

# Una perspectiva crítica sobre el paso del Estado de derecho al Estado constitucional

JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES\*

## Resumen

El artículo propone un análisis crítico de lo que algunos autores han llamado «paso del Estado de derecho al Estado constitucional». Para ello, se parte de la pregunta sobre si tal proceso histórico supone un cambio de paradigma. Analizando la caracterización de los cambios de paradigma en la obra de Thomas Kuhn se percibe que en las ciencias sociales ello esconde una ambigüedad: a veces los cambios se dan a nivel de las prácticas sociales, mientras que en otras se dan a nivel de la teoría con que se busca dar cuenta de la realidad. Con tal ambigüedad en consideración, se identifica cuatro modelos: dos de teoría normal y dos de cambios de paradigma. Finalmente, se propone un somero análisis de algunas de las corrientes teóricas sobre el Derecho, desde la perspectiva de los modelos identificados.

**Palabras clave:** Estado de derecho, Estado constitucional, cambio de paradigma, teoría normal.

## Sumilla

1. Introducción y planteamiento del problema
2. Los rasgos esenciales del paradigma del Estado constitucional
3. La importancia de la historia de la formación de distintas tradiciones jurídicas para comprender la preponderancia de ciertos operadores del derecho
4. Jueces, legisladores y profesores en la formación de tradiciones jurídicas
5. El paso del Estado de derecho al Estado constitucional a partir de quién lleva la batuta del desarrollo del derecho
6. El paso del Estado de derecho al Estado constitucional en la filosofía del derecho, ¿cambio de paradigma?
  - 6.1. El positivismo
  - 6.2. El neoconstitucionalismo
  - 6.3. Positivismo incluyente
  - 6.4. Positivismo excluyente
7. De regreso sobre la discusión sobre paradigmas
8. Conclusión

## Referencias

---

\* Abogado y magíster en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Exbecario del Máster en Democracia Constitucional e Imperio de la Ley por la Universidad de Génova (Italia). Es profesor de la Facultad de Derecho y de las Maestrías en Derecho Constitucional y en Derecho de la Empresa de la PUCP, así como asesor de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Correo electrónico: enrique.sotomayor@pucp.pe

## 1. Introducción y planteamiento del problema

Existe un conjunto de cambios importantes y profundos que han operado en la teoría y práctica del derecho durante el último siglo y, en especial, después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, muchos de estos cambios no han sido adecuadamente explicados por parte de la teoría, por lo que la práctica jurídica —ya sea de jueces o de abogados litigantes— ha terminado excediendo la capacidad de sistematización y teorización de los juristas. Si a ello se suma que, en el Perú, el desarrollo de estudios académicos (ya sea filosófico-jurídicos, históricos, comparados, sociológicos, entre otros) sobre estos cambios ha sido escaso, tenemos como resultado que, en nuestro país más que en otras latitudes, la práctica jurídica ha avanzado a tientas, y la teoría se ha mostrado impotente en su capacidad de dar cuenta de las transformaciones a las que hemos aludido.

Tomando en cuenta dicho contexto, el presente artículo propone un análisis de lo que algunos especialistas han llamado «paso del Estado de derecho al Estado constitucional»<sup>1</sup>. Lo que se busca mediante dicho ejercicio es identificar los principales cambios que se habrían producido en la práctica y teoría jurídica a partir de la noción de «paradigma». El concepto de paradigma ha sido importado a la teoría del derecho desde la filosofía de la ciencia, donde Thomas Kuhn lo hizo célebre con la publicación de su libro *The Structure of Scientific Revolutions* de 1962. Al inicio del segundo capítulo de dicho libro, Kuhn —a través de algunos ejemplos históricos como el de la *Física* de Aristóteles, el *Amagesto* de Ptolomeo o los *Principia Mathematica* de Newton, pero también a través de los libros de texto contemporáneos (por ejemplo, un libro introductorio a la epidemiología, al cálculo o a la biología molecular)— muestra que ciertas obras o textos «[s]irvieron durante algún tiempo para definir los problemas y métodos legítimos de investigación para las sucesivas generaciones de científicos» (2015, p. 114). Esta capacidad no era gratuita, sino que se encontraba vinculada a dos características que estas obras compartían: por un lado, aquello que proponían, o de lo que trataban, carecía de precedentes; y, por otra parte, era lo suficientemente atractivo o sugerente como para atraer a un grupo de partidarios y alejarlos de modos rivales de realización de la actividad científica, pero permitiendo suficiente apertura para resolver todo un conjunto de problemas, o, en buena cuenta, un programa científico inacabado (pp. 114-115). Entonces, en lo sucesivo, nos preguntaremos por las transformaciones y cambios en el derecho, y si dichas transformaciones ameritan que empleemos la noción de paradigma y cambio paradigmático. Nuestro análisis tendrá dos mitades: una relacionada a las prácticas jurídicas, y otra relacionada con la teoría y filosofía del derecho.

---

<sup>1</sup> En nuestro medio véase, por ejemplo, Gonzales (2009). Para el caso español véase, entre muchos otros Aguiló (2007).

## 2. Los rasgos esenciales del paradigma del Estado constitucional

Existe en la literatura jurídica una narración canónica o estándar sobre el paso del Estado de derecho al Estado constitucional. No obstante, dicho proceso parece remitir más a una reconstrucción ideal que a un proceso uniforme y fácticamente existente. Prueba de ello es que muchos de los problemas propios del Estado de derecho siguen presentes en contextos como el latinoamericano<sup>2</sup>. Asimismo, la cultura jurídica de nuestros países ha ejercido una fuerte influencia, dando como resultado un sincretismo que no se asemeja —al menos en todos sus rasgos distintivos— al que nos propone la teoría. En este escenario, la distinción propuesta por López Medina entre «sitios de producción» y «sitios de recepción» puede resultar de utilidad: mientras que «[l]os sitios de producción están usualmente afinados en los círculos intelectuales e instituciones académicas de Estados-nación centrales y prestigiosos» (2013, p. 16), en los sitios de recepción «por lo general, la iusteoría producida allí ya no tiene la persuasividad y circulación amplia de la teoría transnacional del derecho, sino que, por el contrario, uno estaría tentado a hablar mejor de iusteoría ‘local’, ‘regional’, ‘particular’ o ‘comparada’» (p. 17). Pero además de estos problemas de difusión de la teoría jurídica, los sitios de recepción llevan a cabo adaptaciones, transformaciones y mal-comprensiones de la teoría que no tienen por qué ser despreciadas por los especialistas. Como apunta Gorki Gonzales:

Parece razonable admitir [...] que la configuración del sistema legal en el caso peruano (el sentido atribuido al derecho, así como la posición definida para el juez en el sistema político) no puede explicarse como si fuera un reflejo intacto de la tradición legal de la Europa continental, sin evitar, con ello, falsificar sus características, ligadas más bien a la realidad cultural de la que forman parte (2009, p. 93).

Precisamente una de las riquezas que representa la importación de modelos teóricos foráneos es su adaptabilidad a un entorno distinto. Tal es el caso de las tesis y principios que rigieron al Estado de derecho durante su periodo de vigencia. Y tal es el caso, nuevamente, con la adaptación de un paradigma constitucional a nuestra práctica jurídica cotidiana. En suma, más que juzgar como «fiel» o «errada» la recepción de ciertas tesis sobre el cambio de paradigma en el derecho, trataremos de comprender el impacto que los cambios han tenido en la práctica jurídica nacional.

En este complejo escenario, uno de los autores que aparece como referencia obligatoria para el análisis del cambio de paradigma en la cultura jurídica es Gustavo Zagrebelsky. En *El derecho dúctil*, Zagrebelsky (2003) traza una serie de distinciones aparentemente presentes en el proceso histórico que nos lleva del Estado liberal de derecho, hacia el Estado constitucional. Los cambios que se producen entre

<sup>2</sup> Para una perspectiva histórica del asunto véase Gargarella (2013).

uno y otro paradigma se pueden resumir en el siguiente cuadro, a la que se ha incorporado aportes de otros autores, además de Zagrebelsky.

### **Cuadro 1. Comparación entre el Estado liberal de derecho y el Estado constitucional**

Criterio	Estado liberal de derecho	Estado constitucional
Valor de fondo que se propugna	Eliminación de la arbitrariedad en la actuación estatal	Convivencia de una diversidad y pluralidad de doctrinas comprensivas sobre lo bueno. Igualdad material entre ciudadanos.
Contexto de origen	Revoluciones liberales, tales como la Revolución francesa (1789).	Sus orígenes se remontan a la Constitución del Estado de Virginia, EE.UU. A nivel europeo tenemos las Constituciones de posguerra: Italia (1947), Alemania, (Ley de Bonn) (1949), Grecia (1975) y la segunda ola democratizadora en Europa.
Instrumento más importante para el desarrollo del derecho	La ley, canalizada a través del principio de legalidad.	La Constitución, canalizada a través del principio de constitucionalidad de las leyes y actos de la administración.
Equilibrio de poderes	Existe una clara primacía del poder legislativo, en tanto órgano de representación de la voluntad popular. Ello genera tres consecuencias resaltantes: Supremacía de la ley sobre la Administración. Subordinación a la ley de los derechos ciudadanos. Estos son, entonces, moldeados por las leyes. Presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley (el ideal es que se produzca una administración de justicia).	Existe un equilibrio inestable por las siguientes razones: Existe mayor espacio de acción para la Administración, por lo que esta ya no se encuentra estrictamente subyugada al poder legislativo. En la medida de que las sociedades son mucho más complejas y diversas, los acuerdos parlamentarios son más escasos y difíciles de lograr. Ello genera que gran parte de la legislación más importante se produzca por otros poderes, o que los jueces creen derecho frente a las numerosas lagunas. La Constitución y las leyes expresan acuerdos incompletamente teorizados <sup>3</sup> . Por ello, los jueces tienen un espacio y rol mucho más amplio para ejercer su labor interpretativa.
Filosofía política que sirve de inspiración a la teoría del derecho	Liberalismo burgués e ideología de la voluntad popular.	Estado social, que puede englobar figuras diversas como el liberalismo igualitario, la socialdemocracia o incluso el socialismo.

<sup>3</sup> Véase Sunstein (1995). Cfr. con la noción de «Constitución pluralista» propuesta por Pozzolo (2011, p. 37).

Criterio	Estado liberal de derecho	Estado constitucional
Desarrollo diverso según países	<p>En Inglaterra, el proceso se decantó en un parlamento que funcionaba como una suerte de Tribunal de justicia. No había oposición entre proceso parlamentario y modelo judicial. Por ello, en Inglaterra el desarrollo fue básica y principalmente jurisprudencial.</p> <p>En el entorno europeo-continental se buscaba una aplicación uniforme de la ley, ya sea porque mediante ello se reafirmaba la representación encarnada en un soberano (como en Alemania) o la voluntad popular (como en Francia). Por ello, el parlamento funcionó de forma claramente diferenciada respecto de las cortes.</p>	<p>En EE.UU. se origina con una oleada constitucional de fines de 1700.</p> <p>En Europa Continental, a partir de las Constituciones de posguerra.</p> <p>¿En Latinoamérica?</p>
Comprensión del principio de legalidad: ¿cómo se comprendió dicho principio?	<p>En (el monismo parlamentario de) Francia, como una <b>sumisión</b> que implicaba sujeción: ello quiere decir que ante ausencia de leyes que facultaran a la Administración frente a determinadas potestades, el resultado era la imposibilidad de que esta actuara frente a dichas potestades.</p> <p>En Alemania y los países dualistas, la ausencia de leyes que delimiten el campo de acción de la Administración admitía un espacio libre de esta para perseguir sus fines. En lugar de sujeción, se llamó a este modelo «<b>legalidad como delimitación</b>».</p>	<p>Es un principio supeditado al de Constitucionalidad.</p>
Presunciones para la Administración y para los particulares: principio de legalidad para la administración y de libertad para los particulares.	<p>Administración: la ley establece lo que la Administración puede hacer (principio de autorización legislativa y presunción de imposibilidad).</p> <p>Particulares: Se les aplicaba el principio de autonomía (mientras no se traspase la ley, cualquier conducta no normada está permitida).</p>	<p>La presunción de libertad para los particulares y de restricción para la Administración se ve erosionada en los dos sentidos:</p> <p>Aparece el principio de autonomía funcional de la Administración: La misma ya no guía su actividad desde una perspectiva garantista. Se asumen tareas de gestión que implican la organización y funcionamiento de aparatos con arreglo a eficiencia. Ahora la ley se refiere más habitualmente a «fines institucionales» (piénsese en las funciones de planificación).</p> <p>Respecto a los particulares, en numerosos sectores se niega el principio de libertad general salvo disposición legal a contrario (inversión de la presunción liberal del Estado de derecho). Ejemplo: actividades de explotación de bienes escasos o de recursos. Estas están prohibidas en general, salvo autorización.</p>

Criterio	Estado liberal de derecho	Estado constitucional
Naturaleza de la ley	Es una norma general y abstracta: Generalidad: es una norma destinada a todos los ciudadanos y que se aplica por igual. Abstracción: es la generalidad en el tiempo. Remite a leyes formuladas mediante supuestos de hecho abstractos. Se pretendía garantizar la certeza y previsibilidad del derecho.	Deterioro de la generalidad y abstracción de la ley. Aparición de más leyes sectoriales y temporales (bajo nivel de generalidad y abstracción). Contractualización del contenido de las leyes. Aparición de leyes <i>ad hoc</i> , con arreglo a (i) presión de grupos sociales o económicos, o (ii) a consideraciones de igualdad material (trato desigual a situaciones desiguales).
Función de los jueces	Meros aplicadores del derecho (el juez es como la boca de la ley <sup>4</sup> ). No eran contrapeso activo del poder legislativo.	En la medida que tanto las leyes como la Constitución expresan acuerdos incompletamente teorizados (Sunstein), los jueces son los encargados de dotar de contenido a cláusulas constitucionales que emplean términos abiertos o polisémicos. Para ello, su interpretación se debe basar en (1) una pretensión de adoptar el punto de vista constitucional <sup>5</sup> (Alexy), y (2) una teoría de la argumentación sólida <sup>6</sup> . Esta labor es tan compleja y delicada que Dworkin llamaba «Hércules» al juez capaz de responder a los retos del Constitucionalismo (1995, pp. 177 y ss.).
Arquetipo de norma ideal	Códigos (entre ellos, el <i>Code Napoleon</i> como modelo arquetípico).	La Constitución.
Paradigma de teoría del derecho	Positivismo jurídico, entendido como ciencia de la legislación positiva. También existe una tendencia hacia el formalismo jurídico <sup>7</sup> .	Constitucionalismo, neoconstitucionalismo, pospositivismo, neo-iusnaturalismo, positivismo débil, positivismo incluyente, entre otros <sup>8</sup> .

<sup>4</sup> Es célebre la frase de Montesquieu en ese sentido: «[l]os jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor». Montesquieu (1906, p. 237).

<sup>5</sup> Sobre este punto véase Ancí y Sotomayor (2017, p. 231).

<sup>6</sup> La bibliografía sobre la teoría de la argumentación jurídica es vasta, pero se puede mencionar aquí a los dos autores de quienes se ha señalado que representan «la teoría estándar de la argumentación jurídica»: Alexy (2010) y MacCormick (2016, 2018).

<sup>7</sup> Para una caracterización mínima (y peyorativa) sobre el formalismo jurídico véase Atienza (2011, pp. 199-201). Asimismo, para un análisis de la llamada «ideología de la subsunción» véase Hassemer (1992).

<sup>8</sup> Una de las complicaciones para poder hablar de un auténtico «cambio de paradigma» en la teoría del derecho consiste en la multiplicidad de tesis y modelos teóricos alternativos que se han propuesto en la literatura especializada. No obstante, es labor de los teóricos y filósofos del derecho tratar de encontrar presupuestos y tesis comunes en muchas de estas teorías. Más adelante nos referiremos a esta cuestión.

Criterio	Estado liberal de derecho	Estado constitucional
Aspiración de tipo de Estado que se pretende lograr	República parlamentaria, con un pueblo homogéneo (un Estado Nación <sup>9</sup> ).	Democracia representativa (o incluso radical) y diversidad cultural, religiosa, política, étnica, sexual, etcétera, de tipo radical <sup>10</sup> .
Fuentes del derecho	En la medida que se busca que la fuente por excelencia sea la ley, las fuentes del derecho se concentran y monopolizan en el parlamento.	Fuentes descentralizadas: pueden provenir de autorregulación (p. ej. comercio internacional) o de gobiernos locales (regionales, municipales, etcétera).

Elaboración propia, basada en Zagrebelsky (2003), Prieto Sanchís (2013, cap. I), entre otros.

### 3. La importancia de la historia de la formación de distintas tradiciones jurídicas para comprender la preponderancia de ciertos operadores del derecho

En la medida que el paso del Estado de derecho hacia el Estado constitucional no es un proceso uniforme ni monolítico, su desarrollo ha estado mediado por evoluciones históricas particulares al interior de cada país. Tradicionalmente, la literatura académica se ha centrado en la evolución del paradigma de teoría del Derecho, tomando como referencia a los países poderosos —el centro o los sitios de producción—, sin tomar en cuenta la historia del desarrollo del derecho en los Estados periféricos, entre los cuales se incluyen los Estados latinoamericanos.

Aun con ello, resulta no solo interesante, sino también útil conocer el desarrollo de las tradiciones europeo-continental y anglosajona de teoría del derecho, en la medida que nuestros países tomaron dichos ejemplos como modelos a seguir. Bajo esa premisa, uno de los aspectos centrales para rastrear el desarrollo y consolidación de determinados paradigmas en el derecho, consiste en preguntarse quiénes eran los juristas que llevaban la batuta en el desarrollo de distintas tradiciones. Este es precisamente el tema que el profesor R.C. Van Caenegem aborda en su ya clásico trabajo *Judges, legislators & professors* (citado por su versión en español, 2011). No obstante, antes de pasar al análisis de la obra de Van Caenegem, resulta importante plantear un breve excursus sobre el tipo de metodología histórica que uno adopta cuando analiza la formación y consolidación de tradiciones jurídicas. En un ensayo titulado *historia/Historia* (2010), Reinhart Koselleck traza el desarrollo del término «historia» en lengua alemana. Dicho término posee dos acepciones: una referente al reporte de ciertos sucesos unitarios que ocurren en el pasado —una suerte de documentación de acontecimientos— y una segunda, por la cual la historia es en

<sup>9</sup> Véase, con referencia al ideal de construcción de Estados-nación, Anderson (2006).

<sup>10</sup> Tal vez el reto más importante de los llamados «Estados constitucionales de derecho» contemporáneos sea lograr garantizar derechos fundamentales a sus ciudadanos, con prescindencia de lo que John Rawls llamaba sus «doctrinas comprensivas» (a través de «consensos entrecruzados»). Véase Rawls (2012, pp. 58 y ss.).

realidad una narración coherente de un conjunto de eventos, un sustantivo colectivo singular (2010, pp. 27ss.). La primera es una historia de acontecimientos, mientras que la segunda acepción remite a una suerte de historia de la especie (en alemán, esta acepción se engloba bajo el término *Geschichte*).

La referencia a Koselleck es importante en nuestra discusión, porque las tradiciones jurídicas —por ejemplo, la francesa— no se forman a partir de hechos aislados como la Revolución francesa de 1789, o su sucesora, la de 1848; sino a partir de grandes procesos que se van desarrollando a lo largo de más o menos extensos periodos de tiempo. Si bien es cierto, existen ciertos acontecimientos que aceleran un proceso histórico, estos parecen tener un devenir de largo plazo.

#### **4. Jueces, legisladores y profesores en la formación de tradiciones jurídicas**

Actualmente, se considera que la tradición del *Common law* se desarrolló bajo el liderazgo de jueces, en la forma de un derecho de origen jurisprudencial. Por su parte, se considera que el derecho europeo-continental —que Van Caeneguem llama neo-derecho romano, y que Merryman y Pérez-Perdomo (2014) llaman tradición romano-canónica— se desarrolló tomando como punto de referencia a las universidades y a los juristas de formación clásica o académica. Finalmente, parece evidente que tanto el derecho revolucionario, como gran parte de la historia moderna y contemporánea del derecho francés tuvieron como figura central al legislador. Ahora bien, la pregunta relevante respecto de estos desarrollos es ¿por qué eso fue así y no de otra manera?

La pregunta planteada no es meramente erudita o concerniente solamente a la comunidad de historiadores del derecho. En nuestro caso, nos permite (1) analizar si el paso del Estado de derecho al Estado constitucional es un proceso uniforme en cada una de las tradiciones mencionadas; y (2) analizar qué tipo de jurista y, con ello, qué tipo de argumentación jurídica se desarrolló en cada caso. La respuesta a la primera cuestión nos permite trascender la idea común de que el paso del Estado de derecho al Estado constitucional es un proceso uniforme en todos los Estados democráticos occidentales, mientras que la respuesta a la segunda cuestión nos permite concentrar nuestros esfuerzos en construir una teoría de la argumentación jurídica que tome en cuenta las particularidades de cada Estado.

Ahí donde los profesores fueron la vanguardia, la argumentación se desarrolló con un tono marcadamente académico y erudito —por ejemplo, a través de una dogmática refinada o de una «jurisprudencia de conceptos», por tomar la conocida expresión de Ihering (1994)—. Por su parte, donde triunfó el legislador, la exégesis estableció su dominio, y la argumentación se concibió como una actividad

subsidiaria y que solo era deseable en la medida que una patología de la legislación (v.gr. vaguedad o ambigüedad) subsista. Finalmente, donde los jueces consolidaron su dominio, la argumentación se desarrolló como una ética aplicada, tomando en cuenta ciertas sutilezas de cada caso particular, y sobre la base de ello construyendo precedentes (Tribe, 2017, cap. II). En estos casos, la teoría del precedente operó como una suerte de teoría de la argumentación basada en la idea central de la derrotabilidad de las respuestas, canalizada a través de la técnica del *distinguishing* (Schauer, 2013, caps. 2-4).

Luego de descartar las explicaciones basadas en el «espíritu nacional» (del tipo «en Alemania el derecho se desarrolló a través de profesores debido a que dicha nación tiene una predisposición hacia lo teórico») y en una asociación incorrecta entre autoritarismo y derecho romano, y pensamiento democrático en el caso inglés; Van Caenegem se concentra en una explicación de corte estructural: lo que interesa entonces es la historia política de cada Estado. En tal medida, apunta que:

El punto de partida será la importancia predominante de la situación política de cualquiera de estos países. Así, un Estado fuerte unificado crea las condiciones para que el legislador nacional y las poderosas cortes centrales asuman roles de liderazgo, mientras que ahí donde el Estado esté desacreditado o sea débil, la ausencia de fuertes y prestigiosos órganos legislativos y judiciales creará un vacío que pasará a ser llenado por los juristas, la doctrina legal y los profesores de derecho (Van Caenegem, 2011, p. 101).

A partir de esta elección teórica, el historiador del derecho reconstruye el desarrollo histórico europeo con relación a los actores centrales del mismo, en el periodo comprendido entre en año 1500 y fines del siglo XIX. Dicho desarrollo se resume en el siguiente cuadro.

## Cuadro 2. Preponderancia de jueces, legisladores o profesores en la historia europea (periodo comprendido entre 1500 hasta fines del s. XIX)

Estado	¿Quién fue preponderante?	¿Por qué?	¿Qué tipo de enfoque de ciencia del derecho se desarrolló?
Alemania (desde el s. XVI hasta fines del s. XIX); Italia, durante la segunda Edad Media; Holanda, desde Grocio (muere en 1645) hasta la influencia de los Códigos franceses (posrevolucionarios).	Académicos (Profesores): Introdujeron, consolidaron, integraron y enseñaron el <i>Corpus Iuris</i> romano, así como acumulaciones medievales.	Legislador débil: muchos principados y pueblos libres. Judicatura débil: Mosaico de juzgados regionales y locales.	Dogmática, como ciencia histórica y erudita del derecho. Requiere de especialistas que conozcan el derecho romano y medieval, y que sepan la lengua culta: el latín.

Estado	¿Quién fue preponderante?	¿Por qué?	¿Qué tipo de enfoque de ciencia del derecho se desarrolló?
Inglaterra, EE.UU.	Jueces: la fuerza estaba en las cortes centrales, creadas por la monarquía. Estas eran competentes en primera instancia para una amplia variedad de casos.	El legislador central permaneció generalmente inactivo. No existía un texto canónico al que solo tuvieran acceso los académicos.	Jurisprudencial: Análisis y sistematización de casos. Lo que hoy se conoce como «doctrina jurisprudencial».
Francia en el s. XIX; Bélgica en el s. XIX.	Legisladores (en Francia, antes del s. XIX había existido una suerte de equilibrio entre jueces, legisladores y profesores. La Revolución rompe este equilibrio).	Sospecha frente a la figura del juez. El iluminismo francés los concibió como la boca de la ley (Montesquieu) Pérdida de importancia y crítica al derecho romano. La ley nacional es propia del paradigma del Estado-Nación, que ya entonces se comenzaba a extender. Hablar de derecho natural se volvió anti-revolucionario después de la revolución.	Exegética: la pretensión de esta escuela es que la enseñanza del derecho se reduzca a la explicación exacta y literal de los códigos: «yo no conozco el Derecho Civil, solo enseño el <i>Code Napoleon</i> » (Bugnet, citado por Ferrante, 2013, p. 35).
Estado papal	Legislador central y jurista.	Pudieron prevalecer ambos porque eran la misma persona. (los grandes legisladores eran papas y, además, juristas)	Interpretación del derecho canónico

Elaboración propia, basada en Van Caenegem (2011).

## 5. El paso del Estado de derecho al Estado constitucional a partir de quién lleva la batuta del desarrollo del derecho

El análisis histórico de Van Caenegem concluye a fines del s. XIX, y ese es el periodo en el que se comienzan a producir los cambios a los que hacía referencia Zagrebelsky. Ello nos puede dejar frente a varias preguntas e incertidumbres que resulta necesario contestar. Aquí planteamos dos de estas preguntas, las cuáles respondemos con hipótesis que deberán ser profundizadas en ulteriores investigaciones: (1) ¿quién lleva la batuta del desarrollo del derecho en el contexto de los Estados constitucionales?, y (2) ¿la historia del Estado liberal de derecho es

la historia de todos los Estados analizados por Van Caenegem, o es más bien producto de un sesgo regional en el análisis de Zagrebelsky?

Sobre la primera pregunta, parece que en el contexto de los Estados Constitucionales se produce una suerte de equilibrio inestable entre las figuras del académico, el juez y el legislador. Adicionalmente, se agrega la cada vez más importante figura del abogado especializado y que se desempeña en entornos corporativos, empresariales y de la sociedad civil. Si bien es cierto que la figura del legislador ya no se considera como la única fuente productora de material normativo, sí es cierto que las regulaciones más importantes de los Estados contemporáneos (referentes sobre todo a derechos civiles y políticos, o a derechos sociales) provienen del foro parlamentario (piense, p.ej., en los debates parlamentarios en torno a la unión civil o matrimonial para personas del mismo sexo, o en la despenalización del aborto en diversos supuestos). Por su parte, los jueces han adquirido un poder sorprendente, y ello parece ser fruto directo de la constitucionalización del derecho, pero también de la influencia de la cultura jurídica anglosajona<sup>11</sup>. Contemporáneamente, incluso las cortes de menor instancia tienen la facultad y el deber de ejercer un control difuso de constitucionalidad de normas infraconstitucionales. Ello requiere una sólida formación teórica, filosófica y constitucional, que es una de las tareas pendientes más acuciantes de la judicatura peruana. Asimismo, la figura de los académicos del derecho ha adquirido una importancia creciente en los Estados contemporáneos.

Ello ha ido de la mano con el desarrollo general de las instituciones universitarias. Hoy en día existen grandes departamentos de Derecho adscritos a universidades en todo el mundo, y los profesores que enseñan en estos ejercen consultoría y servicios profesionales a entidades públicas y privadas (véase Gonzales, 2018; Ancí, 2018). Asimismo, los escritos que publican en forma de libros o de artículos para revistas especializadas son consultados por la comunidad de abogados. Más aún, en el caso peruano, la doctrina jurídica es usada extensivamente en importantes resoluciones judiciales, con efectos negativos y positivos. Finalmente, los abogados litigantes han consolidado un espacio jurídico que no requiere de la intervención estatal. Los procesos de privatización del derecho contemporáneo han llevado a la creación y consolidación de modelos de autorregulación (v.gr. de tipo contractual).

Parece, entonces, que lo que ha ocurrido desde fines del s. XIX hasta el contexto de aparición del texto de Zagrebelsky es un proceso de crisis de los modelos puros de tradición jurídica, dependientes del desarrollo de un solo Estado-Nación. Ello no nos debería extrañar si tomamos en cuenta que el paradigma de Estado-Nación

---

<sup>11</sup> En términos de la literatura comparatista, se habla de un proceso de convergencia entre rasgos del *common* y el *civil law*. Véase el análisis de Schauer (2013, pp. 121ss.).

se encuentra en una situación de crisis generalizada (Manlio, 2016), y que actualmente asistimos a procesos de globalización e interacción transnacional entre los ordenamientos jurídicos<sup>12</sup>.

Por otra parte, parece que la interacción entre distintas tradiciones jurídicas ha llevado a modelos híbridos de convergencia. Así, un derecho moldeado a través de referentes civilistas eurocontinentales, como el peruano, ha sido confrontado con una ola constitucionalista proveniente de países anglosajones (básicamente EE.UU. e Inglaterra) y del constitucionalismo alemán, a través de la jurisprudencia del Tribunal Federal (*Bundesverfassungsgericht*). El resultado de estas complejas interacciones es una convivencia inestable, y en muchos casos incoherente, de distintos modelos ideales de sistema jurídico. Lo particular de ello es que no cabe esperar que el proceso concluya en el corto plazo, por lo que resulta mejor adaptarse al caos reinante, que esperar a que este se apacigüe pronto.

Sobre la segunda pregunta planteada al inicio de esta sección, parece claro que la historia relatada por Zagrebelsky remite, prototípicamente, a la crisis de un derecho legislativo afrancesado. De la revisión de la evolución de tradiciones efectuada por Van Caenegem, no se identifican los rasgos propios del Estado de derecho liberal en todos los casos. Por ello, parece que el paso del Estado de derecho al Estado constitucional es una forma traumática de evolución vivida, sobre todo, en Francia e Italia durante la segunda mitad del s. XX. En el caso peruano, parece más bien, que hemos pasado de una vanguardia a otra, sin haber consolidado ninguna<sup>13</sup>.

## **6. El paso del Estado de derecho al Estado constitucional en la filosofía del derecho, ¿cambio de paradigma?**

La forma en que se han presentado, hasta este punto, los cambios en la práctica jurídica de los últimos tiempos, resulta parcialmente ambigua. Nos hemos referido a la importación —desde la filosofía de la ciencia— de la noción de «paradigma» sin explicar adecuadamente si dicha importación resulta legítima, así que es a la aclaración de dicha interrogante a la que ahora nos dirigimos.

Una primera cuestión que requiere aclaración es el tipo de teoría y filosofía que se plantea respecto de una práctica social como el derecho. A diferencia de las ciencias naturales, como la biología, la química o la física, cuyos objetos de estudio pertenecen enteramente al mundo físico-natural; las ciencias y tecnologías sociales tienen como objeto de estudio prácticas e instituciones humanas que pueden evolucionar

---

<sup>12</sup> Para el caso de la regulación ambiental véase Veerle Heyvaert (2017).

<sup>13</sup> La lectura en clave de vanguardias que aquí se propone está influenciada por el trabajo de Bourdieu (2014).

o transformarse a lo largo del tiempo<sup>14</sup>. El movimiento de rotación y traslación de un planeta alrededor de una estrella se seguirá dando a pesar de que no exista un sujeto cognoscente capaz de percibir dicho fenómeno físico. En ese sentido, la función de una teoría científica consiste en dar cuenta de dicho fenómeno a partir de un conjunto de enunciados con un alto nivel de coherencia y sistematicidad, y con una potente capacidad de predicción. En este escenario, se produce un cambio de paradigma cuando, a grandes rasgos, una nueva teoría propuesta se revela más idónea para explicar fenómenos del mundo físico a través de nuevas premisas.

A diferencia de la práctica propia de las ciencias naturales, el antropólogo que estudia una cultura no se enfrenta a un conjunto de prácticas fosilizadas en un instante del tiempo. En ese sentido, su objeto de estudio cambia constantemente a medida que las prácticas se reinterpretan, transforman y resignifican. Ello quiere decir que, a diferencia de las ciencias naturales, donde un cambio de paradigma siempre se refiere a la práctica de los científicos; en las ciencias sociales la noción de paradigma esconde cierta ambigüedad: bien se puede referir a las prácticas de científicos y tecnólogos sociales, o a las prácticas de los participantes en una comunidad o institución determinada<sup>15</sup>. Si repasamos las anteriores secciones de este artículo a través del prisma de la ambigüedad aquí apuntada, notaremos que hay dos niveles en los que se puede haber producido una transformación notoria en el derecho: a nivel de las prácticas de abogados, jueces y demás involucrados en las instituciones del derecho (fiscales, secretarios judiciales, mediadores, árbitros, entre otros); y a nivel de los juristas, tales como doctrinarios de disciplinas concretas, filósofos del derecho y otros estudiosos de las prácticas jurídicas<sup>16</sup>. En esa línea afirma Aguiló lo siguiente: «[u]na cosa es reconocer el 'hecho histórico' del paso del 'imperio de la ley' a la 'constitucionalización de los órdenes jurídicos', y

<sup>14</sup> Para una presentación del derecho como una tecnología social (sociotecnología) véase Bunge (1999). Así, por ejemplo, Bunge señala: «[l]ejos de ser un campo aislado, la legislación y la jurisprudencia pueden considerarse como una rama emergente de la tecnología, en un pie de igualdad con las ciencias de la administración, y la práctica del derecho como un servicio a la par con la práctica médica y el asesoramiento en ingeniería. De acuerdo con esta concepción, la jurisprudencia contemporánea es una sociotecnología en ciernes, porque busca la justicia y el control social con la ayuda de parte del conocimiento acopiado por los estudios sociales, en particular la psicología social, la sociología, la economía, las ciencias políticas y la historia.» (1999, p. 383).

<sup>15</sup> En ese sentido afirma Barberis, con referencia a la relación entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo: «[c]onstitucionalismo y neoconstitucionalismo sufren ambos de una ambigüedad muy común: la existente entre fenómenos y teorías que hablan de ellos.» Frente a este escenario, el autor propone distinguir al constitucionalismo como una filosofía política y un proceso social, y al neoconstitucionalismo como teoría (o conjunto de estas) respecto al fenómeno social. En el presente trabajo se adopta una estrategia similar. Véase Barberis (2011, p. 253).

<sup>16</sup> Para quien se encuentre familiarizado con las aproximaciones ontológicas frente al derecho, propuestas por Moore —realista, convencionalista y escéptica— notará que implícitamente aquí se asume una aproximación convencionalista. Aunque este es un punto importante para el argumento general, no se puede profundizar en este trabajo. Véase Michael S. Moore (1989, pp. 881ss.). Para un comentario sobre las tres aproximaciones véase Bayón (2002, pp. 58-59).

otra muy distinta es la valoración que se haga de este proceso de cambio» (2007, p. 667). ¿Dónde es, entonces, que se produce un cambio de paradigma?

Aquí es menester apuntar una obviedad que, sin embargo, resulta importante para nuestra investigación: las prácticas sociales pueden cambiar o evolucionar más o menos irreflexivamente. En efecto, cambios como el de la creciente contractualización de las leyes o el rol menos restringido de la administración parecen más producto de una presión hacia la eficiencia del derecho frente a la economía y la gestión, que el resultado de una modificación consciente y reflexiva. En ese sentido, el cambio de paradigma en la práctica del derecho —lo que hasta ahora hemos llamado paso del Estado de derecho al Estado constitucional— es el resultado de la convergencia (a veces pacífica y otras veces conflictiva) de distintas fuerzas y presiones que vinculan al derecho con el resto de procesos y sistemas sociales.

Donde sí se podría producir un cambio de paradigma análogo al de las ciencias naturales es en la teoría y filosofía del derecho, y es en este terreno donde se han propuesto modelos y teorías como la del constitucionalismo, neoconstitucionalismo, pospositivismo, positivismo incluyente, entre otros. Aquí no podemos responder concluyentemente a la pregunta de si estas propuestas representan auténticos cambios de paradigma en el sentido originalmente propuesto por Kuhn (esto es, como una teorización sin precedentes y suficientemente atractiva como para generar un programa de investigación científica), pero sí podemos exponer las tesis centrales de algunos de sus defensores. A continuación, como un paso previo, se muestran algunas combinaciones que podrían dar lugar a un cambio de paradigma en la teoría y filosofía del derecho, a través de la interacción entre teoría y práctica.

*Modelo 1.* La práctica del derecho se mantiene estable y la teoría y filosofía del derecho opera con las mismas categorías de siempre. Resultado: no hay cambio en la práctica ni en el paradigma de la teoría y filosofía del derecho.

*Modelo 2.* La práctica del derecho sufre transformaciones y modificaciones, pero estas aún no llevan a una modificación en la teoría y filosofía del derecho, que sigue operando con las categorías tradicionales. Resultado: no hay un cambio de paradigma en la teoría y filosofía del derecho, pero en la práctica comienza a dar la impresión de que la teoría opera con categorías desfasadas.

*Modelo 3.* La práctica del derecho se mantiene estable pero la teoría y filosofía del derecho se transforma y se proponen nuevos modelos teóricos y categoriales. Resultado: se puede producir un cambio de paradigma parecido al de las ciencias naturales (donde la realidad física se mantiene constante). Aquí se asume que, si el nuevo paradigma es exitoso, una de las posibles explicaciones es que ofrece un mejor arsenal conceptual para explicar la práctica del derecho respecto de modelos anteriores.

*Modelo 4.* La práctica del derecho sufre transformaciones y modificaciones, al igual que la teoría y filosofía del derecho. Resultado: se produce un cambio de paradigma teórico que es acompañado por una profunda transformación de la práctica (aunque aún queda la pregunta por cuál de los dos precede al otro). Este modelo permite una explicación del tipo «el modelo teórico 'x' fue exitoso para explicar una práctica jurídica del pasado, pero se muestra hoy desfasado para dar cuenta de las transformaciones en la práctica jurídica contemporánea»<sup>17</sup>.

Los resultados de estos modelos se resumen en la siguiente matriz, cuyo criterio es la existencia o no de una transformación.

**Tabla 1. Teoría normal y cambio de paradigma en la teoría y filosofía del derecho**

	Práctica	Teoría	Resultado
<b>Modelo 1</b>	No cambia	No cambia	Teoría normal (como equivalente a la <i>ciencia normal</i> de Kuhn <sup>18</sup> ).
<b>Modelo 2</b>	Si cambia	No cambia	Teoría normal que puede parecer desfasada.
<b>Modelo 3</b>	No cambia	Si cambia	Cambio de paradigma parecido al de las ciencias naturales.
<b>Modelo 4</b>	Si cambia	Si cambia	Cambio de paradigma como adaptación.

Es, entonces, a partir de estos cuatro modelos que analizaremos algunas de las corrientes teóricas contemporáneas en teoría y filosofía del derecho. Desde luego, el ánimo no es exhaustivo y el lector notará marcadas similitudes y yuxtaposiciones entre algunas de las propuestas analizadas. Ello debería, esperamos, generar un renovado interés teórico y analítico por parte de los académicos.

### 6.1. El pospositivismo

En un texto reciente, Aguiló ha expuesto una serie de diez tesis del que llama «paradigma pospositivista o constitucionalista», del cual dicho autor se reconoce

<sup>17</sup> En esa línea se puede entender la siguiente afirmación de Atienza: «En mi opinión el positivismo ha agotado su ciclo histórico, como anteriormente lo hizo la teoría del Derecho natural» (2007, p. 44). Asimismo, del mismo autor, en coautoría con Ruiz Manero, «[e]l positivismo jurídico, en sus distintas variantes —excluyente, incluyente y axiológico—, es incapaz de servir como herramienta para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Estado constitucional, pese a la importante contribución que hiciera en el pasado para renovar las áreas de la filosofía del derecho y de la dogmática jurídica» (Atienza y Ruiz Manero, 2007, p. 7). En términos generales, Bayón ha llamado a una variante de este tipo de argumento, «argumento del contraste con la práctica» (2002, p. 57).

<sup>18</sup> Señala Kuhn al respecto: «[c]iencia normal significa la investigación basada firmemente en uno o más logros científicos pasados, logros que una comunidad científica particular reconoce durante algún tiempo como el fundamento de su práctica ulterior» (2015, p. 114).

defensor. Es importante apuntar que, para el autor mencionado, cada una de estas tesis aparece por contraposición y, en realidad, como una superación de tesis positivistas (o legalistas) que enfatizan en el llamado «imperio de la ley». En la misma línea, Atienza y Ruiz Manero se han referido al pospositivismo como una superación del positivismo (2007), que a nivel teórico sostendría las siguientes tesis (tomadas de la clásica tripartición de tipos de positivismo de Bobbio)<sup>19</sup>:

- (i) sobre la definición del derecho: una teoría de la coactividad,
- (ii) sobre la definición de norma jurídica: teoría imperativa,
- (iii) sobre la teoría de las fuentes del derecho: supremacía de la ley,
- (iv) sobre el orden jurídico: caracterización en forma de sistema que idealmente es pleno y coherente (más precisamente, completo, no contradictorio y no redundante), y
- (v) sobre el método de ciencia jurídica e interpretación: los jueces o juristas realizan actividades esencialmente lógicas.

A continuación, se presenta, de forma resumida y fiel a la postura de Aguiló, cada una de las tesis del pospositivismo, en oposición a una teoría del derecho positivista.

- (i) *De un modelo puro de reglas a un modelo de principios y reglas.* En el constitucionalismo los principios dan sentido a las reglas, al mostrarlas como idóneas para proteger y promover ciertos valores, y como resultado de ponderaciones (o soluciones de compromiso) entre principios. A diferencia de las reglas, «[g]uiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios» (2007, p. 670).
- (ii) *De un modelo de relaciones lógicas entre normas a un modelo de relaciones lógicas y relaciones de justificación.* Frente a las meras relaciones lógicas de deducibilidad del positivismo, en el constitucionalismo se dan también relaciones de consistencia normativa, para lo cual se recurre a la noción de «coherencia valorativa» (p. 670).
- (iii) *De una correlatividad entre derechos y deberes a una relación de prioridad justificativa de los derechos.* En el positivismo los enunciados de derechos se pueden reducir a enunciados de deberes y obligaciones de otros sujetos, ello los dota de correlatividad. Por oposición a ello, en el constitucionalismo no es el caso que un sujeto posee un derecho porque otro tiene un deber (p. 671).

<sup>19</sup> Atienza y Ruiz Manero (2007, pp. 10-11). La distinción de Bobbio aparece, entre otros, en *El problema del positivismo jurídico* (2007, pp. 44 y ss.).

- (iv) *De un modelo de subsunción a un modelo de subsunción y ponderación.* Este cambio está estrechamente relacionado con el cambio expresado en la tesis (i). En un razonamiento subsuntivo la cuestión principal consiste en comprobar si el caso concreto encaja o calza con el caso genérico descrito por alguna regla aplicable<sup>20</sup>. Por ello, los principales problemas en este rubro son los de calificación (del lado de los hechos) y los de interpretación (del lado de la formulación lingüística de la regla, o lo que hoy se llama «disposición normativa»<sup>21</sup>). Esta es la razón por la cual Aguiló apunta «[q]ue los desajustes entre casos y reglas [...] son esencialmente de naturaleza semántica [...]» (p. 671). Frente a ello, en el paradigma pospositivista, conforme a la tesis (i), también hay principios, y estos se aplican mediante un razonamiento ponderativo. Pero Aguiló va un paso más allá y afirma que «[l]o que supone un cambio fundamental es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción» (p. 671). Ello es así, pues las mismas reglas son resultado de ponderaciones efectuadas por la autoridad legislativa, lo cual mostraría la dimensión valorativa del derecho.
- (v) *De un modelo que opone fuertemente la creación y aplicación de normas a un modelo que establece una continuidad práctica entre ambas operaciones.* Para el paradigma legalista la creación de normas es una operación política o moral, y, en ese sentido, extrajurídica (p. 672); mientras que la aplicación es una actividad jurídico-técnica, y, en ese sentido, de conocimiento. En oposición a ello, en el pospositivismo no se traza una distinción tan tajante entre razonamiento moral, político y jurídico: tanto se produce una juridificación del razonamiento político como una politización del razonamiento jurídico.
- (vi) *De una noción formal de validez a una distinción entre validez formal y material.* En el paradigma positivista, el derecho se identificaría por criterios formales (como el origen), con independencia de su contenido (cfr. Sotomayor, 2015). Por su parte, en el paradigma pospositivista se traza una distinción entre fuentes cuya validez reside en criterios formales —como la autoridad de proveniencia, o el procedimiento seguido en la aprobación— y normas cuya validez reside en criterios materiales, como la coherencia valorativa (pp. 672-673).
- (vii) *De la distinción entre casos regulados y no regulados, a la distinción entre casos fáciles y difíciles.* La distinción más importante desde el punto de vista del

<sup>20</sup> En el mismo sentido, véase la distinción entre normas (reglas en nuestra terminología) y principios propuesta por Dworkin (1995, pp. 61-101).

<sup>21</sup> Véase Guastini (1999, pp. 203ss.). Asimismo, para la distinción entre problemas de calificación y de interpretación véase García Amado (2017, pp. 35ss.).

paradigma positivista es aquella que se establece entre casos regulados y no regulados, es decir, aquellos que no se encuentran resueltos por el conjunto de reglas que componen un sistema normativo (p. 672)<sup>22</sup>. Así, frente a la existencia de casos no regulados, se recurre a algunas técnicas para tratar supuestos de lagunas, tales como el método de la analogía. En todo caso, se establece un espacio de discrecionalidad para quien toma la decisión. Frente a este escenario, en el paradigma pospositivista la distinción más importante se da entre los llamados casos fáciles y difíciles. Un caso fácil es aquel que cumple tres requisitos básicos: la solución se puede obtener de la aplicación de una regla del sistema sin demasiados problemas de calificación o interpretación, la solución es lógicamente compatible con las otras reglas del sistema, y, finalmente, es valorativamente compatible con los principios que inspiran dicho sistema. Por el contrario, un caso difícil se presenta cuando la solución «[n]o proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una [...] actividad deliberativa y justificativa» p. 673).

- (viii) *De una separación tajante entre el lenguaje del y sobre el derecho, a un discurso reconstructivo del derecho.* Aguiló sostiene que en el positivismo el lenguaje del derecho es de carácter prescriptivo, y, por ende, carece de valor de verdad. Frente a ello, la labor teórica (o la llamada «ciencia del derecho») se despliega en un nivel superior o metalenguaje cuyo lenguaje objeto es el lenguaje del derecho. Por esta razón, los enunciados de la ciencia del derecho sí poseen valor de verdad<sup>23</sup>. Frente a ello, el paradigma pospositivista propone debilitar esta distinción: «[L]a buena 'ciencia jurídica' no gira en torno a la pretensión de describir con verdad un sector del sistema jurídico, sino que juega un papel más bien comprensivo y reconstructivo, práctico y justificativo» (p. 674). En ese sentido, incluso los académicos del derecho participan de la práctica social del derecho y están comprometidos con su mejora.
- (ix) *De una distinción tajante entre estática y dinámica jurídica a una concepción del derecho como práctica.* Para el paradigma legalista el derecho puede aislarse como un conjunto de normas en un lugar y tiempo dados (y que, sin embargo, pueden cambiar cuando se asume el punto de vista de la dinámica jurídica<sup>24</sup>). De esta manera el derecho es objetivo, y permite conocer su

<sup>22</sup> Asimismo, sobre la noción de «sistemas normativos» véase el clásico trabajo de Alchourrón y Bulygin (2006).

<sup>23</sup> Esta tesis aparece muy claramente desarrollada en un texto reciente de Guastini (2015, en especial el punto 3.2.).

<sup>24</sup> Sobre la noción de «dinámica jurídica» véase Kelsen (1982, cap. V). Asimismo, sobre la noción de «dinámica de sistemas normativos» véase Mendonca (2008, cap. 8).

- «[e]structura y sus contenidos sin necesidad de realizar valoraciones de ningún tipo» (p. 674). Frente a ello, en el paradigma pospositivista el derecho se analiza como una realidad social compleja y fluida, que no se puede objetivar al modo como lo propone el positivismo, pues su estructura y contenido depende de las creencias de sus usuarios: «[n]o hay, en este sentido, oposición entre la objetividad del derecho (normas y procedimientos) y su práctica» (p. 674).
- (x) *De una enseñanza del derecho como transmisión de contenidos a una enseñanza basada en el desarrollo de habilidades.* Para el paradigma positivista, el elemento central del aprendizaje del derecho consiste en conocer las reglas que lo componen. Frente a ello, el paradigma postpositivista enfatiza en el desarrollo de «[h]abilidades metodológicas orientadas a la solución de problemas jurídicos» (p. 675).

Cabe resaltar que no todas estas tesis se plantean al nivel de discusión que aquí resulta relevante, esto es, al nivel de la teoría y filosofía del derecho. Asimismo, la presentación en forma de «superación» del positivismo podría dar la impresión de que no es necesario hablar de abandono del paradigma positivista para adoptar un punto de vista pospositivista. En todo caso, el pospositivismo podría aparecer como una versión refinada de positivismo jurídico, y es precisamente en este marco conceptual que se han ubicado las explicaciones y defensas de, por ejemplo, el llamado «positivismo blando», que analizaremos más adelante. Sin embargo, esta apariencia es engañosa: algunas de las tesis presentadas por Aguiló, en especial las tesis (ii) y (iv), cuestionan el centro de los planteamientos positivistas, al menos —siguiendo la tripartición bobbiana entre tipos o niveles de positivismo— en sus niveles de positivismo teórico y metodológico, por lo que resulta pertinente referirse a un auténtico cambio de paradigma.

## 6.2. El neoconstitucionalismo

A diferencia del pospositivismo, que, en las variantes analizadas en el acápite anterior, se plantea como una auténtica superación del paradigma positivista, pretendidamente más idónea para dar cuenta de las transformaciones de la práctica social del derecho en el contexto de un proceso de constitucionalización, los autores agrupados genéricamente bajo el membrete del neoconstitucionalismo suelen plantear sus tesis no tanto como una superación sino en la forma de una contraposición frente al positivismo jurídico (aunque como veremos a propósito de la obra de Prieto Sanchís, esta creencia puede terminar siendo errónea), o, más aún, como una superación de la dialéctica entre positivismo e iusnaturalismo. En ese

sentido, podríamos afirmar tentativamente que estamos frente a teorías de corte más beligerante (que superador) respecto al paradigma positivista.

Más aún, bajo la etiqueta de neoconstitucionalismo se ha agrupado un conjunto altamente heterogéneo de teorías y autores, por lo que el «parecido de familia», aunque fructífero en sus inicios, ha terminado por vaciar de precisión analítica a la noción. En el núcleo de la propuesta neoconstitucionalista —tal como se ha caracterizado y defendido en la literatura especializada ítalo e iberoamericana— aparecen autores disímiles como Carlos Nino, Robert Alexy y Ronald Dworkin (*vid.* García Figueroa, 2017, p. 23). Más polémicamente, algunos autores han identificado a Luigi Ferrajoli con dicha teoría, a pesar de las críticas y rechazo del autor italiano frente a tal caracterización de su pensamiento (véase Ferrajoli, 2011, pp. 18ss.)<sup>25</sup>. Asimismo, incluso buscar un núcleo central en el pensamiento neoconstitucionalista resulta complicado: mientras que Nino, Alexy y García Figueroa comparten aproximaciones discursivas frente a los problemas de la razón práctica y a las discusiones morales, Ronald Dworkin no construyó su obra a partir de referentes provenientes de la llamada «ética del discurso»<sup>26</sup>, sino en el contexto de los debates de filosofía moral anglosajona. Todo ello no priva la posibilidad de sorprendentes similitudes de resultado, pero sí aconseja mantener una actitud analítica cauta. Es por esta razón que aquí se tomará con prudencia el término, y se tratará de caracterizar las tesis centrales del neoconstitucionalismo en la teoría del derecho a partir de dos referentes. De un lado, analizaremos la obra de un autor que abiertamente se ha reconocido como neoconstitucionalista: Alfonso García Figueroa; y, del otro, de un autor que ha tratado de compatibilizar el positivismo jurídico con las exigencias de un constitucionalismo fuerte: Luis Prieto Sanchís (2013, p. 12).

Tanto Mauro Barberis (2011) como Paolo Comanducci (2003, 2010) coinciden en apuntar que el origen del término «neoconstitucionalismo» se remonta a un neologismo acuñado al interior de la escuela genovesa de teoría y filosofía del derecho, «[a] fin de destacar rasgos comunes a la mayoría de las teorías críticas actuales del positivismo» (Barberis, 2011, p. 255). En ese sentido, para Barberis se trataba de una cuestión de llenar el espacio lógico que dejaba la tradicional oposición entre iusnaturalismo y positivismo<sup>27</sup>: la tercera teoría del derecho, que se

<sup>25</sup> Para un análisis detallado de la disputa entre Ferrajoli y algunos autores asociados al neoconstitucionalismo véase Ancí y Sotomayor (2017, pp. 53ss.).

<sup>26</sup> Para una caracterización bastante precisa del proyecto de una ética del discurso véase la primera sección de Habermas (2000).

<sup>27</sup> Aquí Barberis hace eco de la conocida caracterización, propuesta por Mackie, de la teoría de Ronald Dworkin como una «tercera teoría» del derecho. Véase Mackie (1977, pp. 3-16). La idea de un «espacio lógico», producido por la interacción de dos teorías que no son, en sentido estricto, mutuamente excluyentes (como positivismo e iusnaturalismo), aparece en García Figueroa (2009, p. 216).

podría llamar neoconstitucionalista, específicamente «en tanto teoría del derecho»<sup>28</sup>, sostiene entonces tres tesis fundamentales: (i) conexión entre derecho y moral, (ii) distinción entre reglas y principios, y (iii) ponderación de los principios (p. 254).

Desde luego, algunas de estas tesis son compatibles y hasta coincidentes con las propuestas de autores pospositivistas, por lo que podría dar la impresión de que estamos frente a opciones teóricas idénticas, cuya diferencia es meramente terminológica<sup>29</sup>. Veamos esto con mayor detalle.

García Figueroa se pregunta si el recurrente debate entre iusnaturalistas y positivistas no remite, en última instancia, a una suerte de dialéctica aparente que siempre vuelve sobre las relaciones conceptuales entre derecho y moral, como tratando de determinar la relación esencial entre ambas. Si es así, en realidad estaríamos frente a un paradigma compuesto: el «paradigma tradicional JP» o «jusnaturalista/positivista» en el que ambos bandos, más que enfrentarse uno frente al otro, aparecen como interdependientes (2009, p. 204). Adoptando la teoría del iusfilósofo español González Vicén, quien diferenciaba entre conceptos históricos —como el de «revolución»— y conceptos formales —como el de «clase» o «comunidad»— García Figueroa señala:

De este enfoque histórico, cabría extraer dos ideas: primero, que el nacimiento de la filosofía jurídica está vinculado al nacimiento de la propia dialéctica entre positivismo y jusnaturalismo y, segundo, que el positivismo jurídico y el jusnaturalismo se encuentran vinculados entre sí, comprometidos dialécticamente, a partir de ese momento (2009, p. 205).

Asimismo, con referencia al contexto histórico del surgimiento de la dialéctica precitada, García Figueroa lo sitúa en el siglo XIX:

En efecto, hasta el siglo XIX, la reflexión sobre el derecho habitualmente se había concentrado en su ideal, el derecho natural. Sin embargo, fue entonces cuando tres movimientos jurídicos en Europa de signo distinto coincidieron en concentrarse en el estudio del derecho positivo. Me refiero a la escuela histórica alemana, la escuela de la exégesis francesa y la jurisprudencia analítica inglesa. Esta coincidente línea metodológica inauguraba una nueva dialéctica entre positivismo y jusnaturalismo que constituye lo que, en definitiva, es la filosofía del derecho moderna hasta nuestros días. En otras palabras, dejando a un lado que podamos hallar sin duda manifestaciones de filosofía del derecho *avant la lettre*, la filosofía del derecho es una disciplina de los siglos XIX y XX (2017, p. 20).

<sup>28</sup> Para Barberis, la relación funciona del siguiente modo: mientras que el constitucionalismo es una filosofía política, la disputa entre positivismo y neoconstitucionalismo se libra en el terreno de la teoría del derecho. Esta distinción ya se ha apuntado *supra*. Barberis (2011, p. 253).

<sup>29</sup> En esa línea apuntan los comentarios irónicos de García Figueroa contra Atienza (2017, pp. 23-24).

Para García Figueroa, un cambio importante, a nivel de la praxis histórica, que genera un abandono de la dialéctica tradicional entre iusnaturalismo y positivismo —el paradigma tradicional JP al que se hacía referencia líneas arriba— y su reemplazo por una concepción de derecho como argumentación, es el avance del constitucionalismo del siglo XX, comprendido como un cambio cultural que representa —y, en este extremo, García Figueroa sigue a Mauro Barberis— «[e]l tránsito desde una ‘cultura de la autoridad hacia una ‘cultura de la justificación’’» (2017, p. 20). A continuación, haciendo referencia a la adaptabilidad de los modelos teóricos frente al contexto histórico y social, García Figueroa afirma que «[l]a TAJ [Teoría de la Argumentación Jurídica] solo puede nacer y prosperar bajo presupuestos racionalistas adscritos todos a una cierta filosofía del Estado, del derecho y de los derechos humanos» (2017, p. 21).

Hasta aquí, entonces, hemos hecho referencia al conjunto de cambios tanto institucionales (la consolidación del constitucionalismo, y la aparición de una serie de instituciones a través de las cuales este se realiza, tales como tribunales constitucionales) como propios de la sociología académica —tales como el surgimiento, apogeo y crisis de escuelas como la exégesis— que explican un cambio de paradigma en el terreno de la teoría. Sin embargo, nos queda por identificar las tesis principales del nuevo paradigma emergente, o de lo que García Figueroa llama un «programa neoconstitucionalista». En esa medida, a continuación, se listan las tesis más relevantes para la presente discusión.

- (i) El derecho pasa a ser entendido como actividad argumentativa e interpretativa.
- (ii) Más aún, el razonamiento moral —y, en general, el razonamiento práctico—, del cual el razonamiento jurídico es un caso especial (en la medida que se encuentra limitado o restringido por circunstancias institucionales como la ley, los precedentes y la dogmática), pasa a ser entendido como un tipo de actividad argumentativa.
- (iii) La tesis de la pretensión de corrección de los actos de habla en el derecho.
- (iv) La tesis del (cierto grado de) objetivismo moral.
- (v) Una metaética constructivista —y, en ese sentido, opuesta a variantes relativistas, dogmáticas y escépticas— que sostiene que el discurso moral se sostiene sobre procedimientos racionales (2017, p. 25).
- (vi) El neoconstitucionalismo se plantea como una variante de no positivismo externo, en el sentido de que (a) es una teoría no positivista del derecho, y, además (b) «*externa a la dialéctica entre positivistas y no positivistas*» (p. 26)<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Las cursivas son del autor original.

- El carácter «externo» de la teoría radica en que pretende escapar de los presupuestos de la dialéctica del paradigma JP. Dichos presupuestos, por oposición, quedarán más claros en la siguiente característica.
- (vii) A nivel metodológico, el neoconstitucionalismo se plantea como (a) anti-esencialista y (b) antiuniversalista respecto al concepto de derecho, (c) antiobjetual, en el sentido de que no busca un objeto de estudio estático, (d) antidualista y, en ese sentido, gradualista<sup>31</sup>, y (e) como una teoría pragmatista, en la medida que se conjugan razones vinculadas a la razón práctica con causas históricas.
  - (viii) Oposición a una teoría de la interpretación como discrecional en un sentido fuerte. En su lugar, la teoría de la argumentación jurídica propone un conjunto de herramientas para seleccionar mejores —en el sentido de más racionales y razonables<sup>32</sup>— interpretaciones del derecho positivo.
  - (ix) La existencia de un deber *prima facie* de obediencia al derecho (2017, p. 28). Dicho deber puede ser derrotado por buenas razones (por ejemplo, razones amparadas en principios).

Como se habrá notado, no todas estas tesis se encuentran al mismo nivel de discusión. Algunas se ubican en el nivel de discusiones morales e incluso metaéticas, mientras que otras se encuentran tanto al nivel de concepciones teóricas sobre el derecho, como a nivel metodológico. Finalmente, la tesis ix se relaciona con la clásica cuestión sobre el (presunto) deber de obediencia al derecho, cuestión que se mueve a caballo entre la teoría y filosofía política, y la teoría y filosofía del derecho.

Un segundo autor que ha tratado de identificar las tesis esenciales de diversas variantes de neoconstitucionalismo es Luis Prieto Sanchís. En ese sentido, para el profesor español es más pertinente hablar de «neoconstitucionalismos», en plural (2013, p. 24). La diferencia entre estas variantes teóricas se encuentra en el nivel de discusión en el cual plantean sus tesis: neoconstitucionalismo como descripción de las transformaciones producidas en el derecho producto de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, como filosofía política y teoría del Estado justo, como teoría y filosofía del derecho, o como enfoque metodológico. El lector encontrará en la distinción entre estos niveles, un eco de la tripartición bobbiana entre tipos de positivismo.

---

<sup>31</sup> En ese sentido, García Figueroa apunta que el gradualismo se da entre las circunstancias institucionales y las exigencias morales del derecho, o, en buena cuenta, entre justicia sustantiva y validez institucional. Asimismo, para una presentación del tema que guarda similitudes, y es planteada en términos de la tensión entre «facticidad y validez», véase Habermas (2010).

<sup>32</sup> Sobre la noción de razonabilidad véase Atienza (1987, pp. 189-200).

A nivel de las prácticas propias de la institucionalidad del derecho, el neoconstitucionalismo pretende dar cuenta de forma más satisfactoria del Estado constitucional de derecho, que Prieto Sanchís llama «constitucionalismo de los derechos». Las características que compondrían este nuevo escenario son parecidas a las que ya hemos listado en anteriores apartados: (a) fuerza normativa y (b) rematerialización de la Constitución, en el sentido de que en esta se incluyen no solo normas formales que regulan potestades y poderes, sino también normas sustantivas que fijan condiciones de legitimidad para la acción estatal. En el caso de principios y derechos fundamentales, dichas normas sustantivas acercan notablemente al derecho y la moral, por lo cual, en muchos casos, se hace factible señalar que la moral es el parámetro de validez normativa. (c) Garantía judicial y aplicación directa de la Constitución, ya sea mediante el control concentrado como a través del control difuso. Finalmente, un rasgo adicional de los ordenamientos constitucionalizados es la (d) rigidez constitucional (2013, pp. 25-27).

En segundo lugar, como filosofía política o doctrina de un Estado justo, el neoconstitucionalismo sostiene que la primacía material de la Constitución es la «[m]ejor forma de organizar la sociedad política» (p. 32). Aquí el problema teórico se manifiesta a través de la tensión entre democracia y constitucionalismo, o entre la «democracia constitucional» y el «constitucionalismo democrático»<sup>33</sup>.

El riesgo, desde la orilla democrática, consiste en el judicialismo o activismo judicial que, en su versión extrema, puede desencadenar en la asfixia de la libertad política del legislador, ya sea porque las constituciones «dicen demasiado» (esto es, regulan sobre casi todas las cuestiones) o porque lo dicen de forma general e imprecisa (lo cual acarrea un poder interpretativo significativo). Estos dos problemas, desde la perspectiva de Prieto Sanchís, encontrarían respuesta en la obra de dos teóricos [al menos en algún sentido] neoconstitucionalistas: Luigi Ferrajoli y el ya analizado García Figueroa. Frente al riesgo de asfixia democrática, Ferrajoli dejará de conceptualizar a esta como la agregación de votos para pasar a entenderla como una democracia de derechos, mientras que, frente a la objeción de generalidad e imprecisión en el lenguaje, García Figueroa retrucará negando la tesis de la discrecionalidad entendida como activismo judicial (como en algunas variantes de realismo jurídico), y colocando en su lugar una teoría del razonamiento práctico cuyas características ya hemos expuesto.

En tercer término, el neoconstitucionalismo se puede plantear como una nueva teoría del derecho. Para ello requiere identificar un conjunto de tesis y preocupa-

---

<sup>33</sup> La bibliografía sobre esta cuestión es abundante y compleja. Aquí solo podemos remitir a uno de los trabajos de madurez de Carlos Nino (2009), en el que se plantea con bastante claridad la tensión entre democracia y constitucionalismo.

ciones centrales para el positivismo, y definirse por contraste e incluso oposición a estas. En ese orden de ideas, el positivismo ofrece teorías sobre las fuentes del derecho, sobre la norma jurídica, los sistemas jurídicos y sobre la interpretación. Dichas teorías se pueden resumir en los eslóganes de «legalismo o legicentrismo» en teoría de las fuentes, «coherentismo» sobre los sistemas jurídicos, «reglas» como tipo de norma por antonomasia, «subsunción» como la técnica de aplicación de las reglas y «discrecionalidad» interpretativa (Prieto Sanchís, 2013, p. 37).

Frente a ello, el neoconstitucionalismo [teórico] plantea un «constitucionalismo» (en lugar de legalismo) como piedra de toque de su teoría de las fuentes, «conflictualismo» (en lugar de coherentismo) como su concepción de los sistemas jurídicos, «principios» (además de las reglas) como tipo de norma que requiere un análisis teórico más atento, «ponderación» (en lugar de subsunción) como técnica para abordar los conflictos entre principios, o entre estos y reglas, y «argumentación» (antes que discrecionalidad<sup>34</sup>) como pauta para interpretar en uno u otro sentido (pp. 37-38).

Finalmente, para Prieto Sanchís el término neoconstitucionalismo puede hacer referencia a transformaciones de corte metodológico que separan a autores positivistas de un variado espectro de teorías críticas. En este extremo, el positivismo sostendría las siguientes tres tesis: (a) la tesis de las fuentes sociales del derecho, esto es, del derecho como práctica social compleja; (b) la tesis de la separación conceptual (o no conexión necesaria) entre derecho y moral; y (c) la tesis de la neutralidad descriptiva de la ciencia jurídica (lo que supone una aproximación avalorativa al derecho) (p. 50).

Adicionalmente, para el autor que venimos analizando, estas tres tesis se sostienen en un presupuesto: concebir al derecho como manifestación de fuerza institucionalizada. La consecuencia de este presupuesto es que, en tanto expresión de fuerza institucionalizada, el derecho es susceptible tanto de imperfecciones técnicas como de «desvaríos morales» (p. 51). Es por ello que, contra la tesis central del positivismo ideológico, no existe una suerte de obligación moral de obediencia al derecho.

En oposición a las tesis metodológicas del positivismo, el neoconstitucionalismo sostiene las siguientes contra-tesis: (a) frente a la tesis de las fuentes sociales, el neoconstitucionalismo (ético) sostiene que en algunos casos el derecho depende de la moralidad, en un sentido positivo (algunas normas jurídicas tienen un sustento moral), y también negativo (algunas normas dejan de ser jurídicas porque resultan

---

<sup>34</sup> Con referencia a las objeciones que esto podría generar respecto al importante principio de legalidad, señala Prieto Sanchís: «[e]l constitucionalismo por definición lesiona la pretensión de supremacía de la ley, pero al mismo tiempo el constitucionalismo se vincula y estimula una teoría de la argumentación jurídica que bien puede alcanzar a la ley, haciendo de su producción un proceso más racional o menos voluntarista de a lo que habitualmente nos tiene acostumbrados» (2013, p. 39).

siendo gravemente injustas, como en las teorías de Radbruch y Alexy<sup>35</sup>). (b) Frente a la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, el neoconstitucionalismo ético propone una conexión necesaria; y (c) frente a la tesis del punto de vista externo y descriptivo, el neoconstitucionalismo defiende un punto de vista interno «o comprometido con el objeto que se conoce y también se construye» (Prieto Sanchís, 2013, p. 51).

De esta forma, es posible distinguir —en consonancia con el análisis de Prieto Sanchís— entre tres modelos de neoconstitucionalismo: (a) estándar, (b) positivista, y (c) garantista (p. 56). Mientras que el primero supondría una superación o ruptura con el paradigma positivista —y, en consecuencia, un cambio que se asemeja al Modelo 4 de los que se presentaron *supra*— las variantes positivista y garantista de neoconstitucionalismo presuponen sí una transformación en la práctica del derecho en el contexto de los Estados constitucionales (y bastante profunda, como se desprende del análisis de Sanchís), más no una transformación tal que exija abandonar las premisas teóricas y/o metodológicas del positivismo jurídico. Estas variantes pretenden adaptar la teoría a las transformaciones de la práctica del derecho, sin necesidad de abandonar el paradigma teórico. Es aquí, entonces, donde se enmarcan las propuestas del positivismo incluyente y excluyente. En el siguiente acápite nos detendremos brevemente sobre la propuesta incluyente.

### 6.3. Positivismo incluyente<sup>36</sup>

En una reconstrucción sintética y detallada sobre el debate contemporáneo entre positivismo incluyente y excluyente, Waluchow identifica a la crítica de Hart a las tesis imperativistas de Austin como un momento importante del desarrollo del positivismo en el contexto anglosajón. Es a partir de entonces que se muda el criterio de validez desde el mandato del soberano —en el caso de Austin— hacia alguna variante de «regla de reconocimiento» que, en el caso de Hart, era comprendida finalmente como un hecho social complejo (Waluchow, 2001). Sin embargo, la recompreensión en clave sociológica de las tesis del positivismo jurídico que Hart emprende fundamentalmente en *El concepto de derecho* recibió críticas tanto desde el bando del positivismo como de un variopinto conjunto de teorías de tendencia iusnaturalista. Entre estas críticas, las más conocidas son las de Lon Fuller (1958) y Ronald Dworkin (1989). Frente a ello, Hart ofreció una detallada respuesta a Dworkin (principalmente 2012) en el *Post scriptum al concepto de derecho*. Debido al carácter exploratorio del presente trabajo, no podemos detenernos en los puntos

<sup>35</sup> Véase Radbruch (1962) y Alexy (2011, pp. 29-58).

<sup>36</sup> Podría suscitarse alguna discusión sobre los términos «positivismo incluyente», «positivismo blando» y «soft positivismo». A los efectos del presente artículo emplearé las tres expresiones indistintamente.

de discusión del *Post scriptum*, pero sí podemos observar que en dicho texto Hart ofrece una versión revisada y perfeccionada de varias de las tesis expuestas en *El concepto de derecho*.

Dos tipos de tesis centrales pueden extraerse del análisis de las réplicas de Hart a Dworkin en el *Post scriptum*: (i) un conjunto de tesis sobre lo que «es» el *soft* positivismo hartiano, y (ii) un conjunto de tesis sobre los puntos débiles de la jurisprudencia dworkiniana. En referencia a lo primero, las tesis centrales del *soft* positivismo parecen ser tres: (i.1) la de la separabilidad entre validez moral y jurídica, (i.2) la de la cuestión abierta, por la cual se rechaza la incorporación automática de la moral al derecho, y, finalmente (i.3) la tesis de la indiferencia práctica, por la cual el juez debe optar por su juicio moral cuando se enfrenta a la aplicación de un criterio moral que ha sido incorporado en alguna regla o, más en general, cualquier disposición jurídica.

En un ensayo en el que defiende los planteamientos del positivismo inclusivo, Moreso ofrece también tres tesis en este sentido, pero que difieren parcialmente de las aquí expuestas: (m.1) la tesis de las fuentes sociales del derecho, (m.2) la tesis de la separabilidad entre validez jurídica y moral —esta tesis coincide con (i.1)—, y (m.3) la tesis de los límites del derecho, que ofrece un espacio de discrecionalidad para los jueces cuando el derecho no regula claramente ciertas conductas (esta tesis se yuxtapone parcialmente con (i.2) e (i.3))<sup>37</sup>. Volveremos a la interpretación de las tres tesis propuestas por Moreso luego de presentar el segundo tipo de tesis que ofrece Hart en el *Post scriptum*.

Por su parte, las réplicas de Hart a Dworkin se pueden resumir en siete puntos que contraponen el proyecto hartiano de una teoría del derecho con el proyecto dworkiniano de una jurisprudencia. Estos se resumen a continuación:

(ii.1) es posible dar cuenta del punto de vista interno o del participante sin necesidad de abandonar la pretensión descriptiva de la teoría;

(ii.2) la teoría del derecho no debe tratar solo cuestiones evaluativas, sino también teórico-descriptivas; e, incluso cuando las cuestiones son de sentido y tienen que ver con evaluaciones e interpretaciones, el teórico puede asumir una perspectiva descriptiva;

(ii.3) la existencia de una norma es independiente de su justificación moral;

(ii.4) muchos principios obtienen su condición por su pedigrí, es decir, por la forma en que fueron adoptados como fuente válida del derecho;

<sup>37</sup> Para la identificación de estas tres tesis, Moreso se vale de un texto de Hart inédito en inglés: *El nuevo desafío del positivismo jurídico* (1990, pp. 3-19). Véase Moreso (2001, pp. 99-117).

(ii.5) la regla de reconocimiento no solo ofrece criterios de pedigrí para identificar el derecho existente, sino también pruebas interpretativas y de contenido, que, a su vez, requieren de una regla de reconocimiento;

(ii.6) los derechos y deberes pueden eventualmente ser injustos, pues su finalidad principal es proteger libertades y permitir la coordinación de la acción de los destinatarios; y

(ii.7) la facultad discrecional de crear derecho intersticialmente que poseen jueces y tribunales no representa un peligro significativo para la democracia, ya que la legislatura mantiene un poder residual sobre estos actos.

A pesar de que se sostiene que la obra tardía de Hart estableció los fundamentos del llamado positivismo incluyente o *soft* positivismo, Moreso considera que dicha variante aparece más bien como una interpretación particular de las tesis (m.1), (m.2) y (m.3), esto es, de las tesis de las fuentes sociales, de la separabilidad y de la discreción. A dicha interpretación se opone la del positivismo excluyente, que propone una estrategia distinta para aproximarse a las mismas tesis genéricas. La siguiente tabla resume las diversas interpretaciones de las tesis (m.1-3) propuestas por Moreso:

**Tabla 2. Positivismo incluyente y excluyente a partir de la interpretación de las tesis (m.1-3)**

Positivismo excluyente	Positivismo incluyente
(m.1e) La existencia y el contenido del derecho en cierta sociedad «solo» depende de un conjunto de hechos sociales (acciones de los miembros de dicha sociedad, identificados sin recurso a la moralidad).	(m.1i) La existencia y el contenido del derecho en cierta sociedad depende de un conjunto de hechos sociales (acciones de los miembros de dicha sociedad, que «podrían» basarse contingentemente en estándares morales, haciendo a estos jurídicamente válidos).
(m.2e) Es «necesariamente» el caso que la validez jurídica de una norma no dependa de su validez moral.	(m.2i) «No» es necesariamente el caso que la validez jurídica dependa de su validez moral.
(m.3e) Cuando el derecho se basa en la moral, los jueces poseen «necesariamente» discrecionalidad.	(m.3i) Al menos en algunos casos en que el derecho se basa en la moral, claramente regula ciertos comportamientos y, en consecuencia, «no» confiere discrecionalidad alguna a los jueces.

Elaborado a partir de Moreso (2001, pp. 100-102).

Como se podrá notar, la cuestión central para la determinación del bando de positivismo al que se adhiere es la relación entre derecho y moral. Tenemos entonces una suerte de «atrincheramiento» del lado del positivismo excluyente, en oposición a una «apertura» hacia la moral del lado del positivismo incluyente. Asimismo, de una adecuada respuesta a la cuestión de la relación entre derecho y moral se derivan otras consecuencias sobre la autoridad, la función de las reglas, el concepto de validez, entre otros puntos.

En la siguiente y última sección de esta revisión de variantes de teoría y filosofía del derecho, analizaremos de forma sucinta los presupuestos y principales tesis del positivismo excluyente en la obra de uno de sus principales defensores: Joseph Raz.

#### 6.4. Positivismo excluyente

Resulta difícil comprender la propuesta teórica de Joseph Raz sin aproximarse, al menos muy superficialmente, a su comprensión sobre cuál es la finalidad y el alcance de la teoría del derecho. Así, para el iusfilósofo israelí<sup>38</sup>, las tesis de la teoría del derecho tienen carácter necesario, lo cual significa que «[c]onsiste[n] en afirmaciones sobre la naturaleza de todo derecho, de todos los sistemas jurídicos, y sobre la naturaleza de la aplicación del derecho, la legislación, el razonamiento jurídico, donde quiera que aparezcan, y lo que quiera que sean» (2013, p. 104). Para el logro de esta finalidad, la teoría del derecho busca identificar los que podríamos llamar «rasgos esenciales» del mismo. En este contexto, frente a la caracterización hartiana del derecho como combinación de reglas primarias y secundarias, Raz va a señalar que, si bien esto es parte de la esencia del derecho, este posee también otras propiedades esenciales: «[h]e argüido, por ejemplo, que es parte de la esencia del derecho que pretenda autoridad legítima, moral, y que está basado en fuentes, y que pretende fuerza de reemplazo, etcétera» (pp. 109-110).

El derecho puede ser comprendido como una compleja institución social compuesta por reglas autoritativas que informan a una «comunidad política» (Raz, 2013, p. 113). En ese sentido, el derecho ocupa un lugar central en la organización social porque posee una naturaleza autoritativa y pretende autoridad moral legítima sobre los destinatarios (pp. 121-123). Bajo este presupuesto, las ordenes dotadas de autoridad tienen como una de sus características centrales la condición de perentoriedad, por la cual pueden reemplazar a la deliberación de otras razones relevantes para tomar un curso de acción (Raz, 2001, p. 229). Pero si este es el caso, ¿la aceptación de autoridad no elimina nuestra condición de agentes morales

---

<sup>38</sup> Algunos apuntes biográficos, de primera mano, sobre la evolución del pensamiento e intereses académicos de Raz puede encontrarse en una entrevista que le realizó Juan Ruiz Manero (1991, pp. 321-344) para la revista *Doxa*.

capaces de agencia y elección? Raz cree que no, y para ello desarrolla una compleja y refinada teoría de la autoridad legítima.

Cuando las personas aceptan la decisión que va a adoptar una autoridad, una razón excluyente para la obediencia se interpone entre las razones originales y la toma de decisiones (2001, p. 230). No obstante, dicha autoridad, para ser legítima, cumple con algunas condiciones (o tesis) que conforman la concepción raziana de la autoridad como servicio:

- Tesis de la dependencia (T1): «Todas las instrucciones dotadas de autoridad deben basarse, entre otros factores, en razones que se apliquen a sus destinatarios, y que sean aplicables a las circunstancias que la orden prevé».
- Tesis de la justificación normal (T2): se debe demostrar que el gobernado cumplirá mejor las razones que se le aplican si acepta las órdenes de la supuesta autoridad como obligatorias e intenta cumplirlas como si intentara seguir las razones que se le aplican en forma directa.
- Tesis de la exclusividad (T3): «el hecho de que una autoridad exija el cumplimiento de una acción constituye una razón para su cumplimiento que no debe agregarse a todas las demás razones relevantes al momento de evaluar qué hacer, sino que debe reemplazar a algunas de ellas» (todas las citas provienen de Raz, 2001, p. 231).

T1 y T2 constituyen la ya mencionada concepción de la autoridad como servicio. Conforme a esta concepción, las autoridades funcionan como mediadoras entre las personas y las razones correctas que se les aplican (o razones subyacentes). Del lado de las personas, estas aceptan las indicaciones de la autoridad, y sus dictámenes reemplazan la fuerza obligatoria de otras razones dependientes (p. 232). En ese sentido, la existencia y contenido de las órdenes no pueden depender solamente de las razones subyacentes para su existencia, sino de condiciones independientes de las razones en las que se basa la orden (p. 238). Precisamente las órdenes reemplazan la deliberación práctica y se aplican directamente a los destinatarios.

La concepción de la autoridad como servicio conduce a Raz, finalmente, a defender una forma de positivismo que se ha llamado excluyente. Si bien el autor se ha mostrado escéptico frente a un ánimo clasificatorio de los autores y posturas, ha reconocido que el centro de su variante de positivismo se encontraría en la llamada tesis de las fuentes, que sostiene que la identificación del derecho nunca requiere el uso de argumentos morales o juicios acerca de su mérito. Como reconoce Raz, en esta postura no es acompañado por los llamados «positivistas incluyentes»<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Para una defensa reciente en ese sentido véase Raz (2007, pp. 22ss.).

## 7. De regreso sobre la discusión sobre paradigmas

¿A dónde nos conduce el recorrido por algunas de las propuestas contemporáneas de teoría y filosofía del derecho que hemos llevado a cabo? El lector puede sentir desasosiego frente a un panorama que se presenta tan complejo y vasto como el que hasta aquí hemos analizado muy someramente. Sin embargo, en tal panorama la discusión sobre la noción de paradigma puede resultar una buena brújula cognitiva para no sucumbir frente a neologismos y posturas particulares de ciertos autores.

Al inicio de la anterior sección presentamos cuatro modelos para dar cuenta de la noción de cambio de paradigma en la teoría y filosofía del derecho. Toca ahora refinar ese modelo y, en un ejercicio clasificatorio siempre riesgoso, ubicar a cada una de las variantes teóricas analizadas en uno de los modelos que, a estos efectos, funcionan como tipos ideales. Veamos primero el refinamiento sobre los distintos modelos:

**Tabla 3. Teoría normal y cambio de paradigma en la teoría y filosofía del derecho (versión refinada)**

	Práctica	Teoría	Resultado	Opción teórica
<b>Modelo 1</b>	No cambia	No cambia	Teoría normal	Iusnaturalismo y positivismo clásicos, en distintos momentos y lugares
<b>Modelo 2</b>	Si cambia	No cambia	Teoría normal que puede parecer desfasada	
<b>Modelo 2a</b>	Si cambia / No cambia	Cambia parcialmente	Reformulación de la teoría normal	Positivismos incluyente y variantes de neoconstitucionalismo positivista y garantista
<b>Modelo 3</b>	No cambia	Si cambia	Cambio de paradigma parecido al de las ciencias naturales	No positivismo externo, pospositivismo y neoconstitucionalismo estándar
<b>Modelo 4</b>	Si cambia	Si cambia	Cambio de paradigma como adaptación	

La tabla no pretende precisión absoluta y se propone como un primer acercamiento al problema. Aun con ello, hay algunas cuestiones interesantes que se pueden afirmar a partir de la misma:

- (i) Parece hoy difícil defender alguna variante tradicional de positivismo o de iusnaturalismo. Ello (i.1) porque las explicaciones que ofrecen dichas teorías han sido superadas a través de discusiones y debates académicos, dando lugar a variantes refinadas, y (i.2) porque del lado de la práctica, la misma

ha evolucionado rápidamente de forma tal que las teorías clásicas parecen desfasadas para dar cuenta de la realidad jurídica contemporánea.

- (ii) Hay variantes de neoconstitucionalismo positivista y no positivista. Dependiendo del tipo de variante frente a la que nos encontremos, se puede responder la pregunta de si el neoconstitucionalismo supone (o pretende) una superación del paradigma positivista. En las propuestas de algunos autores la retórica es precisamente la de la superación, pero en otras el término preciso sería perfeccionamiento del positivismo jurídico para que se logre adaptar al contexto cambiante del Estado constitucional.
- (iii) Las propuestas teóricas de autores como García Figueroa se proponen como una superación de un paradigma compuesto en el que se encuentra la dialéctica entre positivismo e iusnaturalismo. En esta variante hay tanto una transformación de la práctica del derecho, como de la teoría para dar cuenta de la misma. En un tono menos polémico, variantes de pospositivismo y de neoconstitucionalismo se ofrecen como cambios de paradigma frente al positivismo jurídico.

## **8. Conclusión**

Este trabajo ha propuesto un ejercicio que se podría llamar metateórico. Este consistió en tomar la noción de paradigma y, mediante su aplicación a la evolución histórica —principalmente europea— y a los desarrollos de teoría y filosofía del derecho, clasificar a las propuestas teóricas más conocidas en la actualidad en nuestro medio académico.

La investigación nos mostró que la noción de paradigma es ambigua y que esa ambigüedad es especialmente penetrante en las ciencias sociales y humanas. Ello es así porque tanto las prácticas de operadores y destinatarios, como la teoría que da cuenta de dichas prácticas, pueden cambiar y transformarse. La interacción entre cambios en la práctica y en la teoría nos llevó a proponer cuatro modelos de explicación, que fueron posteriormente refinados. Estos modelos nos ayudan a diferenciar lo que se podría llamar teorías normales, de cambios de paradigma en la teoría del derecho. Es por ello importante que se mantenga una distinción analítica entre transformaciones en la praxis y en la teoría, por más que en muchos casos dicha distinción se vea oscurecida cuando, por ejemplo, el teórico adopta el punto de vista del participante. Evidentemente este trabajo, por sus pretensiones y ambición, requiere ser refinado y ampliado tanto desde el punto de vista histórico como teórico.

## Referencias

- Aguiló, J. (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa*, (30), 665-675.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2006). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alexy, R. (2010). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Alexy, R. (2011). La doble naturaleza del Derecho. En C. Bernal-Pulido, *La doble dimensión del Derecho* (pp. 29-58). Lima: Palestra.
- Ancí, N. (2018). Sobre la relación entre los profesores de Derecho y la política en el Perú. En G. Gonzales (ed.), *La educación legal como política pública en América Latina* (pp. 119-144). Lima: Palestra.
- Ancí, N. y Sotomayor, E. (2017). *El problema de los empates ponderativos de derechos fundamentales en Robert Alexy: dos propuestas de solución*. México: Ubijus, CEAD, IIDH.
- Anderson, B. (2006). *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de «razonable». *Doxa*, (4), 189-200.
- Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2011). Cómo desenmascarar a un formalista. *Isonomía*, (34), 199-201.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2007). Dejemos atrás al positivismo jurídico. *Isonomía*, (27), 7-28.
- Barberis, M. (2011). El neoconstitucionalismo, *Third Theory of Law*. En S. Pozzolo (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos* (pp. 249-269). Lima: Palestra.
- Bayón, J. C. (2002). Derecho, convencionalismo y controversia. En P. Navarro y C. Redondo (comps.), *La relevancia del Derecho* (pp. 57-92). Barcelona: Gedisa.
- Bobbio, N. (2007). *El problema del positivismo Jurídico*. México: Fontamara.
- Bourdieu, P. (2014). *El sentido social del gusto*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Bunge, M. (1999). *Las ciencias sociales en discusión: una perspectiva filosófica*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Comanducci, P. (2003). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 75-98). Madrid, Trotta.
- Comanducci, P. (2010). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 173-190). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa*, (34), 15-53.
- Ferrante, R. (2013). Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano. *Revista de Derecho Privado*, (25), 29-53.

- Fuller, L. (1958). Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, 71(4), 630-672.
- García Amado, J. A. (2017). *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*. Puno: Zela.
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad*. Madrid: Trotta.
- García Figueroa, A. (2017). Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. *Revista Derecho PUCP*, (79), 9-32.
- Gargarella, R. (2013). *Latin American Constitutionalism, 1810-2010*. Oxford: Oxford University Press.
- Gonzales, G. (2009). *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*. Lima: Palestra.
- Gonzales, G. (2018). Lawyers and Globalization in Peru (1990-2014): Challenges in the Shadows. En M. Gomez y R. Pérez-Perdomo (Eds.), *Big Law in Latin America and Spain* (pp. 197-239). Suiza: Palgrave Macmillan.
- Graziano, M. (2016). The long crisis of the nation-state and the rise of religions to the public stage. *Philosophy and Social Criticism*, 42(4-5), 351-356.
- Guastini, R. (1999). *Distiguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Guastini, G. (2015). Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico. *Revus*, (27). Recuperado de <http://journals.openedition.org/revus/3463#citeidby>
- Habermas, J. (2000). ¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant a también a la «ética del discurso»? En *Aclaraciones a la ética del discurso* (pp. 13-33). Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta.
- Hart, H. (1958). Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, 71(4), 593-629.
- Hart, H. (1990). El nuevo desafío del positivismo jurídico. *Sistema*, (36), 3-19.
- Hart, H. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*. México: UNAM.
- Hart, H. (2009). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hassemer, W. (1992). Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley. En A. Kaufmann, W. Hassemer y G. Robles (Coords.), *El pensamiento jurídico contemporáneo* (pp. 199-218). Madrid: Debate.
- Heyvaert, V. (2017). The Transnationalization of Law: Rethinking Law through Transnational Environmental Regulation. *Transnational Environmental Law*, 6(2), 205-236.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* (2da. ed.). México: UNAM.
- Koselleck, R. (2010). *historia/Historia*. Madrid: Trotta.
- Kuhn, T. (2015). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- López Medina, D. (2013). *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis, Universidad Los Andes, Universidad Nacional de Colombia.
- MacCormick, N. (2016). *Retórica y Estado de derecho*. Lima: Palestra.
- MacCormick, N. (2018). *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*. Lima: Palestra.
- Mackie, J. (1977). The Third Theory of Law. *Philosophy and Public Affairs*, 7(1), 3-16.

- Merryman, J. H. y Pérez-Perdomo, R. (2014). *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Mendonca, D. (2008). *Las claves del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Montesquieu, C. (1906). *El espíritu de las leyes, Tomo I*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Moore, M. (1989). Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse? *Stanford Law Review*, 41(4), 871-957.
- Moreso, J. (2001). In defense of inclusive legal positivism. *Diritto & questioni pubbliche*, (1/2001), 99-117.
- Nino, C. (2009). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Pozzolo, S. (2011). Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo. En S. Pozzolo (Ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos* (pp. 13-87). Lima: Palestra.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Radbruch, G. (1962). *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Rawls, J. (2012). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona: Paidós.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa.
- Raz, J. (2007). The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. En G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (pp. 17-35). Oxford y Portland: Hart Publishing.
- Raz, J. (2013). *Entre la autoridad y la interpretación*. Madrid: Marcial Pons.
- Ruiz Manero, J. (1991). Entrevista con Joseph Raz. *Doxa*, (9), 321-344.
- Schauer, F. (2013). *Pensar como un abogado*, Madrid, Marcial Pons.
- Sotomayor, E. (2015). Sobre el esquivo concepto de validez. *Parthenon*. Recuperado de <http://www.parthenon.pe/mas/teoria-general-del-derecho/filosofia-del-derecho/sobre-el-esquivo-concepto-de-validez/>
- Sunstein, C. (1995). Incompletely Theorized Agreements. *Harvard Law Review*, 108(7), 1733-1772.
- Tribe, L. H. (2017). *Interpretando la Constitución*. Lima: Palestra.
- Van Caenegem, R.C. (2011). *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea*. Lima: Palestra.
- Von Ihering, R. (1994). La jurisprudencia de conceptos: Rudolf von Ihering. En P. Casanovas y J. J. Moreso (comps.). *El ámbito de lo jurídico; lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (pp. 60-108). Madrid: Grijalbo.
- Waluchow, W. (2001). Legal positivism, inclusive versus exclusive. En E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Londres: Routledge. Recuperado de <http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064>
- Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.