reino de lo humano -Álvarez Gardiol¹²⁶, 2005, p. 17-), claro está, en el entendido

¹²⁶ Dicho filósofo argentino, enseña que en los primeros tiempos todo fue naturaleza física y viviente, de tal manera que existía solo una ciencia, la ciencia de la naturaleza; empero, que tal mundo único y natural sufre un desgarramiento decisivo, producido por el hombre cuando consigue salir de su dominio, como otro ser de su universo, fundando así su propio mundo constituido por la esfera de la actividad (de lo que es sólo creación humana). De este modo, se conforman el reino de la naturaleza y el reino de lo humano, esto es, dos objetos diferentes que, en consecuencia, generan las ciencias de la naturaleza y las ciencias de lo humano (o cultural).

de que es el ser humano (ente racional) el único sujeto cognoscente de la realidad y, por tanto, el único que puede atribuirle sentido o significado a la misma o a los diferentes tipos de entes que habitan ella; y, no en el sentido que sólo lo humano sea interpretable, es decir, nos referimos al “objeto” de la interpretación o, mejor aún, a los “objetos” que pueden ser interpretables, puesto que se podría observar entes de la realidad natural, como por ejemplo un león o un paisaje y atribuirle cierto significado, esto es, decir que el león representa fuerza o el paisaje tranquilidad; aquí debemos hacer hincapié que ello es posible, en una concepción lata o amplia de interpretación. Ahora bien, con relación al mundo de lo humano, observamos que constantemente se emplea el término interpretación. Veamos unos ejemplos a continuación. Se dice que se interpreta: un tema de una canción, una nota musical, los resultados de los análisis médicos, un poema, un texto, etc.

Vista, así las cosas, podrían plantearse algunas interrogantes como: ¿En tal concepción de la interpretación, presupone conocer el objeto interpretar? o, tal vez, ¿Es lo mismo o denotan lo mismo interpretar y comprender o conocer?

Hemos expresado tal cuestionamiento adrede, ya que, a ese respecto, se dio una discusión muy conocida que involucró, de una parte, a uno de los juristas italianos más importantes del siglo pasado, nos referimos a Emilio Betti, quien no sólo destacó por sus aportes al Derecho Privado, en temas como son la teoría del negocio jurídico (es sabido que éste autor es el ponente de la teoría preceptiva del negocio jurídico) o teoría de las obligaciones, entre otros, sino también en sus trabajos sobre la interpretación del negocio jurídico o interpretación jurídica o, incluso, en generar una teoría general de la interpretación no sólo válida para el ámbito jurídico; y, de otra parte, el filósofo alemán, y prominente discípulo del filósofo Martín Heidegger (ponente de la filosofía fenomenológica), como lo es Hans Georg Gadamer.

A guisa de ejemplo, podemos señalar, entre otros, que además de pertenecer dichos autores a corrientes filosóficas distintas y que coinciden en el hecho de que interpretar es comprender (y que llevaron a la hermenéutica a un siguiente nivel), Betti tenía la convicción de encontrar los presupuestos de la racionalidad del entender, lo que se podía lograr siempre que el intérprete únicamente tuviera presente la observancia de unos criterios metódicos o lo que él llama cánones fundamentales del entender, que son los idóneos para dirigir el proceso de interpretar, entendido como proceso de entender, de tal manera que, sostiene, la posibilidad de alcanzar una racionalidad u objetividad en el entender, creencia que le lleva a proponer consecuentemente un método para conseguirlo. Diríase que pone énfasis en la parte metodológica de la interpretación para lograr su racionalidad; dicha tesis no fue aceptada por Gadamer, quien, enfáticamente, replica afirmando que la misma lo único que busca es la reducción metódica de la hermenéutica o reduccionismo metodológico de la misma o, en términos más claros, reducir la hermenéutica a método, puesto que aquella es, más bien, una filosofía (Picontó Novales, 1992, 242-243).

Al respecto, Gadamer (1998, p. 20-24.), explicando su frase acuñada de “el ser que puede ser comprendido es lenguaje”, dejaba entrever que la misma significaba que lo que es nunca se puede comprender del todo, así como que lo mentado por un lenguaje rebasa siempre aquello que se expresa; así, lo que viene al lenguaje permanece como aquello que debe ser comprendido, pero sin duda es siempre captado, verificado como algo; es decir, que la dimensión hermenéutica en la que se muestra el ser es la del comprender, y comprender es algo más que un mero recurso metodológico para describir un sentido determinado. La amplitud de la comprensión, dentro del carácter dialogal del lenguaje, deja atrás el punto de partida del de partida de la subjetividad del sujeto, incluido el del hablante en su referencia al sentido, así lo manifestado en el lenguaje no es la mera fijación de un sentido pretendido, sino un intento en

constante cambio o, más exactamente, una tentación reiterada de sumergirse en algo con alguien.

Así, cuando estamos frente a un texto, significa algo más que la sola reflexión sobre la metodología de las ciencias filológicas, pues un texto no es sólo el título de un campo de objetos de la investigación literaria y, por consiguiente, la interpretación es algo más que la técnica de la exposición científica de los textos, implica, pues, la indagación sobre la enigmática relación entre el hablar y el pensar; y, en la medida que el mundo intermedio del lenguaje aparece frente a las ilusiones de la autoconciencia y frente a la ingenuidad de una concepción positivista de los hechos como la verdadera dimensión de la realidad, a la luz de la interpretación algo se convierte en hecho y una observación comienza a poseer carácter informativo. De tal suerte que, se descubrió en la propia percepción la comprensión hermenéutica de algo como algo. Con lo cual, en definitiva, la interpretación no es un recurso complementario del conocimiento, sino que constituye la estructura originaria del "ser en el mundo". De este modo, la interpretación viene a ocupar un lugar clave en la filosofía.

De igual forma, Betti asevero, en cuanto a las funciones de la interpretación, que existían nueve tipos de la misma, como son: la filológica, la histórica, la técnica en materia histórica, la dramática, la musical, la jurídica y la teológica, además de otras, colocadas todas a un mismo nivel, ya que en ellas se trata siempre de entender la objetivización de una espiritualidad por nosotros mismos o por otros; contrariamente a ello, Gadamer estaba convencido en la existencia de un único proceso de interpretación, por tanto, no era posible distinguir entre interpretación reconocitiva, reproductiva y normativa, debido a que ninguna de ellas es una forma autónoma de interpretación, con la atingencia de que tal autor tomó como modelo, con cierta particularidad, a la interpretación jurídica y a la teológica, puesto que realizan el procedimiento hermenéutico con mayor claridad y plenitud, en tanto en ellas se da con más nitidez la

vinculación del intérprete al texto en el momento de su aplicación (Picontó Novales, 1992, 243).

Empero, más allá del referido debate y otros aspectos que se presentan, se advierte que interpretar consiste en la actividad humana de atribuir o consignar significado (como vimos la racionalidad y objetividad de la misma, depende de la postura teórica o filosófica o, incluso, ideológica, cuando no metodológica que se adopte) a los diferentes objetos (que también importa discusión, a nivel de la teoría, con relación al objeto de la interpretación) animados o inanimados que existen en la realidad (aunque debemos hacer hincapié en que, esta sería una concepción muy genérica o *latissima* de interpretación, hasta, a lo mejor, imprecisa, pero que la hacemos intencionalmente y únicamente, al fin académico de mostrar la discusión que hay sobre ella). De esta manera, se aprecia que, entonces, la interpretación no es restrictiva o exclusiva del mundo jurídico.

3. La interpretación jurídica

3.1. Notas sumarias sobre la interpretación jurídica

Continuando con lo indicado en el último párrafo *in fine* del ítem anterior, tampoco el estudio, en particular, de la interpretación jurídica, resulta pacífica, en tanto que uno de los primeros problemas sobre la interpretación jurídica, consiste en dilucidar si la misma es parte de lo que podríamos llamar la “teoría general de la interpretación” o si, por el contrario, no tiene que ver con la misma o es independiente de aquella, lo que implica importantes consecuencias teóricas (doctrinarias), además de metodológicas y prácticas.

Es necesario, en este punto, mencionar que, aquí encontramos posturas a favor como posturas en contra, todas las cuales no desarrollaremos por cuanto no es la consigna de este trabajo,

bastando, de pronto, con hacer referencia de algunos autores sólo para demostrar la afirmación hecha.

En la postura que considera que la interpretación jurídica está dentro de la interpretación en general, encontramos a los siguientes juristas.

Betti (2018, p. 101-102), quien describiendo que, ciertamente, puede haber un objeto genérico de la interpretación dentro de lo que llama “formas representativas”, considera que la evolución de la hermenéutica deviene en construir una teoría general de la interpretación, la cual reflejando críticamente el proceso que atravesó, trata de dar cuenta de sus fines y métodos, lo que también se denomina con el nombre de “teoría hermenéutica”, misma que ha florecido en los diversos campos de las ciencias del espíritu, apareciendo en cada punto de emersión con orientaciones diferentes, según el diverso interés de cada una, por lo que, entonces se aprecia en la conciencia de cada uno de sus respectivos cultivadores, como se refleja en sus propios métodos de investigación y de trabajo, una hermenéutica filológica, histórica, técnica (o morfológica) en función histórica (o sea, particularizando, artística, literaria, científica, económica, sociológica, etc.), además de una hermenéutica jurídica, etc.

Wróblewski (2018, p. 27-30) afirma que, respecto de la interpretación jurídica, se pueden hablar de tres concepciones, influenciadas por el uso del término y por ideas semióticas generales: i) la interpretación *sensu largissimo* definida como la comprensión de un objeto en tanto que fenómeno cultural, o también interpretación cultural, precisamente, usada en las ciencias humanas y que requiere una base filosófica adecuada; ii) la interpretación *sensu largo* que denota la comprensión de cualquier signo lingüístico, en donde a algo, en primer lugar, se le trata como signo de un lenguaje (interpretación en el sentido más amplio) y, luego, atribuirle un significado al comprenderlo (interpretación en sentido amplio),

agrega que, la sinonimia entre interpretación y comprensión es utilizada en el campo de la semiótica contemporánea; e, iii) interpretación *sensu stricto* la que se da para la determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación, siendo que, en el campo jurídico, suele suceder que hay reglas legales que no presentan duda en cuanto a su significado, lo que se llama situación de isomorfia, y en el caso de que presenta duda se habla propiamente de situaciones de interpretación; concluye el autor que, la elección de cualquiera de dichas concepciones se da dentro del marco conceptual de una determinada teoría, por tanto, adscribe a la primera concepción, debido a que corresponde al uso del referido término en el lenguaje del discurso jurídico-práctico, en general, y de uso en la justificación de las decisiones judiciales, en especial, asimismo, porque es conveniente diferenciar las situaciones de duda de las que no lo son, además de que dichas situaciones requieren de actos concretos de comunicación y no pueden ser consideradas en abstracto.

En Hispanoamérica, García Máynez (2002, p. 325) también entiende que la interpretación de la ley es una especie (si bien *sui generis*) de la interpretación en general o es un problema más de la interpretación, puesto que no sólo se interpreta la ley sino, en general, toda expresión que encierre un sentido, como puede ser una frase, una actitud, un escrito filosófico, etc., de lo que apreciamos que primero se debe conocer el concepto general de interpretación, para después incoar el examen de los textos legales, problema que es una de las numerosas cuestiones que el hombre se plantea; de ahí que, el problema de determinar en qué consiste interpretar no es uno exclusivamente jurídico, sino uno de orden filosófico, que cabe plantear concretamente, en atención a los preceptos de un determinado sistema jurídico.

De otra parte, en la postura que sostiene que la interpretación jurídica es un fenómeno distinto a tal teoría general de la

interpretación, encontramos a los juristas que a continuación se detallan.

Tarello (2013, p. 34-35) para quien, incluso, tal discusión es insulsa o baladí, pues el fenómeno jurídico-normativo es totalmente distinto, al señalar que algunos juristas discuten sobre si la interpretación jurídica es parte de un género, comprensivo de otras especies de interpretación (literaria, artística, filosófica, etc.), pues discuten sobre un pseudo-problema (problema mal planteado), en la medida que ni la interpretación jurídica ni las otras pretendidas especies del pretendido género “interpretación” son entidades unitarias; además, en tales discusiones se evita definir con precisión; y, en cuanto a la tesis del “género común”, respecto de la tesis de los géneros separados, no tiene implicancia práctica alguna, ni de su aceptación se derivan consecuencias relevantes.

Guastini (2014) agrega, enfáticamente, que el reunir todas las posibles actividades humanas en un lenguaje común de “interpretación” resulta, por demás, decepcionante, constituyendo, más por el contrario, síntoma y fuente de confusión mental, y cualquier teoría que busque ello correrá la suerte de ser un fracaso.

Así también, en América, Álvarez Gardiol (1986, p. 173-174) enseña que, la tarea de la hermenéutica legal parte de un texto que le es dado al intérprete de manera inequívoca, por lo que, el propósito, por tanto, del quehacer interpretativo, es circunscribirse a ese objeto, cuyo esclarecimiento y captación de sentido procura. No obstante, si bien es cierto que hay ciertas teorías interpretativas, como la que tiene una fuerte tendencia (representada con estricta fidelidad por la exégesis francesa) a limitar la tarea hermenéutica a la indagación de la voluntad histórica del legislador, u otra que preocupa el sentido inmanente de la norma interpretable (como es el caso del pandectismo germano), o la que a partir de fórmulas sustancialmente distintas llega a técnicas interpretativas equivalentes (como ocurre con la libre investigación científica, el

derecho libre, el realismo), postulando una adecuación de la ley al tiempo actual y al caso sometido a decisión; también lo es, que las mismas, más que una simple diferencia metodológica implica una distinta consideración sustancial del fenómeno jurídico, por lo que, con propiedad desbordan el concepto de interpretación jurídica que, en todo caso, según apuntó el autor, está dado por la especificidad de su objeto al cual debe circunscribirse, de donde se infiere que no se consideraría a la misma como parte de una interpretación general.

Lo cierto es, al margen de tal discusión, que la interpretación jurídica es sumamente importante en el discurso jurídico dogmático o doctrinario, como en el discurso práctico; es más, Recaséns Siches (1997, p. 210), sobre el estudio de la interpretación del Derecho, señaló que el mismo era no sólo importante, sino un tema esencial o vital, lo mismo para la teoría que para la práctica del Derecho, tanto, que, sin interpretación, decía, sencillamente no hay en absoluto ninguna posibilidad de que exista de hecho ni funcione en la práctica ningún orden jurídico.

3.2. Interpretación jurídica y positivismo jurídico (el formalismo interpretativo)

Modernamente, en el Derecho se suele definir a la interpretación jurídica, ya como la actividad jurídica consistente en la atribución de un significado a los textos o documentos normativos o textos jurídicos, en general, o ya como como el resultado o producto de dicha actividad, es decir, el significado mismo (Guastini, 2014, p. 25); sin embargo, esta definición no siempre fue así, es decir, si observamos el antiguo Derecho Romano, advertiremos que la labor de los jurisconsultos no era propiamente la de atribuir significado a las leyes, sino, y más bien, decir el Derecho que es tanto como construir el Derecho o, de modo más acotado, las reglas jurídicas a aplicar. Se indica, al respecto, que la expresión “interpretari” (expresión que se usaba en el Derecho Romano) no significaba la atribución de un sentido a un mensaje documentado, ni los modos

de atribución por parte de quien fuere, sino que importaba la específica emisión de un mensaje de particular cualidad -verbigracia, *ius dicere*, por parte de quien podía, era capaz de, estaba legitimado para, emitirlo- (Tarello, 2013, p. 34).

Sin perjuicio de ello y volviendo a la concepción moderna que se tiene de interpretación, la misma también muestra ciertos problemas o complejidades. Es pertinente, con relación a dicha concepción, advertir dos problemas, además de otros, que deja entrever la misma. El primero, es el referido a si la interpretación jurídica describe una actividad (consistente en la atribución de significado o sentido) o un resultado (el producto que se obtiene por realizar esa actividad). El segundo, correlacionado al primero, describe la problemática de que, podría, desde cierta perspectiva, tenerse la idea de que la interpretación -en sentido lato o latísimo, equivaliendo a entender o comprender algo- es un concepto más amplio que el de argumentación, ya que en este caso no envuelve ningún tipo de argumentación, y que solamente cuando se trata de la interpretación en sentido estricto (en cuanto aclaración de algo -de alguna entidad susceptible de tener un significado- que se haya vuelto dudoso) aparece también la idea de argumentación, en cuanto procedimiento (o resultado de ese procedimiento) para aclarar esa duda (para pasar, por ejemplo, del enunciado a interpretar al enunciado interpretado); empero, también se podría plantear lo inverso, es decir, a partir de considerar que el Derecho como una serie de decisiones (en relación con ciertos problemas prácticos) cuya justificación requiere la producción de argumentos o de razones en favor de esas decisiones, siendo que, dentro de esas razones o argumentos, algunos tendrían carácter interpretativo, pero otros no, como sucede con el argumento deductivo (digamos, la justificación interna de una decisión) y, por lo menos hasta cierto punto, tampoco serían argumentos interpretativos los que se usan para resolver problemas de prueba, de calificación o de relevancia, entre otros (Atienza, 2017, p. 18-21).

Como es harto conocido, la corriente filosófica de pensamiento o teoría general del Derecho que imperó durante parte del siglo XX y que vino desde, al menos, de la segunda mitad del siglo XIX hasta la actualidad, es el así denominado positivismo jurídico. Si seguimos a Dworkin (1989, p. 32), una teoría general del Derecho (que, en inglés, es lo mismo que filosofía del Derecho), debe ser, a la vez, conceptual y normativa, es decir, debe procurar abarcar en completitud la problemática jurídica; si esto es así, tal teoría también debe tener, entre otros, una teoría de la interpretación o abordar el problema interpretativo del Derecho. Pues bien, el positivismo jurídico tenía una teoría de la interpretación comúnmente conocida como el formalismo interpretativo o teoría formalista de la interpretación.

Explicó Bobbio (1992, p. 13 y ss) que, en contra de una apreciación más restrictiva conceptualmente hablando, existe el denominado “formalismo jurídico”, el cual podía ser entendido, al menos, en cuatro acepciones, una de las cuales hace referencia al formalismo interpretativo. Ésta última, describe una manera de comprender a la interpretación, esto es, que la interpretación es una actividad cognitiva-descriptiva del Derecho, lo que se basa en el postulado de comprender que tanto forma y contenido son lo mismo o que continente y contenido están fusionados, de modo que la fórmula textual del artículo (continente) es igual a la norma jurídica o regla jurídica (contenido), o sea, que texto escrito de la ley es igual a norma jurídica que, entonces, es positiva, puesta por el hombre *-positum-* (y no tomada o emanada de algún tipo de fundamento metafísico), lo que da lugar al nombre “positivismo” y que describe la tesis más fundamental del positivismo jurídico, que es la tesis social, que indica la idea de que el derecho es puesto, de que es hecho derecho por la actividad de los seres humanos (Raz, 1985, p. 56).

Se puede apreciar que, en 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)

A lo dicho, viene, en consecuencia, lo sostenido por los iuspositivistas de que, al ser el Derecho igual a norma jurídica positiva -en realidad, a orden jurídico de la conducta humana, que es un conjunto de normas jurídicas positivas (Kelsen, 1995, p. 3)-, el único objeto de estudio es dicho derecho positivo, por lo que, Derecho es igual a derecho positivo, el cual se erige como su único objeto de estudio.

Ahora bien, el hecho de entender a ese derecho positivo no sólo como una teoría de la norma jurídica, sino como una teoría del ordenamiento jurídico, es decir, no centrarnos en el criterio de determinar si un sistema normativo lo es porque cada norma o la norma que lo compone es jurídica, sino por el criterio de pertenencia de una norma a un sistema u orden jurídico, se lo debe a Bobbio (, p. 144-154), quien indicó que ambas teorías forman una completa

teoría del derecho (y nótese acá, como se resalta el objeto de estudio del Derecho), si bien desde el punto de vista formal, ya que la primera estudia a la norma jurídica considerada aisladamente, mientras que la segunda la estudia en conjunción con otras como sistema u ordenamiento jurídico, lo cual justifica por la comprobación en la realidad de que las normas jurídicas no existen nunca solas, sino siempre en un contexto de normas, que poseen entre sí relaciones particulares, por lo que, se usa la palabra derecho tanto para referirse a las normas jurídicas como al ordenamiento jurídico, ergo, dando una definición de derecho, manifiesta que lo que generalmente denominamos derecho es una característica de ciertos ordenamientos normativos que de ciertas normas, consiguientemente, el problema de la definición del derecho se convierte en un problema de definición del ordenamiento jurídico y de sus problemas que son el de la unidad, la jerarquía, del sistema, la coherencia, la plenitud, etc.

Prosiguiendo, se habrá notado, que la interpretación formalista presupone una cierta concepción de la norma jurídica, cuando no del ordenamiento jurídico, así como del Derecho, y, a su vez, en el caso de éste último, una concepción iusfilosófica del mismo.

Así, pues, esa comprensión filosófica era la del positivismo jurídico -que fue consolidada por la filosofía del derecho neokantiana, dominante en su tiempo (Álvarez Gardiol, 2010, p. 290)- que, como vimos, recientemente, da respuesta a todos los problemas generales y particulares del Derecho, a través de sus tesis y postulados, uno de los cuales es, justamente, el del formalismo interpretativo. Pero esto no queda ahí, también el modo de razonar el Derecho o el razonamiento jurídico es un problema del Derecho en general que debió abordar el positivismo jurídico, lo que, en efecto, ocurrió, se propugnó un tipo de razonamiento jurídico que, acorde con lo indicado, sea factible de realizar, el cual tendió a un razonamiento más lógico-jurídico, de ahí que, las obras de derecho que se han escrito al respecto se titularan como “lógica jurídica”, antes bien que

“razonamiento jurídico” que puede ser una acepción un tanto más amplia y no tan específica como la primera mencionada que, si bien es un tipo de razonamiento jurídico, también lo es que se trata de uno en particular.

Sólo como muestra de ello, se expresó que, parafraseando a Habermas, en el eventual conflicto dado entre la racionalidad discursiva de la norma y la racionalidad del Juez, la solución estaba en favor de la primera, ya que, mientras la norma legal democrática es fruto de la efectiva articulación de la racionalidad comunicativa como racionalidad intersubjetiva, las valoraciones del juez, por mucho que se pretendan racionales y universalizables, no llevan el aval de ser el resultado de un procedimiento discursivo efectivamente desenvuelto y por ello fruto del interés general y de la neutralidad (Álvarez Gardiol, 2010, p. 271).

Retomando la idea, la necesidad de comprender al Derecho como sistema de “reglas jurídicas” -se expresa que, una regla es una regla jurídica porque pertenece a un sistema de reglas que posee el carácter de derecho (Raz, 1986, p. 6)-, obedeció a una necesidad coyuntural y propia del contexto en el que se dio, de lo cual puede dar perfecta cuenta la explicación o descripción que supuso el tránsito del paradigma del *Anciem régime* o Estado Absolutista al Estado de Derecho, el que implicó la convivencia en una sociedad organizada jurídica y políticamente, regida por la voluntad de la ley (su sujeción a la misma) y no por la voluntad de un hombre u hombres (y su supeditación o subordinación al mismo), que además manipulada el contenido de la norma o ley cada cuanto y cada vez que se le antojaba, pasando del estado o situación de esclavitud, vasallaje o subyugación al estado o situación de libertad.

Había, entonces, la necesidad de limitar el ejercicio del poder público o estadual, y la manera que se encontró fue la de generar un instrumento que sirviera a tal cometido, o sea, la “ley”, el gobierno *sub legem* o *per legem*, que importa un estado bajo el gobierno o

imperio de la ley, el Estado de Derecho -conquista del paradigma positivista, que sostiene la identidad entre el Derecho y el Estado, puesto que ambos coinciden en el orden que regula la conducta humana que llamamos orden jurídico, así el Estado es orden jurídico centralizado (Kelsen, 1995, p. 224)-, en el que las leyes se dan para todos y todos la acatan y cumplen sin modificar su contenido, incluso, los mismos gobernantes o, principalmente, ellos; todo lo cual, posteriormente, el positivismo jurídico se encargó metodológicamente, digamos, de perfeccionar o llevar a sus últimas consecuencias, pues es bastante sabido que el positivismo jurídico, en cuanto a la producción y validez de las normas jurídicas, exige que haya un procedimiento predeterminado por ley, una formalidad y autoridad social creadora de derecho, también preestablecidos por ley, por lo que, una tal o cual norma creada en tales condiciones es o debe ser obedecida o cumplida, como se ve, de este modo, por el principio de autoridad.

Volviendo al tema, en lo que nos interesa al razonamiento jurídico, habida cuenta de que se trata con un sistema de reglas, las cuales por su naturaleza describen definiciones exactas de lo que se dice o establece o manda (por lo cual, se cumplen, en una suerte de todo o nada), como correlato, demandaban también un tipo de razonamiento adecuado para su aplicación u operacionalización, que es el de un razonamiento jurídico lógico, el cual es idóneo para las reglas, de tal manera que se llega a hablar del famoso silogismo jurídico. Ello porque las reglas son claras, exactas o definidas, es decir, no se debe cambiar su contenido, solo advertir que en términos “formales” (y aquí se debe recordar todo lo ya indicado) estén bien redactadas con la mejor técnica legislativa, por consiguiente, se puede exigir una inferencia en términos formales o, más propiamente, sólo se exige una corrección formal -así, la lógica (formal, deductiva), no evalúa la corrección de las premisas (su contenido), sino su paso a la conclusión (Pacheco Mandujano, L. A., y Almanza Altamirano, F., 2018, p. 165)- en el razonamiento jurídico y no material -la lógica deductiva se desentiende respecto de las

cuestiones materiales o de contenido (Atienza, 2004, p. 43)-, puesto que las premisas están dadas y son válidas desde el inicio, no son construidas.

A este respecto, recuérdese la estructura del silogismo jurídico: en el que, la premisa mayor es la norma jurídica, la cual está dada; que, la premisa menor es el hecho jurídico concreto, empero el cual sólo puede ser relevante para el derecho si es un hecho jurídico el que, a su vez, también ya está dado o contemplado en la norma (si bien en abstracto y que con el hecho concreto aportado por los sujetos se convertirá en hecho jurídico concreto); y, que, la síntesis o conclusión, lo son o la consecuencia jurídica o el efecto jurídico, empero, ambos, también previstos por ley. De este modo, se aprecia claramente también el razonamiento lógico-jurídico.

A ello debemos agregar el concepto de dogmática jurídica, y que, a modo de ejemplo, abordaremos, para abreviar y evitar mayores citas al respecto, en el sentido que lo conceptúa Bacigalupo (2020) -precisamos que, en las líneas que siguen utilizaremos una explicación que hace al respecto-, para quien la dogmática jurídica (refiriéndose a la materia penal, que nos sirve porque nos ilustra cómo se da en el derecho ordinario) es sistema de conceptos que los juristas emplean como instrumento para lograr la aplicación racional de la ley (en procura de los valores jurídicos de seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación) o, lo que es lo mismo, racionalizar la práctica de la aplicación de la ley; por tanto, su objeto lo constituye el derecho positivo.

Así, la dogmática reconoce en la ley el carácter de dogma, por consiguiente, no puede ser puesta en duda; de ello, se sigue que la ley es un dogma que debe ser interpretado para ser aplicado a casos individuales.

Dicha interpretación debe ser llevada a cabo de modo que represente la voluntad del legislador y no del intérprete, puesto que

éste no está autorizado a crear derecho (es el legislador el que crea, con lo que la interpretación cumple un fin institucional, en tanto garantiza la división de poderes), lo que se logra usando los métodos de interpretación o hermenéuticos para la aplicación de la ley, esto es, que se advierte la distinción entre texto y texto interpretado.

Luego de interpretado el texto de la ley, viene a juego la aplicación de la misma a un caso concreto, lo que supone que se identifique el concepto (definición) de cada elemento del texto y verificar si esos elementos se dan en el caso concreto, por citar un caso, en lo que corresponde al delito de hurto, se debe determinar el concepto de “cosa mueble”, “sustracción” y “apoderamiento”, para lo cual se recurre, entonces, a la dogmática jurídica. Así, para aplicar una ley a un caso concreto, entra en asistencia el *sistema dogmático*, es decir, el orden racional y lógico en que deben ser planteados los distintos problemas, sistema que no está previsto de modo expreso en la ley.

Para seguir con el ejemplo, en materia penal se tiene la dogmática jurídica penal que nos ofrece la teoría del delito, a cuyo orden debe someterse el análisis de cualquier caso a fin de que el mismo constituya delito, orden que es el siguiente (según el autor que se consulta, y de modo muy genérico): primero se analiza la conducta, en términos objetivos (acción, omisión, etc.) y subjetivos (problemática del dolo, exclusión de error de tipo, etc.); luego, se revisa la teoría de la tipicidad y de la subsunción (si el hecho está previsto en la ley, si se dan los elementos del tipo penal exactamente en el caso); después, se revisa la antijuricidad (causas de justificación); enseguida, de cumplirse lo anterior (conducta típica y antijurídica), se plantea la culpabilidad (imputabilidad, problemática del error de prohibición, etc.); y, por último, la punibilidad (en algunos casos la ley objetivamente condiciona la aplicación de las consecuencias jurídicas). De este modo, entre el texto y el caso concreto están dichas categorías dogmáticas, sin las cuales la aplicación del derecho será insegura y dudosamente racional. Ahora, tales categorías obedecen a concepciones filosóficas (como la del

positivismo jurídico). A ello, hay que agregar que se debe conocer las formas de argumentación jurídica (analógica, a contrario, etc.). Hasta aquí la explicación que efectúa muy ilustrativamente Bacigalupo.

En atención a nuestro tema de estudio, la interpretación jurídica bajo este paradigma o, de modo más preciso, la interpretación operativa, también se realiza de la manera descrita o bajo dicho paradigma positivista, de tal manera que la interpretación era pues formalista, es decir, consistía en atribuir significado a un documento normativo, sea buscando la intención del legislador o la descripción o cognición de la regla jurídica implícita en el texto de la ley. Por ello, se ha sostenido siempre que la interpretación jurídica no es subjetividad o apreciación subjetiva del intérprete, nada más equivocado; incluso, algunos autores como García Amado (2017, p. 141) que, entendiendo a la interpretación como la atribución a un enunciado jurídico de un significado preciso como para que una norma y su consecuencia sea aplicada para la resolución de un caso (en el caso, de la interpretación operativa, aunque también existe la teórica o puramente dogmática), ha señalado a los métodos interpretativos clásicos como cánones o límites a la actividad interpretativa que lleva a cabo el intérprete.

En efecto, tan importantes son las reglas metodológicas de la interpretación, las cuales dan la posibilidad de control racional de los resultados de las decisiones judiciales (cuya fuerza de persuasión es innegable), que han sido de ocupación de los juristas desde que existe el derecho y el poder de los jueces. Aquí, pues, fue de vital importancia la contribución de Friedrich Carl Von Savigny (como sabemos ponente de la Escuela Histórica del Derecho, además de Ministro de Justicia en Prusia), quien, en la ciencia jurídica alemana, donde se encontraba la discusión metodológica, resaltó la existencia de cuatro elementos de la interpretación (que ya cumplían un papel importante como criterios de interpretación objetiva durante el derecho romano y el derecho italiano de la Edad Media), que llamó: el elemento gramatical, el elemento lógico, el elemento histórico, y

el elemento sistemático de la interpretación. Tales elementos fueron explicados por él, de la siguiente forma: el gramatical lo ve como una explicación del lenguaje legal utilizado por el legislador; el lógico, que apunta a la división del pensamiento, es decir, como la relación lógica que existe entre las distintas partes de este pensamiento; el histórico, se refiere al ligamen de la ley con la situación jurídica general, tal y como se presenta respecto a la materia en el momento en que se emite la ley; y, el sistemático, toma como base la relación interna que une todos los institutos y las reglas jurídicas a una unidad mayor, partiendo de lo que se llama posteriormente la unidad del ordenamiento jurídico (Rüthers, 2018, p. 341-343). Desde entonces, los mismos, rigen como cánones válidos en la interpretación de la ley hasta nuestros días, si bien como métodos interpretativos.

3.3. Interpretación jurídica e interpretación constitucional (a propósito del constitucionalismo contemporáneo)

Con la aparición del “constitucionalismo contemporáneo”¹²⁷ y el elenco de tesis y postulados que, a cuyo propósito se han desarrollado y que han hecho entrar al Derecho en cuestionamiento, respecto de la teoría que lo fundamentaba, o sea, el positivismo jurídico, como son: la concepción normativa de la Constitución (y no solamente como mero documento político declarativo de derechos) que implicó su realidad normativa o como verdadera norma aplicable, con lo que se impulsó el fenómeno de constitucionalización del derecho; el Estado Constitucional, que trajo a colación el paradigma de la “Constitución” en detrimento (y aclaramos, pero no desaparición, en absoluto) del paradigma de la “Ley”; la clasificación de las normas-regla y las normas-principio (que cambió la teoría de

¹²⁷ Temática a la que ya nos hemos referido en anteriores trabajos, por lo que, hacemos la advertencia metodológica de que, únicamente, procederemos a hacer recuento de las tesis y autores, sin hacer citas a fin de no dilatar y aprovechar el espacio de estudio de manera más óptima a nuestro cometido, máxime, si tales tesis y autores son de estudio y conocimiento muy recurrente hoy en día, tanto en la teoría como en la práctica jurídica.

las normas -en tanto que el Derecho no sólo está integrado por un tipo de normas, a saber las reglas jurídicas- y del ordenamiento jurídico, así como valores como la seguridad jurídica o certeza jurídica, además, del carácter exacto del Derecho); la teoría de la ponderación (como una técnica de interpretación y razonamiento para el caso de las normas-principio) al frente del silogismo jurídico; la distinción entre disposición (texto escrito de la ley o fórmula textual) y norma jurídica (texto de la ley interpretado); entre otros, también se aprecia que hay un cambio en cuanto a la teoría de la interpretación jurídica que, de esta suerte, ya no se muestra, al menos, no íntegramente formalista o dentro de la consideración iuspositivista, tal cual la caracterizamos en el acápite anterior, lo cual se evidencia con toda magnitud en la denominada “interpretación constitucional”.

Ahora bien, la interpretación constitucional, tampoco es una cuestión pacífica, hay maneras y modos de presentar su estudio o abordar su estudio.

Una muestra de ello, es lo planteado por Comanducci (2016, p. 27), quien expresa que, para responder a qué se puede entender por la expresión “interpretación constitucional”, existe una respuesta, ciertamente, estandarizada -empero que como veremos importa mucha complejidad- que es recurrir a una definición por género y diferencia, comprendiéndose por el género a la interpretación -o bien la interpretación jurídica, problema éste al que nos hemos referido ya anteriormente- y siendo dada la especie por la cualidad del objeto que se interpreta o que es materia de interpretación, en este caso, el objeto “Constitución”, la misma que ofrecería peculiaridades frente a otros textos susceptibles de interpretación como la ley, la sentencia, el contrato, el acto administrativo, el testamento, el tratado, etc. Por tanto, las discusiones contemporáneas sobre la “naturaleza” de la interpretación constitucional, obedecerían a la configuración del género (la teoría interpretativa que se adopte o una cierta postura o perspectiva), del objeto “Constitución” (la

concepción de la misma que se tenga) o de ambos (que se articulen una tal o cual teoría de la interpretación con un cierto tipo de concepción de la Constitución).

De manera breve, entonces, con relación al género “interpretación”, se tienen en cuenta solo dos casos paradigmáticos -aunque sin olvidar que hay varias concepciones intermedias y muchos matices que se pueden realizar- las cuales son: i) la interpretación cognitiva, comprendida como actividad de comprensión del significado, o bien como actividad de descubrimiento del significado “correcto” de los documentos normativos; y, ii) la interpretación decisional, entendida como actividad de decisión del significado -es la postura del escepticismo radical-, o bien de elección de uno de los significados posibles -es, entre otros, la postura de Kelsen-, o bien de elección discrecional del significado en caso de dudas o de discusión, cuando hace falta argumentar a favor de la elección que se realice -es la postura de Hart-. Ahora corresponde revisar lo referente a la diferencia u objeto. Con respecto a ello, se habla de dos pares de modelos: a) modelo descriptivo/modelo axiológico de Constitución, en tanto en ambos “Constitución” designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que respecto a las otras reglas jurídicas son fundamentales -es decir, fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas-, empero que para el segundo caso se agrega la condición de que (la Constitución) posee determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico (un valor intrínseco, ella es un valor por sí misma) -debemos agregar que este par de modelos adquirió plena autonomía cuando se asentó el positivismo jurídico en el siglo xix-; y, b) Constitución como orden/Constitución como norma, en este modelo se concibe la Constitución como un documento normativo que presenta características específicas que lo distinguen de los otros documentos normativos, y particularmente de la ley, como son de verla como la norma jerárquicamente superior en términos cualitativos, es un sistema de reglas pero también de principios, tiene

una relación especial con la democracia, funciona como puente entre el derecho y la moral, así como su aplicación se hace mediante la ponderación. Éste segundo par de modelos surge a partir de la posguerra (Comanducci, 2016, p. 29-34).

Una vez, dejado en claro lo pertinente al género y a la diferencia y conjugándolas, se tiene, al menos cuatro, respuestas diferentes a la pregunta sobre la naturaleza de la interpretación constitucional, las cuales se configuran del siguiente modo: interpretación cognitiva del modelo descriptivo de Constitución; interpretación decisional del modelo descriptivo de Constitución; interpretación cognitiva del modelo axiológico de Constitución; e, interpretación decisional del modelo axiológico de Constitución (Comanducci, 2016, p. 29-34).

Es preciso, ahora, señalar que la mayoría de países, bajo el constitucionalismo contemporáneo, adoptan un modelo de Constitución axiológico, y en cuanto a la interpretación -en específico, constitucional- optan por una decisional, aunque, en el derecho ordinario ello no es así, por lo que, según el esquema planteado, se tendría cierta tendencia hacia un modelo de interpretación decisional del modelo axiológico.

Empero, no sólo ello pasa con la interpretación constitucional, sino que, además, a diferencia de la interpretación legal ordinaria, la interpretación constitucional cumple ciertas funciones específicas como son: función de ordenación (que consiste en ofrecer una información acerca de qué comportamiento es acorde o contrario a las reglas constitucionales), función de aplicación (que aparece en la interpretación operativa de la Constitución cuando sus reglas son bases normativas de decisión), y función de control (en el caso de que haya determinadas instituciones cuya tarea consista en controlar la observancia de la Constitución) -Wróblewski, 2018, p. 87-88-.

Pues bien, teniendo en cuenta lo descrito, lo cierto es que la interpretación constitucional muestra complejidad, atendiendo al

tipo de concepción de constitución que se tiene actualmente, es decir, de considerarla como una norma jurídica o un cuerpo compuesto de normas-reglas y normas-principios, cuya diferenciación podemos explicar atendiendo a un consideración de corte estructural, esto es, que siendo que toda norma jurídica tiene un supuesto de hecho, un nexo causal y una consecuencia jurídica, las normas-principios a diferencia de sus primas las normas-reglas, tienen un supuesto de hecho abierto (impreciso, indeterminado), por lo que, necesitan de una actividad jurídica determinadora o que precise dichos supuestos de hecho, lo que se efectúa a través de la interpretación constitucional, la cual exige no sólo una labor de cognición o descripción, sino, y antes bien, de construcción del supuesto de hecho y, por tanto, de cara al caso concreto, de la regla jurídica, puesto que de suyo importa construir el contenido del supuesto de hecho, valga la redundancia. Esto, de manera, por demás, manifiesta contraviene a toda la lógica y razonamiento jurídico que hemos descrito precedentemente, bajo el paradigma del positivismo jurídico.

4. Mutación (constitucional) e interpretación evolutiva

Si acaso, la palestra jurídica interpretativa en la que se aprecia la ductilidad del Derecho, es en el ámbito del Derecho constitucional o, más puntualmente, en la interpretación constitucional.

Como ya anotamos, en los cimientos de la fundamentación del Derecho (por tanto, a nivel de la filosofía del Derecho) se han producido cambios o, al menos, cuestionamientos que son innegables, en la medida que lo que podemos llamar la filosofía de “lo constitucional” por ponerle alguna denominación al pensamiento jurídico filosófico contemporáneo (por no usar, otros nombres ya empleados como constitucionalismo contemporáneo, neoconstitucionalismo, constitucionalismo principialista, filosofía no positiva del derecho o post positivista, etc., claro está con las particularidades que cada uno tiene, empero que coinciden en tomar

como punto nuclear o tesis nuclear a *lo constitucional*, con todo lo que ello implica, pues incluso el así llamado garantismo constitucional también pone énfasis en lo constitucional).

Describimos tal marco teórico-filosófico del Derecho o el panorama jurídico actual, ya que únicamente en dicho contexto jurídico es posible hablar con propiedad de una interpretación evolutiva del derecho positivo -si bien, en este primer momento, del derecho constitucional, pero que, por influjo del fenómeno de constitucionalización, podría ser también de todo el derecho ordinario-, en la medida que en el contexto del positivismo jurídico (con todo lo que implica, como ya anotamos líneas atrás) no es posible dicho tipo de interpretación.

Empero, últimamente, no sólo se trata de crear el supuesto de hecho de las normas-principios, en el sentido de precisar su contenido o alcance, porque aquel es abierto, sino que, aún más, se está yendo mucho más allá de esto, es decir, se procura también modificar el contenido de las disposiciones constitucionales o de sus instituciones, incluso, al margen de las formalidades de la misma Constitución o, aún, en contra de la misma. De esto da cuenta, la denominada interpretación evolutiva. Guastini (1999, p. 86) ha indicado que la misma consiste en la atribución de un significado diverso del histórico (del que tenía en el momento de su creación) y también siempre mutable, para adaptar así el contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas y sociales.

Ahora bien, para abordar el tema de la interpretación evolutiva, se debe tener en cuenta dos cuestiones, que servirán para contextualizar mejor su explicación, las cuales son: el concepto de Constitución viviente y el concepto de mutación constitucional.

En cuanto al primer punto, el mismo se enmarca dentro de la controversia existente entre lo que podríamos llamar el originalismo (o interpretivismo) y el no originalismo (o no interpretivismo), una

riña teórica antigua y que, en las últimas décadas, el debate ha sido especialmente intenso en Estados Unidos, seguramente en razón de la antigüedad de la Constitución en vigor (1787); el primero, postula que los jueces, vía interpretación, deben resolver los casos ateniéndose a las disposiciones establecidas en el texto o claramente implícitas en la Constitución escrita -en esta, a su vez, hay distintas posturas: los que prefieren el respeto al texto escrito, los que apuntan a la intención de sus redactores, y los que, como Scalia, se focalizan en el significado original de las disposiciones constitucionales, entendiendo que este significado debe buscarse en las prácticas históricas y pensamientos del tiempo de creación de la disposición y no en la visión de los redactores, además de originalismos estrictos y otros moderados y los que generan puntos de acercamiento entre las dos posiciones enfrentadas-; y, la segunda, va más allá de las referencias anteriores y la interpretación puede basarse en disposiciones que no aparecen dentro del texto constitucional. En ésta última, se ubica a la denominada Constitución viviente (que admite también variantes: los que consideran que el texto es un límite a la evolución interpretativa, y otros que aceptan soluciones que implican directamente la mutación constitucional), definida por Strauss como una Constitución que se desarrolla, que va cambiando con el tiempo, se adapta a las nuevas circunstancias sin necesidad de ser formalmente modificada (Risso Ferrand, 2017, p. 220-221).

De lo dicho se advierte, nítidamente, que el concepto de Constitución viviente, se acuñó en el sistema jurídico del *common law*, que sabemos es un derecho más judicial o jurisprudencial.

Por su parte, la noción de mutación ha venido siendo objeto de estudio, en especial por la doctrina alemana, desde el siglo XIX. En general, se menciona como uno de los precursores a Laband, aunque en esta línea se encuentran Jellinek, Heller, Hsü Dau Lin, Stern, Hesse, etc. Ellos se refieren a la mutación para describir las modificaciones del contenido o significado de las disposiciones constitucionales sin

cumplir con los procedimientos formales de reforma y, también, para aquellos casos de interpretación evolutiva o novedosa dentro del marco constitucional (otros refieren a proceso informal de reforma). Jellinek expresó que, la reforma de la Constitución era la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas, y que la mutación de la Constitución, era la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación. Por su lado, Hbū Dau Lin distinguió las mutaciones permitidas y exigidas por la Constitución (mutaciones impropias o formales), de las otras que aun cuando sean indeseables e inconstitucionales (mutación en sentido estricto o materiales), resultan inevitables. Se suma a ello el análisis de Heller, que conceptuaba a la Constitución como realidad social, y entendiendo por organización la acción social concreta de dar fuerza a la cooperación de los individuos y grupos que participan en el todo; luego, situándose en el mundo del ser y en el del deber ser, señaló que, dentro del concepto de Constitución política total, debían distinguirse, como contenidos parciales de aquella, la Constitución no normada y la normada siendo que, la primera aparece en el terreno de la realidad y está íntimamente vinculada con los similares valores culturales, de sangre, históricos, económicos, etc., mientras que la Constitución normada se sitúa en el terreno del deber ser, que aparece como una normalidad de la conducta normada jurídicamente o extrajurídicamente -por la costumbre, la religión, entre otros-. Por último, Konrad Hesse señalaba que las constituciones son letra muerta si no se incorporan a la conducta humana, por lo que, requiere ser “realizada”, que se transforme en un orden vivido, formador y conformador de la realidad histórica, agregando que, la fuerza normativa de la Constitución se encuentra condicionada a la posibilidad de realización de los contenidos de la Constitución (Risso Ferrand, 2017, p. 225-229).

Como se aprecia, en este caso, tal concepto se desarrolla propiamente en los países de la tradición germano-románica o de los

sistemas de *civil law*, así como advertimos que, lo manifestado se puede realizar mediante la interpretación constitucional, es decir, la interpretación evolutiva, la cual aparecería como una subespecie de las mutaciones constitucionales, es decir que una de las maneras de lograr esa mutación constitucional es por medio de la interpretación, por tanto, evolutiva de la misma.

Se notará, además, que, si bien ambos conceptos son de distintas familias, lo cierto es que son implicantes o, al menos, describen el hecho de que una interpretación de tal magnitud requiere de un cierto concepto de Constitución, de un cierto tipo o teoría de interpretación, todo lo cual está enmarcado dentro de un fundamento teórico-filosófico jurídico. Es posible, así también, tal construcción en la medida que actualmente hay un acercamiento de ambas familias jurídicas (*common law* y *civil law*), lo que ha significado la importación mutua de doctrinas y modelos jurídicos. Así, la interpretación propia de la filosofía “de lo constitucional” es una interpretación que cambia el paradigma interpretativo estático, formalista, cognitivo o descriptivo, por un paradigma “dinámico” de interpretación, constructivo-prescriptivo.

Un caso concreto de la magnitud y dimensión de este tipo de interpretación, es el ocurrido en España, donde se emitió la sentencia número 198, de fecha 6 de noviembre del año 2012, en la que el Tribunal Constitucional español rechazó el recurso presentado el 30 de septiembre del año 2005, por más de setenta miembros del Grupo Popular -el grupo parlamentario del Partido Popular, en ese momento parte de la oposición y ahora del gobierno- contra la reforma legislativa, llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio del mismo año, que extiende el matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo a través de la modificación de algunas disposiciones del Código Civil (Mastromartino, 2013).

Este tema concitó bastante debate y, en suma, trataba de que se analizó una disposición de la Constitución española que reconocía el

derecho al matrimonio al hombre y la mujer, respecto de la cual salió una ley que modificó su Código Civil en el que se estableció la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, aplicando, justamente, la interpretación evolutiva, para hacer evolucionar una institución constitucionalmente consagrada, como lo es la institución del matrimonio, respecto de la cual varios juristas civilistas tienen una concepción relacionada al vínculo entre parejas heterosexuales.

5. Las aporías en el derecho contemporáneo

La palabra aporía es un término muy usado en la filosofía, para describir las contradicciones que se producen en los paradigmas o contradicciones lógicas que, incluso, se muestran como insuperables.

En seguida vamos a señalar algunas de estas aporías, claro está, sin pretender hacer, de ninguna manera, una lista exhaustiva o acabada, sino con el simple interés de señalar algunas

5.1. Ápice de la exactitud e inexactitud jurídica

Como habíamos señalado, la dogmática jurídica también se mostraba como un instrumento para la racionalización de la ley, es decir, que es importante en el discurso jurídico práctico y teórico, pues permite construir y argüir argumentos racionales para, por ejemplo, decidir un caso. La racionalidad del discurso jurídico se ha logrado, en gran medida, por la construcción de conceptos lógico-jurídicos en la ya mencionada dogmática (o doctrina jurídica, en una acepción más omnicompreensiva).

Alchourrón y Bulygin (2012, p. 11) decían, la explicación o reconstrucción racional de un concepto es el método por medio del cual un concepto inexacto y vago -que pertenece al lenguaje ordinario o a una etapa preliminar en el desarrollo de un lenguaje científico- es transformado en un concepto exacto o, por lo menos,

más claro o exacto que el primitivo, o, más correctamente hablando, la sustitución de un concepto más o menos vago por otro más riguroso. Pues bien, la dogmática jurídica ha procurado esa exactitud, así como el positivismo jurídico, al desarrollar las diferentes categorías conceptuales predicadas de las normas jurídicas positivas; sin embargo, como hemos visto, con la consagración de la Constitución como norma jurídica y el desarrollo de la filosofía de “lo constitucional” propugnada por el constitucionalismo contemporáneo, la textura de las normas-principio es abierta, inexacta, por lo que, aún en un escenario jurídico, un tanto de convivencia y pacífico, esto es, la coexistencia entre lo exacto y lo inexacto del Derecho, se observa una paradoja. Siempre hemos sostenido que pareciera que el Derecho estuviera dividido en dos grandes grupos, el Derecho Constitucional y el Derecho Ordinario, cada uno con lógica y razonamiento jurídico distintos. Si reparamos en esto, un momento, notaremos que ello se evidenciará y manifestará por medio de la interpretación jurídica.

5.2. Derecho ordenado (legislativo) y derecho espontáneo (constitucional-judicial)

Tal reconfiguración del Derecho, de igual forma, también ha generado, nuevamente, el ya viejo debate entre la justicia y la seguridad jurídica. Recaséns Siches (1997, p. 137) planteaba dicha cuestión, señalando que, cuando surgen conflictos entre la justicia y la seguridad, nos hallamos ante un caso superlativamente dramático, ya que, por una parte, no cabe duda de que el fin supremo del Derecho es la realización de la justicia y del séquito de valores por ésta implicados -y sólo cuando un Derecho cumple relativamente este fin aparece como justificado ante nuestra conciencia, y resulta obligatorio en conciencia-; pero, de otro lado, adviértase que ningún orden jurídico positivo -en tanto que obra humana- puede resultar absolutamente justo, a lo más a que se puede aspirar es a un Derecho relativamente justo, en la medida de lo posible y de lo viable.

Esta limitación adquiere un sentido y un alcance decisivos, al contemplar los conflictos entre seguridad y justicia.

La seguridad jurídica, de un parte, genera previsibilidad, certeza y estabilidad en las situaciones jurídicas subjetivas de los sujetos de derecho; y, por su lado, la justicia propugna un sentido comunitario de realización que necesariamente debe satisfacerse mediante el Derecho, para tener la sensación de eficacia y eficiencia del mismo. Sabemos, muy bien, por filosofía del derecho que el acogimiento de una u otra importó la adscripción a ciertas corrientes de pensamiento iusfilosófico. Esta situación genera también una contradicción en el Derecho, pues se ha discutido sobre esto bastante a nivel de la teoría o filosofía del Derecho, esto respecto a la teoría de la justicia: qué es lo justo o qué es justicia, el Derecho tiene que ver o no con la misma o es, más bien, sólo un valor jurídico, el norte, como la luna que guía al marinero, aunque nunca se la pueda alcanzar.

Empero, al margen de ello, es conveniente señalar que, la primera, proclama un derecho ordenado, organizado, previsto a priori, porque se cree en la capacidad de que se puede regular todo de manera anticipada; en cambio, la otra, nos pone en un contexto de un derecho que debe ser espontáneo, en tanto la Constitución y su interpretación importa que haya una conexión a cada caso concreto, puesto que se debe buscar su realización concreta, entonces, se tiene un derecho que se va dando jurisprudencialmente, de caso en caso, de acuerdo a las exigencias y necesidades requeridas de la realidad que siempre es cambiante. Así, se da otra contradicción entre un derecho ordenado o espontáneo, o se debe procurar una coexistencia de ambos, de ser posible, no obstante, se mantiene dicha situación de contraste o paradójica. Nuevamente, si nos detenemos a pensar, un instante, podremos advertir que, esta contradicción también se pone en evidencia a través de la interpretación jurídica.

6. Orientación del derecho (la mutación jurídica como horizonte jurídico)

A grosso modo hemos intentado dar a conocer la importancia que tiene la interpretación, para el Derecho en su conjunto, porque está presente no sólo en la labor más álgida del derecho que es el de su aplicación, donde se pone en contacto con la realidad, sino también en la generación de la explicación de la realidad, o sea, en la construcción de los conceptos que explican los comportamientos y situaciones de la realidad y que se desarrollan en la doctrina jurídica, a todo nivel (tanto en la dogmática jurídica, la teoría del derecho, así como la filosofía del derecho).

Hoy en día, en el Derecho actual se muestra aún más preponderante la interpretación jurídica, que ya no supone una actitud estática del interprete, sino una actitud dinámica, dialógica entre las disposiciones jurídicas y la realidad concreta, para generar normas jurídicas más eficientes y eficaces, que respondan de manera más pronta a las exigencias de las relaciones sociales en un mundo que es de aquí y ahora, que está en constante cambio y que no puede y no quiere esperar por soluciones que no satisfagan pronto sus requerimientos.

Con todo lo expuesto, podemos intentar dar una respuesta, que nos permita otear hacia dónde va el Derecho o el pensamiento jurídico contemporáneo -según la prospección que hemos hecho, al menos, panorámicamente-, y, conforme vimos, la tendencia actual es la de ir hacia las “mutaciones jurídicas” en el Derecho, en general, comprendida en los términos de la mutación constitucional descrita, según la filosofía de “lo constitucional”, acuñada por el constitucionalismo contemporáneo (y todas las tesis y postulados que la inspiran), lo cual se logrará por medio de la interpretación jurídica -evolutiva- (y de la argumentación, cuando se necesita sostener una postura o persuadir sobre algún tipo de interpretación), pues, precisamente, dicha interpretación evolutiva es la que

constituye la cúspide o el horizonte jurídico de toda la revolución jurídica actual. Sostenemos ello, debido a que, según el bastante conocido fenómeno de constitucionalización del derecho, con todo lo que implica, terminará por invadir todas las ramas y áreas del derecho, es decir al derecho ordinario en su conjunto. Tal interpretación evolutiva sobrepone el ser al deber ser o, en otros términos, que la tendencia es ir al razonamiento práctico jurídico.

7. Conclusiones

La interpretación es un fenómeno cultural complejo y vasto, no exclusiva del mundo del Derecho, de relevancia teórica, metodológica, filosófica e ideológica.

La interpretación jurídica en la actualidad reviste una complejidad y amplitud, tanto más, por el cambio operado en la teoría contemporánea del derecho, o sea, el constitucionalismo contemporáneo y su filosofía de “lo constitucional”, lo que, a su vez, ha significado un cambio en la concepción de la interpretación jurídica, donde encuentra su máximo esplendor.

La interpretación evolutiva es la clave para entender y palpar el cambio de paradigma por el que está atravesando el pensamiento jurídico contemporáneo, la que de suyo nos indica la orientación o dirección del derecho en la actualidad, esto es, las mutaciones jurídicas o la mutación jurídica.

Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos - Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Editorial Atrea.
- Álvarez Gardiol, A. (1986). *Introducción a una teoría general del derecho - El método jurídico*. Editorial Astrea.

- Álvarez Gardiol, A. (2005). *Derecho y Realidad - Notas de teoría sociológica*. Editorial Juris.
- Álvarez Gardiol, A. (2010). *Epistemología jurídica*. Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
- Atienza, M. (2004). *Las razones del derecho*. Palestra Editores.
- Atienza, M. (2017). *Interpretación constitucional*. Universidad Libre.
- Bacigalupo, E. (2020). *¿Qué es la dogmática jurídica? Breves consideraciones sobre la racionalidad de la práctica de las profesiones jurídicas*. Fundación Fide. Recuperado 28 agosto 2020, de https://www.fidefundacion.es/Que-es-la-dogmatica-Breves-consideraciones-sobre-la-racionalidad-de-la-practica-de-las-profesiones-juridicas-por_a929.html
- Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del Derecho*. Palestra Editores.
- Betti, E. (2018). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Ediciones Olejnik.
- Bobbio, N. (1992). *El problema del positivismo jurídico*. Editorial Fontamara.
- Bobbio, N. (2013). *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis.
- Comanducci, P. (2016). *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia*. Editorial Gedisa.
- Encyclopedist (2020). *Diccionario de filosofía*. Recuperado 29 agosto 2020, de http://www.ferratermora.org/ency_concepto_ej_evolucion.html
- García Máynez, E. (2002). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa.
- García Amado, J. (2017). *Razonamiento jurídico y argumentación*. Zela Grupo Editorial.
- Gadamer, H. (1998). *Texto e interpretación*. Cuaderno Gris. Epoca III, 3, 220-224. Recuperado 29 agosto 2020, de <https://repositorio.uam.es/handle/10486/283?show=full>

- Guastini, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guastini, R. (2014). *Interpretación y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mastromartino, M. (2013). *Sobre la interpretación evolutiva de la Constitución*. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36, 153-175.
- Pacheco Mandujano, L. A., y Almanza Altamirano, F. (2018). *Razonamiento lógico y argumentación jurídica*. Ideas Solución Editorial.
- Picontó Novales, T. (1992). *Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer*. *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 242-243.
- Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho - Ensayos sobre derecho y moral*. Imprenta Universitaria de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico – Una introducción a la teoría del sistema jurídico*. Imprenta Universitaria de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Recaséns Siches, L. (1997). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa.
- Real Academia Española (2019). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 28 agosto 2020, de <https://dle.rae.es/evolución>
- Risso Ferrand, M. (2017). *Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución*. *Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 1, 217-254. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000100008
- Tarello, G. (2013). *La interpretación de la ley*. Palestra Editores.
- Wróblewski, J. (2018). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Ediciones Olejnik.

<<El estudio de la norma jurídica es de suma importancia, no solo en tanto es una de las entidades jurídicas que componen el objeto de estudio del Derecho (e incluso, en algunos casos -según las posturas--, identificadora de este último), sino, además, por cuanto es de primordial incidencia en la labor interpretativa y de aplicación del Derecho, por lo que, su debido tratamiento importa su mayor o menor manejo óptimo de la realidad...>> j.s.c.c.

DE LA EXACTITUD JURÍDICA A LA INEXACTITUD CONSTITUCIONAL: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA TESIS DE LA EXACTITUD E INEXACTITUD EN EL DERECHO¹²⁸

Sumario: i. Introducción; ii. Materiales y métodos; iii. Positivismo jurídico y concepción clásica de norma jurídica; iv. Concepción contemporánea de norma jurídica; v. Concepción estática y dinámica de norma jurídica; vi. Norma jurídica y teoría general del derecho: 6.1. La exactitud jurídica, 6.2. La inexactitud

¹²⁸ Artículo publicado (en su versión original) en la Revista de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UNA - Puno, denominada "Pacha, derecho y visiones", edición Junio, N° 02, 2021.

constitucional; vii. Circunloquio de la tesis de la exactitud e inexactitud en el derecho; viii. Conclusiones.

Resumen

Son muchas las dudas que se nos presentan cuando avizoramos el horizonte jurídico, con relación a su textura, su esencia o naturaleza, su estudio o comprensión, su interpretación o aplicación, etc.; sin embargo, quizá haya algún aspecto que nos pueda permitir dar con la nota característica de lo que está ocurriendo con el Derecho en la contemporaneidad, nos referimos a que exista algún tema que nos muestre el giro que está dando el Derecho a partir de un punto específico. En este trabajo, pretendemos desarrollar una primera aproximación, cuando no sentar las bases, de lo que hemos denominado “la tesis de la exactitud e inexactitud en el Derecho”, a partir de la descripción del paso de la exactitud jurídica a la inexactitud constitucional que se observa, a propósito de las normas constitucionales o normas-principios. Para dicho cometido se emplea el método dogmático, a fin de dar cuenta de la doctrina sobre el tema, así como el método histórico-sociológico, para sondear la exigencia o incidencia de los temas abordados en la realidad.

Palabras clave: exactitud jurídica, inexactitud jurídica, norma jurídica.

1. Introducción

Sin duda alguna, si hay un ente jurídico con el cual trabaja el Derecho, más allá de toda discusión teórica o filosófica jurídica sobre su naturaleza, concepto, etc., es la norma jurídica positiva, es decir, todos los profesionales en derecho no pueden negar que no trabajen con leyes, textos normativos (hoy llamados disposiciones jurídicas). No obstante, cabe señalar que, la concepción de norma jurídica y su equiparación conceptual con el de ley escrita, ciertamente, de acuerdo a la teoría contemporánea del Derecho, ha variado, por lo

que, al menos, son dos los tipos de normas jurídicas que se tienen actualmente, en todo ordenamiento jurídico, las así llamadas normas-reglas y las normas-principio o, en otras palabras, nos referimos al tema tan recurrente de normas y principios.

Hay bastantes trabajos que se han escrito a este respecto, desde los distintos niveles de reflexión del Derecho, relacionados a su conceptualización, a su interacción, a su estructura, a su clasificación, su interpretación, su aplicación, etc.; es decir, se han hecho estudios desde un punto de vista interno de los mismos; sin embargo, en este trabajo, se trata de hacer un estudio externo, esto es, ver o advertir cuál ha sido el impacto (y por tanto, el devenir) que ha tenido en el Derecho tal replanteamiento de la concepción de la norma jurídica.

Si como hemos señalado líneas atrás, en cuanto a que la norma jurídica es un ente jurídico imprescindible del Derecho -por lo que, y además, su tratamiento es un trabajo de teoría general del Derecho, lo cual implica su omnipresencia en todos los ámbitos del mismo-, queda claro también, entonces, que cualquier modificación o alcance que se haga respecto de dicha entidad jurídica, debe tener, inexorablemente, un impacto considerable en el Derecho mismo, en conjunto, lo que es un asunto de asaz importancia o envergadura a tratar y que no debe dejarse de lado. Precisamente, el presente trabajo, surge como consecuencia de la observación que se hizo de lo que ocurre en la realidad jurídica contemporánea, no solo de la teoría acuñada en la misma, sino en la *praxis* jurídica, en diferentes ámbitos, como producto o exigencia de la realidad misma.

2. Materiales y métodos

El enfoque desde el cual se realizó el presente trabajo fue cualitativo; precisándose que, para la realización de éste artículo se ha empleado el método dogmático (Corral Talciani, 2009), en tanto se construyen ideas a partir de la revisión de la doctrina jurídica existente sobre los temas que se abordan, así como se hizo uso del

método histórico-sociológico (Corral Talciani, 2009), para contextualizar los impactos u observancia de aquellos en la realidad, además, de advertir las exigencias de esta última con relación a los tópicos de los que se ocupa este espacio de estudio. Así se han revisado libros, normas y jurisprudencia, según se detalla en las líneas a lo largo de este trabajo.

3. Positivismo jurídico y concepción clásica de norma jurídica

El positivismo jurídico ha fundamentado al Derecho durante mucho tiempo (al menos, desde mediados del S. XIX en adelante) de manera incuestionable; incluso aún hoy sigue teniendo cierto impacto, aunque no de modo pacífico o, en todo caso, de manera parcial, al menos. Y es que como ha indicado Scarpelli (2021), desde una perspectiva histórica en cuanto a su definición o concepción, con el positivismo jurídico nos encontramos tanto en el campo de las concepciones del derecho, de la ciencia y la práctica del derecho, cuanto de las tendencias filosóficas y metodológicas que privilegian determinados modos de operar respecto al derecho en la ciencia y en la práctica del derecho; de los modelos metodológicos para el trabajo de los juristas y de la justificación de los propios modelos.

Siendo conscientes de los alcances y aportes del positivismo jurídico -de los que no daremos mayor cuenta en el presente, bastando por de pronto recalcar que dicha teoría iusfilosófica ha sido y es aún de observancia-, cabe abordar el tema de la norma jurídica elaborada bajo el manto de aquel, en la medida que es bajo dicho pensamiento jurídico que se la concibió por mucho tiempo. Máxime, si se repara en la vital importancia de este concepto jurídico, ya que incluso se suele entender al Derecho como un cuerpo o conjunto de normas; claro está, que las normas constituyen un cuerpo cuando poseen, al menos, alguna característica común que las hace coherentes e interdependientes, por ejemplo cuando tienen el mismo contenido (derecho privado, derecho penal), pertenecen al

mismo código o al mismo Estado, tienen su origen en la misma nación o coinciden en el tiempo o en el espacio (derecho antiguo, derecho europeo) -Kantorowickz, 1964-.

Sobre el giro de comprender al Derecho a partir del estudio individualizado de las normas, a un estudio del Derecho comprendido -en todo caso, también- como un orden u ordenamiento de normas jurídicas, o simplemente como ordenamiento jurídico, es emblemático el trabajo de Bobbio (2013), donde señaló que, la teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento jurídico forman una completa teoría del derecho, principalmente desde el punto de vista formal. Incluso, actualmente hay autores que continúan comprendiendo al Derecho en tal sentido. De esta manera, podemos encontrar a Alchourrón y Bulygin (2012), quienes, precisamente, indican al trabajar su definición de sistema jurídico que, el procedimiento usual es el de definir el sistema jurídico a partir de la norma jurídica, esto es, que primero se define a la norma jurídica, caracterizando su esencia o naturaleza, para después definir al sistema jurídico como el conjunto de las normas jurídicas; de modo tal, que un sistema es jurídico porque contiene normas jurídicas; por lo que, expresan que su propósito es al revés, es decir, dar una definición de sistema jurídico y luego caracterizar como jurídicas las normas que forman parte de ese sistema, o, dicho en otros términos, en vez de definir el todo (sistema) en función de sus partes (normas), se define las partes en función del todo. Aún más, hoy en día se encuentran definiciones del Derecho dadas en dicho sentido, como es la de García Amado (2017), quien enfatiza que se llama Derecho a un sistema normativo peculiar y distinto; siendo que, en cuanto a la peculiaridad del Derecho, se dice que viene dada por sus funciones y por el modo como dicho sistema se constituye; y, en cuanto a la segunda se refiere a que, el Derecho se diferencia de otros sistemas de normas (como el moral, religioso, etc.).

Así, bajo dicho contexto teórico-jurídico (nos referimos al positivismo jurídico), es sabido que cuando se habla de “norma

jurídica”, no puede entenderse otra cosa que no sea la “norma positiva” (una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo, es decir, normas que han sido “puestas” no “supuestas”) -Kelsen, 1981-, la cual es aquella que está objetivada, esto es, la norma escrita, publicada y vigente, siendo ello su formalidad; por tanto, la norma jurídica se suele resumir a su forma escrita. Suele darse tanto el culto a la forma que, además, se ha relacionado el concepto de norma al del texto que aparece descrito en los artículos, resumiéndose (o limitándose) el alcance de su significado al mismo (al texto, que es su forma). Por ello, se ha dicho que: “Es característico de la teoría normativa remitir el criterio distintivo del derecho del hecho a la norma; en otras palabras, de su contenido -según el cual, un hecho puede ser económico, social o moral- a su forma, según la cual no puede ser más que ordenado, o bien prohibido, o bien permitido. Aquí, “forma” es entendida en el sentido más común de “recipiente”, es decir, de un continente que no cambia con el cambio del contenido...” -Bobbio, 1965)-. Lo que queremos expresar con lo descrito, de manera que se entienda sin ser tan abstractos, es que (aunque con mayor incidencia en el plano de la *praxis*) se suele entender y pensar (impulsados por los fundamentos del referido paradigma positivista) que la norma es un producto jurídico acabado, el punto de llegada en la labor de interpretación, de manera tal, que lo único que debe hacer el operador del Derecho es aplicar la misma (la norma jurídica), no pudiendo modificarla o no aplicarla en preferencia de otras normas, por lo que, incluso bajo dicho paradigma positivista se suele decir que la labor efectuada respecto de la norma jurídica es cognitiva.

Con lo indicado en el considerando anterior, corresponde referirse al análisis de la estructura lógica de la norma jurídica, en tanto se le suele considerar como un juicio hipotético -Pérez Luño, 2009-. <<Kelsen sostiene que la estructura lógica de la norma jurídica es la de un juicio- hipotético cuyo supuesto constituye la condición normativa de un acto de coerción: "Bajo la condición de que un hombre se comporte de una cierta manera, es decir, que haga u

omita algo determinado -por ejemplo, que mate a otro, o que no pague el precio de una compra-, otro hombre, esto es, el órgano del Estado, por ejemplo, un juez, debe ordenar contra el primero un acto de coerción -castigo o ejecución forzada del deber-." A este juicio hipotético que prescribe la sanción sobre la base de que se realice el supuesto -conducta antijurídica- Kelsen lo llama *norma jurídica primaria*. Ahora bien, esa *norma jurídica primaria* suscita el *deber jurídico* de comportarse de un modo diferente de aquel que constituye el supuesto para la sanción; así, respecto de los ejemplos aducidos, suscita el deber de no matar, y el deber de pagar el precio de una compra. Este deber jurídico, revestido con la fórmula de una norma -cuya validez descansa en el supuesto de que *debe ser* evitada la coerción establecida bajo determinadas circunstancias por el Derecho- constituye lo que Kelsen denomina *norma jurídica secundaria*. La primaria, es la que ordena un acto de coerción estatal y contiene como condición, para que se realice éste, precisamente la conducta que contradice a la norma secundaria>> -Recasens Siches, 1997-.

En palabras del ilustre y recordado profesor Hart, las normas primarias son reglas que bien pueden ser consideradas el tipo básico o primario, por las que se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no; y, con relación a las reglas secundarias, enseña que éstas últimas dependen del primer tipo de reglas indicado (de las primarias), en cierto sentido, por lo que, son secundarias en relación con ellas, siendo que, dichas reglas de este segundo tipo, establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Luego, continuando, explica que, las reglas del primer tipo imponen deberes y, las del segundo tipo, confieren potestades públicas o privadas; las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no

simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones -Hart, 1961-.

4. Concepción contemporánea de norma jurídica

Si apreciamos la teoría contemporáneamente del Derecho (según ya hemospreciado en otros trabajos publicados, por lo que nos remitimos a ellos, siendo suficiente señalar aquí que la misma está replanteando al Derecho, contraviniendo o poniendo en cuestión al positivismo jurídico), advertiremos que la concepción de norma jurídica ciertamente ha variado, pues se ha erigido un concepto de ella que nosotros (sin pecar de arbitrarios) denominamos <<concepción dinámica de la norma jurídica>> en contraposición de lo que puede llamarse una <<concepción estática de la norma jurídica>> (elaborado bajo el paradigma de la corriente filosófica del Derecho ya mencionada). Abordar el tema en el presente espacio de estudio es desbordante, por lo que, sólo nos ocuparemos del mismo de modo muy somero y en forma consecuente a los fines del tema materia de análisis.

Pues bien, en lo que se refiere a la *concepción estática de norma jurídica*, se aprecia que se da a la *norma jurídica* una concepción formal y estructural-lógica, en tanto se establece que esta es un juicio hipotético cuya explicación se reducía a un estudio de la estructura interna de la misma; así, se dice que la norma jurídica está compuesta por un supuesto de hecho (juicio hipotético), un nexo causal y una consecuencia jurídica. No ahondaremos al respecto, por cuanto dicha concepción es bastante conocida e incluso se suele enseñar en los claustros universitarios y manejar por los operadores del derecho. Evidentemente, dicha concepción, en tanto y como indicamos que la norma jurídica es un tema de Teoría del Derecho, es de observancia (o ha sido y sigue siendo, en modo alguno) en todas las áreas y ramas del Derecho; muestra de esto último es que, por ejemplo, se concibe a la norma jurídica privada o norma jurídica privatista como un juicio

que liga determinados efectos a la realización de un hecho -Irti, 2003-

De otra parte, en cuanto a la concepción dinámica de la norma jurídica, debemos señalar que, entre otras cosas, se hace una distinción entre el texto y lo que en realidad constituye una norma jurídica o, dicho en otros términos, la distinción entre disposición y norma, con relación a la cual se dice que, habría tenido su origen en la jurisprudencia constitucional y la doctrina jurídica italiana más avanzada (representada por Tullio Ascarelli, Luigi Montesano y Vezio Crisafulli, con las dudas “retrasistas” de Francesco Carnelutti), hasta su consagración en la teoría general analítica del Derecho, por Giovanni Tarello y Ricardo Guastini -Chiassoni, 2011-. En efecto, a partir de algunas sentencias de la Corte Constitucional Italiana, se afirma que el objeto de la interpretación no es una “norma”, sino un texto (o un comportamiento) -Ascarelli, 2011-; o sea, se distingue entre “disposición” (texto) y “norma”, conceptos que, por lo demás, son diferentes, aunque suele suceder que disposición sea un vocablo asumido como sinónimo de norma, con particular referencia al derecho objetivo y a las fuentes -Crisafulli, 2011-. Sin embargo, ambos son distintos: en términos sencillos, disposición viene a constituir la descripción textual contenida en un artículo jurídico, en cambio, norma viene a ser el resultado que se obtiene de la interpretación que se hace de dicho texto. En términos de un connotado profesor: disposición es cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes; y, norma es cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones). En suma, se dice que disposición es (parte de) un texto aún por interpretar y la norma es (parte de) un texto interpretado -Guastini, 2011-.

En efecto, cabe anotar que, como se tiene indicado en el párrafo anterior, se plantea el no restringir el concepto de norma a la fórmula

textual, ya que ésta última en realidad constituye un elemento o componente de aquella (es decir, de la norma). Esto debido a que la fórmula textual es elaborada de acuerdo a ciertas condiciones (económicas, políticas, etc.) de tiempo y espacio, por lo que, la misma no puede permanecer inmutable ante la incontrolable y siempre desbordante realidad; por ello se dice que el significado de tal fórmula textual (que incluso puede aparecer defectuosamente construida) no puede permanecer invariable -Crisafulli, 2011-. Por todo ello, se sostiene que la norma jurídica no es un producto acabado, sino que, por el contrario, es el punto de partida.

5. Concepción estática y dinámica de norma jurídica

Ahora bien, conforme a las ideas precedentemente anotadas, es fácil intentar sostener que, no sabríamos decir si en un ánimo de conciliación o por pura descripción teórica o académica, estaríamos ante una concepción bifurcada de la norma jurídica, producto de un legado amplio de estudios realizados respecto de la misma por nuestros grandes teóricos y estudiosos del Derecho.

Así, en primer lugar, tenemos (a lo que nosotros llamamos) una concepción estática de la norma jurídica: con relación a esta, según se ha descrito, se suele remitir el estudio, comprensión y aplicación de la norma jurídica a una concepción formal, estructural y lógica de la misma. Formal en tanto que la misma es pues producto de los procedimientos preestablecidos para su existencia y regulación, así como debe expresada en una forma predeterminada por ley, esto es, en forma escrita. Estructural, ya que para la conceptualizar la misma se suele orientar a la explicación de la estructura de la misma, como ya vimos reglones atrás, indicándose que la norma contiene un supuesto de hecho, un nexo causal y una consecuencia jurídica. Lógica, en tanto que expresa un esquema lógico de relación entre un juicio hipotético y una consecuencia, según también anotamos, así como porque para su aplicación se suele resolver tal actividad de forma inevitable al empleo del silogismo jurídico, esto es, efectuar el

razonamiento de la aplicación de la norma al ejercicio lógico que contiene la siguiente estructura: i) premisa mayor (que viene a ser la norma jurídica); ii) premisa menor (que son los hechos que en concreto aportan las partes); y, iii) la conclusión (la adecuación de los hechos concretos a la realidad).

En segundo término, producto también de grandes postulados teóricos, se advertiría (a lo que nosotros llamamos) una concepción dinámica de la norma jurídica: en virtud de la cual, como anotamos líneas atrás, se propugna una comprensión, aplicación y estudio de la misma, de forma dinámica, no necesariamente restringida a su explicación estructural, con la finalidad de hacerla más dúctil -si recordamos la expresión de Gustavo Zagrebelsky- o maleable a la realidad, con lo demás que indicamos en el ítem anterior. En efecto, según ya anotamos, la concepción de norma jurídica no debe resumirse a su fórmula textual, sino a su resultado interpretativo, pues aquella (la fórmula textual) en realidad constituye una disposición. Esta forma de entender y de operacionalizar la norma jurídica, no es una mera elucubración teórica, como se pudiera pensar *prima face*, sino que ya ha sido empleada en la práctica por nuestro supremo intérprete de la Constitución, véase al respecto el expediente N° 00025-2005-AI- (noveno considerando, párrafo décimo), por citar algún ejemplo.

Las siguientes fórmulas grafican lo que expresamos con relación a las concepciones de la norma jurídica, donde: N.J. significa norma jurídica; A significa supuesto de hecho; \Rightarrow significa nexo causal; B significa consecuencia jurídica.

Concepción estática de norma jurídica:

$$(N.J.) = A \quad B \Rightarrow$$

En el siguiente esquema: (D) significa disposición; y, (N.J.) es igual a la norma jurídica -esto es (D) interpretado-, los demás elementos significan lo mismo que en el esquema anterior.

Concepción dinámica de norma jurídica:

$$[(D) = A \Leftrightarrow B] = (N.J.)$$

En este acápite nos proponemos, de manera somera -claro está-, dar algunos alcances con relación a si ambas concepciones de la norma jurídica vendrían a ser excluyentes o si, por el contrario, podrían convivir (incluirse) o complementarse mutuamente. Sin objeción alguna, la realidad impone pues la necesidad de reconfigurar el concepto de norma jurídica; empero ello, inevitablemente, de suyo importa que sólo se deba optar por la reseñada -como nosotros denominamos- “concepción dinámica” de la norma jurídica, con la finalidad de que la norma jurídica sea más útil a la realidad de la manera más idónea posible.

Sin embargo, cuando revisamos las diferentes disposiciones o normas jurídicas (en clave del iuspositivismo) podemos advertir, sobre todo, en lo que respecta a la ciencia procesal o derecho procesal, que hay casos en los cuales, irremediabilmente se puede hablar de que el concepto de norma jurídica puede ser resumida en su texto (normas estáticas - concepción estática de la misma); nos referimos a las denominadas normas procesales procedimentales o normas procesales de procedimiento, cuyo cumplimiento son de obligatorio cumplimiento, en virtud del principio de vinculación o formalidad de las normas jurídicas procesales. Verbigracia, los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil (de igual forma, en las diferentes ramas del Derecho Procesal). De este modo, resulta innegable que, a primera vista, la concepción estática de la norma jurídica no podría ser dejada de lado sin más sin más, sino que, *contario sensu*, surgiría (al menos) el plantear si sería factible que

ambas concepciones puedan articular, en tanto son de necesidad y exigencia para la labor de aplicación del Derecho.

Siendo así, es decir, atendiendo a los conceptos y premisas teóricas, desarrollados a lo largo de las líneas o regiones del presente artículo jurídico, cabe concluir que actualmente, al dar un vistazo de lo que ocurre en la teoría contemporánea del Derecho (llámese neoconstitucionalismo, teoría post positiva o teoría no positiva o, su turno, el positivismo jurídico crítico o incluyente), podemos percibir con claridad que ya se han elaborado postulados a través de los cuales se está tratando de renovar las categorías conceptuales (instituciones, figuras y categorías jurídicas -sustantivas y procesales-) que componen al Derecho, con la finalidad de construir instrumentos jurídicos (como la norma jurídica) que sean más adecuados a las exigencias que las relaciones sociales (y supuestos de fractura de los mismos) necesitan y, por tanto, el Derecho necesita proveer o brindar –por lo que, como bien se apuntó regiones atrás, el presente artículo jurídico, producto de investigación jurídica, muestra a grosso más elementos a tener en cuenta para la construcción (que, de seguro, se irá trabajando en más espacios de estudio, con los resultados que se obtengan, producto de investigación en Derecho, a lo cual desde ya quedamos comprometidos) de lo que llamamos “*concepción estática*” y “*concepción dinámica*” de la norma jurídica; ya que, al respecto, teniendo en cuenta ciertas consideraciones, entre otras, como el hecho de si las mismas pueden articular o si, contrariamente, son excluyentes, claro está, que ello se determinará desde el punto de vista teórico y, además, en atención a si para la praxis resulta útil emplear ambas concepciones, lo que es de sumo interés para los operadores del Derecho, en primer orden-; por todo ello creemos que, ya es conveniente formular una teoría contemporánea de la norma jurídica, en la que muy bien podría hablarse de dimensiones conceptuales de la misma, en la que podría incluirse la concepción estática y la concepción dinámica de la norma jurídica, tarea en la que

estamos obligados a incidir, en tanto dicho análisis y concepciones es una propuesta nuestra.

6. Norma jurídica y teoría general del derecho

Volviendo a lo indicado reglones muy atrás, es indispensable recalcar la relación de la norma en cuanto al Derecho mismo. Claro está, que la “norma jurídica” tan importante es para el Derecho que, como vimos, incluso, alguna teoría general del derecho, la postuló no como la entidad más importante, sino como la entidad que constituye el único objeto de estudio del derecho, como lo ha hecho el positivismo jurídico, postura que, por lo demás, aún hoy en día en varios espacios del derecho aún se ve.

En la actualidad, como ya lo hemos advertido en anteriores trabajos, es innegable la existencia, importancia y utilidad de la Teoría General del Derecho, es decir la disciplina del derecho que se ocupa del estudio de los conceptos jurídicos fundamentales, vertebrales del derecho o, dicho en otras palabras, de los conceptos jurídicos que son transversales a todas las ramas y áreas del derecho, sean sustantivas que procesales. Uno de esos temas de los que se ocupa tal amplia disciplina es, precisamente, el de la teoría de la norma o, más aún, del ordenamiento jurídico, es decir, que el concepto de norma jurídica (y, a su turno, el de ordenamiento jurídico) es un tema de teoría general del derecho, por lo que, su íntima relación con el derecho queda, por demás, evidenciada.

Lo indicado ha sido mencionado *ex professo*, en la medida de que, si todos los profesionales en derecho nos ponemos a pensar en ello, notaremos claramente que eso ocurre así, ya que todos trabajamos con normas jurídicas y se estudian, en cada rama y área del derecho, también los respectivos cuerpos normativos. Debe quedar a trasluz que no estamos afirmando que el derecho sea sólo normas jurídicas, sino que a ellas siempre habremos de remitirnos y estudiarlas, para, finalmente, interpretarlas y aplicarlas. De tal manera que, cada vez

cada cuando que nos topemos con el saber jurídico, lo haremos con el conocimiento, entre otros, acerca y sobre normas jurídicas, con todo lo que ello de suyo importe.

Y es que, varios postulados del así llamado *iuspositivismo* no han sido dejado de lado, ya por las convicciones teóricas, ya por la exigencia misma de la realidad o mecánica o desenvolvimiento mismo del derecho de cara a la realidad. En efecto, cuando se advierte la práctica jurídica, sea en juzgados, fiscalías, asesorías legales en entidades administrativas o privadas, etc., a menudo vemos, al menos a primera vista una actitud iuspositivista del Derecho, en cada uno de los operadores del derecho que actúan en los espacios que hemos indicado, toda vez que, muchos de ellos cuando trabajan con las normas jurídicas, habrán de entenderlas, a algunas de ellas, como reglas jurídicas, concepción que, como sabemos, es una aportada o trabajada por los operadores del derecho. En seguida, nos interesa hablar sobre este último aspecto.

6.1. La exactitud jurídica

Como se anotó en la concepción estática de la norma jurídica, se tiene una comprensión de la misma estructural, formal y lógica. Es estructural porque se remite a su comprensión como regla jurídica o regla de derecho, es decir, en atención al rigor de su composición o estructura. Es formal, debido a que la misma se identifica con la manera en que expresa (forma escrita). Y es lógica, en cuanto a su modo de aplicar o razonar su comprensión. Pues resulta que esta manera de comprender a las normas jurídicas no ha sido dejada de lado, en tanto se puede advertir en la práctica jurídica que, y a menudo, los operadores del Derecho, casi siempre (o la mayoría) de los conflictos los resuelven bajo dicha concepción de norma jurídica. Así, en un caso de nulidad de acto jurídico, en un delito de daños, en la nulidad de un acto administrativo, en la nulidad de despido laboral, etc., en suma, podríamos afirmar que, en la mayoría de procesos ordinarios se resuelven los casos de dicha manera o en atención a tal

modo de entender y razonar la norma jurídica. Un juez civil no puede construir o reconstruir una norma civil de nulidad de acto jurídico, por ejemplo, para resolver el caso, y de igual forma ocurre con un juez penal quien, en absoluto, podría crear o reconstruir una norma para crear un tipo penal y en virtud del mismo imputar responsabilidad y sanción. Cuando uno revisa la labor jurisdiccional y, más aún, cuando interviene en ella laborando (como fue nuestro caso), puede ciertamente constatar lo afirmado.

Ello es así, en tanto que, la certeza y seguridad jurídica son valores muy importantes que no pueden ni deben ser dejados de lado, lo cual, nótese, por cierto, es fundamentalmente otorgado por las así llamadas normas-reglas o por un sistema de reglas. La conveniencia de una regla es, entre otros, justamente la de otorgar precisión sobre algún objeto o conducta materia de regulación, de manera que se pueda, en primer lugar, conocer lo que debe o puede hacer y, en segunda instancia, prever tanto la posibilidad de conducta a realizar, así como la consecuencia a esperar, o sea, da previsibilidad. Evidentemente, esto da previsibilidad en el actuar de los sujetos o miembros de una cualquiera asociación humana, con lo que, de suyo, además, se otorga seguridad a los mismos. Ya se ha dicho varias veces que ello permite pues ordenar y organizar las conductas en la sociedad, en la medida en que el hombre como fenómeno social o en su vida en sociedad (vida en común), necesita de reglas que permitan esa convivencia pacífica o, al menos, estable.

Pero es útil en este punto reparar en señalar qué es lo que ofrece dicha concepción de la norma jurídica que conecta con lo que acabamos de señalar. Pues bien, resulta que la misma ofrece un grado de exactitud sobre los aspectos que regula. Por ejemplo, en el artículo 140 del Código Civil, se encuentra la definición legislativa que nos indica que el acto jurídico es una manifestación de voluntad, de modo tal que precisa qué es el acto jurídico (y claro que, al lado se encuentra la dogmática jurídica). Al respecto, Alchourrón y Bulygin (2012) decían que, la explicación o reconstrucción racional de un

concepto es el método por medio del cual un concepto inexacto y vago -que pertenece al lenguaje ordinario o a una etapa preliminar en el desarrollo de un lenguaje científico- es transformado en un concepto exacto o, por lo menos, más claro o exacto que el primitivo, o, más correctamente hablando, la sustitución de un concepto más o menos vago por otro más riguroso.

Pues bien, la dogmática jurídica ha procurado esa exactitud, así como el positivismo jurídico, al desarrollar las diferentes categorías conceptuales predicadas de las normas jurídicas positivas; no obstante, como hemos visto, con la consagración de la Constitución como norma jurídica y el desarrollo de la filosofía de “lo constitucional” propugnada por el constitucionalismo contemporáneo, la textura de las normas-principio es abierta, inexacta, por lo que, aún en un escenario jurídico un tanto de convivencia y pacífico, esto es, la coexistencia entre lo exacto y lo inexacto del Derecho, se observa una paradoja. Siempre hemos sostenido que pareciera que el Derecho estuviera dividido en dos grandes grupos, el Derecho Constitucional y el Derecho Ordinario, cada uno con lógica y razonamiento jurídico distinto. Si reparamos en esto, un momento, notaremos que ello se evidenciará y manifestará por medio de la interpretación jurídica.

Siendo así, resulta lógico, en tanto el ser humano siempre será fenómeno social -y que, por tanto, requiere de reglas que organicen u ordenen entonces la vida en sociedad en que está inmerso-, sostener una tesis sobre la necesaria existencia de exactitud o precisión que debe haber respecto del instrumento que se emplea para dicho cometido, es decir, regular las relaciones sociales con las características indicadas.

Así, es consecuente concluir que las reglas son necesarias para el Derecho o, dicho en otras palabras, es necesario un mundo jurídico con reglas jurídicas o con una concepción de norma jurídica entendida como regla jurídica o regla de derecho.

6.2. La inexactitud constitucional

Sin perjuicio de lo señalado en el ítem anterior, resulta también necesario reparar en que, si bien los valores de la certeza y seguridad jurídica son importantes, con lo cual se adscribe a la tesis de la exactitud jurídica; también lo es que, la realidad tan cambiante y variada como es, siempre termina desbordando, cuando no enervando, dicho carácter que se podría predicar de las normas jurídicas, puesto que el contexto actual en el que nos encontramos, como producto del contexto social, político, jurídico, etc. que generó el Estado de Derecho (en el que el dogma es la ley, y de ahí que se hable dogmática jurídica), es decir, que nos encontramos actualmente en el paradigma del Estado Constitucional (en el que el paradigma es la Constitución, por lo que, tanto la dogmática jurídica, así como la doctrina jurídica, habrán de ceñirse a la misma), se advierte que se han replanteado la concepción de varias entidades jurídicas, entre otras, la de la norma jurídica.

En efecto, actualmente, se sostiene que el sistema u ordenamiento jurídico se compone de dos tipos de normas jurídicas, a saber: las normas reglas y las normas principios -esta tipología de normas introducida, entre otros, por Dworkin (1989) y Alexy (2008), y abordada en trabajos amplios como el de Bernal Pulido (2014)-. Tal aprehensión por el ordenamiento jurídico, ha traído a colación un arduo debate sobre si éste último puede o debe ser compuesto de tal manera, a guisa de ejemplo se puede mencionar el conocido debate que existe entre Manuel Atienza Rodríguez y Juan Antonio García Amado (*Vid:* el libro “Un debate sobre la ponderación” de autoría de ambos), quienes incluso han debatido en público y han grabado videos en los cuales debaten firmemente y de manera abierta a favor de sus respectivas posturas, no obstante, continúan siendo amigos como siempre (lo cual es laudable, en tanto así debe ser el debate académico, dicho sea de paso).

Pero tal reconfiguración del Derecho, de comprenderlo no sólo como un conjunto u ordenamiento de reglas jurídicas sino también de normas-principio, ya se había dado, en modo alguno, en el viejo debate entre la justicia y la seguridad jurídica. Ya Recaséns Siches (1997) planteaba dicha cuestión, señalando que, cuando surgen conflictos entre la justicia y la seguridad, nos hallamos ante un caso superlativamente dramático, ya que, por una parte, no cabe duda de que el fin supremo del Derecho es la realización de la justicia y del séquito de valores por ésta implicados –y sólo cuando un Derecho cumple relativamente este fin aparece como justificado ante nuestra conciencia, y resulta obligatorio en conciencia-; pero, de otro lado, adviértase que ningún orden jurídico positivo -en tanto que obra humana- puede resultar absolutamente justo, a lo más a que se puede aspirar es a un Derecho relativamente justo, en la medida de lo posible y de lo viable. Esta limitación adquiere un sentido y un alcance decisivos, al contemplar los conflictos entre seguridad y justicia.

Por su parte, Perelman (1964) también había afrontado tal dicotomía, aunque no de manera directa y en los términos indicados, en tanto que el aborda el tema de la justicia, empero cuyas reflexiones muy bien se pueden representar o equiparar a lo aquí señalado. En su trabajo titulado “De la justicia” enseñaba que era posible construir un concepto de justicia formal (la que se reduce simplemente a la aplicación correcta de una regla), teniendo en cuenta los aspectos comunes de las diferentes fórmulas de la justicia que se habían dado a lo largo de la historia, señalando que el error en que incurrían cada una de dichas fórmulas es que trataban de oponer un concepto de justicia material o concreta, lo cual incidía, más bien, en las diferencias; empero, dicha concepción formal de la justicia necesitaba apoyarse de cara a la realidad, en algunos casos u ocasiones, en la equidad o razonabilidad, claro está en los términos que expone el autor. De esto se sigue, que no todo puede estar predeterminado en el sistema jurídico, aunque el mismo siempre debe tener esa pretensión.

La seguridad jurídica, de un parte, genera previsibilidad, certeza y estabilidad en las situaciones jurídicas subjetivas de los sujetos de derecho; y, por su lado, la justicia propugna un sentido comunitario de realización que necesariamente debe satisfacerse mediante el Derecho, para tener la sensación de eficacia y eficiencia del mismo. Sabemos muy bien por filosofía del derecho que la adscripción de uno u otro, importó la adscripción de ciertas corrientes de pensamiento iusfilosófico. Esta situación genera también una contradicción en el Derecho, pues se ha discutido sobre esto bastante a nivel de la teoría o filosofía del Derecho, esto es, una teoría de la justicia: qué es lo justo o qué es justicia, el Derecho tiene que ver o no con la misma o es, más bien, sólo un valor jurídico, el norte, como la luna que guía al marinero.

Empero, al margen de ello, es conveniente señalar que, el primero proclama un derecho ordenado, organizado, previsto a priori, porque se cree en la capacidad de que se puede regular todo de manera anticipada; en cambio, el otro nos pone en un contexto de un derecho que debe ser espontáneo, en tanto la Constitución y su interpretación importa que haya una conexión a cada caso concreto, puesto que se debe buscar su realización concreta, entonces, se tiene un derecho que se va dando jurisprudencialmente, de caso en caso, de acuerdo a las exigencias y necesidades requeridas de la realidad que siempre es cambiante. Así, se da otra contradicción entre un derecho ordenado o espontáneo, o se debe procurar una coexistencia de ambos, de ser posible, aunque se mantiene dicha situación de contraste o paradójica. Nuevamente, si nos detenemos a pensar, un instante, también podremos advertir que, esta contradicción también se pone en evidencia, a través de la interpretación jurídica.

A la segunda postura o situación muy bien puede llamársele la inexactitud jurídica, debido a que *a priori* no se parte de reglas claramente definidas, con certeza sobre su contenido o norma

jurídica o posibilidad de las mismas (esto en atención a la teoría del criticismo interpretativo), sino que, por el contrario se parte de una disposición en la que aún no se aprecia de manera cierta la regla o norma jurídica, sino que la misma, incluso, se debe construir o reconstruir a partir de la interpretación; esto es, se aprecia una textura abierta o imprecisa, inexacta en el Derecho.

Esta textura abierta del Derecho se aprecia a partir de este segundo tipo de normas jurídicas que son, precisamente, las normas-principio, contenidas principalmente en la Constitución o, de modo más acotado, en las disposiciones constitucionales que contienen los derechos fundamentales (las cuales tienen indeterminación no solo lingüística sino también normativa). Evidentemente, para ello se ha dado un replanteamiento en cuanto a la concepción de la misma Constitución entendiéndola como verdadera norma jurídica, así como la generación de nuevos mecanismos para la protección o cumplimiento de la misma, como son los así llamados procesos constitucionales, con los cuales los jueces, a menudo tienen que ver en el quehacer judicial cotidiano.

7. Circunloquio de la tesis de la exactitud e inexactitud en el derecho

Como se ha podido advertir a lo largo de las líneas de este artículo hemos procurado dar a conocer este doble carácter de las normas jurídicas, es decir, que las mismas pueden brindar certeza y seguridad jurídica, si se quiere en su mayoría, empero que también es observable que, de otra parte, las normas pueden ser dúctiles, o sea, que no necesariamente *prima face* ofrezcan dicha certeza o seguridad jurídica en los términos de las normas reglas, sino que se muestran un tanto inciertas, empero para no emplear una expresión o expresiones que pudieran generar cierta susceptibilidad, es mejor hablar de estos dos aspectos como la “tesis de la exactitud jurídica” (o exactitud del derecho) y la “tesis de la inexactitud jurídica” (o inexactitud del derecho), ya que en el fondo ambas siempre buscaran la tutela jurídica de los derechos o intereses de los individuos, sólo

que partiendo de una base distinta; las primeras (reglas) ofrecen mayor exactitud en cuanto a sus mandatos o contenidos, en cambio, las segundas (principios) se muestran más inexactas, empero ello no quiere decir que no tengan por cometido regular una situación conflictiva, etc.

Habíamos iniciado el presente artículo, señalando que no se duda de que los profesionales en derecho trabajamos con normas jurídicas, las cuales hoy en día, según vimos y que es de ya común conocimiento, son de dos tipos, ellas, en cuanto a su lógica y racionalidad ha replanteado las maneras de comprenderlas y operacionalizarlas, de tal modo, que, conforme a las exigencias de la realidad de las relaciones sociales contemporáneas, se requiere de ambas con la finalidad de lograr atender aquella de manera debida. Es decir, se requiere que, el derecho en ciertos aspectos sea exacto y, en otros tantos, sea no tan rígido o flexible, ciertamente inexacto.

De tal suerte que ambas tesis en la actualidad son necesarias en el Derecho. Los operadores jurídicos trabajan cotidianamente, en el día a día, con los dos tipos de normas jurídicas, por lo que, es conveniente que se sostenga la conveniencia de que se acepte a las dos, son necesarias para el quehacer jurídico, por tanto, deben convivir o aceptarse la convivencia de las dos tesis; es pues tan necesaria la existencia de un grado de exactitud como de inexactitud en el Derecho, de acuerdo a que el derecho regula los diferentes supuestos de conductas, las cuales como fenómeno social son dialógicos, cambiantes, no son estáticos.

8. Conclusiones

Hay un nuevo escenario jurídico, como producto de la inclusión de un tipo de norma jurídica, como son las normas-principio, las cuales han replanteado la teoría de las normas jurídicas y del ordenamiento jurídico.

Por las exigencias de las relaciones sociales actuales que se manejan bajo el interés del aquí y ahora, así como por su vertiginoso incremento y dinámica producto del avance tecnológico, exigen que se acepten tanto la tesis de la exactitud e inexactitud del Derecho.

Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos - Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Editorial Astrea.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ascarelli, T. (2011). *Jurisprudencia constitucional y teoría de la interpretación*. En: Disposición vs. Norma. Palestra Editores
- Atienza Rodríguez, M. y García Amado, J. (2017). *Un debate sobre la ponderación*. Palestra Editores.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Editorial de la Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (2013). *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis.
- Crisafulli, V. (2011). *Disposición (y norma)*. En: Disposición vs. Norma. Palestra Editores
- Chiassoni, P. (2011). *Disposición y norma: una distinción revolucionaria*. En: Disposición vs. Norma. Palestra Editores
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel.
- García Máynez, E. (2002). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa.
- García Amado, J. (2017). *Razonamiento jurídico y argumentación*. Zela Grupo Editorial.
- Guastini, R. (2011). *Disposición vs. Norma*. En: Disposición vs. Norma. Palestra Editores.
- Hart, H. L. A. (1961). *El concepto de derecho*. Abeledo – Perrot.
- Irti, N. (2003). *Introducción al estudio del derecho privado*. Editora Jurídica Grijley.

- Kantorowickz, H. (1964). La definición del derecho. Revista de Occidente.
- Kelsen, H. (1981). *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Kelsen, H. (2002). *Introducción a la Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
- Perelman, Ch. (1964). *De la justicia*. Editorial de la Universidad Autónoma de México.
- Pérez Luño, A. (2009). *Kelsen y Ortega - Positivismo Jurídico y Raciocionalismo desde la cultura jurídica actual*. Cuadernos del Rectorado Nº 15 - Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Recaséns Siches, L. (1997). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa.
- Scarpelli, U. (2021). *¿Qué es el positivismo jurídico?* Zela grupo editorial.

APÉNDICES

LA DOBLE DIMENSIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO: A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN QUECHUA Y EN AYMARA¹²⁹

(Columna)

Quien observe el estudio -enseñanza y aprendizaje- del Derecho, notará que el mismo, en buena cuenta, se mueve en base a los denominados “conceptos jurídicos” (categorías conceptuales), cuya dinámica y comunicación es impulsada por el uso del llamado “*lenguaje jurídico*”, luego hablamos de *tecnicismo jurídico*, esto es, un conjunto de expresiones o términos que denotan o tienen una significación particular en el Mundo del Derecho (verbigracia: hecho jurídico, relación jurídica, derecho subjetivo, derecho objetivo, acto jurídico, pretensión, acción, litispendencia, injusto penal, delito, acto administrativo, acto de administración, derechos fundamentales, Constitución, norma jurídica, etc.) que, algunas veces, hacen referencia a conceptos sencillos y, otras tantas, a conceptos más amplios o extensos. Ahora bien, el *tecnicismo jurídico* no está definido por un tema formal-estructural, me refiero a que no establece reglas de redacción del mismo, sino por su contenido, es decir, de significados, por lo que, se sirve, en lo referente a sus construcciones, a las pautas establecidas por las reglas de la gramática y sintaxis, o sea, a las que rigen la construcción de las palabras y de las oraciones. Cabe anotar, que empleamos la expresión lenguaje jurídico para referirnos, no solo a las proposiciones normativas como tales, sino a lo que se dice acerca de ellas, es decir, al Derecho como lenguaje. Así, el Derecho es factible

¹²⁹ Columna publicada en el Diario “Sin Fronteras” de la ciudad de Puno, en el año 2015.

de un análisis sintáctico (conexión de los signos entre sí), semántico (conexión del signo con el sentido), y pragmático (que examina el contexto situacional en que el signo es utilizado), por tanto, del Derecho se puede hablar en un nivel: sintáctico-formal, que se ocupa de los conceptos y las reglas del sistema (teoría de las normas, conceptos, lógica deóntica); semántico, o sea, de los significados, que corresponde a lo que hace tradicionalmente la dogmática jurídica; y, pragmático, esto es, la función generadora, creadora y transformadora del lenguaje, al que corresponde la teoría de la decisión jurídica, de la legislación, de la argumentación, de la justicia, la filosofía práctica (como enseña el profesor Lorenzetti). Ruego la dispensa de los lectores por los términos empleados, empero era menester para caracterizar, en modo alguno, el denominado tecnicismo jurídico y traer a colación un concepto que emplearemos.

Como se puede observar el lenguaje jurídico estaría contenido de una dimensión técnico-jurídica, que recibiría el nombre de "*tecnicismo jurídico*", empleado exclusivamente para el estudio del Derecho, por ello, exigido a los profesionales de Derecho; sin embargo, por los destinatarios a los que se dirige -a quienes se debe en buena medida-, el Derecho también debe lidiar con una dimensión que podemos llamar "*lenguaje común*", un lenguaje que sea entendido por todos los miembros de una determinada sociedad, por quienes y para quienes finalmente existe el Derecho; es por esto -entiéndase, dentro del campo de estudio del denominado lenguaje jurídico, pues hay más y mayores fundamentos-, que hoy en día se sostiene que en los órganos jurisdiccionales se redacten las resoluciones en un lenguaje sencillo y accesible a los usuarios. Nótese, entonces, la importancia del estudio del Derecho como lenguaje. No se debe olvidar que éste último es un elemento primordial de los grupos humanos, tanto que contribuye al concepto de cultura; por ello, también, que se haya sostenido que el Derecho es o que forma parte de la cultura (como sostienen Hâberle, Pozzolo, por citar algunos). Como anotamos líneas atrás, evocando el nivel pragmático del Derecho como lenguaje (el lenguaje usado en

contexto), es que es factible, como hicieron magistrados de nuestra Corte Superior, en proferir sentencias en quechua y aymara; además, evidentemente, de otras razones de orden iusfundamental (como son: el derecho fundamental de las personas a que se puedan expresar en su lengua materna, por consiguiente, también en el proceso: el derecho de acceso a la justicia, etc.) y otros, que no es cometido del presente. Una razón más de que, *la realidad jurídica ni siquiera <<debe ser>> estoica, sino <<ser>> dialógico con la realidad factual o concreta.*

LA MADRE TIERRA RECLAMA SUS DERECHOS¹³⁰

(Columna)

“No solo debiera hablarse de derechos humanos, sino de derechos de los seres vivos”

¿Es el ser humano el único referente de preocupación -regulación- por el Derecho? Recientemente, se ha publicado un paquete de normas en el vecino país de Bolivia, en el cual se ha declarado que la “*pachamama*” o madre tierra <<tiene derechos>>, claro está, la norma se refiere a ellos en forma articulada, indicando que la madre tierra alberga a una serie de seres (como el humano), es decir, nos aloja en ella -que, a su vez, es entendida como un ser vivo-, por tanto, nuestros ya conocidos derechos entran en coordinación con los que ahora se les reconocen. Al respecto, desde la perspectiva de nuestra cultura, no faltan fundamentos o argumentos que sostengan tal situación, empero, desde la óptica del Derecho, tal cual se estudia, para su posterior aplicación, presenta toda una profunda revisión de muchos aspectos del mismo.

En efecto, cuando se estudia el Derecho en las universidades, partiendo de los diferentes libros de introducción al Derecho, hasta llegar a temas más complejos del mismo como puede ser la Teoría o Filosofía del Derecho, se advierte que toda la fundamentación y explicación del mismo, siempre tendrá como exclusivo referente, al

¹³⁰ Columna publicada en el Diario “Sin Fronteras” de la ciudad de Puno, el 25 de enero del año 2015.

ser humano a la persona, al sujeto (siempre se regula y aplica el Derecho con relación a los sujetos; de ahí la expresión *subjetividad* jurídica). Todo cuanto se tenga que tratar en el Derecho, tendrá que ver con el sujeto. Así, entre otros temas, en el Derecho se aborda el tema de los denominados *derechos subjetivos* (en clave de derecho civil) o derechos fundamentales (además de derechos humanos, derechos subjetivos públicos, derechos naturales, derechos morales, etc., en clave de derecho constitucional), para indicar a las facultades o atributos que se reconocen al ser humano en cuanto tal. Con ello, nótese, entonces, cómo el Derecho regula en función del ser humano. Esto es así, al menos, bajo los fundamentos en que se ha estudiado y se estudia el Derecho, por la familia y tradición jurídica a la que pertenecemos. Por tal razón, el Derecho habla de *sujetos de Derecho*, para denotar a aquellos entes a los que imputa o reconoce derechos. Ahora bien, no pocos se formularán la siguiente interrogante: ¿Pero no se regula también en función de las cosas? La respuesta será negativa, ya que las cosas son tenidas en cuenta por el Derecho, empero se regula en función del ser humano, esto es, que si se habla (verbigracia) de la *propiedad* de un determinado inmueble, no es porque tal cualidad le sea atribuida a la cosa como derecho suyo, sino que con ello se quiere denotar al derecho subjetivo de propiedad que versa sobre la misma y que le pertenece a un titular, que siempre será un ser humano o sujeto (que puede ser, como se habla en Derecho, una persona natural -para referirse a una persona individual- o jurídica -cuando se trata de varias personas que por ciertos fines en común, se agrupan-). Entonces, se hace una descripción del conjunto de poderes y formas de cómo se vincula el ser humano con las cosas -la *res*, que se suele estudiar a través de los llamados derechos reales-, siendo que, no están consideradas como sujeto de derecho las cosas. Asimismo, alguien podría decir: ¡oiga, pero yo sé que actualmente se protege el medio ambiente!; la respuesta sería que es cierto, sin embargo, que es necesario, nuevamente, hacer precisiones. Como se puede leer (sin ser muy técnico o frondoso en la fundamentación, citando dogmática o doctrina y autores -juristas o incluso reconocidos filósofos del

Derecho-) en la Constitución Política de 1993, se nos reconoce el derecho al medio ambiente sano -y demás disposiciones que al respecto regulan-, de donde también, de modo prolijo, se observa que se protege al medio ambiente no *per se* (por sí mismo), sino en función de los interés jurídicamente tutelados -derechos subjetivos- de las personas que conviven en el mismo. Ergo, queda claro, que el Derecho, según como lo estudiamos quienes somos profesionales en Derecho, sabemos que éste último siempre regula en función de la entidad ontológicamente individualizada, llamada ser humano.

Por tanto, podrá notarse, atendiendo a lo indicado (grosso modo), que el señalar que la “madre tierra” tiene derechos -pues, como hemos anotado, bajo los fundamentos ortodoxos (si vale la expresión) del Derecho que conocemos, la tierra (entre otros), es considerada como cosa, por tanto, objeto y no sujeto de Derecho- constituye, qué duda cabe, un giro en torno a muchos fundamentos y razones del Derecho, se presenta como una irrupción en la matriz conceptual de lo que viene a denominarse el “*razonamiento jurídico*”, que concitará los más encandilados y nada pacíficos debates, sobre diferentes aspectos del Derecho. Solo señalar algunos de ellos, habría que considerar a la madre tierra como un tipo de sujeto de Derecho, y si esto es así, que aquella es titular de derechos, lo que, por correlato, importa la posibilidad de judicializar los mismos con el cometido de que sean cumplidos o respetados, cuando no compensados o restablecidos ante su vulneración o violación.

Como quiera que ocurra, nos parece que ello no sólo responde a una explicación o expresión cultural (pues en nuestro contexto local -producto de nuestro pasado, costumbres, etc.- no es difícil entender que la madre tierra tenga algo así como una imagen de ser animado frente a nosotros, que nos permite verla como un ser vivo), sino a una necesidad que los seres humanos tenemos en la actualidad, que es la de conservar y preservar (en forma sostenible) aquello que nos alberga y nos brinda de muchas cosas que nosotros mismos hemos ido -y lo decimos en la forma más elegante y sutil que nos permite

expresarnos el lenguaje- negligente e irresponsablemente contaminado; nos referimos a nuestro planeta. Podemos decir, entonces, que se busca, sea por el Derecho ambiental del Derecho que conocemos o sea por este nuevo paquete de normas -con el alto contenido cultural que de suyo posee-, poner acento o énfasis en este aspecto de vital y existencial importancia para nosotros, por consiguiente, parece menester reconocerle derechos a nuestro planeta como ser vivo que es; por tal razón, en alguna oportunidad, en algunas de las conversaciones que sobre Derecho tuviéramos, afirmábamos que un día, muy bien podría hablarse no sólo de derechos humanos, sino de *derechos de los seres vivos*. Finalmente, solo nos queda agregar que abordamos el tema desde un punto de vista académico para el Derecho, pues, evidentemente, el tema tiene como trasfondo también una confrontación de intereses económicos, políticos, etc., que no se ha indicado en la presente columna.

LA JUSTICIA INTERCULTURAL Y LA JUSTICIA DE PAZ¹³¹

(Columna)

El tema puede ser visto desde dos ámbitos: uno socio-cultural y otro jurídico. En lo que respecta al primero, el reconocimiento tanto de la justicia intercultural y de la justicia de paz, es producto de nuestra realidad de variantes culturales latentes -pluriculturalidad-, como ocurre en la zona selvática (donde existen varios grupos humanos que conservan prácticas ancestrales, no solo de acción -como pueden ser costumbres, entre otros-, sino también de comunicación -como puede ser el idioma-) o de la sierra, como es el caso de Puno. A su vez, hay dos aspectos a saber: i) que, se da este tipo de justicia por ubicación geográfica (lugares alejados, en los cuales no se tiene acceso a la justicia formal, por lo que, se recurre a la denominada “justicia de paz”); y, ii) o se otorga la misma por cultura (que tare de suyo a la justicia intercultural). Así, se han trabajado ambos conceptos; empero, los mismos no tienen una incidencia pacífica, sobre todo, cuando de resolver conflictos se trata y, más aún, en la denominada justicia intercultural. La justicia de paz termina integrando la justicia formal, aunque con distinciones notables, como que se administra justicia de acuerdo al leal saber y entender, empero su competencia es delimitada legalmente, en cambio, la justicia intercultural es paralela a la formal, precisamente, por el acento que se pone en el elemento cultura, cuya competencia es respecto de todo tipo de conflictos dentro del ámbito de su territorio.

En cuanto al segundo punto de vista (jurídico); en efecto, lo que ocurre en la realidad siempre es motivo de reflexión para el Derecho

¹³¹ Columna publicada en el Diario “Sin Fronteras” de la ciudad de Puno, el 11 de marzo del año 2015.

ISBN: 978-612-48935-5-1



9 786124 893551