

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**LA INFLUENCIA NEOCONSTITUCIONALISTA EN LA JUSTICIA  
ELECTORAL: UN ENFOQUE AL RAZONAMIENTO JURÍDICO DE  
LOS FILÓSOFOS DEL DERECHO DESDE UNA PERSPECTIVA  
NEOPOSITIVISTA Y IUSNATURALISTA**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**AUTOR**

**JUAN CARLOS MILLONES ÑIQUEN**

**ASESORA**

**MTRA. ERIKA JANETH VALDIVIESO LÓPEZ**

**Chiclayo, 2019**

## **DEDICATORIA**

A Dios, porque siempre estuvo presente (“El corazón del hombre puede construir proyectos, pero la respuesta ciertamente viene de los labios del Señor”) (Proverbios 16:1).

A mis padres, porque siempre han estado conmigo (“Hijo, tú siempre estás conmigo, y todo lo que es mío es tuyo”) (Lucas 15:31).

A mis hermanos, por brindarme su gran apoyo (“Aunque la vida nos lleve por diferentes caminos, nuestros corazones siempre estarán unidos”) (el autor).

## **AGRADECIMIENTO**

A la Dra. Erika Janeth Valdivieso López, la Dra. Katherine del Pilar Alvarado Tapia, y la Dra. Dora María Ojeda Arriarán (Por su gran apoyo y orientación en la etapa más importante de mi vida).

## RESUMEN

Una de las principales preguntas que el hombre no ha sabido responder a lo largo de toda la historia es ¿Qué es derecho?, y esto se debe a las múltiples formas con la que se le atribuido al significado de Derecho, empezando desde la edad antigua hasta nuestra edad contemporánea. En la actualidad, esa situación no le es ajena al Derecho, pues, tras las apariciones de múltiples fenómenos jurídicos, el operador jurídico definitivamente ya no sabría qué cosa es el Derecho. Son estas situaciones lo que nos impulsa, a estudiar las corrientes jurídicas más destacadas de la historia del derecho, empezando por el positivismo del francés Augusto Comte, quien mantuvo una posición historicista del desarrollo de la ciencia y de la razón. La Escuela de la Exegesis, quienes son los protectores de la ley y de aplicar el Derecho a la Luz del Código de Napoleón. A Hans Kelsen, quien presentó el derecho como una realidad distinta e independiente de las otras ciencias u órdenes normativos, guiada de la pureza metodológica. Al derecho nazi, que llevo a muchos juristas a tomar decisiones injustas, e incluso a tomar una posición activista del derecho, entre ellos el juez Karl Roland Freisler. El Juicio de Nüremberg, donde se juzgaron a los jueces por ser responsables de los crímenes de guerra, pero sobre todo por la perversión administrativa de la ley y su aplicación. A Gustav Radbruch, quien mantuvo una posición iusnaturalista al privilegiar la justicia por la seguridad jurídica, luego de los acontecimientos de la segunda guerra mundial. El encuentro de filósofos positivistas en la ciudad de Bellagio, quienes tomaron decisiones serias sobre la crisis del positivismo. La aportación del Danés Alf Ross, quien sostuvo una

posición empírica para restaurar el positivismo jurídico. La propuesta triádica del italiano Norberto Bobbio, quien realizó un estudio al positivismo jurídico desde un punto de vista teórico, lógico y metodológico. La contribución del inglés Herbert Lionel Adolphus Hart, quien desarrolló una teoría jurídica analítica que permitía explicar la estructura del Derecho. Y la novedosa propuesta de Ronald Dworkin, quien con su *test de pedigree*, afirmaba que el derecho es un conjunto de normas jurídicas, y que dentro de ellos existen principios y directrices.

Otro de los fenómenos jurídicos que mayor acogida ha tenido a mediados del siglo XX (y en especial en Europa continental) ha sido el neoconstitucionalismo; que no se ha destacado por ser una concepción única e independiente de los demás fenómenos jurídicos, sino más bien se ha destacado por recoger etiquetas y teorías positivistas, principialistas y no positivistas, donde albergaría un catálogo lleno de contradicciones. Entre las teorías más destacadas tenemos a la teoría del alemán Robert Alexy, quien manifiesta que cuando exista una *colisión de principios*, debe resolverse el problema con la máxima de la proporcionalidad a través del test de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Otra de las teorías más destacadas tenemos al orden objetivo de valores, que a través del fallo de *Lüth* los derechos fundamentales se convertirían en *un orden de valores y principios*. Este fenómeno jurídico, ha sido llevado a su máximo esplendor por los integrantes de la Escuela de Génova, especialmente por los italianos Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci y Mauro Barberis, quienes crearon y modificaron la mayoría de teorías para que el operador jurídico sea influenciado por cualquiera de las entidades, como: la omnipresencia de la Constitución, los principios constitucionales, los valores jurídicos, la Derrotabilidad de las normas jurídicas, el Derecho en la Moral, la ponderación y el activismo judicial. Además de centrarse, en la filosofía de los italianos Gustavo Zagrebelsky y Riccardo Guastini, quienes contribuyeron con las tesis, como la de *ir más allá del derecho* y la *reconstrucción jurídica*. Y por último, se destaca el espíritu crítico del italiano Luigi Ferrajoli, al plantear una diferencia clara de lo que representaría el neoconstitucionalismo; y de los españoles Juan A. García Amado y Manuel Atienza Rodríguez, para acusarlos de incluir concepciones distintas entre sí, y por ser totalmente incompatibles.

Por otro lado, es importante que el operador del derecho conozca para siempre *qué es el derecho y qué es la justicia*; y esto se debe, porque el derecho siempre ha acompañado al hombre, desde que uno nace hasta que uno muere. Por estas razones, explicaremos la doctrina que más se ha acercado a la definición de justicia y derecho, que es la del *iusnaturalismo*; a través de los clásicos representantes: Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, quienes fueron inspiradores para que surgieran las destacadas obras de Javier Hervada y John Finnis. Por parte del profesor Hervada, se explica el significado de la justicia consiste en *dar a cada uno lo suyo*; el significado del derecho que consiste en *lo justo*; estos significados vienen acompañados del título, la medida y el fundamento del derecho. Por parte del profesor Finnis, se expone que el derecho tiene una parte natural donde existen los bienes humanos básicos (BHB), pues estos serían reconocidos por la razón práctica. Es de mucha importancia reconocer la naturaleza de la persona humana, también, por ser un sujeto en relación con otro, capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones, y negar esa juridicidad natural, es también negar su sentido jurídico. Por ello, se explica que el derecho natural y el derecho positivo deben tener una *conexión*, ya que ambos presuponen necesariamente su existencia; así como el hombre tiene una parte natural y una parte positiva, también lo tiene la norma, y esa conexión se le conoce como el *principio de unidad*, cuyo funcionamiento es el respeto mutuo de ambos derechos en protección de la naturaleza humana. De ahí, que teniendo claro esta naturaleza y contenido del Derecho, se puede optar por un significado de Derecho y justicia en materia electoral, que no atente contra la persona humana y sus libertades; como es el concepto de Derecho que nos ofrece el alemán Dieter Nohlen, por su concepto amplio y restringido, o la del español Manuel Aragón Reyes, por otorgar titularidad y proveerle un rol activo y pasivo a las personas, y a los organismos electorales. Según la doctrina del derecho natural, el reconocimiento de la participación política y la democracia como un derecho humano y natural del hombre, permite que una forma de gobierno sea totalmente legítimo, con sus reglas lícitas y respetables. El encargado de velar por la protección de los derechos políticos y el ejercicio de la democracia representativa la tienen los órganos autónomos administrativos y jurisdiccionales, quienes; por un lado, se encargan de los procesos electorales (que en el Perú el encargado es la ONPE); y por otro lado, se encargan de administrar justicia en materia electoral (que en el

Perú los encargados son el JNE y el JEE), con el llamado *criterio de conciencia*, donde se corre el riesgo de ser subjetivo en sus decisiones, puesto que, es la propia conciencia del magistrado la que decide y no el *criterio en derecho* el que rige. Y culminando, con una breve explicación, que las resoluciones emitidas por el JNE son inapelable, por ser un máximo órgano especializado en justicia electoral.

Por último, se reconocer que el hombre es un ser hermenéutico por naturaleza, y como tanto, existe un reencuentro consigo mismo y con el mundo. El hombre es un ser racional porque es una atribución de la propiedad humana. La naturaleza y la razón humana son dos contenidos con la que obra el hombre y el derecho; y este último, debe ser cautelado por la hermenéutica jurídica desde el punto de vista del jurista-intérprete, que es quien sabrá discernir entre *lo justo e injusto* en el caso en concreto. Asimismo, el jurista-interpretar como un verdadero agente al servicio de la justicia y el Derecho, es quien le dará vida a la hermenéutica desde la expresión misma del derecho natural hasta la formalidad del derecho positivo. En el sistema de justicia electoral, la mala praxis de la hermenéutica jurídica, fue percibida en las últimas elecciones presidenciales; pues mediante resoluciones que fueron emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones y el Jurado Electoral Especial, en ningún momento se interpretó de acuerdo al derecho electoral y sus reglas; solo se optó, por decisiones totalmente opuestas a lo que indica ley electoral, por métodos de interpretación neoconstitucionales, que no tienen nada que ver con la naturaleza de la justicia electoral; y de esta manera, existe el riesgo que los magistrados sean influenciados por entidades moralistas, que perturben la buena administración de justicia en los Estados Democráticos de Derecho. Ante toda esta situación, el trabajo de investigación, se plantea la propuesta de usar, un método interpretativo llamado: interpretación iusnaturalista/subsuntiva del principio de unidad de la norma jurídica, con la finalidad de emitir decisiones más justas, al momento de resolver problemas electorales.

**Palabras claves:** Derecho, justicia, electoral, fenómeno jurídico, exégesis, positivismo jurídico, neopositivismo, nopositivismo, postpositivismo, principialismo, neoconstitucionalismo, iusnaturalismo, antipositivismo, principios, valores, moral, derrotabilidad, ponderación, activismo judicial, constitución, criterio de conciencia, órganos electorales, hermenéutica y jurista-intérprete.

## **ABSTRACT**

One of the main questions that man has not been able to answer throughout history is what is right ?, and this is due to the multiple ways in which it was attributed to the meaning of law, starting from the ancient age Until our contemporary age. At present, this situation is not alien to the Law, because, after the occurrences of multiple legal phenomena, the legal operator would definitely no longer know what the Law is. It is these situations that drive us to study the most prominent legal trends in the history of law, starting with the positivism of the Frenchman Augusto Comte, who maintained a historicist position in the development of science and reason. The Exegesis School, who are the protectors of the law and of applying the Law to the Light of the Napoleon Code. To Hans Kelsen, who presented the law as a different and independent reality from other sciences or normative orders, guided by methodological purity. To Nazi law, which led many jurists to make unfair decisions, and even to take a legal activist position, including Judge Karl Roland Freisler. The Nuremberg Trial, where judges were tried for being responsible for war crimes, but above all for the administrative perversion of the law and its application. To Gustav Radbruch, who maintained an iusnaturalist position by privileging justice for legal certainty, after the events of World War II. The meeting of positivist philosophers in the city of Bellagio, who made serious decisions about the crisis of positivism. The contribution of Danish Alf Ross, who held an empirical position to restore legal positivism. The triádica proposal of the Italian Norberto Bobbio, who conducted a study of legal positivism from a theoretical, logical and methodological point of view.

The contribution of the English Herbert Lionel Adolphus Hart, who developed an analytical legal theory that allowed explaining the structure of Law. And the novel proposal of Ronald Dworkin, who with his pedigree test, affirmed that the law is a set of legal norms, and that within them there are principles and guidelines.

Another of the legal phenomena that has received more welcome in the mid-twentieth century (and especially in continental Europe) has been neo-constitutionalism; that has not stood out for being a unique and independent conception of the other legal phenomena, but rather has stood out for collecting positivist, principlist and nopositivist labels and theories, where it would house a catalog full of contradictions. Among the most prominent theories we have the German theory Robert Alexy, who states that when there is a collision of principles, the problem must be solved with the maximum of proportionality through the adequacy test, necessity and proportionality in the strict sense. Another of the most prominent theories is the objective order of values, which through Lüth's failure fundamental rights would become an order of values and principles. This legal phenomenon has been brought to its maximum splendor by the members of the Genoa School, especially by the Italians Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci and Mauro Barberis, who created and modified most theories so that the legal operator is influenced by anyone of entities, such as: the omnipresence of the Constitution, constitutional principles, legal values, the Derrotability of legal norms, Moral Law, weighting and judicial activism. In addition to focusing on the philosophy of the Italians Gustavo Zagrebelsky and Riccardo Guastini, who contributed to the theses, such as going beyond law and legal reconstruction. And finally, the critical spirit of the Italian Luigi Ferrajoli stands out, by making a clear difference from what neoconstitutionalism would represent; and of the Spaniards Juan A. García Amado and Manuel Atienza Rodríguez, to accuse them of including different conceptions of each other, and for being totally incompatible.

On the other hand, it is important that the right operator knows forever what right is and what justice is; and this is due, because the law has always accompanied man, from when one is born until one dies. For these reasons, we will explain the doctrine that has come closest to the definition of justice and law, which is that of natural law; through the classic representatives: Aristotle and Santo Tomás de Aquino, who

were inspiring for the outstanding works of Javier Hervada and John Finnis to emerge. On the part of Professor Hervada, it is explained the meaning of justice is to give each his own; the meaning of the right that consists in fairness; These meanings are accompanied by the title, the measure and the foundation of the law. On the part of Professor Finnis, it is stated that the law has a natural part where there are basic human goods (BHG), as these would be recognized for practical reason. It is very important to recognize the nature of the human person, also, being a subject in relation to another, capable of being a subject of rights and obligations, and denying that natural juridicity, is also denying their legal sense. Therefore, it is explained that natural law and positive law must have a connection, since both necessarily presuppose their existence; just as man has a natural part and a positive part, so does the norm, and that connection is known as the principle of unity, whose operation is the mutual respect of both rights in protection of human nature. Hence, having clear this nature and content of the Law, you can choose a meaning of law and justice in electoral matters, which does not threaten the human person and their freedoms; as is the concept of Law offered by the German Dieter Nohlen, for its broad and restricted concept, or that of the Spanish Manuel Aragón Reyes, for granting ownership and providing an active and passive role to people, and to electoral bodies. According to the doctrine of natural law, the recognition of political participation and democracy as a human and natural right of man, allows a form of government to be totally legitimate, with its lawful and respectable rules. The person in charge of ensuring the protection of political rights and the exercise of representative democracy is the autonomous administrative and jurisdictional bodies, who; on the one hand, they are in charge of electoral processes (which in Peru is responsible for ONPE); and on the other hand, they are responsible for administering justice in electoral matters (which in Peru are responsible for the JNE and the JEE), with the so-called conscience criterion, where there is a risk of being subjective in their decisions, since, It is the magistrate's own conscience that decides and not the criteria in law that governs. And culminating, with a brief explanation, that the resolutions issued by the JNE are unappealable, being a maximum specialized body in electoral justice.

Finally, it is recognized that man is a hermeneutical being by nature, and at the same time, there is a reunion with himself and with the world. Man is a rational being because he is an attribution of human property. Nature and human reason are two contents with which man and law work; and the latter must be protected by legal hermeneutics from the point of view of the jurist-interpreter, who is the one who will know how to discern between fair and unjust in the specific case. Likewise, the jurist-interpreter as a true agent in the service of justice and law, is the one who will give life to hermeneutics from the very expression of natural law to the formality of positive law. In the electoral justice system, the malpractice of legal hermeneutics was perceived in the last presidential elections; because through resolutions that were issued by the National Jury of Elections and the Special Electoral Jury, at no time was it interpreted according to electoral law and its rules; it was only decided by decisions totally opposed to what the electoral law indicates, by neo-constitutional methods of interpretation, which have nothing to do with the nature of electoral justice; and in this way, there is a risk that magistrates will be influenced by moralistic entities that disturb the good administration of justice in the Democratic States of Law. Given all this situation, the research work, proposes to use, an interpretive method called: naturalistic / subunctive interpretation of the principle of unity of the legal norm, with the purpose of issuing fairer decisions, when solving electoral problems.

**Keywords:** Law, justice, electoral, legal phenomenon, exegesis, legal positivism, neopositivism, nopositivism, postpositivism, principlism, neo-constitutionalism, iusnaturalism, antipositivism, principles, values, morals, devotibility, weighting, judicial activism, constitution, conscience criteria, electoral organs, hermeneutics and jurist-interpreter.

## ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

ABSTRACT

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I.....	21
EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO ÚNICA CONCEPCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO .....	21
1.1.- Consolidación y crisis del positivismo jurídico. ....	21
1.1.1.- El origen y la consolidación del positivismo jurídico. ....	21
1.1.2.- La Escuela de la Exegesis: una tendencia en la sombra de los jueces.....	24
1.1.3.- El positivismo jurídico de Hans Kelsen: un iusfilósofo imperativo. ....	27
1.1.4.- La crisis del positivismo jurídico: la autodestrucción anunciada.	34

1.2.- Los precursores del neopositivismo y el nopositivismo. ....	41
1.2.1.- El legado del positivismo: la reconstrucción después del desastre. .....	41
1.2.2.- El “neo” o “post” positivismo de Herbert Lionel Adolphus Hart. 50	
1.2.3.- El nopositivismo principialista de Ronald Dworkin: A puertas del neoconstitucionalismo.....	65
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>77</b>
<b>EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO REFERENCIA VALORATIVA DE LA JUSTICIA MODERNA .....</b>	<b>77</b>
2.1.- El imperio de los principios en la teoría valorativa.....	77
2.1.1 La teoría de la ponderación en Robert Alexy: cuando la balanza se inclina .....	77
2.1.2.- El orden objetivo de valores y sus sustanciales críticas.....	105
2.2.- El neoconstitucionalismo en el Estado Constitucional de Derecho. 118	
2.2.1.- Génesis del neoconstitucionalismo: precursores y partidarios. 118	
2.2.2.- ¿Qué es el neoconstitucionalismo? Activismo de la escuela genovesa. ....	125
2.2.3.- La Constitución entendida como referencia valorativa.....	156
2.2.4.- Los Demonios del neoconstitucionalismo. ....	159
A.- La omnipresencia de la Constitución.....	160
B.- Los principios constitucionales .....	160
C.- Los valores jurídicos .....	162
D.- La derrotabilidad de las normas jurídicas .....	163
E.- El derecho en la moral .....	166
F.- La ponderación.....	168
G.- El activismo judicial.....	169
2.2.5.- Algunas consideraciones críticas al neoconstitucionalismo. ....	170
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>182</b>

<b>EL IUSNATURALISMO COMO CONTENIDO Y LÍMITE EN LA JUSTICIA ELECTORAL .....</b>	<b>182</b>
<b>3.1.-. El iusnaturalismo en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. ....</b>	<b>182</b>
<b>3.1.1.- Justicia y Derecho en el Iusnaturalismo. ....</b>	<b>182</b>
<b>3.1.2.- La persona humana y principio de unidad de la norma jurídica. ....</b>	<b>196</b>
<b>3.2.- Los límites en el sistema jurídico electoral peruano. ....</b>	<b>204</b>
<b>3.2.1.- El derecho y la justicia electoral como jurisdicción autónoma...204</b>	
<b>3.2.2.- Los órganos electorales y el “criterio de conciencia” de los magistrados. ....</b>	<b>217</b>
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>230</b>
<b>LA HERMENÉUTICA JURÍDICA COMO EL ARTE DE SOLUCIONAR CONFLICTOS EN LA JUSTICIA ELECTORAL .....</b>	<b>230</b>
<b>4.1.- Una breve síntesis a las decisiones electorales en el caso del partido político Todos por el Perú y la candidatura de la fórmula presidencial....</b>	<b>230</b>
<b>4.1.1.- Cuestiones previas al caso.....</b>	<b>231</b>
<b>4.1.2.- Un breve síntesis a la situación jurídica del partido político TPP en las elecciones presidenciales del año 2016. ....</b>	<b>231</b>
<b>A) Sobre el pronunciamiento del voto en mayoría en la situación jurídica del partido político TPP:.....</b>	<b>235</b>
<b>B) Sobre el pronunciamiento del voto en minoría en la situación jurídica del partido político TPP:.....</b>	<b>239</b>
<b>4.1.3.- Un breve síntesis a la situación jurídica de la candidatura de la fórmula presidencial del partido político TPP en las elecciones presidenciales del año 2016. ....</b>	<b>249</b>
<b>A) Sobre el pronunciamiento emitido por el Jurado Electoral Especial. ....</b>	<b>249</b>
<b>B) Sobre el pronunciamiento emitido por el Jurado Nacional de Elecciones.....</b>	<b>252</b>

<b>4.2.- La hermenéutica jurídica como el arte de interpretar: ¿cómo debieron resolver los magistrados electorales? .....</b>	<b>257</b>
<b>4.2.1.- La hermenéutica Jurídica como el arte de interpretar la norma jurídica: el jurista-intérprete. ....</b>	<b>257</b>
<b>4.2.2.- Por qué señalamos que las decisiones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones y el Jurado Electoral Especial están influenciadas por teorías neoconstitucionalistas: un debate en torno a figuras valorativas. ....</b>	<b>265</b>
<b>A) Juicios de valoración.....</b>	<b>266</b>
<b>B) Neoconstitucionalismo y las circunstancias del caso .....</b>	<b>268</b>
<b>C) Moralizando el Derecho .....</b>	<b>269</b>
<b>D) Privilegio del derecho fundamental frente a las forma .....</b>	<b>270</b>
<b>E) Sobre-interpretación de la ley electoral .....</b>	<b>272</b>
<b>F) Excesiva aplicación de jurisprudencias .....</b>	<b>274</b>
<b>G) Interpretación extensiva y elástica.....</b>	<b>275</b>
<b>H) Ley de la ponderación .....</b>	<b>277</b>
<b>4.2.3.- Algunas consideraciones críticas a las decisiones electorales..</b>	<b>279</b>
<b>4.2.4.- La propuesta de una interpretación iusnaturalista/subsuntiva del principio de unidad de la norma jurídica (IUS).....</b>	<b>283</b>
<b>4.2.5.- Reflexiones finales: volvamos al Derecho. ....</b>	<b>286</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>295</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>298</b>

## **INTRODUCCIÓN**

En la actualidad, los operadores de derecho viven obsesionados por convertir el Derecho en una rama de la moral; en suplantar lo esencialmente jurídico por valores y principios morales; en saltarse alegremente las normas para elegir el principio de su preferencia; en dejar de lado su función jurídica activa para convertirse en activista; en otras palabras, estamos ante un renacer perverso del uso alternativo del derecho. A este fenómeno jurídico se le conoce como neoconstitucionalismo, el término fue asignado por la escuela Genovesa a través de sus reformadores representantes; su terminología no tiene un significado, es más no tiene una definición clara y concreta; solo representaría un conjunto de etiquetas vacías que arrastrarían ambigüedades; su única finalidad es solo demostrarse como una teoría atractiva y novedosa, para atrapar a los operadores del derecho en las oscuras sombras donde reinan las entidades del neoconstitucionalismo. Debemos advertir a nuestro lector, que la abogacía, la práctica del derecho y nuestro sistema de justicia están en una profunda crisis, y esto se debe por dos principales razones: la primera, porque el abogado después de haber salido de la facultad de derecho se sigue preguntando qué es el derecho, en qué consiste, en qué se compone, en otras palabras no tiene una idea clara de su naturaleza y formalidad; y la segunda, porque el juez o magistrado ahora ya no aplica la norma en el caso claramente subsumible, sino quiere ir más allá, donde no existen los límites ni el Derecho. Estas dos situaciones son síntomas para que el neoconstitucionalismo influya en los operadores del derecho, quebranten nuestros sistemas de justicia y se viole el

debido proceso. Son estas razones las que nos permite realizar, un estudio *crítico* a los elementos que componen el neoconstitucionalismo desde una perspectiva neopositivista y iusnaturalista; con la finalidad de que puedan identificarlos y no sean influenciados por cualquier etiqueta atractiva.

Una situación jurídica que nos llamó poderosamente la atención, fueron las elecciones presidenciales del 2016, donde los principales protagonistas no fueron los candidatos aspirantes al sillón presidencial, sino más bien el Jurado Nacional de Elecciones y el Jurado Electoral Especial. Esto se debió, porque en su momento emitieron decisiones que modificaban la naturaleza y la autonomía del sistema de justicia electoral. Y en el presente trabajo de investigación, merece especial atención el caso del partido político Todos por el Perú y la candidatura de la fórmula presidencial, porque en el transcurso del proceso electoral, los magistrados emitían decisiones totalmente opuestas al Derecho y la Justicia electoral; por un lado, se emitía decisiones en conformidad con la norma y leyes electorales; y por el otro, se emitía decisiones disconformes a la justicia electoral, mediante los principios, la ponderación de derechos, métodos de interpretación ajenos al Derecho. Esto nos llevaría a pensar, que las decisiones de los magistrados están siendo influenciadas por la corriente neoconstitucionalista para resolver los problemas electorales, puesto que en estos casos se plantea la interpretación del derecho a partir de la valoración moral del intérprete. Por lo tanto, en base a los problemas señalados y a los apropiados resultados de nuestro trabajo, cabe preguntarnos: ¿Cuáles serían los elementos de la influencia neoconstitucionalista que podrían generar que las decisiones de los órganos electorales no se emitan con un verdadero criterio de justicia? Puesto que, si los elementos de la influencia neoconstitucionalista influyen de manera negativa en las decisiones de los órganos electorales, entonces los magistrados no podrán alcanzar un adecuado razonamiento jurídico para resolver con criterio de justicia.

En consecuencia, se debe evaluar si la influencia neoconstitucionalista en la justicia electoral promueve decisiones justas; estudiar los diferentes fenómenos jurídicos contemporáneos resaltando sus aspectos sustanciales; Identificar los elementos neoconstitucionalistas que influyen en las decisiones jurisdiccionales; explicar la justicia electoral desde una perspectiva neopositivista y iusnaturalista; y por último,

analizar el razonamiento jurídico de los magistrados electorales, aplicando el arte de la hermenéutica jurídica.

La presente investigación solo contiene cuatro capítulos. En el primer capítulo, estudiaremos al positivismo jurídico como la única concepción normativa del Derecho; además desarrollaremos dos subcapítulos: el primero, en base a la consolidación y crisis del positivismo jurídico, que estará compuesto por su origen y su consolidación, el estudio de la escuela de la exegesis (una tendencia en la sombra de los jueces), el positivismo jurídico de Hans Kelsen (un iusfilósofo imperativo), y la crisis del positivismo jurídico (la autodestrucción anunciada); y el segundo subcapítulo, en base a los precursores del neopositivismo y del no-positivismo, que estará formado por el legado del positivismo (la reconstrucción después del desastre), el “neo” o “post” positivismo de Herbert Lionel Adolphus Hart, y el no-positivismo principialista de Ronald Dworkin. En el segundo capítulo, evaluaremos el neoconstitucionalismo como referencia valorativa de la justicia moderna, de igual manera desarrollaremos sus dos subcapítulos: el primero, en base al imperio de los principios en la teoría valorativa, que estará compuesto por la teoría de la ponderación en Robert Alexy (cuando la balanza se inclina); y el segundo subcapítulo, en base al neoconstitucionalismo en el Estado Constitucional de Derecho, donde desarrollaremos temas centrales como: la génesis del neoconstitucionalismo (sus precursores y partidarios), ¿Qué es el neoconstitucionalismo? (Activismo de la Escuela Genovesa), la Constitución entendida como referencia valorativa, los Demonios del neoconstitucionalismo (entre ellos, la omnipresencia de la Constitución, los principios constitucionales, los valores jurídicos, la derrotabilidad de las normas jurídicas, el derecho en la moral, la ponderación, y el activismo judicial), y algunas consideraciones críticas del neoconstitucionalismo. En el tercer capítulo, nos centraremos en determinar el iusnaturalismo como contenido y límite en la justicia electoral, de la misma forma desarrollaremos dos subcapítulos: el primero, en base al iusnaturalismo en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, basado en la justicia y el derecho en el iusnaturalismo, y la persona humana y el principio de unidad de las normas jurídicas; y el segundo subcapítulo, en base a los límites en el sistema jurídico electoral peruano, basado en el derecho y la justicia electoral como jurisdicción

autónoma, y los órganos electorales y el “el criterios de conciencia” de los magistrados. Y en cuarto capítulo, se analizará a la hermenéutica jurídica como arte de solucionar conflictos en la justicia electoral, compuesto también por dos subcapítulos; el primero, en base en una breve síntesis a las decisiones electorales en el caso del partido político Todos por el Perú y la candidatura de la fórmula presidencial, basado en las cuestiones previas, un breve síntesis a la situación jurídica del partido político TPP en las elecciones presidenciales del año 2016 (entre ellos, sobre el pronunciamiento del voto en mayoría en la situación jurídica del partido político TPP, y sobre el pronunciamiento del voto en minoría en la situación jurídica del partido político TPP), y un breve síntesis a la situación jurídica de la candidatura de la fórmula presidencial del partido político TPP en las elecciones presidenciales del año 2016 (entre ellos, sobre el pronunciamiento emitido por el Jurado Electoral Especial, y sobre el pronunciamiento emitido por el Jurado Nacional de Elecciones); en el segundo subcapítulo, en base a la hermenéutica jurídica como el arte de interpretar: ¿cómo debieron resolver los magistrados electorales?, que estará compuesto en relación: a la hermenéutica Jurídica como el arte de interpretar la norma jurídica (el jurista-intérprete), el por qué señalamos que las decisiones emitidas por el Jurado Electoral Especial y del Jurado Nacional de Elecciones están influenciadas por teorías neoconstitucionalistas (un debate en torno a las figuras valorativas), algunas consideraciones críticas a las decisiones electorales, y por último, propondremos una interpretación iusnaturalista/subsuntiva del principio de unidad de la norma jurídica (la solución justa), para la solución de casos prácticos.

**CAPÍTULO I**

**EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO ÚNICA CONCEPCIÓN NORMATIVA DEL  
DERECHO**

## **CAPÍTULO I**

### **EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO ÚNICA CONCEPCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO**

En el presente capítulo, explicaremos el estudio iusfilosófico del positivismo jurídico, teniendo en cuenta: por un lado, el origen de su denominación; y por otro lado, la escuela jurídica de la exegesis. Asimismo, se explicará la teoría Kelseniana que se estudiaba en aquella época, y cómo, con el pasar del tiempo se ha venido mal entendiendo hasta llegar a la crisis o autodestrucción. También desarrollaremos cómo los pensadores de la época después del desastre de la segunda guerra, se reunieron para corregir las falencias del positivismo jurídico y después llegar a unos acuerdos. Por último, estudiaremos el nacimiento de los principios que dieron lugar al nopoositivista de Ronald Dworkin, concluyendo esto el primer capítulo.

#### **1.1.- Consolidación y crisis del positivismo jurídico.**

##### **1.1.1.- El origen y la consolidación del positivismo jurídico.**

Uno de nuestras principales finalidades en la presente tesis, es que el estudiante de Derecho aprenda las diferentes corrientes e influencias del pensamiento iusfilosófico como son las influencias de la corriente: positivistas, neopositivistas, nopoositivistas, neoconstitucionalistas, pero sobre todo la corriente iusnaturalista. Por ello, en este primer capítulo nos centramos en explicar la parte esencial de la

corriente iuspositivista, que no es otra cosa que el mismo positivismo jurídico, pero en base a este concepto y desmenuzándolo, nos haremos la primera pregunta ¿qué es el positivismo y quién es su precursor? Para responder la interrogante, debemos retroceder en el tiempo y dirigirme a la primera mitad del siglo XIX, donde nace según muchos autores, el pensamiento más eminente del positivismo, “*cuyo fundador y defensor es Augusto Comte*”<sup>1</sup> filósofo positivista francés. Este personaje cuyo nombre completo es Isidoro Augusto María Francisco Javier Comte<sup>2</sup>, utilizó el término positivismo por primera vez<sup>3</sup>, que consistía, en no admitir lo que proceda de la experiencia, rechazando toda noción *a priori* y todo concepto universal y absoluto. Pero por su lado negativo, “*el positivismo es negación de todo ideal, de los principios absolutos y necesarios de la razón, es decir; de la metafísica*”<sup>4</sup>. Comte eligió la palabra positivismo porque según él, señalaba: “*la realidad y tendencia constructiva, se interesó por la reorganización de la vida social para el bien de la humanidad, a través del conocimiento científico*”<sup>5</sup>. Ofrecía una reorganización intelectual, moral, y política del orden social y para esto tenía que adoptarse una “aptitud científica” que era la clave para la reconstrucción.

Augusto Comte expuso algunas ideas centrales de su pensamiento; como es la concepción historicista del desarrollo de la ciencia y la razón; donde él desarrollaba

---

<sup>1</sup> LAMSDORFF, Wladimir. *Historia sencilla de las ideas jurídicas*. Primera edición, Madrid, editorial COLEX, 2003, p. 111.

<sup>2</sup> Nació en Montpellier el 19 de enero de 1798. Logró ingresar en la Escuela Politécnica de París desde el año 1814 hasta el año 1816. En esta época comienza a estudiar a los pensadores del siglo XVIII y conoce a *Saint-Simon*, para el que trabaja como secretario desde 1818, hecho que le permite publicar artículos en diversas revistas: *La Politique*, *L'Industrie*, *L'Organisateur*. Tiene grandes obras como: “*Curso de filosofía positiva*” (1830), “*Discurso sobre el espíritu positivo*” (1844), “*Sistema de política positiva*” (1851 – 1854), “*Catecismo Positivista*” (1852) y por último, el primer volumen de “*Síntesis subjetiva*” (1857), obra que quedo incompleta debido a su muerte, acaecida el 05 de setiembre de 1857. Cfr. SEMBLANZA FILOSÓFICA. *Isidoro Augusto María Francisco Javier Comte* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <http://cibernous.com/autores/comte/teoria/biografia.html>

<sup>3</sup> Pero algunos de los conceptos positivistas se remontan al filósofo británico *David Hume* (1711-1775), al filósofo francés *Saint-Simon* (1760-1825), y al filósofo alemán *Immanuel Kant* (1724-1804). Además de Augusto Comte en Francia, los representantes más significativos del positivismo son: *Jon Stuart Mill* (1806-1873) y *Herbert Spencer* (1820-1903) en Inglaterra; *Jakob Moleschott* (1822-1893) y *Ernst Haeckel* (1834-1919) en Alemania; *Robert Ardigó* (1828-1920) en Italia. Por lo tanto, el positivismo se inserta en tradiciones culturales diferentes: Francia, Inglaterra, Alemania e Italia. Cfr. FILOSOFIA CONTEMPORANEA. [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en [http://yoloseduco.com/biblioteca/contenidos/decimo/grado/profundi/filo/fil\\_11\\_0005.htm](http://yoloseduco.com/biblioteca/contenidos/decimo/grado/profundi/filo/fil_11_0005.htm)

<sup>4</sup> MANTILLA PINEDA, Benigno. *Filosofía del Derecho*. Primera edición, reimpresión, Bogotá, Editorial Temis, 2003, p. 98.

<sup>5</sup> CARRUITERO LECCA, Francisco y LUJÁN TÚPEZ, Manuel E. *Filosofía del Derecho: Positivismo Jurídico*, Primera edición, Buenos Aires, Ediciones jurídicas, 2015, p. 97.

tres estados fundamentales de la historia del pensamiento, que son: “el “estadio mitológico - teológico”, el “estadio metafísico” y por último el “estadio positivo” el cual consideraba como verdadera clara y demostrada”<sup>6</sup>.

Comte considera que en el primer estadio; el ser humano hace depender de los fenómenos naturales de la voluntad de poderes superiores, es decir; donde se atribuyen poderes mágicos a fenómenos naturales, este estadio es el proceso del paso del politeísmo al monoteísmo. El segundo estadio, está referido, a que todo está explicado a partir de entidades abstractas, en la que interrumpen las fuerzas disolventes de la inteligencia. Y el tercer estadio, donde considera que es definitivo y superior porque en él explica la realidad mediante la observación y la experimentación, ya que según su teoría “el positivismo busca explicar los hechos por medio de la formulación de las leyes y es por ello que presiden de la metafísica”<sup>7</sup>. En este estadio se renuncia al estadio de lo absoluto y pasa a buscar las leyes de los fenómenos.

Posteriormente, Comte se dio cuenta que tenía que ir más allá de la ciencia positivista<sup>8</sup>, esto es, en un sistema plenamente justificado de pensamientos, donde fuese científicamente demostrada y constituyesen una plena explicación de la realidad. Por lo que, desde el punto de vista del conocimiento científico no se podría lograr esa finalidad, pero sí desde el punto de vista del hombre, es decir: “como no es asequible una “síntesis objetiva”, la única síntesis posible es la “síntesis subjetiva”, del conocimiento científico, desde el punto de vista del hombre y sus necesidades sociales”<sup>9</sup>. Por lo tanto, la filosofía positiva para el francés, sería el

---

<sup>6</sup> ÁNGELES VICTORIA, María. *Augusto Comte*, 2009 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <http://www.philosophica.info/voces/comte/Comte.html>

<sup>7</sup> CARRUITERO y LUJÁN, *Filosofía del Derecho: Positivismo Jurídico*, Op. Cit., p. 99

<sup>8</sup> Debido a que, tras la ruptura o separación como secretario de Saint Simón en 1825; “Por haber éste impreso a su movimiento cierto matiz sentimental y religioso que, a juicio del joven Comte, destruía las exigencias racionales exclusivamente necesarias para la elaboración de la ciencia positiva”. Comte posteriormente, se daría cuenta que tras la muerte de su amada Clotilde de Vaux, fallecida en 1846; “Los dos últimos años de ésta marcarían la nueva orientación a lo religioso de su sistema, y le llevaría al intento de sustituir la fe cristiana de sus padres por la nueva religión de la humanidad, que le inspiró Clotilde de Vaux”. Con este paso él se volvería en contra de lo que había predicado años atrás, como razón de la separación de Saint Simón. Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “El positivismo científico de Augusto Comte y lo utilizado de él por la ciencia del derecho en el siglo XX”. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 83, 2006, 361-384, 362.

<sup>9</sup> IBID, p. 368.

verdadero estadio definitivo de la “inteligencia humana”, y el carácter fundamental es observar todos los fenómenos como sujetos a “leyes naturales invariables” que se preside.

### **1.1.2.- La Escuela de la Exegesis: una tendencia en la sombra de los jueces.**

En tiempos de Augusto Comte, es decir; a poco tiempo de la revolución francesa<sup>10</sup>, la coronación del Emperador Francés Napoleón Bonaparte y la Codificación del “*Code Civil*”. Surgió en la misma Francia una escuela muy homogénea de profesores y de explicaciones intercambiables, con el nombre de: “Escuela de la Exegesis” (“exegesis” que quiere decir: explicación literal), cuyos fundadores eran denominados como *Los Exegetas*, que predicaban que la ley debía ser la única fuente posible de todo derecho.

Según la clasificación de Hernández Gil, son tres las etapas de la Escuela Francesa de la Exegesis: “*La primera etapa es de fundación: 1804-1830; La segunda etapa es la de apogeo: 1830-1880; y la tercera etapa es la de decadencia 1880-1900*”<sup>11</sup>. Esta decadencia surge a raíz de la aparición de nuevas escuelas y tendencias, entre ellos la que la eliminó y sepultó: “*La Escuela Científica de Gèny*”<sup>12</sup>.

El nombre de la Escuela de la Exégesis se remonta a los orígenes del movimiento medieval de tradición romana-germánica, donde el intérprete del derecho estaba sujeto al *Corpus Iuris Civilis*. Pero en Francia del siglo XIX: “*El Código de Napoleón se convirtió en la nueva verdad revelada; la preeminencia del texto hizo que la ley fuera el derecho y que el derecho se ajustara al espíritu de la ley. Como si de algo inmutable se trataría, este espíritu se hizo intocable, pues la letra sólo admitía explicación pero nunca creación ni confrontación. Lo que realmente tenía valor era la significación que el legislador le había dado con las palabras que estaba escrita*

---

<sup>10</sup> Trajo consigo el “*Centralismo*”. Que a partir de entonces la fuente de todo el derecho sería la “*Ley*” (una para todos y procedente de la cápita). El derecho romano, las leyes y estatutos, las costumbres locales, fueron derogadas en bloque a medida que entraban en vigor los nuevos códigos. Era el modelo jurídico inverso al del Antiguo Régimen, y que lo adoptara Francia, obligando a hacer lo propio, tarde o temprano, al resto de los estados europeos. Cfr. LAMSDORFF, *Historia sencilla de las ideas jurídicas*, Op. Cit., p. 76.

<sup>11</sup> MANTILLA, *Filosofía del Derecho*, Op. Cit., p. 37

<sup>12</sup> BADENES GASSET, Ramón. *Metodología del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1959, p.95; HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología del Derecho. Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas*, Revista del Derecho Privado, Madrid, 1945, p.54.

en ella”<sup>13</sup>. De esta manera, este movimiento dogmático que tenía como pilar el texto de Napoleón, hizo su expansión por todos los países, llevando de manera universal el pensamiento jurídico contemporáneo del Código civil francés.

Fue Joseph Julien Bonnacase quien consolidó el nombre de su identificación. Esta escuela tendría según Bonnacase, su propia doctrina, que respondía a cinco rasgos característicos: “1) *el culto al texto de la ley*, 2) *el predominio de la investigación de la voluntad o intención del legislador*, 3) *un carácter profundamente estatalista*, 4) *el recurso “ilógico y paradójico” a la “noción de derecho”* y 5) *la fuerza del argumento de autoridad*”<sup>14</sup>.

Los intelectuales de este movimiento, como en toda ciencia, pretendían conseguir que la ciencia jurídica predicada, no tuviera vinculaciones naturales o externas fuera del texto codificado, así como también, no tener conexión del derecho con el modelo ideológico. En base a estas razones, los Exegetas decidieron crear un principio fundamental que caracterice a su escuela, que es; *la autointegración de la ley en la ley*, que según Manuel Andreu Gálvez, con esta axioma fundamental: “*La ley desde este momento se convertía en fuente de todo derecho, pero no sólo eso, a partir de entonces, la misma interpretación de la ley se hacía sin salir de la normativa legal, y como consecuencia, sin acudir a ninguna otra fuente de conocimiento que estuviera integrado en el enjambre normativo*”<sup>15</sup>. Un siglo más tarde, esta argumentación jurídica de los exegetas, sería tomada por Kelsen que lo llevaría a su máxima expresión.

De esta manera, los partidarios de la Escuela de la Exégesis, crearon un método perfecto, donde solo pudiera existir una interpretación para cada norma, que era absoluta, universal e invariable. Pero para asegurar el culto absoluto del texto de la ley y de la intención del propio legislador; se crearon tres situaciones jurídicas: “a) *Cuando la Ley es clara, se aplica estrictamente sin interpretar*; b) *Cuando la ley es oscura o dudosa, utilizando el método gramatical se desentraña el significado del*

<sup>13</sup> ANDREU GÁLVEZ, Manuel. “Una breve aproximación histórica a la escuela de la exégesis y conclusiones a las que nos ha llevado la codificación”, *Revista del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM*, 2016, 9-22, 17.

<sup>14</sup> HALPÉRIN, J. L. “Exégesis (escuela)”, traducido por Andrés Botero, *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, N°48, enero 2017, 263-277, 267.

<sup>15</sup> IBID, p. 19.

*lenguaje utilizando el método lógico desentraña la intensión psicológica del legislador; y c) Cuando no exista ley se debe recurrir a la voluntad presunta del legislador mediante leyes análogas o a los principios generales del derecho si aquellas no existen*<sup>16</sup>. Con estos métodos científicos, los exegetas pretendían dar solución a las anomalías normativas, sin embargo, muchos autores desligados de dicha escuela opinaban todo lo contrario.

En base a este principio fundamental, muchos autores señalaban que el estudio de la exégesis contenía una serie de parámetros poco claros, y esto se puede observar en los párrafos de la obra del profesor Francisco Carpintero López, donde señala que: *“El positivismo y la exégesis son palabras equivalentes, pues se refieren a un concepto global semejante. Con el positivismo y la técnica jurídica de la Exégesis se comenzó a aplicar la ley como hermenéutica única en el sistema legal. Con ello se produjo un cambio paradigmático muy importante en la historia del derecho. Se pasó de un saber exógeno a un saber endógeno, en donde el conocimiento jurídico se comprimió en los conocimientos inherentes al ser humano que propugnaba el antropocentrismo. La filosofía clásica que desde Aristóteles se había asentado en el derecho se sustituyó por el racionalismo de Descartes. El sabio del derecho pasó a ser un mero técnico en el arte de la exégesis, a lo que es lo mismo, pasó a ser una especie de máquina limitada por su producto*<sup>17</sup>; restringiendo las exigencias de la naturaleza humana y de la experiencia jurídica en disposiciones normativas.

En 1899, una nueva generación de civilistas franceses, tuvo su manifiesto en la división teórica de las fuentes y en la teoría de la libre investigación científica del intérprete del derecho. Esto fue en la teoría enunciada por Francois Géný: *“En la que permite encontrar los indicadores objetivos de las realidades sociales que no previenen de las normas jurídicas; Dado que, con esta escuela de pensamiento se trató de superar la doctrina sostenida por la Escuela de la Exégesis, en la que se reconoció como única fuente a la ley*<sup>18</sup>. Asimismo, Francois Géný afirmaba su voluntad de romper el método tradicional que había constituido durante tanto tiempo

---

<sup>16</sup> CARRUITERO y LUJÁN, *Filosofía del Derecho: Positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 46

<sup>17</sup> CARPINTERO LÓPEZ, Francisco, *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuroopa*, Editorial Actas, Madrid, 1993, p. 25.

<sup>18</sup> CARRUITERO y LUJÁN, *Filosofía del Derecho: Positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 46

el éxito de la exégesis, acusándolo como principal defecto: “*la inmovilización del derecho*”<sup>19</sup>. Años más tarde en 1903, con ese mismo espíritu renovador de la doctrina francesa, Edouard Lambert haría los mismos que Gény, denunciando las debilidades de la escuela tradicional de la exegesis.

Sin duda alguna, la escuela de la exegesis fue la principal escuela que tuvo que cargar con el peso científico; de identificación, argumentación e interpretación de la ley (*Code Civil*), sin desligarse de la mera voluntad legisladora. Sin embargo, a pesar de ser fuertemente criticada por muchos autores de la época<sup>20</sup>, esto no fue excusa para que el padre del positivismo jurídico, extraiga el principio fundamental que caracterizaba a dicha escuela, y la traslade a su obra detonante de la teoría pura del derecho, nos referimos a Han Kelsen.

### **1.1.3.- El positivismo jurídico de Hans Kelsen: un iusfilósofo imperativo.**

Veinticuatro años más tarde de la muerte de Augusto Comte, nace en Praga, uno de los iusfilosóficos más importantes en el campo jurídico. Nada más que Hans Kelsen<sup>21</sup>, padre del positivismo jurídico, autor de la célebre obra titulada: *Teoría Pura del Derecho*<sup>22</sup>. Esta teoría gracias al impulso y al desarrollo de la Escuela de la Exegesis, hace su aparición el positivismo jurídico del siglo XX; teniendo como inspiración también la corriente neokantiana, y formulándose así por primera vez

<sup>19</sup> HALPÉRIN, “Exégesis (escuela)”, Op. Cit., p. 266.

<sup>20</sup> Para mayor información: FILDER, Josicu. *De las escuelas* [Ubicado el 06.IX 2017]. Obtenido en <http://www.galeon.com/josicu/filder/escuelas.pdf>

<sup>21</sup> Nació en la ciudad de Praga, el 11 de octubre de 1881, estudió Derecho en la Universidad de Viena, en la Universidad de Heidelberg y en la universidad de Berlín. Pero en su alma mater la Universidad de Viena se centró en el estudio del Derecho constitucional y de la filosofía del derecho, y se doctoró en 1911. En ese mismo año publicó la obra en la que se exponían por primera vez las doctrinas que constituyen la “*Teoría Pura del Derecho*”, doctrina destinada a tener una enorme repercusión y abrir un nuevo periodo en la historia de pensamiento jurídico contemporáneo. Kelsen es nombrado miembro vitalicio del Tribunal Constitucional Austriaco, y años más tarde termina dando cátedra en las mejores universidades de Norteamérica. Falleció el 19 de abril de 1973 en Berkeley, Estados Unidos. Cfr. WALTER, Robert. “Hans Kelsen vida y obra. Una introducción”, traducido por Carlos E. Pettoruti, *ANUALES. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales*, U.N.L.P Nº 41, 2011, 332-337, 332-336.

<sup>22</sup> Publicada, en 1934, aquí Kelsen concibe la norma jurídica como un juicio hipotético. Inspirándose en la distinción Kantiana entre el ser y el deber ser, intentando ofrecer un concepto “puro” de la normatividad jurídica. Para ello, considera necesario depurar las normas de cualquier contaminación fáctica, lo que le conduce rechazar las teorías imperativistas del positivismo jurídico del siglo XIX (Ihering, Austin), que identificaban el derecho con un conjunto de mandatos respaldados por la coacción del Estado. Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. Cuarta edición, Lima, editorial Palestra, 2005, p. 50.

una justificación teórica de la ciencia jurídica positiva, donde el intérprete pueda separar lo que es propio a la naturaleza del derecho, de lo que es de otras ciencias.

Kelsen, fue conocido por su pretensión radical en el pensamiento positivista, dicho de otra manera: *“De separar al derecho de toda forma insoluble que no pueda ser verificada de algún modo, dotando a su teoría de “la pureza” necesaria como para afirmar que sólo “el puro derecho” es el que debe ser objeto de estudio, aplicación o interpretación”*<sup>23</sup>. Como así se manifiesta en el Capítulo primero de la teoría pura del derecho<sup>24</sup>, donde habla del Derecho y la Naturaleza; haciéndose la siguiente interrogante ¿Qué es una Teoría Pura del Derecho? Y donde señala que:

*“La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional. Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o como debería formarse. Al calificarse como teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños”*<sup>25</sup>.

Asimismo, Kelsen realiza un enfoque panorámico del derecho. Época donde el derecho se preocupaba de otras ciencias, perdiendo así, el sentido crítico y metodológico de la ciencia del derecho. Es así que, si el Jurista no tenía dominio científico del derecho arruinaría la ciencia del derecho<sup>26</sup>, por el hecho de recurrir a otras disciplinas. Como se puede señalar en el siguiente párrafo:

---

<sup>23</sup> CARRUITERO y LUJÁN, *Filosofía del Derecho: Positivismos jurídicos*, Op. Cit., p. 133.

<sup>24</sup> Que para efectos de desarrollar la presente tesis, se trabajara con la 4ª edición y novena reimpresión de la Editorial Eudeba, Ciudad de Buenos Aires - Argentina, año 2009.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, traducido por Moisés Nilve, 4º ed. 9º reimpresión, Buenos Aires, editorial Eudeba, 2009, p. 19.

<sup>26</sup> Debido que, para ser ciencia ha de ser igualmente neutral. Y por lo tanto, la ciencia del derecho describe, nunca valora, ni condena, ni justifica su objeto de estudio. Pues, su objeto de estudio son

*“Basta echar una mirada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metodológico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy “no hay” dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aun, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica”<sup>27</sup>.*

El propósito de Kelsen, en esta obra, es presentar al Derecho como una realidad distinta e independiente de otros ordenes normativos, como puede ser: la moral, los hechos sociales, psicológicos y los políticos, porque a partir de esta delimitación, su objeto jurídico sería la elaboración de su teoría de la ciencia jurídica, guiado por el postulado de la pureza metodológica, es decir; que implica que el científico del derecho ha de describir las normas jurídicas con un enfoque puramente objetivo, atendiendo tan sólo al dato que especifica esas normativas, que es; su validez jurídica<sup>28</sup>, esta entendida como *“una ley que debe ser obedecida y aplicada”<sup>29</sup>.*

De esa manera, el positivismo jurídico de Hans Kelsen sirvió para que autores iuspositivistas sintetizaran sus teorías con el positivismo lógico, llegando a la pretensión de una metodología capaz de proporcionar resultados exactos para problemas jurídicos, es decir *“al punto que el Juez le sea suficiente encontrar las variables de una formula lógico jurídica y así no importaba cuán diverso fuera el problema, siempre encontraría una respuesta exacta, infalible por la certidumbre*

---

las normas que tienen carácter coactivo. Cfr. LAMSDORFF, *Historia sencilla de las ideas jurídicas*, Op. Cit., p. 141.

<sup>27</sup> KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Op. Cit., p. 19.

<sup>28</sup> Para Kelsen, la validez de una norma implica: a) que la misma existe; b) que es vinculante para sus destinatarios o sea que los mismos deben realizar la conducta establecida en la norma. Que es obligatoria. La existencia de la norma es una existencia ideal, no real como la de los entes físicos o naturales. De igual forma se entiende que la validez es la “fuerza vinculante del derecho positivo, la idea de que debe ser obedecido por los individuos cuya conducta regula. Cfr. DIAZ RICARDO, Tatiana. “Validez del derecho: análisis conceptual a partir de los modelos teóricos de Kelsen y Alexy”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, enero 2011, 105-111.

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. *Introducción a la Teoría pura del derecho*, traducido por Emilio O. Rabasa, 3ª edición, Lima, 2001, pág. 50.

*del conocimiento positivo*<sup>30</sup>. Esto es con el objetivo de hacer prevalecer el Derecho respecto de la teoría conservadora del derecho natural, la ideología religiosa, el sistema político imperante, decisionismo político y sobre todo de la inseguridad jurídica. Como así se manifiesta en el Capítulo tercero, donde habla de la Definición del Derecho; El positivismo jurídico del siglo XIX, señalando que:

*“El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría Pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo”*<sup>31</sup>.

De esta manera, el contenido del Derecho dependería según la época, por lo que está condicionado por el tiempo y lugar. Pero Kelsen siente una preocupación más, que la idea de un valor jurídico absoluto no haya desaparecido todavía del derecho, por lo que, todavía subsiste la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica iuspositiva no ha abandonado; y por ello profesa, que *“la teoría del mínimo moral es una de las formas bastardas de la doctrina del derecho natural, cuya intención es legitimar al derecho positivo de la época”*<sup>32</sup>, y por tal motivo, debería ser de una vez separada del Derecho. De esta forma, Kelsen no solo cumple su objetivo de separar las diferentes ciencias de su teoría, sino también su objetivo principalmente de desterrar la teoría del derecho natural, considerada por el autor austriaco como

---

<sup>30</sup> CARRUITERO y LUJÁN, *Filosofía del Derecho: Positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 134.

<sup>31</sup> KELSEN, Op. Cit., p. 53.

<sup>32</sup> KELSEN, Op. Cit., p. 54.

una concepción teológico-religioso<sup>33</sup>, donde se pretende darle un sentido moralista a la naturaleza del derecho.

Esto para el autor significa, que el positivismo jurídico como ciencia del derecho tendría que partir de *“una visión, de una soberanía de derecho (el Estado), es decir, si reconoce al ordenamiento jurídico como sistema normativo independiente y, por tanto no derivado de ningún otro orden más elevado. La ciencia es la que determina al derecho, y éste determina las relaciones sociales, dado que una sociedad pacífica y justa (...) es aquella donde la fuerza o el ejercicio abusivo del poder son reemplazados por las reglas de conducta de un “derecho formal” que garantiza el orden social*<sup>34</sup>. De este modo, se tendría como vigilante de las reglas del derecho a la “ciencia del derecho” o conocida también como ciencia jurídica (o ciencia normativa), que sería totalmente diferente de las ciencias naturales, por lo que se describen en hechos y averiguarían sus causas. Esta ciencia jurídica se basaría en el principio de imputación y de neutralidad, que esta última le daría el carácter de científico. De esta manera: *“el científico del derecho se limitaría a describir el derecho válido, sin entrar a valorarlo, y menos aún sin dejar que el juicio de validez jurídica esté condicionado por nada que no sean “los propios criterios formales establecidos” por el ordenamiento, para la producción y revisión de sus normas*”<sup>35</sup>.

Añade además el autor, que es el ordenamiento jurídico el que dispone en qué situación y bajo qué condiciones la voluntad de un sujeto (individual o colectivo) se reviste del valor objetivo, de ser productora de normas jurídicas. Por ello, *“no vale cualquier voluntad como creadora de derecho, porque solo el propio ordenamiento puede distinguir el distinto valor jurídico, de la orden de un agente de la autoridad, de la orden de un asaltador de caminos. Precisamente, (...) mientras estén claro los atributos jurídicos de la autoridad, sólo un poder, sólo una voluntad jurídica, podrá ser derecho; el resto, cualquier otra expresión de fuerza, carecerá de sentido jurídico, y en cuanto factor de desorden y peligro para la paz que el derecho*

---

<sup>33</sup> Más información sobre la postura Kelseniana entre el derecho positivo y derecho natural, ver KELSEN, Hans. “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico”, *Revista sobre enseñanza del derecho*, Numero 12, 2008, 183-198.

<sup>34</sup> CARRUITERO y LUJÁN, *Filosofía del Derecho: Positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 138 – 143.

<sup>35</sup> CARRUITERO LECCA, Francisco. *Filosofía del Derecho. Selección de Lecturas*. Primera Edición, Lima, editorial Jurista Editores, 2004, pp. 147 y 148.

*asegura, podrá y deberá ser reprimido por el ordenamiento jurídico*<sup>36</sup>. Es esta idea, a nuestro modo de pensar, la que es mal entendida por muchos seguidores de Kelsen, ya que podría ser correspondido con componentes políticos, y además con criterios formalistas; pues son estos elementos los que transforman el triunfo del régimen de la Alemania Nazi.

Después de la publicación de la obra *teoría pura del derecho*, se formularon muchas críticas en la que percibían una desvinculación entre la teoría kelseniana y la realidad de las cosas. Podemos señalar como crítica al positivismo jurídico: *“En primer lugar; el absurdo de pretender obtener el concepto del derecho por vía inductiva. En segundo lugar; tanto el estudio genético del derecho tal como es entendido por la escuela histórica y el evolucionismo jurídico, como el estudio comparativo del derecho tal como es concebido y practicado por los autores y cultivadores del derecho comparado, ambos conducen al escepticismo jurídico, si estos no son realizados con un profundo espíritu científico. En tercer lugar; del ser no se deriva el deber ser ni del hecho la norma”*<sup>37</sup>. Asimismo, surgieron diferentes objeciones donde se pueden resaltar tres de ellas: la primera objeción es, que es una teoría unilateral porque solo considera la estructura formal de derecho; según Hermann Heller citado por Luis Recaséns Siches, la teoría pura del derecho: *“es lógica y no jurisprudencia, porque el fenómeno jurídico solo puede ser captado en su íntegro sentido a sus relaciones sociológicas y a sus ingredientes teleológicos. Tan puro es el método de Kelsen que nos conduce a un abuso: una teoría del Estado sin Estado, y una ciencia jurídica sin derecho”*<sup>38</sup>. La segunda objeción, es que Kelsen Escamotea el verdadero problema de la filosofía y del derecho: la conexión entre el mundo del ser y del deber ser, entre la realidad y la normatividad. Según José Medina Echavarría, el grave error que inicia Kelsen: *“está en interpretar una oposición irreductible de carácter lógico como factor constitutivo de la realidad. Es decir; transmutar la oposición lógica en oposición metafísica. Precisamente el problema fundamental es el de la conexión de hecho existente entre ambos mundos, la necesidad de fundamentar metafísicamente la penetración del deber*

<sup>36</sup> CARRUITERO y LUJÁN, *Filosofía del Derecho: Positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 141.

<sup>37</sup> MANTILLA, *Filosofía del Derecho*, Op. Cit., p. 99 y 100.

<sup>38</sup> RECASÉNS SICHES, Luis. *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Barcelona, Labor, 1929, p. 47.

*ser en el ser, de la idea en la realidad o viceversa. Problema que en filosofía del derecho es el de la naturaleza del derecho como realidad vital, en la que se penetran el mundo de la idea y el de la efectividad real*<sup>39</sup>. Y por último, en la tercera objeción, se menciona que la teoría pura del derecho es el formalismo, que conduce a conclusiones semejantes a las del positivismo analítico; por lo que, *“al acentuar en el derecho el punto de vista extremo de la sanción (refundiendo en él el de obligatoriedad, que debía ser primario y esencial) oscurece el aspecto ético del derecho como regla de conducta, dice Castán Tobeñas, y entroniza en definitiva la arbitrariedad, pues nada pone por encima de la voluntad del legislador (...)”*<sup>40</sup>. Estas objeciones no serían las únicas que podrían resaltarse, sino adicionalmente se resaltarían más objeciones e incluso de sus mismos partidarios, que darían un significado del derecho más perfeccionado. Nos referimos a los grandes iusfilósofos de la corriente neopositivista, considerados por muchos como herederos del legado positivista<sup>41</sup>, como es Norberto Bobbio, Alf Ross e incluso Herbert Lionel Adolphus Hart, que se detallará más delante en el presente trabajo.

De esta manera, podemos concluir que la concepción kelseniana es; por un lado, una concepción antimaterialista, porque busca una teoría sin aquellos elementos psicológicos, institucionalistas o sociológicos que ya habían adquirido un cierto desarrollo en su época. Por otro lado, es una concepción monista, debido a que une sin distinción alguna, el derecho público y el derecho privado, el derecho objetivo y el derecho subjetivo. Y por último, es una concepción antifinalista, porque según él, las cosas se mueven por unas causas eficientes inmediatas, y no por un fin. Muchos consideran también que el problema de Kelsen, consistió en olvidar la unidad de la realidad, que partía de la unidad de causas y la causa final. Así como también, que nunca logró cumplir su idea de justificar el derecho por el Derecho. Después de la segunda guerra mundial a mediados del siglo XX, el positivismo

---

<sup>39</sup> MEDINA ECHAVARRIA, José. *La situación presente de la filosofía jurídica*, Madrid, Editorial revista del derecho privado, 1935, p. 71.

<sup>40</sup> IBID, p. 44

<sup>41</sup> Título puesto por el Profesor Juan Ruiz Moreno. Para ver más información sobre los grandes iusfilósofos de la corriente neopositivista (excepto Riccardo Guastini) ver: RUIZ MANERO, Juan. *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Buygin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini*. Primera edición, Lima-Bogotá, Palestra Editores, 2014.

jurídico de la época entraría en una profunda crisis, y esto es debió a las decisiones y barbaridades cometidas por los juristas del horror<sup>42</sup> de la Alemania Nazi. Ante esta situación surgieron dos fuertes corrientes doctrinarias que pretendían restaurar la teoría jurídica del derecho: por un lado, se encontraban el iusnaturalismo como una salvación jurídica para transformar la teoría del derecho en algo más humano; y por el otro lado, se encontraba el positivismo jurídico pero esta vez con cambios en su contenido y en su forma a cargo de los neopositivistas.

#### **1.1.4.- La crisis del positivismo jurídico: la autodestrucción anunciada.**

Tras la devastación producida en la segunda guerra mundial, se inició un proceso de reconstrucción en Europa, no solo de edificación o del ámbito social, sino una reconstrucción de lo que significaría el Derecho. Asimismo, supuso un debate en torno a los hechos producidos, a sus respectivos responsables y a la manera como se debería juzgar a los representantes de los altos cargos del régimen fascista y nacionalista.

En aquel entonces, las miradas solo apuntaban al positivismo jurídico como único responsable de los grandes crímenes contra la humanidad. Una de las graves acusaciones al positivismo jurídico, consistía en argumentar que: *“existía una obligación de obedecer al derecho positivo y que semejante obligación no se anula ni se atenúa por mucho que el derecho positivo en cuestión sea injusto o aberrante en sus contenidos”*<sup>43</sup>. Tal referencia, tendría un componente fundamental de la principal escuela estudiada anteriormente, nos referimos al de la exégesis, que tenía como principal fundamento *La ley es la ley*, axioma que contribuirá al derecho nacionalista-socialista y que posteriormente traería su autodestrucción.

Asimismo, otra de las graves acusaciones al positivismo jurídico consistía en la existencia de un principio en la doctrina penal de la época. Principio como lo señala Carl Schmitt citado por García Amado: *“La doctrina penal partía de que la máxima “nullum crimen sine lege” debía ser remplazado por la de “nullum crimen sine*

---

<sup>42</sup> MULLER, Ingo. *Los juristas del horror. La “Justicia” de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás*, traducido por Carlos Armando Figueredo, primera edición, Caracas, Editorial ACTUM, 2006, p.5.

<sup>43</sup> GARCÍA AMADO, Juan A. *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Editorial Temis, 2003, p. 277.

*poena*”. De modo que, cuando la ley se sentía como un obstáculo para la persecución de los comportamientos que atentaban contra el pueblo alemán y sus intereses, representados y aunados en la figura del *führer*, estaba justificado que la ley se sobrepasara para que el hecho no quedara impune o tuviera su merecido”<sup>44</sup>. De esta manera, los jueces que aplicaban el derecho bajo la legislación del nazismo, además de estar obligados a aplicar la ley es la ley, se disponía el principio de sobrepasar la ley, es decir, de crear derecho, pese a que los supuestos creados en la legislación nazi encajaban en la tipificación de la penas; dando paso a que los jueces cometieran excesos al momento de imponer las penas, que eran superiores a las legales.

Uno de los jueces del nazismo que nos ha llamado poderosamente la atención es la de Karl Roland Freisler<sup>45</sup>, quien escribió uno de los capítulos más sangrientos en la historia de la Alemania Nazi, y esto se debió, porque presidió el Tribunal Popular *Volkgerichtshof*, órgano judicial del partido: “*donde repartía condenas por delitos por ofensas al régimen nacionalista, como; escuchar radios extranjeras, criticar al Führer, etc.*”<sup>46</sup> Asimismo, creó nuevos instrumentos jurídicos que le permitía aplicar sus condenas, como es; el decreto contra los paracitos nacionalistas y el decreto contra criminales juveniles precoces<sup>47</sup>; llegando a decretar condenas de muerte a 2.600 personas en el periodo comprendido entre 1942 y 1945<sup>48</sup>, entre ellos la

---

<sup>44</sup> IBID, p. 278.

<sup>45</sup> Nació el 30 de octubre de 1893 en Celle, Imperio Alemán. Fue un abogado, militar, político y presidente del Tribunal Popular o Corte del Pueblo (*Volkgerichtshof*) de la Alemania Nazi; Fue uno de los más temidos e implacables jueces del nazismo; escenificaba farsas judiciales, era grosero y humillaba a los acusados que incluso les prohibía usar cinturón, para que los pantalones se les callera en plena audiencia. Admiraba al su colega juez soviético que presidió los procesos de Moscú; *Andrei Vyshinski*. Usaba métodos que incluso hasta los mismo nazis lo rechazaban. El 03 de febrero de 1945, el juez Freisler en una audiencia encontró la muerte, esto, tras la explosión de una bomba, hallando su cadáver bajo una columna dórica y con el expediente *Schlabrendorff* en mano. Cfr. EXORDIO LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. *Juez Roland Freisler*, 2015 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://www.exordio.com/1939-1945/personajes/freisler-roland.html>

<sup>46</sup> KURIOSO. *Roland Freisler. Probablemente el peor juez de la Historia*. 2011 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://kurioso.es/2011/10/25/roland-freisler-probablemente-el-peor-juez-de-la-historia/>

<sup>47</sup> Que incluía pena de muerte a menores de edad que repartían panfletos antibélicos, como los *Boy Scouts*. Así fueron sentenciados *Hulmeth Hübener* y 71 niños, para mayor información ver: VISIÓN BETA. *Tres Jóvenes Contra Hitler*. 2008 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <http://matiascallone.blogspot.com/2008/12/tres-jvenes-contra-hitler.html>

<sup>48</sup> GARCIA CUARTANGO, Pedro. *Roland Freisler, El veredicto de Dios*, 2018 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en [https://www.abc.es/historia/abci-roland-freisler-veredicto-dios-201801291030\\_noticia.html](https://www.abc.es/historia/abci-roland-freisler-veredicto-dios-201801291030_noticia.html)

ejecución de los jóvenes de la organización disidente Rosa Blanca<sup>49</sup>. Esta forma de crear instrumentos jurídicos o derecho por parte de los jueces del nazismo, sería el inicio de los que todos llamarían años más tarde se vendría con el activismo judicial del neoconstitucionalismo.

Una vez destruido el régimen nacionalista y puesto al descubierto el holocausto nazi, se inició –como ya lo señalamos- un proceso de recuperar el derecho en la Europa continental, y de hacer justicia frente a los abusos del nazismo. Y en base a estas razones, se desarrolló uno de los grandes debates del siglo XX, que planteó una importante cuestión en relación a la moral y el derecho, llegando a la controversia de optar entre las teorías del derecho natural o del positivismo jurídico. Nos referimos al gran debate que se inició en el Juicio de Núremberg, que según Eduardo Jourdan: *“fue el intento más desarrollado de ofrecer una respuesta jurídica a uno de los desafíos más terribles al que se haya enfrentado la humanidad (...) La creación del tribunal no resultó una cuestión simple, por lo que, el reto principal era ver qué tipo de soluciones podía y debía brindar la comunidad internacional, por una parte, en atención al castigo de los culpables, y por otro lado, como prevención para que hechos semejantes no volviesen a suceder”*<sup>50</sup>; en la historia del derecho.

Otras de las cuestiones planteadas en el juicio de Núremberg y que fue de mucha preocupación para muchos iusfilósofos de la época es: *“Si los abogados son capaces de cometer crímenes horribles, que se entiende incluso hasta el asesinato en masa, aun cuando sean vistas como actuaciones jurídicas realizadas dentro de un contexto de funciones normativas consideradas legales”*<sup>51</sup>. Demostrándose en los juicios, que los jueces también pueden ser responsables por los crímenes de

---

<sup>49</sup> O *Die Weibe Rose*, fue un grupo de resistencia organizado en la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial, que abogaba por la resistencia no violenta contra el régimen. Fue fundado en junio de 1942 y extinto hasta febrero de 1943, para mayor información ver: ROMMEL, Erwin. *La Rosa Blanca*, 2011 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://www.lasegundaguerra.com/viewtopic.php?t=9190>.

<sup>50</sup> JOURDAN MARKIEWICZ, Eduardo J. *La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. La crisis del Positivismo* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Eduardo-Javier-Jourdan-Markewicz-Argentina.pdf>

<sup>51</sup> JOURDAN MARKIEWICZ Eduardo J. *La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. La crisis del Positivismo* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Eduardo-Javier-Jourdan-Markewicz-Argentina.pdf>

guerra, pero sobretodo, por la perversa administración de la ley y su aplicación arbitraria que formaban parte de la política discriminatoria y de exterminio.

Es más estos hechos fueron acreditados en varios de los juicios en Nüremberg, como es en el juicio *The United States of America vs Josef Altstotter, et al*, donde el fiscal jefe general Telford Taylor declaró: *“Este caso es inusual en que los demandados están acusados de los delitos cometidos en nombre de la ley. Siendo los acusados jueces y juristas alemanes, y cuyos cargos acusatorios consistieron en la aplicación, y ejecución de todas aquellas leyes promulgadas por Hitler”*<sup>52</sup>. Pero en su defensa, los jueces alegaban su inocencia invocando el principio del führer, es decir, limitándose con lo impuesto en la ley, queriendo usar la ley como medio de exculpación de la perversión judicial. Esta interpretación hecha por los acusados, fue la que permitió al Tribunal de Nüremberg, imputarles el delito de asesinato judicial, por haber pervertido el sistema judicial, y por haberla convertirlo en un sistema de brutalidad. Resultando insuficiente por parte de los acusados, el alegar el cumplimiento de órdenes recibidas por parte de los superiores.

No obstante, una objeción muy debatida en el juicio de Nüremberg, fue la objeción sobre la base de la irretroactividad, puesto que, a los procesados no se les estaba acusando de acuerdo al derecho nacional vigente, sino que se les acusaba de un delito que no existía en el derecho internacional, es decir, por un delito creada posteriormente a los hechos, como es el artículo 06º del Estado de Londres<sup>53</sup>. Pero esta objeción debatible resulto ser superada; debido a que, se consideraría según el Tribunal de Nüremberg: *“la vigencia del derecho natural, cuya presencia data de los siglos XVII y XVIII, y en la terminología actual como núcleo del derecho penal. Y en consecuencia, el régimen nazi era ilícito, desde sus orígenes, y continuó siéndolo, durante todo su desarrollo”*<sup>54</sup>. De esta manera, los crímenes que había

---

<sup>52</sup> GÓMEZ PÉREZ, Javier. *Los 13 Juicios de Nüremberg. Un análisis completo de los 13 juicios celebrados en Nüremberg*. Edición Kindle Libro electrónico, 2013.

<sup>53</sup> Artículo 06, El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 01º del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje de Europa estará facultado para juzgar y condenar (...) crímenes que recaen bajo la competencia del tribunal respectivo de los cuales habrá responsabilidades personales: “a) *Crímenes contra la paz* (...) b) *Crímenes de guerra* (...) c) *Crímenes contra la humanidad*”.

<sup>54</sup> Argumento utilizado por el Tribunal de Nüremberg contra los principales responsables, y el punto de partida de la ley N° 10.

cometido el régimen nazi, no tendrían ningún problema en la aplicación del principio de retroactividad, por lo que, las leyes que estuviesen en contra del derecho natural, resultarían invalidadas desde el momento de su publicación.

Uno de los iusfilósofos alemanes sobrevivientes a la segunda guerra mundial fue Gustav Radbruch<sup>55</sup>, quien condenó los actos criminales que había cometido el régimen nacionalista. Señalando que en todas partes se habían levantado una lucha contra el positivismo jurídico, por lo que estos, se habían apoyado en la idea que *por encima de todo se debe cumplir las leyes*. Esta idea sería objetada más tarde por el iusfilósofo alemán, señalando que: *“Donde no hay ni siquiera un intento de la justicia, donde la igualdad, el núcleo de la justicia, es traicionado deliberadamente la expedición de la ley positiva, entonces no es más que “la ley defectuosa”, careciendo por completo de la naturaleza misma de la ley”*<sup>56</sup>. Con esta referencia, empezaría Radbruch, su propia lucha contra el positivismo jurídico, dando una visión alternativa de lo que significaría la ley, e iniciando su propia tesis o fórmula para salvar al derecho.

Pero antes de centrarnos en las aportaciones del iusfilósofo alemán, debemos señalar que previamente a la segunda guerra mundial, Gustav Radbruch era defensor y partidario del positivismo, a tal punto que defendía los principios del régimen nacionalistas-socialista, que eran *las órdenes son órdenes* o como ya lo habíamos señalados la ley es la ley. Según declaraciones de Radbruch antes de los acontecimientos ocurridos en la Alemania nazi, señalaba que: *“La existencia de un orden jurídico es más importante que su conveniencia de justicia, que constituye la segunda tarea de la ley, mientras que la primera, igualmente aprobado por todos,*

---

<sup>55</sup> Jurista alemán, nacido en Lübeck en 1878, fue ministro de justicia y profesor universitario en Heidelberg, Königsberg y en Kiel. Sus obras muy importantes en su carrera fueron: “Introducción a la filosofía del Derecho” y “El Derecho Supralegal”, que se desprendería la famosa Formula de Radbruch, en la que postularía que el derecho extremadamente injusto no es derecho, aporte que serviría de mucha ayuda para los fundamentos del Tribunal Supremo Federal Alemán en las sentencias contra los guardias fronterizos de la República Democrática Alemana. Muere en Heidelberg en 1949, para más información ver CALVO GONZÁLEZ, José. “Reseña de “Gustavo Radbruch. Juriste de gauche sous la République de Weimar” de Le Bouedec, Nathalie”. *Revista de Estudios Historicos-jurídicos*, Nº XXXIII, 2011, 711-718.

<sup>56</sup> RADBRUCH, G., *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes. En la obra colectiva Derecho Injusto y Derecho Nulo*, Madrid, Editorial Aguilar, 1971, p. 26.

*es seguridad jurídica, que es el orden o la paz*<sup>57</sup>. Mostrando de esta manera, que el criterio de seguridad jurídica debería primar ante cualquier caso de conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia. Y de tal forma, los jueces deberían garantizar la protección de la seguridad jurídica, y por consiguiente una lealtad absoluta a la ley.

Sin embargo, este pensamiento jurídico positivista en Radbruch sería modificado tras la caída del régimen nacionalista-socialista, renunciando de esta manera su criterio o visión positivista por las atrocidades en nombre de la ley, cometidas por los juristas, abogados y oficiales del régimen nazi. Formulando de esta forma su posición ante un supuesto conflicto que surja entre la seguridad jurídica y la justicia, expresando que: *“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como Derecho injusto ante la justicia*<sup>58</sup>. De esta manera, cuando la ley no trataría ni siquiera de lograr la justicia, entonces no sería ley, por lo que carecería de justificación legal, perdiendo de este modo su validez y aplicación, por quebrantar principios fundamentales de justicia y humanidad.

Autores como Rudolf Stammler y Emil Lask, fueron de inspiración para que Gustav Radbruch pudiera modificar su visión positivista. Por una parte, Rudolf Stammler: *“influiría en el pensamiento de Radbruch con sus trabajos acerca de la idea del derecho y el derecho justo, para este autor la filosofía del derecho tiene una doble misión, el desenvolver el concepto del derecho y ver como aparece en la vida humana, así como enseñar en qué consiste la justicia*<sup>59</sup>. Por otra parte, Emil Lask: *“aportaría con el tratamiento del dualismo metódico y la consideración del derecho como ciencia; además, por su dedicación a los valores del derecho, entendidos bajo las formas personalistas y transpersonalistas; así como el abordaje de la relación*

---

<sup>57</sup> DREIER, Ralf. *Gustav Radbruch, Hans Kelsen y Carl Schmitt. Estado y Derecho*, Editorial Springer, 1998, p. 192.

<sup>58</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*, traducido por J. Medina Echevarría, Cuarta Edición, Granada, Editorial Comares S. L. Granada, 2008, p. 384-391.

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. “La idea del derecho en la filosofía de Gustav Radbruch”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 6, julio 2007, 29-56, 34.

*existente entre el derecho natural y la filosofía crítica del valor*<sup>60</sup>. Posturas que fueron de mucha ayuda para asentar las bases de su pensamiento e iniciar su propia teoría con el relativismo de los valores, teoría que parte de “*la tesis de la existencia de una idea clara, reconocible y comprobable del derecho justo*”<sup>61</sup>. Ahora bien, de estas consideraciones, podemos advertir en la concepción iusfilosofía de Radbruch, la existencia de un pensamiento claramente iusnaturalista<sup>62</sup>, no solo por tener como prioridad a la justicia en caso de conflicto o tener una consideración valorativa del derecho justo, como ya lo señalamos, sino por tener un filosofía que reposaría: “*sobre la naturaleza del hombre y la naturaleza de las cosas; en parte sobre la idea del derecho y en parte sobre la materia*”<sup>63</sup>. Criterios que lo consagraría como uno de los iusfilósofos alemanes predicadores del Derecho Natural, por concebir una postura más humanista del derecho, tras conocer las atrocidades cometidas por el régimen nacionalista-socialista. Creemos que el reconocimiento de otras teorías ayudó a Radbruch, a dar un giro a su pensamiento iuspositivista, de abandonar lo que antes predicaba *la ley es la ley* y pasar a proteger los derechos de la naturaleza humana a través de: la moral como fundamento de validez del derecho<sup>64</sup>. Es más, aportando fórmulas que ayudarían más adelante en la toma de decisiones por parte de los tribunales federales alemanes como es, *la fórmula de la intolerancia y la fórmula de la negación*<sup>65</sup>.

Finalmente, tras los sucesos desarrollados después de la segunda guerra mundial y el juicio de Nüremberg; el cambio radical de criterios por parte de los iusfilósofos, y varios sucesos relevantes; surge lo que se ha calificado como el *segundo renacimiento del iusnaturalismo*. Esta calificación lo señala el iusfilósofo Recaséns Siches, citado por Antonio Pérez Luño, manifestando que: “*El primer renacimiento*

---

<sup>60</sup> IBID, p. 35.

<sup>61</sup> RADBRUCH, Gustav. *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho*, traducido por Aníbal del Campo, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1980, p. 95.

<sup>62</sup> Más acerca de su giro del positivismo al iusnaturalismo, ver: GARCIA MANRIQUE, Ricardo. “Radbruch y el valor de la seguridad jurídica”. *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 21, 2004, 261-286, 277.

<sup>63</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducido por Wenceslao Roces, 4ta Edición, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 25 y 26.

<sup>64</sup> RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Op. Cit., p. 96-105.

<sup>65</sup> Fórmulas que son detalladas por: REYES MOSSOS, Marcela. “La fórmula de Radbruch: una cuestión de iusnaturalismo”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, VOL. VII, Nº 13, Enero-Junio 2016, 7-26.

*se había producido desde principios de nuestro siglo como superación de los esquemas teóricos del positivismo jurídico, pero ha sido, sin duda, el segundo renacimiento al superar la dimensión práctica en que el positivismo jurídico había cristalizado, el que había revestido mayor intensidad y difusión*<sup>66</sup>. Era natural que varios pensadores de la época se replantearan una meditación sobre la vuelta al iusnaturalismo, lo hizo Radbruch, y por qué no podrían hacerlo los demás. También era natural que el positivismo jurídico pasaba por un mal momento, pero eso no era un impedimento para que la nueva generación de iuspositivistas enmarquen jornadas acerca de la mejor concepción del derecho, que más adelante se detallará.

Otro de los acontecimientos que nos llevó a concluir la existencia de una crisis en el positivismo jurídico, es por la simple razón, que el mundo jurídico del siglo XX, estaba evolucionando a las nuevas formas de Estados de Derecho Modernos; por el cual, esto traería algunas causas de crisis contemporánea del positivismo jurídico, según Rachel Hernández Arteaga estas causales serían: *“el auge del constitucionalismo moderno, el establecimiento o la búsqueda de los estado de derecho, la insuficiencia de los ordenamientos jurídicos que impulsan a la integración, y por último, la visión marxista-leninista sobre el derecho*<sup>67</sup>. Causales que modernizarían la nueva visión contemporánea del derecho en los nuevos Estados Constitucionales, y que para muchos precursores entraríamos ante un imperio de los principios constitucionales, y posiblemente ante un ejercicio abusivo del derecho en las decisiones judiciales.

## **1.2.- Los precursores del neopositivismo y el nopositivismo.**

### **1.2.1.- El legado del positivismo: la reconstrucción después del desastre.**

Con el paso del tiempo algunos autores hablaron de decadencia del positivismo, otros de autodestrucción, pero lo que nosotros no podemos negar, es que si hubo una crisis en esta corriente, a pesar de su papel dominante en la filosofía

---

<sup>66</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Primera edición, Lima, Editorial Jurista Editores, 2008, p. 232.

<sup>67</sup> HERNÁNDEZ ARTEAGA, Rachel, *La crisis del positivismo jurídico* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15192&revista\\_caderno=15](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15192&revista_caderno=15)

contemporánea; el positivismo cayó en crisis por dos aspectos muy relevantes. El primero, es porque hubo una crisis externa, como lo ya mencionado en el subcapítulo anterior, donde es acusado por el iusnaturalismo por haber propiciado un totalitarismo en el régimen nazi. Y la segunda más trascendental, es porque hubo una crisis interna respecto a la disconformidad de posiciones en las teorías iuspositivistas, por lo que se debe subrayar que la principal decadencia de esta corriente positivistas fue el resultado de refutaciones y críticas internas.

Por su parte Georg Henrik Von Wright citado por Ángel Sánchez de la Torre, por su parte, señala que: *“ha sido testigo de la consolidación y crisis del positivismo jurídico, ya que al igual que el positivismo lógico, el positivismo jurídico contemporáneo fue modelado y defendido por muchos filósofos, por lo que su contribución a de la naturaleza del derecho ha sido significativa”*<sup>68</sup>. Pero para respaldar una de estas doctrinas, que tenían conexiones contingentes era necesario distinguir entre ambos tipos de positivismos. Por el cual, era interesante destacar que en ambos casos, el cambio y evolución de esas tesis ha sido, en gran medida, el resultado de discusiones internas al proyecto positivistas, y en consecuencia, rechazadas o consideradas incoherentes por otros positivistas.

Tras la devastación en la Europa continental del siglo XX producida por la segunda guerra mundial, se inició un proceso de reconstruir el ámbito social especialmente el ámbito del derecho. Por lo que, en la ciudad de Bellagio, Italia en 1960 se realizaron grandes encuentros con pensadores iuspositivistas, con la finalidad de afrontar los altos cargos que se le acusaba, por haber promovido con sus tesis positivistas la obediencia a las normas en los regímenes fascista y nacionalista. Estos encuentros que posteriormente se transformaron en jornadas, tal como señala Morales Luna: *“No solo se convocó a los principales exponentes positivistas, entre ellos Norberto Bobbio, Alf Ross y H.L.A. Hart, sino que supuso un inusual encuentro entre juristas italianos y de la tradición del Common law”*<sup>69</sup>. Esto con el propósito de analizar la gravedad de los hechos producidos, las acusaciones recibidas y la

---

<sup>68</sup> SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. *Pensado el Derecho en el Siglo XX*. Primera edición, Madrid, editorial Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003, p. 61.

<sup>69</sup> MORALES LUNA, Félix. De Bellagio a Pavía. “Auge y crisis del positivismo jurídico italiano”, en *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2013, 27-54, 29.

mejora en el método de estudio del derecho, para que no vuelva a suceder la gran perturbación del derecho.

Un tema muy importante que se trató en estos debates, fue si tomar partido entre el iusnaturalismo y el positivismo. Pero esta idea trajo muchas discrepancias entre las escuelas, por lo que, algunos pensadores aún calificaban al derecho natural como una ideología conservadora. Quedando así descartada la posibilidad de optar una posición iusnaturalista, además quedando de manifiesto, lo que posteriormente se referiría Arthur Kaufmann: *“Que se encuentra hoy y de nuevo ahora tendencias neopositivistas, pero su argumento más importante y a menudo único, es negativo: el rechazo de la doctrina del derecho natural; ellas no tienen una fuerza real”*<sup>70</sup>.

Por otra parte, algunas posiciones del mismo bando positivista, se acusaban entre ellos, como lo manifiesta el profesor Pablo Navarro: *“algunos positivistas jurídicos, como Alf Ross (que ha sido positivista lógico) y Adolphus Hart han tenido algunos enfrentamientos con otros positivistas reconocidos, esto es; por una parte, Ross rechazó el concepto de validez como fuerza vinculante de las normas defendido por Kelsen, y acusó a este último de ser un “cuasi-positivista”, que era una versión degenerada del iusnaturalismo. Y por otra parte, Hart se queja de Joseph Raz cuando este último rechaza la tesis semántica del positivismo, dado que esta tesis afirma que las expresiones del vocabulario normativo, “derechos”, “obligaciones”, etc., tienen diferentes significado en contextos jurídicos y morales, y según Hart; el rechazo de la tesis semántica conduce a Raz a ofrecer una rama de olivo a aquellos que sostienen que hay una importante conexión conceptual entre derecho y moral”*<sup>71</sup>. Estos enfrentamientos entre los líderes de las concepciones positivistas, son considerados como síntomas en la que el positivismo jurídico se encontraba en una situación conceptualmente inestable, en la que cae en posiciones antipositivas.

Durante el encuentro, hubieron dos grandes obras que sobresalieron en los debates y que fueron muy esclarecedores para los asistentes, estas obras fueron primero, la de Norberto Bobbio, *Sul positivismo giuridico*, que al español lo ponemos

---

<sup>70</sup> KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, traducido por Luis Villar Borda, Bogotá, Editorial Temis, 2007, p. 12.

<sup>71</sup> NAVARRO, Pablo E. *Los Límites del Derecho; Estudios sobre los Compromisos Conceptuales del Positivismo Jurídico*, Primera Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2005, pp. 10 y 11.

encontrar como: el problema del positivismo jurídico<sup>72</sup>; y la segunda, la de Alf Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural*, que al español la podemos encontrar como: el concepto de validez y otros ensayos<sup>73</sup>; obras que el profesor Genaro Garrió en su momento las denominó: “*el espíritu de Bellagio*”<sup>74</sup>, porque buscaba orientar, mejorar, el método de estudio de lo que significaba el derecho.

Con respecto al filósofo danés Afl Niels Christian Ross<sup>75</sup>, en su obra mencionada, sostuvo una posición empírica o empirismo jurídico. Propuso un significado y una caracterización propia del positivismo jurídico, ya que dicha expresión en la mayoría de casos era usada vagamente<sup>76</sup>, y sin connotación definida. Por ello, expresó que: “*Me parece razonable tomar la expresión “positivismo jurídico” en sentido amplio, como significando una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica (...) La vaga expresión “principios empiristas” puede ser interpretada*

---

<sup>72</sup> Obras que consultaremos para el desarrollo de nuestro trabajo en: BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, Traducido por Ernesto Garzón Valdés, Primera edición, México, Distribuciones Fontamara, 1991.

<sup>73</sup> Obras que consultaremos para el desarrollo de nuestro trabajo en: ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Distribuciones Fontamara, 2014.

<sup>74</sup> CARRIO, Genaro. *Dworkin y el positivismo jurídico*, México, Instituto de la Investigaciones Filosóficas, 1981, p.57.

<sup>75</sup> Nació en Copenhague, Dinamarca el 10 de junio de 1899, fue un filósofo del Derecho danés, estudió en su ciudad natal y completo estudios en Viena con Kelsen (1924 – 1925), obtuvo el doctorado en Uppsala (Suecia) bajo la dirección de Axel Hagerstron con una tesis en que seguía a Kelsen, pero criticaba algunas ideas como la contradicción de la eficacia y pureza del derecho, tesis que fue publicada en alemán con el título de “Teoría de las Fuentes del Derecho”. Fue representante del Realismo Jurídico Escabinado, corriente que postula la representación del Derecho vista desde un punto de vista realista y sociológico. Perteneció a la escuela empirista-emitivista de la filosofía del derecho. Tiene grandes obras como: *Hacia una Ciencia realista del derecho* (1961); *Sobre el derecho y la justicia* (1963); *El concepto de validez y otros ensayos* (1969); entre otros. Murió el 17 de agosto de 1979. Cfr. SANCHEZ, Ana. *Alf Ross*, 2015 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://prezi.com/6o8zmzks4qye/alf-ross/>; y en <https://es.scribd.com/doc/310392465/Alf-Ross>

<sup>76</sup> Por lo que, para Ross es muy importante la expresión lingüística, entendida como un arreglo consiente del lenguaje en el uso efectivo, oral o escrito. Esta explicación es muy importante para Ross, dado que expresiones diferentes pueden tener el mismo significado, así como la misma expresión puede, según las circunstancias, tener una diversidad de significados. Para nuestro autor es posible distinguir entre tres tipos de expresiones lingüísticas: 1) Expresiones de aserción, es decir, con expresiones con significado representativo; 2) Exclamaciones, esto es, expresiones sin significado representativo y con las que no se pretende ejercer influencias; y 3) Directivas, esto es, expresiones sin significado representativo que son usadas con el propósito de ejercer influencia. Ahora bien, teniendo en cuenta estos antecedentes, nos preguntamos ¿A cuál de estas categorías pertenece las oraciones que se encuentran en las reglas jurídicas? Pues ellas pertenecen a las directivas, por lo que, para las leyes se sancionan para dirigir el comportamiento de los hombres, a fin de que actúen de una cierta manera deseada. Cfr. ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2005, p. 6-8.

de varias maneras. Tal como la entiendo, conduce a dos tesis fundamentales que para mí constituyen el núcleo del positivismo jurídico; Primero, la tesis de que la creencia en el derecho natural es errónea. No existe tal derecho, todo derecho es positivo; La segunda tesis, del positivismo jurídico es una doctrina que pertenece a la teoría o metodología de la ciencia del derecho<sup>77</sup>. Formándose de esta manera, para los seguidores de Ross, uno de los primeros significados y caracterizaciones del positivismo jurídico<sup>78</sup>, que les daría sentido a sus teorías, sin recurrir a los principios naturales de la escuela del derecho natural, como única solución de los problemas acontecidos en la mitad del siglo XX y en adelante.

Además Ross propuso esclarecer hasta qué punto se pueden oponer el positivismo jurídico y el derecho natural. Debido a que, si bien es cierto, ambas corrientes son consideradas antagónicas, esto solo se debería a una cuestión de clasificación y terminología, como así lo expresa: *“Si un jusnaturalista quiere reservar el término “derecho” para un orden reservado de algún valor moral, es porque quiere destacar terminológicamente la diferencia moral entre diferentes sistemas. Y si un positivista prefiere clasificar como orden jurídico típico, cualquiera sea su valor moral, es porque quiere destacar terminológicamente, la similitud fáctica estructural entre sistemas diversos, cuales quiera sean sus calificaciones morales. Personalmente, yo prefiero un criterio conceptual basado en la convivencia científica y no en consideraciones morales (...) Si, no obstante, todos entienden claramente el carácter terminológico de la cuestión, no hay razón para tomar en serio la discrepancia”*<sup>79</sup>. Terminologías que posteriormente no lograron aclarar, ni convencer, por la simple razón de que Ross, lleva el estudio del derecho natural al ámbito ético y moral. Llegando a confundir la validez del derecho no solo como una fuerza moral intrínseca (la fuerza obligatoria) compuesta por amenazas que obligan a las personas, sino también a confundir la validez del derecho como una fuerza inherente (la fuerza obligatoria inherente a un ordenamiento) compuesta por obligaciones o deberes morales que derivarían de los principios del derecho natural.

---

<sup>77</sup> ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, Op. Cit., p. 08-09.

<sup>78</sup> Para mayor información ver CARRIÓ, Genaro R. “Nota sobre la entrevista de Afl Ross”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 7, Nº 13, 2009, 187-205, 189-190.

<sup>79</sup> ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, Op. Cit., p. 18.

Con respecto al filósofo italiano Norberto Bobbio, al quien consideramos también un de los pensadores más destacados del siglo XX, por la defensa por la dignidad y los derechos humanos; como por la tolerancia y la democracia; pero sobre todo por su notable desarrollo en la teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento jurídico<sup>80</sup>. Nos deja en su filosofía Bobbiana una de la enseñanza o característica propia del autor, que es “*el de la duda*”. Pero de una duda especial propia por varios motivos, como lo señala Rafael de Asís: “*En primer lugar, porque no es fruto de la ausencia de criterios con los que valora los diferentes problemas, sino más bien, de su abundancia. En segundo lugar, porque no es posible catalogar a Bobbio como un escéptico ni incluso como un relativista en sentido estricto*”<sup>81</sup>. Caracterización que nos llevaría a pensar, que no estamos ante un filósofo ordinario sino ante un filósofo templado<sup>82</sup>, con una gran virtud en el razonamiento científico para analizar los planteamientos o presupuestos, que nos llevaría a tener una reflexión abierta e inacabada.

Por otra parte, Norberto Bobbio<sup>83</sup>, para que pudiera desarrollar sus grandes obras, entre ellas la ya mencionada. Tendría que sostener una postura diferente a la que anteriormente se identificaba. Pues esta, tendría que derivarse de una teoría funcional del derecho, centrada particularmente en una epistemología analítico-empirista, y que supere al positivismo jurídico formal. En consecuencia, la

---

<sup>80</sup> Donde plasma criterios para su desarrollo, ver: BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, tercera edición, reimpresión, Bogotá, Editorial Temis, 2012, p. 03-265.

<sup>81</sup> DE ASÍS, Rafael. *Norberto Bobbio en castellano*, Madrid, HURI-AGE, 2009, p. 08.

<sup>82</sup> Es decir, un filósofo con prudente que intenta descartar las posiciones radicales y enfrentadas; integrando planteamientos diferentes y aminorando su distancia. En su propia Autografía intelectual, escrita en el curso sobre su figura y pensamiento celebrado en Santander expresa que: “*Hoy en día son necesarias más que nunca prudencia y paciencia y debe rechazarse la tentación de todo o nada. Ni esperanza ni desesperación. Ni Ernst Bloch ni Gunther Anders. Los admiro a ambos pero no los tomaría como guía*”. Cfr. DE ASÍS, *Norberto Bobbio en castellano*, Op. Cit., p. 08-09.

<sup>83</sup> Nació en Turín, Italia, el 18 de octubre de 1909. Fue profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Camerino desde 1935 hasta 1938, en Siena desde 1938 hasta 1940, y en Padua desde 1940 hasta 1948, volviendo por último a ejercer la docencia en Turín hasta 1979, fecha en la que fue nombrado profesor emérito de Filosofía Política. Tiene grandes obras como: *Sul positivismo giuridico* (1961); *El problema del positivismo jurídico* (1965); *Iusnaturalismo y positivismo* (1965); *Liberalismo y democracia* (1986); *Teoría General del Derecho* (1987); *Teoría General de la Política* (1999); entre otras. Fue nombrado senador vitalicio de Italia siendo Presidente de la Republica Sandro Pertini. Fue Doctor Honoris Causa por las Universidades de Paris, Buenos Aires, Complutense de Madrid, Bolonia, Chambéry y Carlos III de Madrid. Murió el 09 de enero del 2004. Cfr. DÍAZ, Elías. *Norberto Bobbio: Memoria española*, 2004 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en: <http://www.revistasculturales.com/articulos/83/sistema/133/1/norberto-bobbio-memoria-espaola.html>; y en: BIOGRAFÍAS Y VIDAS. *Norberto Bobbio*, 2004 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en: <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/bobbio.htm>

caracterización del derecho que adoptaría Bobbio, debería ser identificada en una determinada época histórica, y que se caracterice en tres significados<sup>84</sup> distintos de la expresión positivismo jurídico, entre ellos tenemos: “1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia”<sup>85</sup>. Expresiones que de algún modo, se encontrarían en una relación de dependencia, que no tendría implicación recíproca o unívoca, es decir, que la validez positivista de acercarse al derecho es totalmente independiente a la verdad o falsedad de otras teorías.

Con respecto a los diferentes aspectos o modo de acercarse al estudio del derecho, que recoge la filosofía Bobbiana plantea lo siguiente que: “El “método”, se trataría de la delimitación del objeto de la investigación, lo que revela cierta orientación hacia el estudio de algunos problemas más que de otros, y cierta actitud frente a la función misma de la investigación. Por “teoría”, entiendo un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generación y unificados después de un sistema coherente; no el modo de acercarse a una determinada realidad, sino el modo de entenderla, de dar una descripción y una explicación global de ella. Por “ideología” entiendo cierta toma de posición frente a una realidad dada; esta toma de posición está fundada sobre un sistema más o menos consciente de valores, se expresa en juicio de valor que tienden a ejercer cualquier influencia sobre la realidad misma, conservándola tal como es, si la valoración es positiva, modificándola, si la valoración es negativa”<sup>86</sup>. De esta manera, Bobbio separaría la escasa noción que aún existía en el positivismo jurídico como doctrina única, para ser diferenciada e identificada con rasgos metódicos, teóricos e ideológicos. Es más, nuestro autor desarrollaría una defensa a cada una de las tres expresiones de lo que significaría el derecho<sup>87</sup>, en el desarrollo de su obra.

---

<sup>84</sup> O como otros autores la denominan de diferentes maneras: caracterización, aspectos, estadios, enfoques, modos, dimensiones, etc. Las denominaciones, es una clara muestra como diferentes autores tienden a explicar la filosofía Bobbiana, desde sus propias perspectiva.

<sup>85</sup> BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 44.

<sup>86</sup> IBID, p. 45.

<sup>87</sup> Y para conocer la defensa realizada por el iusfilosofo Bobbio, pueden consultar su planteamiento en: BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 57-70.

No obstante, lo más trascendental para nosotros son las observaciones que tendría su teoría de las tres expresiones de lo que significaría el derecho. En primer lugar; con respecto al derecho como modo de acercarse al derecho, podemos advertir una clara observación, esto es, cuando se pretende determinar el derecho, distinguiéndole de a dos clases de derecho; uno real y el otro ideal, es decir, el derecho como hecho y el derecho como valor. Esta distinción para nosotros, no nos parece que corresponda a la forma metódica tradicional del positivismo jurídico, ni mucho menos a las teorías positivistas explicadas anteriormente en el presente trabajo, ya que nos veríamos obligados de aceptar la existencia de dos derechos. Creemos que el criterio ideal que quiere añadir Bobbio al método positivista, no es verdadero derecho en los términos positivistas, por lo que dicha distinción de lo que significaría el derecho, adolecería de precisión y es más se contradeciría en sus términos. Lo que podemos rescatar de este modo metodológico, es que Bobbio nos lleva a pensar, que el derecho positivo como método no es el único orden normativo, sino que existen otros órdenes normativos que sirven para regular las conductas de los individuos, como es la religión o la moral que tanto es discutido en los iusfilósofos. Este esfuerzo por realizar un mejor modo de ver el significado del derecho, lo podemos apreciar en la ya afamada mesa redonda sobre el positivismo jurídico, celebrada en Pavía en Mayo de 1966, cuando señala el mismo Bobbio: *"Tomo nota de que el positivismo jurídico está en crisis, no sólo como ideología y como teoría, como por lo demás yo mismo había ya admitido, sino también como modo de aproximación al estudio del derecho. He comenzado diciendo que el positivismo jurídico nació como elección científica, pero me sea permitido reconocer ahora que detrás de la elección científica había una exigencia política. Políticamente, el positivismo jurídico es la aceptación del status quo. En tanto tal, está sujeto, a sufrir los altos y bajos de la historia (...). Puesto que la concepción positivista del derecho implica la aceptación del status quo, es buena o mala según se considere buena o mal la situación a conservar"*<sup>88</sup>.

En segundo lugar; con respecto al derecho como teoría, es claro que nuestro autor no se inclina por las concepciones iusnaturalista o positivistas, esto debido a que

---

<sup>88</sup> GUTIÉRREZ CHÁVEZ, Jorge E. "Norberto Bobbio y el positivismo jurídico", *Critica jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. Año V, Nº 8, 1988, 59-72, 71.

adopta una posición intermedia, compartiendo ambas teorías. Pero lo que más destaca el autor, es el fenómeno jurídico que integra un poder soberano donde ejerce la función coactiva, integrándole a la ley una forma imperativa y de supremacía, llevándonos a la teoría positivista, que explique la naturaleza las fuentes y características del ordenamiento jurídico, pero sobre todo la función que desempeñan los jueces. Teniendo como resultado, una perspectiva contraria al significado de derecho como ideología.

Y finalmente, con respecto al derecho como ideología, se puede observar una contradicción en este argumento, cuando explica en su primer intento; que la valoración positiva del derecho como “es”, las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, es decir, un deber moral entendida como obligación interna o de conciencia. Con lo que posteriormente el autor explicaba en la defensa positivista, en su segundo intento expresa; que el deber ético de obedecer a la ley, se debe al criterio tradicional del iusnaturalismo, declarándose ideológicamente iusnaturalista. Y finalmente retracta su argumento señalando, dichas explicaciones no tienen una posición iusnaturalista o positivistas, sino más bien se trata de una argumentación de la vieja filosofía del derecho, que está basada en el temor de ser sancionado.

Como podemos apreciar, la filosofía bobbiana es poco clara al explicar el verdadero significado del modo de entender el derecho, en su naturaleza, fundamento, clasificación, etc., por lo que, si combinamos ambas teorías que son totalmente opuestas (según el criterio positivista), como resultado tendríamos una teoría ambigüedad e indeterminada. Invitando de esta manera Norberto Bobbio a muchos seguidores, a resolver el problema del positivismo jurídico creando nuevas tendencias que surgirían posteriormente, corriendo el riesgo de heredar una variedad de significados que hasta ahora se discute.

Desde la aparición hasta la crisis del positivismo, ha existido una pluralidad de debates entre diferentes concepciones positivistas, como es las reflexiones teóricas acerca de sus razones centrales, al igual que; las diferentes maneras de caracterizar el positivismo. Esto reflejaría una inflación de la distinción que se ha multiplicado en estos últimos años, como por ejemplo: *“es frecuente distinguir entre*

*positivismo positivo y negativo (Coleman), positivismo presuntivo y formalismo, positivismo simple y sofisticado, positivismo “blando” y positivismo duro, positivismo incluyente y positivismo excluyente (Waluchow)”*<sup>89</sup>. Todas estas clasificaciones y algunas<sup>90</sup> más del positivismo jurídico, intentan articular de la mejor manera las tesis centrales, que lo caracterizaría, por lo que este intento, demostraría las distintas confusiones conceptuales de las teorías, llegando a esconder algunas tesis que serían extrañas al positivismo jurídico (como es la fuerza moral del derecho o la dimensión normativa de la validez jurídica) y por ello conclusiones podrían generar todavía aún más confusión. La falta de una adecuada discusión sobre estos presupuestos conllevaría a que el positivismo jurídico, ofrezca una reconstrucción incoherente de las prácticas jurídicas, demostrado ser incapaz de dar respuesta a las interrogantes que son de verdadera importancia para la humanidad.

Este tipo problemas y confusión ha sido manifiesto por Hart, por lo que, según su tesis de separación entre derecho y moral, sería parte del núcleo conceptual del positivismo jurídico, y eso debido a que se sostiene que la separación conceptual entre derecho y moral, implica que la definición del concepto de derecho tiene que ser valorativamente neutral, o bien, que el derecho no tiene necesariamente valor moral positivo, como a continuación se explicará en la tesis hartiana.

### **1.2.2.- El “neo” o “post” positivismo de Herbert Lionel Adolphus Hart.**

Herbert Lionel Adolphus Hart<sup>91</sup>, es considerado un gran defensor de la corriente del “neo” o “post” positivismo jurídico del siglo XX, o como también es denominado por

---

<sup>89</sup> PÉREZ, *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Op. Cit., p. 57.

<sup>90</sup> La podemos encontrar en: ETCHEVERRY, Juan B. “El ocaso del positivismo jurídico incluyente”, *Revista Persona y Derecho*, VOL. 67, agosto-setiembre, 2012, 411-447; y en: JIMÉNEZ CANO, Roberto M. “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, *ISONOMÍAS*, N° 39, octubre 2013, 83-126.

<sup>91</sup> Nació en *Harrogate*, Reino Unido, el 18 de Julio de 1907, es considerado uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX. Estudió abogacía en *New College* (Universidad de Oxford) del cual se graduó en 1932. Al término de la Segunda Guerra Mundial, Hart pasa a desempeñarse como académico en Oxford, donde ocupó la cátedra de Jurisprudencia. Además, fue profesor visitante en varias universidades estadounidenses. Hart se inscribe en la corriente del pensamiento positivista; llamada jurisprudencia analítica, donde el análisis del lenguaje resulta un elemento fundamental a fin de una mejor comprensión del derecho. Sus obras más importantes son: *The Concept of Law* (1961), *Law, liberty and morality* (1963), *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), *Causation in the law* (1959), y entre otros. Fallece en Oxford el 19 de diciembre de 1992.

otros autores: “positivismo lógico”<sup>92</sup> o “positivismo normativista moderado”<sup>93</sup>; hasta incluso “iuspositivista incluyente”<sup>94</sup>. Esta defensa que realizaría Hart, es debido a las grandes falencias que ha tenido el positivismo jurídico en las diferentes teorías del derecho a lo largo de la historia. Por ello, trataría de vincular su teoría del derecho a las escuelas, como la teoría analítica jurídica, el positivismo jurídico y el utilitarismo anglosajón; considerándolas por el mismo autor, como apropiadas para acercarse al estudio del derecho. Es más toma como inspiración a dos corrientes iusfilosóficas, que influyeron en sus obras, como son: el primero, en la filosofía del derecho positivista inglesa, que tuvo como precursor a Th. Hobbes, como fundador a “Jeremy Bentham”<sup>95</sup>, y como sistematizador a “John Langshaw Austin”<sup>96</sup>; y el segundo en la filosofía analítica del lenguaje ordinario, quien tuvo como uno de sus máximos representantes al prolífico “Ludwig Wittgenstein”<sup>97</sup>.

Ahora bien, para que nuestro autor desarrolle su teoría del derecho, especialmente se centraría en la pregunta paradójica que es considerada por muchos autores

---

Cfr. MORA SIFUENTES, Francisco M. “Biografía Mínima de H.L.A. HART”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 9, noviembre 2017, 337-364.

<sup>92</sup> DABOVE, María I. “El Concepto de derecho en la teoría de H.L.A. Hart perspectiva tridimensional”, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho*, Vol. 36, 2003, 33-53, 41.

<sup>93</sup> PÉREZ, *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y la teoría del derecho*, Op. Cit., p. 54.

<sup>94</sup> MONTERO, Alberto J. *Derecho y moral. Estudio introductorio: tres autores Hart, Dworkin y Raz*, primera edición, México, UNAM, 2011, p. 194. Esta calificación es más que todo por indagar, la función crítica de la moral con respecto del derecho.

<sup>95</sup> Nació en Londres, Reino Unido el 15 de febrero del año 1748 en Houndsditch. Estudio en la Universidad de Oxford derecho, y a los diecinueve años empezó a ejercer como la abogacía. Entre sus amigos y seguidores más cercanos tuvo James Mill y a John Stuart Mill. Realizó trabajos atacando el sistema legal y judicial inglés, llegando a formular lo que hoy se conoce como Doctrina utilitarista, plasmando en su obra principal *“Introducción a los principios de moral y legislación”* (1789). Y Murió el 06 de junio del año 1832 en su misma ciudad de origen. Cfr. MORESO, José J. “Jeremy Bentham: Luces y sombras”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 47, Mayo-Julio 2013, 221-248.

<sup>96</sup> Nació en Lancaster, Reino Unido el 28 de Marzo de 1911. Fue estudioso de las lenguas clásicas, se especializó en la rama de la filosofía del lenguaje, en la que tratan el modo en que las palabras son utilizadas para aclarar los significados, por ello, utilizó el llamado método empírico. Fue catedrático de la filosofía moral en la universidad de Oxford entre los años 1952 y 1960. Su obra más conocida es *“How to Do Things with Words”* (1962), construyó su “teoría de los actos de habla”. Murió el 08 de febrero del año 1960 en la ciudad de Oxford, Reino Unido. Cfr. ESTRADA GALLEGU, Fernando. “John Langshaw Austin: Evolución, comunicación y lenguaje cotidiano”, *Revista Anagramas*, enero-julio 2006, 77-101.

<sup>97</sup> Nació en Viena el 26 de abril de año 1889 en Austria. Fue uno de los filósofos matemáticos, lingüísticos y lógicos más influyentes del siglo XX. Sus dos grandes obras más conocidas son: *“Tractatus Lógico-philosophicus”* (1921) y las *“Investigaciones Filosóficas”* (1953), llegando a marcar el desarrollo de la filosofía y la creación de una gran escuela. Murió en Cambridge el 29 de abril de 1951 en Reino Unido. Cfr. SÁNCHEZ NAVARRO, Jesús. “Las matemáticas del siglo XX. Una mirada en 101 artículos” en *Sociedad Canaria Isaac Newton de Profesores de Matemáticas*, España, Nivola, 2000, 215-218.

¿Qué es el derecho? y en base a esta pregunta, el autor realiza una clara reflexión: *“por una parte, constató la variedad de significados de la expresión “positivismo jurídico” algunos de ellos incompatibles entre sí; por otra, presentó el positivismo jurídico como una determinada tradición iusfilosófica sobre dos problemas sustanciales, a saber, el del concepto de derecho y el de las relaciones entre el derecho y moral”*<sup>98</sup>. Problemas sustanciales, que se desarrollarían en sus grandes obras, como: *“El Concepto del Derecho”*<sup>99</sup>, *“Derecho y Moral”*<sup>100</sup> y *“Law, Liberty and Morality”*<sup>101</sup>, obras que recogen una variedad de ensayos y en la que demuestra una vez más, la originalidad de su pensamiento. No obstante, además de que Hart pretendiera resolver el problema del concepto del derecho y la relación que éste tendría con la moral, la profesora María Isola Dabone identificaría otros problemas sustanciales adicionales en la que Hart se centraría, y a los que les denominaría: *Los cinco ejes temáticos*. Pero solo nos centraremos en tres ejes temáticos, que son: *“(…) La importancia jurídica que presenta el vínculo entre lenguaje y realidad (postulado que toma de la Analytical Jurisprudence); La distinción entre el punto de vista interno y el punto de vista externo (que permite observar dos problemas); y El concepto de reglas y clasificación en reglas primarias y reglas secundarias (de cambio, de adjudicación y de reconocimiento); (…)”*<sup>102</sup>. Todos estos problemas sustanciales o ejes temáticos serán desarrollados a continuación:

En primer lugar, respecto al problema sustancial *“El concepto del derecho”*. Nuestro autor propone desarrollar una teoría jurídica analítica, que permita explicar de una vez por todas la estructura general del pensamiento jurídico. Por ello, en su libro puntualiza una presentación del derecho, como lo señala John Finnis; *“En el concepto del derecho, debe “referirse al aspecto interno de las reglas, vista desde su punto de vista interno (el de los miembros del grupo)”, y “reproducir la manera*

---

<sup>98</sup> ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *H.L.A. Hart. Abogado del Positivismo Jurídico*. Primera edición, Pamplona, Editorial EUNSA, 1997, p. 15.

<sup>99</sup> Obras que consultaremos para el desarrollo de nuestro trabajo en: ADOLPHUS HART, Herbert L. *El Concepto de Derecho*, traducido por Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

<sup>100</sup> Obras que consultaremos para el desarrollo de nuestro trabajo en: ADOLPHUS HART, Herbert L. *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, traducido por Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1962.

<sup>101</sup> Obra que consultaremos para el desarrollo de nuestro trabajo que será traducida por nosotros: ADOLPHUS HART, Herbert L. *Law, Liberty and Morality*, New York, Oxford University Press, 1963.

<sup>102</sup> DABOVE, “El Concepto de derecho en la teoría de H.L.A. Hart perspectiva tridimensional”, Op. Cit., p. 39-40.

*en que las reglas funcionan en la vida” de tales miembros, es decir, en sus “reclamos, demandas, reconocimientos, críticas (...) y todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas”, la vida tal como la llevan aquellos para quienes las reglas cuentan como razones para actuar, y para quienes las violaciones cuentan como razón para hostilidad”<sup>103</sup>. De esta manera, Hart iniciaría la conceptualización del derecho en base a las diversas estructuras que platearía.*

En segundo lugar, respecto al problema sustancia del “*Derecho y moral*”. Podemos advertir en su teoría, la existencia de dos perspectivas muy distintas que pocos logramos entender, y esto sería porque tenemos por un lado, a la doctrina positivista de la conexión necesaria entre el derecho y la moral; y por el otro lado, a la doctrina positivista de la separación entre el derecho y la moral. Estas diferencias propias del pensamiento hartiano, será explicada de esta manera:

Por un lado, según la doctrina de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, el mismo autor nos explica que: *“La pretensión de que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral tiene mucha variante importancia. Hay muchas interpretaciones posibles de los términos claves “necesaria” y “moral” (...). La forma más clara de expresión de este punto de vista, quizá porque es la más extrema, es aquella asociada con la tradición tomista del derecho natural (...). Otras variantes de este punto de vista general ven de modo diferente el statuto de los principios de la moral y las consecuencias de la contradicción entre el derecho y esta última (...)”<sup>104</sup>. De esta manera, nuestro autor no niega la existencia de la relación existente entre el derecho y la moral, ni niega que las normas jurídicas puedan tener contenido moral, es más, analiza los argumentos principales del iusnaturalismo como: los principios de la verdadera moral o justicia y las normas o leyes humanas, cuyos argumentos deben ser comprendidos como criterio uniforme sin esencia.*

Además, Hart admite la vinculación del derecho y la moral realizando tres tipos de distinciones conceptuales. La primera, referente a la diferenciación entre la moral y la justicia; la segunda, referente a la demarcación entre reglas morales y reglas

---

<sup>103</sup> FINNIS, John. “Sobre los caminos de Hart: El Derecho como razón y como hecho” en *El Legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, traducido por Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, 29-58, 29-30.

<sup>104</sup> ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 194-195.

jurídicas; y la tercera, referente a la determinación de la función del derecho natural y el reconocimiento de un contenido mínimo. En la primera distinción conceptual de la moral y la justicia, manifiesta que: *“La justicia, constituye un segmento la moral que no se refiere primariamente a la conducta individual sino a las formas como son tratados clases de individuos (...) Los principios de justicia no agotan la idea de moral; y no toda la crítica del derecho hecha sobre fundamentos morales es formulada en nombre de la justicia”*<sup>105</sup>. En la segunda distinción entre las reglas morales y las reglas jurídicas, el profesor de Oxford realiza una argumentación distinguiendo las reglas de una sociedad primitiva de las de una sociedad moderna, reconociendo que la primera, es caracterizada por contar con reglas primarias, y la segunda, es caracterizada por contar con las reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación, determinando nuestro autor las diferencias de cada grupo normativo; *“(i) Importancia, (ii) Inmunidad al cambio deliberado, (iii) Carácter voluntario de las transgresiones morales, (iv) La forma de presión moral”*<sup>106</sup>.

En la tercera distinción referente a la determinación de la función del derecho natural y el reconocimiento de un contenido mínimo. Una vez más, Hart admite la conexión necesaria del derecho y la moral, a través del contenido mínimo del derecho natural, señalando que *“(...) El derecho y la moral debe incluir un contenido específico. La forma general del argumento es simplemente que sin tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí. En ausencia de este contenido, los hombres, tales como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla (...). Es importante subrayar la conexión distintiva racional, que hay en este enfoque, entre los hechos naturales y el contenido de las reglas morales y jurídicas, porque es a la vez posible e importante investigar formas totalmente distintas de conexión entre los hechos naturales y las reglas morales o jurídicas”*<sup>107</sup>. Además, nuestro autor identifica algunas verdades obvias o reglas estáticas que imponen obligaciones necesarias, en la que son inmodificables por los individuos, estas son: *“(i) Vulnerabilidad humana, (ii) Igualdad aproximada, (iii)*

<sup>105</sup> ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 208.

<sup>106</sup> Para conocer más de las diferentes características de cada grupo normativo ver ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 215-228.

<sup>107</sup> ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 239.

*Altruismo limitado, (iv) Recursos limitados, (v) Comprensión y fuerza de voluntad limitadas*<sup>108</sup>. Verdades obvias que constituirían al contenido o al núcleo de la naturaleza humana, compartiendo la teoría clásica del derecho natural, e insertando lo que Hart defendería como la moral interna del Derecho.

En la obra cuyo tema *¿Hay derechos naturales?*, el propio Hart, demuestra también la aceptación de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, por la simple razón, que existen derechos en el campo de la moral, como es el derecho a la igualdad y el derecho a la libertad, explicando además que: *“El término Derecho (en sentido objetivo) “delimita un área de moralidad. El área a que pertenecen conceptos tales como los de justicia, equidad, derecho y obligación”*<sup>109</sup>. Es más en su libro *Law, liberty and Morality*, defiende valores universales como la vida, la libertad, seguridad, y entre otros, señalando que: *“Valores universales como la libertad, la seguridad de la vida y la protección frente al daño (...) y la preservación de cualquier sociedad tiene valor porque, entre otras cosas, asegura para los seres humanos alguna medida de estos valores universales”*<sup>110</sup>. De esta manera, Hart lo que intenta es darle prioridad a los valores universales de los seres humanos, en la que ningún ordenamiento jurídico pueda atentar contra ellos, como lo ocurrido en el régimen nacionalista-socialista ya antes explicado.

Por lo tanto, el apoyo a la tesis de la conexión necesaria del derecho y la moral, quedaría impreso en sus formuladas adoptadas, llamando la atención de muchos autores neopositivistas, por el simple hecho que afectaría la tesis central del

---

<sup>108</sup> Cuando hablamos de “Vulnerabilidad humana”, nos referimos a las abstenciones, prohibiciones de la violencia que conducen a matar o causar daño. Cuando hablamos de “Igualdad aproximada”, nos referimos a hacer evidente la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, que está en la base tanto de la obligación jurídica como el de la obligación moral. Cuando hablamos de “Altruismo limitado”, nos referimos a que los hombres no son demonios, ni tampoco ángeles; y el hecho que sea un término medio, es algo que hace que un sistema de abstenciones mutuas sea a la vez necesario y posible. Cuando hablamos de “Recursos limitados”, nos referimos a que los seres humanos necesitan alimentos, ropa y resguardo, por lo que, necesitan ser construida por el ser humano. Y de esta forma nace la institución de la propiedad y el tipo de distintivo de reglas que exige que se respete. Y por último, cuando hablamos de “Comprensión y fuerza de voluntad limitadas”, nos referimos más que todo a que hace falta “sanciones”, como motivo de una “garantía” de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen. Si no hubiera tal organización, obedecer sería arriesgado a tener la peor parte. Dado este peligro, lo que la razón reclama es cooperación voluntaria dentro de un sistema coercitivo. Cfr. ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 240-245.

<sup>109</sup> ADOLPHUS, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Op. Cit., p. 67.

<sup>110</sup> ADOLPHUS, *Law, Liberty and Morality*, Op. Cit., p. 70.

positivismo jurídico, poniendo en duda la concepción positivista que se tenía hacia Hart. Pero nuestro autor, buscaría la manera de salir del aprieto sin dejar de ser iuspositivista, esta vez argumentando que solo se trataría de una conexión que no es necesaria, y por lo tanto, contingente, desarrollando de esta manera la teoría de la separación conceptual del derecho y la moral.

Por otro lado, según la doctrina de la separación conceptual entre el derecho y la moral, se puede constatar que esta teoría es la más defendida por los iusfilósofos positivistas de Bentham y Austin e incluso por nuestro autor, ya que como él mismo señala que: *“Es posible apoyar la separación entre el derecho y la moral y valorar positivamente las investigaciones analíticas acerca del significado de los conceptos jurídicos”*<sup>111</sup>. Es más crea una tesis propia de la separación conceptual entre el derecho y la moral, que sería incluida en *“las diez tesis centrales”*<sup>112</sup> de la tradición positivista, cuyo tenor señala que: *“Ninguna referencia a la justicia u otros valores morales entran en la definición del derecho, y que el hecho de que una regla jurídica sea moralmente inicua o injusta no implica que sea inválida o que no sea derecho”*<sup>113</sup>. Quedando demostrado una clara expresión de la tradición utilitarista, y de las teorías centrales que la integrarían.

Esta tesis positivista de la separación conceptual del derecho y la moral, nos da a entender que: *“No hay conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho como es y el derecho como debe ser; o que en ningún sentido es una verdad necesaria que las leyes reproducen o satisfacen ciertas exigencias de moralidad, aunque en la práctica a menudo lo han hecho; o que, aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moralidad, de modo que frecuentemente hay una coincidencia o solapamiento de facto entre el derecho de algún sistema y las exigencias de la moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente; o que aunque el derecho y la moral pueden*

---

<sup>111</sup> ADOLPHUS, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Op. Cit., p. 15.

<sup>112</sup> En cuanto el “uso” de la expresión positivista son las siguientes: a) La teoría imperativa del derecho; b) El voluntarismo jurídico; c) La tesis de las fuentes sociales del derecho; d) La tesis de la separación conceptual del derecho y la moral; e) La teoría positivista semántica; f) La tesis del análisis conceptual no valorativa del derecho; g) El no cognitivismo ético; h) La jurisprudencia mecánica; i) La tesis de la discrecionalidad jurídica; j) La tesis del deber moral absoluto. Cfr. ORREGO, H.L.A. *Hart. Abogado del Positivismo Jurídico*, Op. Cit., p. 17-20.

<sup>113</sup> ORREGO, H.L.A. *Hart. Abogado del Positivismo Jurídico*, Op. Cit., p. 18-19.

*coincidir a menudo o relacionarse causalmente, no hay conexión necesaria o conceptual entre ellos*<sup>114</sup>. Estas afirmaciones serían el núcleo duro de la tesis positivista para separar el derecho de la moral, llevándolo los términos al ámbito de la conceptualización para lograr su separación. Pero para lograr este objetivo recurre a algunas convenciones que podría ayudar con su tesis de separación, que serían las siguientes:

Existen dos convenciones en la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral; una es la convención lingüística del significado de la palabra, y la otra es la convención lingüística sobre la realidad de los aspectos de las comunidades políticas y del bien humano integral, manifestando la filosofía hartiana que: *“Por una parte, la convención lingüística afirmarí que el significado de “derecho” es “derecho positivo”. Hacer sinónimos “derecho” y “derecho positivo” tiene, sin embargo, inconvenientes. Por otra parte, ninguna referencia a la justicia o a otros valores morales entra en la definición del derecho. Esta “tesis real” puede significar, a su vez, dos cosas: (i) que la definición de derecho no incluye ninguna referencia a la moral; (ii) que la definición de derecho positivo no incluye ninguna referencia a la moral*<sup>115</sup>. De esta manera, hart asume una convención lingüística, pero esta convención, no nos parece del todo lógico, y mucho menos asumirla como una tesis iusfilosófica por los múltiples significados que arrastraría al concepto de derecho, logrando solamente un significado indeterminado y ambiguo, que hasta la fecha le es difícil de darle un significado verdadero. Fracasando una vez más, por el intento de lograr una separación conceptual entre el derecho y la moral, esto también lo declara el profesor José Antonio Ramos pascual: *“Lo que hay detrás del inocente pasado, es un auténtico embrollo lingüístico provocado por el uso de términos cargados de connotaciones logicistas y casi metafísicas, como contingencia y necesidad (...) Hart termina fracasando en su empeño por defender a toda costa la tesis de la desconexión entre Derecho y moral; lo cual es tanto como decir que su Teoría del Derecho, pese a sus muchas aportaciones de valor perdurable, también fracasa en cuanto teoría positivista*<sup>116</sup>. Si bien es cierto, hart nos ofrece una distinta

<sup>114</sup> ORREGO, H.L.A. *Hart. Abogado del Positivismo Jurídico*, Op. Cit., p. 66.

<sup>115</sup> ORREGO, H.L.A. *Hart. Abogado del Positivismo Jurídico*, Op. Cit., p. 70-72.

<sup>116</sup> RAMOS PASCUAL José A. “Teoría positivista del Derecho y derechos naturales en H. L. A. Hart”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 12, 2011, 331-364.

filosofía del derecho alternativo de sus predecesores, rechazando prejuicios, doctrina, entre otros; pero lo que no logra es darnos un concepto definitivo de la teoría positivista, solo se limita a identificar sus usos; y es nos muestra una variedad de teorías por saber quién de ella tendría la esencia de la teoría jurídica positivista, llegando a tener varias interpretaciones distintas de lo que significaría el derecho.

En tercer lugar, respecto al problema sustancia de *“El vínculo entre el lenguaje y la realidad”*. Podemos señalar, que la filosofía analítica adopta algunos métodos de investigación constitutivos de la lógica simbólica o lógica cuántica, con la finalidad de considerar al derecho como un tipo de lenguaje jurídico, debido a su *“textura abierta”*, esto lo afirmaría Hart: *“(…) El principal instrumento de contrato social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales (…) En todos los campos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general pueda proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquellas se aplican o no (…) Cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta” (…)”<sup>117</sup>*. Frente a esta afirmación, Hart reconocería la existencias de dos tipos de zonas; la primera zona, es donde la norma jurídica esta determina y tienen un solo significado o sentido, al que se le denomina *“Zona de certeza”*; a la segunda zona, es donde la norma jurídica tiene un carácter indeterminado, insuficiente y abierto por sus términos generales y contenidos abstractos, teniendo una concepción insostenible del sistema jurídico.

Ante esta situación, en la que el derecho adolece de una profunda indeterminación por causa de la textura abierta, Hart identificaría este fenómeno como un problema en el sistema judicial, mencionando que: *“Hay áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los*

---

<sup>117</sup> ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 155-159.

*intereses en conflicto, cuyo peso varia de caso a caso*<sup>118</sup>. En base a este problema, Hart consideraría necesario abrir un nuevo camino para solucionar estos tipos de casos especialmente los “casos difíciles”. Proponiendo la controversial teoría de la discrecionalidad judicial, dándoles libertad de creadores a todos los jueces para resolver los casos, esto es un claro ejemplo, en que a Hart le permitiría mantener la tesis de la separación entre el derecho y la moral. Pero de igual modo, la creación de esta tesis de la discrecionalidad judicial, sin duda alguna, reflejaría todo lo contrario, de lo que entendimos por positivismo jurídico, debido a que el orden completo y cerrado de las normas que conocemos, pasaría a un estado de tesis dudosa del positivismo, y peor más, a ser una doctrina escasa y convincente. Demostrando una vez más el positivismo jurídico, ser incapaz de dar solución a los problemas jurídicos.

En cuarto lugar, respecto al problema sustancia *“la distinción entre el punto de vista interno y el punto de vista externo”*, o como también son denominados; enunciado interno o enunciado externo, porque cada uno manifiesta un punto de vista diferente. La primera forma de expresión, es usada con naturalidad por quienes aceptan la regla de reconocimiento, y es aplicada por reconocer su validez; y la segunda forma de expresión, es usada por el lenguaje natural de un observador externo del sistema, sin aceptar la regla de reconocimiento. Estos enunciados son también expuestos por el profesor Roberto Jiménez Cano, señalando que: *“Las reglas, además de ser de distintos tipos, pueden ser objeto de puntos de vistas diferentes. Uno se puede ocupar de ellas como un mero observador que se limita a constatar la regularidad de conducta en que consiste el aspecto externo de la regla. Pero otro se puede comportar como un miembro del grupo que acepta las reglas y que las usa como guías de conducta”*<sup>119</sup>. Unos claros ejemplos de estos dos enunciados vendrían hacer; en el punto de vista interno, usar frases como el “me vi obligado”, por miedo al castigo; y en el punto de vista externo, usar frases como el “tuve la obligación”.

---

<sup>118</sup> ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 168.

<sup>119</sup> JIMÉNEZ CANO, Roberto M. “Problemas abiertos de las reglas de reconocimiento, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 10, julio 2009, 79-128, 85.

De esta manera, la existencia de estos dos puntos reflejados en la vida jurídica de una sociedad regida por reglas, traerían momentos de tensión: *“Entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta, y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo”*<sup>120</sup>. Esta última distinción, nos permitiría mucho más aclarar la comprensión de todos los fenómenos jurídicos, evitando cualquier tipo de disposición o confusión.

Y por último, en quinto lugar, respecto al problema sustancia sobre: *“El concepto de reglas y clasificación en reglas primarias y reglas secundarias”*. Hart toma como inspiración para el desarrollo de su teoría, a los dos iusfilósofos positivistas antes mencionados, Bentham y Austin (entre otros a Kelsen, Salmond, Hägerström y Wittgenstein), por lo que ellos, manifestaban en el siglo XIX que: *“El derecho es el conjunto de órdenes dictadas por el soberano y cuyo incumplimiento o desobediencia implica una sanción”*<sup>121</sup>. Planteamiento que fue criticado por Hart, por poseer la característica de la teoría positivista imperante<sup>122</sup>, y por no ser considerada como una manera de acercarse al derecho, debido a su carácter obligatorio y amenazante. Esta crítica lo expresa así: *“Las ideas de orden, habito, obediencia y amenaza son adecuadas para dar cuenta de la situación del asaltante, pero no de la práctica social de una comunidad regida por reglas jurídicas”*<sup>123</sup>. Por lo que existen otras ideas, como es la costumbre que no se le impone una sanción si esta es desobedecida.

Estas nociones generales es el punto de partida que analiza Hart, para que planteara los componentes del derecho a través de reglas primarias y reglas secundarias: *“Las reglas del primer tipo, imponen deberes, se refieren a acciones*

---

<sup>120</sup> ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 113.

<sup>121</sup> MARTÍNEZ IDÁRRAGA, Jairo A. “Positivismo, vigencia y eficacia en el pensamiento de H. L. A. Hart, Ensayo Doctoral”, *Memorando de Derecho*, Universidad Libre Seccional Pereira, 139-152, 2013, 142.

<sup>122</sup> Cuyo significado consiste en: una expresión por parte de una persona del deseo de que otra haga o se abstenga de hacer algo, acompañada por una amenaza de que la desobediencia será probablemente seguida de un castigo. Cfr. ADOLPHUS, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Op. Cit., p. 18.

<sup>123</sup> RODRÍGUEZ, Cesar O. *La Decisión Judicial. El Debate de Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 26.

que implican movimiento o cambios físicos; y las reglas de segundo tipo, confieren potestades, públicas o privadas, prevén actos que conducen a la creación o modificación de deberes u obligaciones”<sup>124</sup>. Esta diferenciación de las reglas es muy importante, porque permite establecer cuando estamos frente a una sociedad primitiva, que cuenta con un ordenamiento jurídico constituido por reglas primarias; y cuando estamos frente a una sociedad moderna, que cuenta con un ordenamiento jurídico de ambos tipos de reglas, primaria y secundaria.

Asimismo, Hart sostiene que en las sociedades primitivas el derecho padece de tres defectos principales en las reglas primarias, estas son: *“Su falta de certeza, el carácter estático y la ineficiencia de la difusión presión social ejercida para hacer cumplir las reglas”*<sup>125</sup>. Defectos que podrían ser remediados, si se complementaría las reglas primarias con las reglas secundarias, introduciendo reglas distintas y conectadas entre sí. Estos remedios de las reglas secundarias tendrían tres categorías distintas: *“La regla de reconocimiento (“rule of recognition”); Las reglas de cambio y las reglas de adjudicación”*<sup>126</sup>. Categorías que pasaremos a explicar, con sus respectivas características determinantes:

En primer lugar, las reglas de reconocimiento permiten remediar su falta de certeza o incertidumbre, puesto que servirá: *“para reconocer o identificar las reglas del grupo social, pues especificará alguna característica cuya posesión por una regla revelará una afirmación indiscutible de que se trata de una regla de grupo. La regla de reconocimiento es, el elemento que fundamenta el sistema jurídico, que le otorga unidad y certeza, identifica e individualiza a aquel respecto de otros y, finalmente, lo delimita respecto de otros sistemas normativos”*<sup>127</sup>. Esta ardua tarea de identificar el derecho a ciertos criterios, lo tendrán los tribunales, funcionarios, los súbditos y consejeros, por lo que: *“Dondequiera se acepte tal regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación (...)”*<sup>128</sup>. Estos criterios para poder identificar al

<sup>124</sup> ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 101.

<sup>125</sup> ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 115-116.

<sup>126</sup> ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 117-120.

<sup>127</sup> JIMÉNEZ, “Problemas abiertos de las reglas de reconocimiento, Op. Cit., p. 88.

<sup>128</sup> ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 125.

derecho por lo general son múltiples, pues, puede ser una constitución escrita, una sanción dictada por el legislador, y por los precedentes judiciales.

Otros criterios para que determinemos la “validez” de otras reglas del sistema en la regla de reconocimiento, con ideas de carácter fundamental que son dos: *“La de carácter último de la regla de reconocimiento, y a la supremacía de uno de sus criterios. (...) Podemos decir que un criterio de validez jurídica (o fuente de derecho) es supremo, si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencias a los otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo”*<sup>129</sup>. Que al parecer el primer criterio, será la que determinará la validez que proporciona la regla de reconocimiento, por lo que sería, un criterio superior al subordinado.

No obstante, La crítica a esta regla de conocimiento es por parte de sus argumentos contradictorios, debido a que al momento de hacer una clara diferencias entre la regla conceptual (que predicar su conocimiento e ignorancia) y una regla de conducta (que predicar su obediencia o desobediencia), están no puede hablar de normas que establezcan deberes, ya que si una tiene un criterio de identificación, la otra posee normas de conducta. Otras críticas a la regla de reconocimiento la hace también el profesor Eugenio Bulygin en su trabajo: *“Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”*<sup>130</sup>, en que ampliamente realiza algunas diferencias contradictorias en la tesis hartiana.

En segundo lugar, las reglas de cambio permiten remediar el carácter estático de las reglas primarias, puesto que: *“Faculta a los individuos o a las instituciones a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte del él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores”*<sup>131</sup>. Estas permiten la creación, modificación y derogación de cualquier norma jurídica en todos sus sentidos, simples y complejos. A su vez, esta regla de

<sup>129</sup> ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 132.

<sup>130</sup> En la que puede ser ubicada en: BULYGIN, Eugenio. “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *DOXA*, N° 09, 1991, 257-279, 268.

<sup>131</sup> ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 119.

cambio tiene una estrecha relación con la anterior regla, que hace que el sistema obtenga un dinamismo.

Y en tercer lugar, las reglas de adjudicación permiten remediar la ineficiencia de la presión social difusa que aquel ejerce. Pues esta regla remedio: *“No impone deberes sino que confiere potestades jurisdiccionales y acuerdan un status especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones. Estas reglas como las otras reglas secundarias, definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia”*<sup>132</sup>. Es decir, establece procedimientos e identifica a los individuos para que sean juzgados, a partir de decisiones particulares, surgiendo de esta manera los primeros trazos de la teoría de la discrecionalidad judicial. En suma, con este quinto problema sustancial sobre *“El concepto de reglas y clasificación en reglas primarias y reglas secundarias”*. Hart pone de manifiesto su esquema jurídico de las reglas, que nos sirve como una herramienta poderosa del sistema jurídico, ya que las reglas están conectadas íntimamente, dando lugar a ordenamiento jurídico de carácter abierto y flexible.

En síntesis, podemos considerar como precursor del neopositivista a Hart, por tener un enfoque metodológico (si lo comparamos con los enfoques dados por la filosofía Bobbiana); uno, porque realiza una separación entre el derecho y la moral, para establecer que algo es “derecho válido”, aunque pueda parecernos moralmente injusto; dos, porque rechaza el enfoque ideológico, ya que no cree que haya una obligación moral de obedecer el derecho positivo, puesto que él anula cualquier conexión necesaria entre el derecho y moral, pero no niega que el derecho injusto pueda ser derecho, lo que niega es por qué algo que se considera como derecho tenga el deber moral de “obedecerlo” o “desobedecerlo”. Esto nos lleva a lo que señalaba anteriormente Gustav Radbruch cuando critica el derecho nazi, debido a que había el deber moral de desobedecer la ley nazi<sup>133</sup>. Indicaba Hart, que si esa posición era aceptada como noción general sobre el derecho, se tendría como

---

<sup>132</sup> ADOLPHUS, *El Concepto de Derecho*, Op. Cit., p. 120.

<sup>133</sup> La crítica la podemos ver: RADBRUCH, Gustav. *El derecho como justicia. Pensamiento y cultura*. 2012. [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://estebanlopezgonzalez.com/2012/09/09/gustav-radbruch-el-derecho-como-justicia/>

conclusión que la obediencia al derecho dependería de su valor moral, y ya no siendo derecho el considerado inmoral. Pero lo que no mide en su teoría son las consecuencias graves al afirmar que el derecho, es también derecho injusto, es decir; tendría que aceptar las normas del derecho nazi por ser derecho y según su teoría tenerlas por ser válidas. Me parece inconsistente la respuesta desde este punto, pues legitima un supuesto derecho, donde claramente se manifiesta una obediencia injusta en la Alemania Nazi; y finalmente, porque rechaza el enfoque teórico, puesto que como se ha mencionado anteriormente, él critica duramente la concepción de Austin, porque se cree que el derecho es básicamente creación de la voluntad del soberano, es decir; se tiene el papel básico de la legislación y a la noción del ordenamiento jurídico como un todo cerrado. Pues Hart demuestra todo lo contrario de esta tesis, porque; por un lado, cuando se centra en el derecho legislado, adopta sus famosas reglas de reconocimiento para identificar las reglas que no son creadas por el legislador, llamándolas “fuentes sociales del derecho”; y por otro lado, la noción del ordenamiento jurídico no la considera cerrada, sino que es “la textura abierta del derecho”, debido a que siempre hay una parte del derecho que no es claro, y que permite así la discrecionalidad judicial.

A modo de conclusión, nos quedamos con las opiniones escritas por el profesor Cristóbal Orrego, expresando que: *“No intentamos afirmar que Hart ha fracasado en su empresa, sino todo lo contrario, que ha tenido éxito. Pero hemos de dejar al descubierto que los fundamentos de su éxito son difícilmente admisibles desde el punto de vista racional”*<sup>134</sup>. A pesar de las diferentes críticas hechas a su teoría, agregando también, como considerar al derecho como un sistema de reglas, es decir; de reducir el derecho solamente a reglas de *“naturaleza formal”*, ignorando la existencia de otros estándares normativos diversos<sup>135</sup>. Se debe de exponer también sus grandes logros en la obra *El concepto del derecho* y las demás obras, en el cual salva algunos fundamentos positivistas y enmienda algunos errores de los autores tradicionalistas como el caso de Austin y Jeremy; es más llega al punto de

---

<sup>134</sup> ORREGO S. Cristóbal. “El valor científico del positivismo jurídico. Un argumento de H.L.A. Hart”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, Nº 1, 1995, 23-40, 39.

<sup>135</sup> Que por lo general son parte del derecho, como son: La esencia del derecho natural, la justicia, la adecuada interpretación de la ley, las prácticas morales contemporáneas, etc., en la que no podemos reunir todo esto, solo para formar una única norma o sistema de reglas.

ser considerado, por muchos autores, el más influyente después de Kelsen, y considerado por Dworkin de tener una fórmula muy poderosa del positivismo jurídico, debido a su carácter complejo y centrarse en el criterio de validez jurídica.

### **1.2.3.- El nopoositivismo principialista de Ronald Dworkin: A puertas del neoconstitucionalismo.**

Ronald Myles Dworkin<sup>136</sup>, es considerado uno de los iusfilósofos más influyentes e importantes del siglo XX por su posición nopoositivista principialista, pero también es considerado uno de los precursores del neoconstitucionalismo<sup>137</sup>, que le valdría muchas críticas más adelante por sostener su teoría en la dimensión de la moral y relacionarlo con el pensamiento jurídico. Ronald Dworkin, fue crítico de las reglas de reconocimiento de Hart, por haber dejado fuera de la interpretación jurídica a los principios, el cual consideraba como elementos importantes para la teoría jurídica. Asimismo, el autor fue considerado un crítico acérrimo del positivismo jurídico y del formalismo jurídico, porque *“rechaza la tesis central del positivismo, donde separan el derecho y la moral, y también lo rechaza porque considera que el positivismo reduce y simplifica el derecho de una comunidad al solo conjunto de normas empleadas”*<sup>138</sup>. Este criterio sería una de las principales razones de su teoría moral, y de la nueva concepción teoría jurídica basada en los principios constitucionales.

Ronald Dworkin también fue crítico de la escuela analítica de John Austin (discípulo de Jeremy Bentham), por fundamentar la ciencia general del derecho en la doctrina utilitarista; pues esta doctrina, no respetaba los derechos individuales, ni los tomaba

<sup>136</sup> Nació en Worcester, Massachussets, EEUU el 11 de diciembre de 1931. Era un Filósofo del Derecho Estadounidense más importante, y uno de los mayores pensadores contemporáneos en el ámbito de la filosofía jurídica y política del derecho. Obtuvo su primera licenciatura en la Universidad de Harvard, con posterioridad también en la Universidad de Oxford, y la Universidad de Londres; posteriormente fue contratado como profesor de derecho en la Universidad de Yale, y en 1969 ocupó la cátedra de jurisprudencia de la universidad de Oxford, sucediendo a H.L.A.Hart. Entre sus obras más destacadas, resaltan las obras; *Los Derechos en serio* (1977); *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica* (1986); *Una cuestión de principios* (1985); entre otros. Murió el 14 de febrero del 2013 en Londres, Reino Unido. Cfr. B. FLORES, Imer. *Ronald Dworkin (1931-2013): Vida y obra*, México, UNAM, 2016, p.1-10.

<sup>137</sup> Como también lo es: Robert Alexy y Carlos Nino. Cfr. PORCIELLO, Andrea. *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon. L. Fuller*, traducido por Celia Díez Huertas, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2019, p. 26.

<sup>138</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. 1ª edición 5ª reimpresión, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2002, p. 08.

en serio, ya que estos deberían triunfar frente a la mayoría<sup>139</sup>. De esta manera, construiría una teoría basada en los derechos individuales de la persona, en la que no se puede excluir el razonamiento filosófico como protección de los derechos, pues éste daría las fórmulas correspondientes mediante principios para llegar a solucionar los problemas, tal como lo señala el propio autor: *“los individuos tienen derechos aun cuando estos no estén positivados en ningún texto legal, utilizando así un método de análisis del derecho que permita no solo describirlo sino también proponer un enfoque consistente de los problemas y apuntar a soluciones sustentadas en un conjunto de principios coherentes”*<sup>140</sup>. De esta forma, Dworkin le da una mayor importancia a los principios que a las reglas que le daba Hart, pues nuestro autor veía en los principios un contenido especial que sus antecesores no los otorgaba, expresándolos como: *“Un estándar que ha de ser observado (...) porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”*<sup>141</sup>. Quedando claro entonces, la introducción de valores morales en los principios (con el objetivo social de asegurar una mayor felicidad a sociedad), y demostrándose que el razonamiento jurídico va depender del razonamiento moral, especialmente cuando estemos ante los famosos casos difíciles.

En fin, para nuestro autor, *“su teoría sería un auxilio indispensable del que toma decisiones públicas, y que para tomarlas se debe realizar una tarea de construcción y justificación. Por lo que, el científico del derecho, el filósofo del derecho y el de la política, no son unos simples observadores imparciales que cuya función es describir el derecho y los valores, sino que es un constructor de soluciones y un especialista en la resolución de conflictos sociales”*<sup>142</sup>. Construyendo de esta forma, un modelo metodológico que nos permita solucionar los problemas, tanto con el aspecto descriptivo como el aspecto normativo, orientando la teoría a la práctica.

Con respecto a los ataques que realiza nuestro autor hacia la corriente positivista: *“Él se basa en una distinción lógica entre normas, directrices y principios”*<sup>143</sup>, ya que

<sup>139</sup> CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. “¿Por qué es importante Dworkin?”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 2, 1985, 159-166, 160.

<sup>140</sup> CARRUITERO y LUJÁN. *Filosofía del Derecho: Positivismo Jurídico*, Op. Cit., p. 234.

<sup>141</sup> DWORKIN, *Los Derechos en Serio*, Op. Cit., p. 72.

<sup>142</sup> DWORKIN, *Los Derechos en Serio*, Op. Cit., p. 236.

<sup>143</sup> CARRUITERO. *Filosofía del Derecho. Colección de lecturas*, Op. Cit., p. 267.

el modelo positivista, sólo tiene en cuenta las normas que tienen la particularidad de aplicarse o no aplicarse, y esto es debido a que, es un modelo estrictamente normativo porque sólo puede identificar normas y dejar fuera del análisis las directrices y los principios. De tal manera que, para identificar las normas se tendría que utilizar test de origen o test de pedigree, el cual consiste en que: *“el test de pedigree es un test adecuado si se afirma (con el positivismo) que el derecho es un conjunto de normas. Pero pretende demostrar que esa visión del derecho es unilateral. Junto a las normas, existentes principios y directrices que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa”*<sup>144</sup>. Por ello, el criterio de identificación de los principios y de las directrices no puede ser el test de origen, ya que, las directrices hacen referencias a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos; y los principios hacen referencia a la justicia y la equidad. En otras palabras, mientras las normas se aplican o no se aplican; los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, en la que su enunciado no determine las condiciones de su aplicación, esto es, a que los jueces desatiendan la norma jurídica, siempre y cuando estas violen algún principio que considere importante para un caso específico. Dworkin para dar fuerza a este argumento, da una serie de ejemplos de problemas difíciles resueltos por la Corte Constitucional americana -que son recogidos en su libro los derechos en serio- y demuestra el rol que juegan los principios.

Por otra parte, debe de resaltarse que la filosofía de Dworkin: *“Está fundamentada en los derechos individuales (especialmente el derecho a la igualdad y respeto) por la simple razón en que éstas son triunfos frente a la mayoría, y ninguna directriz política, o ningún objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho”*<sup>145</sup>. Del mismo modo, también se debe de resaltar que la filosofía política del autor, es antiutilitarista e individualista, ya que la teoría utilitarista encuentra fines colectivos, en los cuales se subordina los derechos individuales, rechazando de

---

<sup>144</sup> DWORKIN, *Los Derechos en Serio*, Op. Cit., p. 09. De igual manera, este argumento lo exponen: ROJAS AMANDI, Víctor M. “El concepto de Derecho de Ronald Dworkin”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 246, 2006, 355-412, 368; y PRIETO SANCHÍS, Luis. “Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 5, N° 14, mayo-agosto 1985, 353-377, 356.

<sup>145</sup> DWORKIN, *Los Derechos en Serio*, Op. Cit., p. 16; ROJAS, “El concepto de Derecho de Ronald Dworkin”, Op. Cit., p. 389.

esta manera el utilitarismo porque no se toma en serio los derechos, ya que una verdadera teoría de los derechos debe dar prioridad a los derechos frente a los objetivos sociales.

No obstante, Dworkin se hace una interrogante *¿Cómo entiendo los derechos?*<sup>146</sup> Si la pregunta estuviera en el plano positivista, la respuesta sería que los únicos derechos existentes son los reconocidos por el sistema jurídico. Pero si la respuesta lo pasáramos al plano no positivismo de Dworkin, nos sostendría que: *“junto a los derechos jurídicos o legales existen también derechos morales, debido a que, no pertenecen a órdenes conceptuales distintos. Pero si se tratara de conflictos entre derechos morales y jurídicos, los derechos morales no triunfan necesariamente sobre aquellos”*<sup>147</sup>. Si el juez decide que las razones derivadas de los derechos morales, son tan fuertes que le imponen la obligación moral de hacer todo lo que puede por apoyar esos derechos; entonces estaríamos ante la posibilidad que el juez mienta, ya que si el problema de los derechos no se resolviera mediante un reconocimiento legal, estaríamos ante un umbral entre los derechos morales y jurídicos, teniendo consecuencias difusas.

Según Dworkin, la garantía de los derechos individuales es la función más relevante e importante de un sistema jurídico, ya que el derecho tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del propio gobierno. Un claro ejemplo, en la que nos explica la concepción de los derechos como triunfo frente a la mayoría, es que: *“Imaginemos que cuatro*

---

<sup>146</sup> Esta pregunta nos lleva a mencionar, que en la obra de Dworkin no se tiene una definición clara de lo que significaría el derecho, solo se sostiene de algunas preguntas interpretativas que debería plantearse el juez para dar respuesta a preguntas básicas. No obstante, solo se limita a decir que el Derecho es: *“un concepto interpretativo. -donde- Los jueces deberían decidir qué es el derecho al interpretar la práctica de otros jueces cuando deciden qué es el derecho. Las teorías generales del derecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial. (...) El derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios, (...). Es la aptitud lo que define el imperio de la justicia (el derecho). (...)”*. DWORKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*, traducido por Claudia Ferrari, Segunda edición, Barcelona, Editorial Gedisa, 2012, p. 287-290.

<sup>147</sup> CARRUITERO y LUJÁN. *Filosofía del Derecho: Positivismo Jurídico*, Op. Cit., p. 243. Respecto a este argumento, Prieto Sanchís recoge la pregunta de Dworkin: *“¿Qué postura debe adoptar el juez Hércules cuando el conflicto entre los materiales jurídicos vigentes y los derechos morales básicos resulten patente o insalvables? Entonces, confiesa Dworkin, “es posible que deba mentir”, que deba ocultar el Derecho válido; bien es cierto que “sería poco aconsejable convertir esta mentira en asunto de teoría de la jurisprudencia”. Probablemente, Dworkin tenga razón desde la perspectiva moral de una moral esclarecida, pero desde luego no la tiene desde el punto de vista jurídico”*. Cfr. PRIETO, “Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin”, Op. Cit., p. 364.

*personas deciden asociarse para practicar deporte. Crean una sociedad y en sus estatutos estipulan que las decisiones se tomaran por el acuerdo de la mayoría. Una vez constituida la sociedad se decide por unanimidad la construcción de una pista de tenis. Una vez construida la pista, los socios deciden por mayoría que una de las personas asociadas (que es de raza negra) no puede jugar porque no quieren negros en la pista. ¿Acaso la ley de la mayoría es una ley justa? Si eso se puede hacer, ¿Qué sentido tiene el derecho a la igual consideración y respeto?”<sup>148</sup> Este acuerdo para Dworkin no sería válido, porque una teoría que se torne en serio los derechos no aceptará estos tipos de acuerdo, dado que la persona que está siendo discriminada, tiene un derecho individual que triunfa frente a la mayoría, esto es el derecho a no ser discriminado, ya que este derecho adquiere una relevancia frente a los bienes o derechos colectivos, y como auténticos derechos pueden vencer a la mayoría.*

Para esta clase de situaciones, Dworkin crea un esquema donde explicaría la tesis de los derechos, especialmente centrándose en el análisis de las controversias judiciales<sup>149</sup>. Pero este esquema sería objeto de muchas críticas por varios autores, ya que no especifica cuáles son los principios aplicables, entre ellos tenemos a Dickinson y Hart, citados por Carruitero y Luján quienes señalan que: *“En primer lugar, como afirma Dickinson, los más amplios y fundamentales principios del derecho casi nunca se pueden aplicar directamente como criterios de decisión en las controversias. Por una parte, el principio es demasiado general, por ejemplo, el respecto al derecho de propiedad, pues puede ser sostenido por las dos partes en el conflicto. Por otra parte, si el principio es más restringido, quizá puede expresar y defender el interés de una parte y entonces puede colisionar con otro principio igualmente válido que defiende el interés de la otra parte. Y en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que (como afirma Hart) la decisión judicial, especialmente en*

---

<sup>148</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit., p. 17.

<sup>149</sup> del siguiente modo: “a) en todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto; b) existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe de indagar a quien corresponde vencer; c) este derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable; d) en los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho; e) los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan; f) el juez (al fundamentar su decisión en un principio preexistente) no inventa un derecho, ni aplica legislación retroactiva, simplemente se limita a garantizarlo”. Cfr. DWORKIN, *Los Derechos en Serio*, Op. Cit., p. 18.

*temas de importancia constitucional, implica la elección entre valores morales y no meramente la aplicación de un solo principio moral; por tanto es una locura pensar que donde el sentido del derecho es dudoso la moralidad siempre puede dar respuesta*<sup>150</sup>. En ese sentido, por una parte, no habría una concreta explicación a qué llámanos principios, por lo que se torna muy general, en la que podríamos enfrentar en muchos casos estos principios entre sí; y por otra parte, también se debe tener en cuenta que, si se deja las cosas como las deja Hart (dando libertad discrecional al juez) esto significaría, no acabar en el campo de las decisiones racionales.

Dworkin reconoce que estos conflictos entre principios pueden ser una realidad, pero sostiene que: *“cuando existe un conflicto no puede dejarse el tema en manos de la discreción del juez, este debe dar el triunfo al principio que tenga “mayor fuerza de convicción”, y así, la tarea del juez será “la justificación racional del principio elegido”*<sup>151</sup>. Es decir, que esta teoría de los principios será la que tendrá la capacidad de reducir la incerteza y la inseguridad mediante la justificación de criterios objetivos.

Nuestro lector se habrá preguntado ¿Si Ronald Dworkin es considerado autor iusnaturalista? Pero la respuesta no sería afirmativa, debido a que: *“Él no cree en la existencia de un derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables. Dworkin rechaza el modelo de razonamiento típico del naturalismo, que se basa en la existencia de una moral objetiva que el hombre puede y debe descubrir. Dworkin lo que recoge es un elemento no solo de la tarea reconstructiva racional del pensamiento moral sino también que se extiende al pensamiento jurídico”*<sup>152</sup>. Es decir, lo que intenta hacer la filosofía Dworkiniana es crear una tercera vía, que dicho de paso fundamenta su modelo reconstructivo en la filosofía del profesor John Bordley Rawls<sup>153</sup>, en la que quedarían fuera los fundamentos de las corrientes iusnaturalista y positivista.

---

<sup>150</sup> CARRUITERO y LUJÁN. *Filosofía del Derecho: Positismo Jurídico*, Op. Cit., p. 244-245. Dos críticas que se pueden rescatar aquí: los principios muy generales, y la moralidad en la respuesta.

<sup>151</sup> DWORKIN, *Los Derechos en Serio*, Op. Cit., p. 19.

<sup>152</sup> DWORKIN, *Los Derechos en Serio*, Op. Cit., p. 11-12.

<sup>153</sup> Quien expone en su libro lo que se debe de entender por *“justicia”* como principio, naturaleza y como bien. Acerca del filósofo estadounidense Jhon Rawls, quien Ronald Dworkin comparte su

Esta tercera vía nos lleva a pensar que nuestro autor debe ser considerado como “*no positivista principialista*”, dado que si Hart propuso entender el derecho como conjunto de reglas, nuestro autor estaría proponiendo el derecho como conjunto de principios. Esto lo señalaría García Figueroa: “*La tesis esencial del no positivismo principialista podría expresarse así: si existen principios en el derecho, entonces es inviable una concepción positivista del derecho*”<sup>154</sup>. En esta tercera vía, se reflejaría el rechazo de la teoría positivista de Hart y del positivismo jurídico en general.

En contraste, la nueva posición adoptada por Dworkin le traería muchas críticas, porque según los seguidores del filósofo oxfordiano, sostendrían que nuestro autor había distorsionado su planteamiento, ya que no tendría en cuenta la teoría en su conjunto<sup>155</sup>. Una de las principales críticas es a su teoría de los principios, según esta crítica, es por identificar al derecho como un sistema compuesto no de reglas sino como conjunto de principios; y otra de las principales críticas es a su teoría de la discrecionalidad judicial, que según esta crítica, es respecto del razonamiento (discrecionalidad judicial donde se aplican los principios) que deberían hacer los jueces en los casos difíciles, hasta poder llegar a la única respuesta correcta.

En base a la primera crítica hecha a los principios, se debe resaltar la gran importancia que se le da, por tener un origen distinto al de las reglas, es debido a que según Dworkin: “*mantiene un origen en sentido de convivencia y oportunidad que tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo*”<sup>156</sup>. Es más agrega una naturaleza distinta a la del positivismo jurídico, como es la de dar a los principios una naturaleza material o naturaleza de contenido, ya que los principios no podrían ser identificados mediante criterio formales sino mediante su contenido.

---

pensamiento filosófico, pueden consultar el libro: RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, Segunda edición, México, Fondo de cultura económica, 1995.

<sup>154</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alonso. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Primera edición, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, año 1998, p. 29.

<sup>155</sup> Dado que, en sus planteamientos: “*No tiene en cuenta la “textura abierta” o vaguedad potencial en su significado que tiene todo el material jurídico (incluida la regla de reconocimiento); caricaturiza la teoría de la discrecionalidad; que de cada línea de su texto parece inferirse que se está refiriendo a los sistemas jurídicos de raíz anglosajona; que su teoría del derecho parece reducirse a una teoría de la argumentación jurídica, ya que únicamente se preocupa de ello, sin prestar atención a, por ejemplo, las formas de producción normativa y las clases de normas; etc*”. Cfr. GARCÍA HIGUERA, Rúben. “La Regla de Reconocimiento de H.L.A. Hart” en *Papeles de teoría y filosofía del derecho*, Nº 08, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2010, 01-25, 23.

<sup>156</sup> DWORKIN, *Los Derechos en Serio*, Op. Cit., p. 94-95.

Esto nos llevaría a pensar, que es imposible identificar algún principio (a diferencia de la teoría Hartiana que se podía identificar las reglas de reconocimiento) por su contenido, y menos aún, idear una fórmula que sirva para convertir un principio moral a un principio jurídico y así poder determinar su peso o magnitud. Es más, el autor, nos ofrece en este nuevo sistema jurídico donde no solo se agotan con reglas, sino que también donde reinan principios morales y directrices políticas; que se pueden resolver los casos difíciles: *“cuando explícitamente no se consideren algunos derechos obligaciones, estos preexisten, y el juez al aplicarlos está en la posibilidad de argumentar a favor de una solución u otra, pues está aplicando la norma jurídica obligatoria, lo cual implica que donde se termina el razonamiento estrictamente normativo el juez puede referirse a principios morales o directrices políticas para resolver el caso difícil”*<sup>157</sup>. Mediante este criterio, nuestro autor solo se limita a perder valor académico a la discrecionalidad judicial, pues coloca al juez a resolver los casos difíciles aduciendo su razonamiento en base a principios o directrices, sin lograr argumentar o justificar en la mayoría de veces por qué no se eligieron otras soluciones.

En base a la segunda crítica hecha a la discrecionalidad judicial<sup>158</sup> con el objetivo de llegar a la única respuesta correcta. Dworkin afirmaría que en los casos difíciles se debe admitir la discrecionalidad judicial para decidir las controversias del caso, por lo que esto, no quiere decir que la discrecionalidad signifique arbitrariedad o ausencia de limitaciones, sino es todo lo contrario, solo militaría la discrecionalidad del juez. Pero advertimos en su obra, que esta afirmación no sería del todo cierto,

---

<sup>157</sup> MONTERO, *Derecho y moral. Estudio introductorio: tres autores Hart, Dworkin y Raz*, Op. Cit., p. 162.

<sup>158</sup> Que según Dworkin existen tres modos de discrecionalidad: *“En sentido débil, simplemente para decir que por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento (...). En sentido diferente, para decir únicamente que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada para otro funcionario (...). En sentido fuerte, quien decide no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión, aunque no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica, ya que en toda elección y decisión se ponen en juego estándares de racionalidad, justicia y eficacia, los cuales funcionan como referentes para la crítica”*. Cfr. DWORKIN, *Los Derechos en Serio*, Op. Cit., p. 84-85. Para Montero, la discrecionalidad en sentido fuerte: *“el juez se ve obligado a crear derecho donde no existe y de ésta manera resolver el caso que se le presenta. Lo cual es contrario al principio de la norma aplicación retroactiva de la ley y viola el mínimo de derechos de los ciudadanos (...).”* Cfr. MONTERO, *Derecho y moral. Estudio introductorio: tres autores Hart, Dworkin y Raz*, Op. Cit., p. 164. Para no llegar a este extremo de poner en duda su inalterabilidad y juridicidad de las normas el sistema jurídico, el autor ponen tres criterios a seguir (...). IBID, p. 164.

por lo que él, en su misma obra expresaría lo contrario que: *“si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna razón), entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que “ejerza su discreción”, lo que significa es ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente”*<sup>159</sup>. Esta expresión de ir más allá de la ley para encontrarse según él con una norma nueva o ya existente, más bien alentaría al juez a caer en una arbitrariedad, de ir al plano subjetivo y no a un plano objetivo; criterio que deshonraría al juez hércules por ser un juez que se toma los derechos en serio<sup>160</sup>. Esta afirmación de Dworkin, dejaría en claro que en las decisiones judiciales se genere inseguridad jurídica, al crear y aplicar normas inexistentes a los casos difíciles vulnerando el debido proceso, es más identificando a principios tan solo con el razonamiento material, sin que la noción de derecho o justicia nos sea útil.

Esta segunda crítica nos lleva a preguntarnos ¿Qué significa que en el derecho exista una única respuesta? Pues para la filosofía Dworkiniana consistiría en afirmar que en el ordenamiento jurídico siempre existiría una respuesta correcta, según el profesor Genaro Carró, nuestro autor manifestaría que: *“el juez ha de dar realmente con una única respuesta correcta, que estaría esperándole en su búsqueda de un principio del sistema jurídico, pues, su respuesta no sería de objeto posible de crítica, pues se habría llegado a dar con el objetivo que todas las escuelas jurídicas de la interpretación habrían estado buscando”*<sup>161</sup>. Esto sin duda, de buscar la única respuesta correcta, nos llevaría a tener una visión cerrada del ordenamiento jurídico, compuesto solo por “principios” y en el menor de los casos

---

<sup>159</sup> DWORKIN, *Los Derechos en Serio*, Op. Cit., p. 65-66.

<sup>160</sup> Por lo que es entendido, que *“la teoría política mínima donde prolifera el Juez Hércules se articula alrededor de los valores de la equidad, la justicia y el debido proceso, en la presunción de que los poderes públicos amparados en el ideal de integridad, no procederán caprichosa no arbitrariamente, aun cuando en la comunidad persistan desacuerdos profundos a propósito de las exigencias de estos valores”*. Cfr. COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. “Modelo de juez complejo y Estado Constitucional de Derecho”, *Revista de Investigación (Arequipa)*, Volumen 7, setiembre 2016, 93-121, 101; OST, Francisco. “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 4, Nº 8, 2007, 101-130, 109-115.

<sup>161</sup> CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 45-46.

por reglas, e incluso nos llevaría a la versión del juez en la que él considere como la única respuesta correcta. Por su parte, Luis Prieto Sanchís, expresa que tanto es la ambición de llegar a una única respuesta correcta, que se deja de lado a la unidad de solución justa, agrega que: *“En la obra de Dworkin, habría que admitir que los jueces reales gozan de cierta discrecionalidad, pero debe ser dentro de los límites de la unidad de solución justa. Pero esta idea de unidad de solución justa, se refiere a que el juez debe ajustar sus decisiones a un modelo de universalidad y generalización, evitando los fallos “ad hoc” o puramente ocasionales”*<sup>162</sup>. Por ello, con esta teoría no se busca un ambiente de justicia sino de mera corrección por parte del juzgador, que en el fondo es una solución subjetiva de lo que es correcto e incorrecto.

En conclusión, creemos que la teoría de Dworkin y sus críticas, sería por sostenerse de argumentos del antipositivismo de Lon Luvois Fuller (considerado por nosotros el padre del iusmoralismo), ya que en sus libros de “los derechos en serio” y “el imperio de la justicia” recoge ideas fullerianas. Según el italiano Andrea Porciello: *“el autor de la Moral del derecho no es nunca citado, ni en el texto ni en las notas. Probablemente si Dworkin hubiera citado a Fuller, si explícitamente lo hubiera indicado como uno de sus precursores o como una fuente de inspiración, los términos y las etiquetas que hoy usamos para indicar sus teorías serían diferentes, y seguramente llevarían a menos equívocos”*<sup>163</sup>. Todo lo contrario es lo que sucede entre la relación de Robert Alexy con Gustav Radbruch y Lon Fuller, quienes si son tomados en serio. Para Andrea Porciello, Fuller y Dworkin comparten la cercanía metodológica del punto de vista interno y la cercanía teórica del derecho como una praxis interpretativa; y esto se puede reflejar en su discurso moral: *“Fuller y Dworkin “obligan” (...) a los juristas, a los que hablan “del” derecho y a los que actúan “en el” derecho, a buscar la mejor alternativa desde el punto de vista moral, o en otras palabras, a poner la práctica jurídica en la mejor perspectiva posible”*<sup>164</sup>. Es decir

---

<sup>162</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*. 1º ed. 1º reimpresión, Madrid, Editorial TECNOS, 1987, p. 68.

<sup>163</sup> PORCIELLO, *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon. L. Fuller*, Op. Cit., p. 30-31.

<sup>164</sup> PORCIELLO, *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon. L. Fuller*, Op. Cit., p. 266.

ambos parten del valor moral de la forma del derecho; pero aquí viene el desliz de Dworkin, porque él gravita en la comprensión de la moral política mientras que Fuller se mantiene en sus teorías centrales. En suma, ambos teóricos coinciden que se debe partir de la propia idea de la moral interna, pero mediante un discurso moral.

Debemos señalar que en este capítulo, se ha logrado desarrollar el primer objetivo que se ha querido alcanzar, esto es, de estudiar los diferentes fenómenos jurídicos contemporáneos resaltando sus aspectos sustanciales, como son el positivismo jurídico, el neopositivismo, el nopositivismo principialista, e incluso los fenómenos jurídicos que acontecieron en la escuela de la exegesis, el derecho nazi y el juicio de Núremberg; sido de mucha relevancia para el desarrollo y entendimiento que se hará en el siguiente capítulo cuando hablemos del neoconstitucionalismo.

**CAPÍTULO II**

**EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO REFERENCIA VALORATIVA DE LA  
JUSTICIA MODERNA**

## **CAPÍTULO II**

### **EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO REFERENCIA VALORATIVA DE LA JUSTICIA MODERNA**

En el presente capítulo, explicaremos el estudio del neoconstitucionalista, teniendo en cuenta al que se le considera como el precursor de este fenómeno a Robert Alexy, con su teoría valorativa de la ponderación de principios; y en segundo lugar, hablaremos de la escuela de dónde surgió; así como de sus demás precursores, partidarios y seguidores. Por otra parte, explicaremos por qué se le considera a la Constitución en los Estados modernos, como una carta con referencias valorativas. Y por último, expondremos a los que consideramos “*demonios*”<sup>165</sup> o entidades del neoconstitucionalismo, por influenciar al operador del derecho a jugar con los derechos fundamentales. Y terminando con algunas consideraciones críticas.

#### **2.1.- El imperio de los principios en la teoría valorativa.**

##### **2.1.1 La teoría de la ponderación en Robert Alexy: cuando la balanza se inclina**

En esta subsección explicaremos uno de los temas más importantes de la presente tesis<sup>166</sup>, que es la fórmula de la ponderación de Robert Alexy, por lo que, solo nos

---

<sup>165</sup> Término que fue utilizado en una entrevista a García Amado, y que nosotros lo utilizaremos para referirnos a las teorías, en: Cfr. MORA SIFUENTES. Francisco M. “Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios entrevista a Juan Antonio García Amado”, *Ciencia jurídica*, N° 10, 2016, 259-276.

<sup>166</sup> Aunque todos los temas son de mayor relevancia; la teoría de la ponderación marca una clara diferencia, por ser una teoría utilizada en el neoconstitucionalismo.

centraremos únicamente en este tema específico, debido a que, la filosofía de Alexy es amplia al igual que nuestros autores ya estudiados. Cabe mencionar que el iusfilósofo Robert Alexy<sup>167</sup> es considerado como también lo es Ronald Dworkin un *no positivista*; pero no solo por defender la teoría de los principios en el plano abstracto, sino por centrar su razonamiento en el *argumento de la corrección*<sup>168</sup>, esto es porque: “*sirve de base para los otros dos argumentos, el argumento de la injusticia y el argumento de los principios. (...), en el sentido de que el argumento de la corrección traza una moldura que es complementada con un argumento normativo (argumento de la injusticia) y con un argumento de método (el argumento de los principios)*”<sup>169</sup>. Estos argumentos serán detallados a continuación:

Antes que desarrolle Alexy su teoría de la ponderación, nuestro autor se limita a elegir una de las tres tesis que hace posible una distinción entre reglas y principios; eligiendo Alexy la tercera tesis en que: “*Las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual sino cualitativa*”<sup>170</sup>. Existiendo de esta manera, un criterio para que podamos distinguir entre reglas y principios, dando pase a que proceda en su obra, a llevar a cabo la diferencia entre principios y reglas<sup>171</sup>; definiendo a los principios de la siguiente

---

<sup>167</sup> Nació el 09 de setiembre de 1945 en Oldenburg (Alemania). Sus obras más importantes son: *Teoría de la argumentación jurídica* (1983); *Teoría de los derechos fundamentales* (1985); *Ley, razón, discurso* (1995); *La decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre los asesinatos en la frontera interior alemana del 24 de octubre de 1996* (1999); *Concepto y vigencia de la ley* (2002); *Elementos de una justificación jurídica* (2003). Estas obras reflejarían la concepción normativista kelseniana y la concepción iusnaturalista de Gustav Radbruch que adoptaría Alexy, que es una de las razones principales que se consideraría como “*no positivista*”. Actualmente sigue siendo catedrático de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Kiel y Dr.h.c. de la Universidad de Alicante (2008). La bibliografía y las obras con artículos sobre Robert Alexy, lo podemos encontrar en: CARBONELL, Miguel. *Robert Alexy, un autor indispensable*. 2013 [ubicado el 17.IX 2017]. Obtenido en [http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Robert\\_Alexy.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Robert_Alexy.shtml); y también en: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. *Obras de Alexy, Robert, 1945* [ubicado el 17.IX 2017]. Obtenido en <http://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/alexey-robert-1945-8206/0>

<sup>168</sup> CABRA APALATEGUI, José M. “La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 22, enero 2005, 133-142, 131-153; LANDA ARROYO, César. “Entrevista a Robert Alexy”, *Justicia Constitucional. Revista de Justicia Doctrinal*, Año V, Nº 8, julio 2008 - diciembre 2009, 235-242, 235.

<sup>169</sup> OLIVEIRA, Felipe. “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: Notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, *Lecciones y Ensayos*, Nº 88, 2010, 101-135, 110; PORCIELLO, *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon. L. Fuller*, Op. Cit., p. 273-303.

<sup>170</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducido por Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

<sup>171</sup> Aproximándose al concepto de principios de la doctrina Dworkiniana, en: ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Tercera edición, Lima, Palestra Editores, 2015, p. 263.

manera: “Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que puede ser cumplidos en diferente grado”<sup>172</sup>. Asimismo, define a las reglas de la siguiente manera: “Las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”<sup>173</sup>. Estas definiciones nos permite identificar algunas características en la teoría de los principios, como son: “La graduabilidad, la optimización, el deber ser ideal y el carácter prima facie”<sup>174</sup>, esto con el fin de mejorar la comprensión del estudio de la teoría de los principios.

Es más desarrolla una diferencia cuántica entre “las reglas jurídicas y los principios jurídicos”<sup>175</sup>, señalando que: las reglas jurídicas, pueden ser resueltas a través de un proceso de subsunción; y los principios jurídicos, pueden ser resueltos a través del juicio de la ponderación. Pero aun así, cabe preguntarnos en primer lugar ¿Qué pasaría si existiese un conflicto entre reglas jurídicas en un caso en concreto? Bueno, en este caso podría aplicarse lo que por teoría general conocemos, *la invalidez de la regla jurídica* como lo explica el profesor Sebastián López Hidalgo: “El tema puede ser solucionado o bien introducido en una de las reglas una cláusula

---

<sup>172</sup> IBID, p. 86.

<sup>173</sup> IBID, p. 87.

<sup>174</sup> Características que son identificadas por el profesor Alfonso J. García Figueroa, de la siguiente manera: “(1) *La graduabilidad*. Los principios ordenan que se realice “algo en la mayor medida posible”. Esto presupone la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción de los principios dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas y fácticas a diferencia de las reglas, cuyo cumplimiento no puede someterse a graduación alguna “sólo pueden ser cumplidas o no”. (2) *La optimización*. El cumplimiento de los principios debe tener lugar, “en la mayor medida posible”, luego el principio exige la optimización del grado de cumplimiento al concurrir con otras normas del sistema. (3) *El deber ser ideal*. Esta optimización se regula a partir de un “deber ser ideal” (Ideales Sollen) al que debe tener la aplicación del principio, que marca el horizonte de la “mayor medida posible”. (4) *El carácter prima facie*. Los principios son mandatos de optimización, no mandatos definitivos. Esto significa que tienen una virtualidad prima facie dentro de unos límites fácticos y jurídicos. Los principios, a diferencias de reglas, no contienen determinaciones”. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el derecho*, 2da edición corregida, Lima, Palestra Editores, año 2005, p. 256-257.

<sup>175</sup> Alexy plantea que: “tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas”, es más propone un modelo de sistema jurídico donde abarcan tres niveles: el modelo de sistema jurídico de reglas; el modelo de sistema jurídico de reglas/principios; el modelo de sistema jurídico de reglas/principios/procedimientos. Cfr. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, traducido por Jorge M. Seña, Segunda edición, Barcelona, Editorial Gedisa, 2004, p.161-174.

de excepción, lo cual elimina el conflicto, o mediante la adopción de los denominados clásicos criterios de solución de las antinomias que producen la invalidez de alguna de ellas”<sup>176</sup>. Estos criterios clásicos o tradicionales para resolver las antinomias, son conocidos como: “El jerárquico, en cuya virtud la ley superior deroga a la inferior; el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial”<sup>177</sup>. De esta manera, se solucionaría el conflicto de las reglas jurídicas, donde el juez debe aplicar por completo la subsunción o por el contrario, el juez debe de excluir su aplicación.

Cabe preguntarnos en segundo lugar ¿Qué pasaría si existiese un conflicto o colisión entre reglas jurídicas y principios jurídicos en un caso en concreto? Bueno, en este caso, primero se tendría que distinguir las reglas de los principios, y según nuestro autor: “Los conflictos de reglas se lleva a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios (...) tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”<sup>178</sup>, dado que “los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos”<sup>179</sup>. Ahora bien, si estuviéramos en el segundo supuesto en las colisiones de principios, esto se resolvería con la teoría de los principios<sup>180</sup>, ya que no se entraría a calificar si una norma si es válida o no, sino que entraríamos a identificar a la norma -principio jurídico- que tenga el carácter de validez *prima facie*, donde “establecen carga de argumentación”<sup>181</sup>, es decir, donde los principios jurídicos establezcan obligaciones

<sup>176</sup> LÓPEZ HIDALGO, Sebastián. “Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del derecho?”, *Foro: Revista de Derecho*, N° 23, 2015, 53-68, 59.

<sup>177</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional” en *El Principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2010, 81-113, 82.

<sup>178</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 89.

<sup>179</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 162.

<sup>180</sup> Que en el mayor de los casos es criticada por muchos filósofos del derecho, como veremos más adelante en el desarrollo del presente trabajo. Para empezar con las críticas, el profesor Jan R. Sieckmann, citado por García Figueroa, manifiesta la existencia de algunas ambigüedades en la concepción alexyana, tanto en los principios como en los criterios de optimización, manifestando que: “No está claro si el principio es un mandato de optimización de una norma o es la propia norma que debe ser optimizada”. Esto lo explica mediante un concepto gráfico: si un principio nos dice que “no debemos discriminar por razón de sexo” (P4), y que sería representada como “prohibido discriminar por razones de sexo” (Php); entonces nos cabe preguntarnos si: (P4) es un mandato de optimización (O OPT (PHP)) o (Php) es la propia norma (Php). Cfr. GASCÓN y GARCÍA. *La argumentación en el derecho*, Op. Cit., p. 257.

<sup>181</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 172.

*derrotables*<sup>182</sup>, por su carácter prima facie. A diferencia de las reglas jurídicas, que establecen condiciones inderrotables por su carácter “*definitivas*”<sup>183</sup>. Estos términos de *derrotables e inderrotables* son usados con frecuencia por el nuevo fenómeno jurídico del neoconstitucionalismo en los modernos Estados Constitucionales de Derechos, que en el segundo subcapítulo y cuarta subsección será desarrollada.

Por último, cabe preguntarnos en tercer lugar ¿Qué pasaría si existiese una colisión entre principios jurídicos en un caso en concreto? En este caso, se resolvería a través de la “*Ley de colisión*”<sup>184</sup>, es decir, cuando dos principios entran en colisión, en palabras propias de Alexy: “*Uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios cede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la procedencia puede ser solucionada de manera inversa*”<sup>185</sup>. En otras palabras, la colisión de principios no se resuelve a través de la dimensión de la validez como en el caso de las reglas, sino se resolvería a través de la dimensión del peso<sup>186</sup>, triunfando el principio abstracto con mayor peso en el caso en concreto. Es más agrega nuestro autor -en la que creemos que es el inicio de sus proporcionales críticas- que los principios tendrían una amplia coincidencia estructural con los valores, por lo que: “*Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores y toda colisión de valores como una colisión de principios*”<sup>187</sup>. La diferencia entre principios y valores solo residiría en

---

<sup>182</sup> La fórmula a esta tesis la podemos encontrar en palabras de Wright en: NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge. “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”, *ISONOMÍA*, N° 13, octubre 2000, 61-85, 68.

<sup>183</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 172.

<sup>184</sup> Según nuestro autor, no se entraría hablar de una “*colisión*” propiamente dicha, sino de un “*campo de tensión*”, que ha nuestro criterio, sería un campo de subjetivismo y decisionismo judicial, donde los principios entran en conflicto y colisión; en la que se ponderaría no lo que se designa como “*principio*”, sino la que se ponderaría es el “*deber*”, “*derecho fundamental*”, “*pretensión*”, e “*interés*”. Y de esta manera el conflicto se solucionaría: “*a través de una ponderación de los intereses opuestos*”, por lo que, en esta ponderación de lo que se trataría es: “*Cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso en concreto*”. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 90.

<sup>185</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 89.

<sup>186</sup> Ya que: “*la solución de colisión entre principios no es posible sin ponderación*”. Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. “Entrevista a Robert Alexy”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 24, 2001, 05-40, 18.

<sup>187</sup> Según el iusfilósofo: “*La única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una*

virtud, en que uno tendría un carácter deontológico y el otro un status axiológico, pero en esencia *“los principios y valores son por tanto lo mismo”*<sup>188</sup>. Pero aquí nos generaría un problema más nuestro autor, ya que si principio y valor son lo mismo, y a la vez son diferente, entonces ¿Qué normas son principios y que normas son valores dentro de nuestra constitución? ¿Acaso un juez puede clasificar cuando estamos ante un principio y cuando estamos ante un valor para emitir una sentencia? Obviamente que no, no lo explica el propio Alexy, ni mucho menos sus sucesores o defensores, porque es un concepto que deja abierto para diversas interpretaciones, con la responsabilidad y consecuencias para quien se atreva a caminar por la vía de las valoraciones.

Por un lado, de manera diferente pensaría el iusfilósofo alemán Jürgen Habermas citado por el profesor Pablo Marshall Barberán, ya que rechazaría la equiparación que se tendría en la teoría alexyana entre los valores y principios, dado a que habría cuatro distinciones en la que se equipararían: *“Primero, los principios hacen referencia a una acción deontológica y los valores a una acción teleológica; segundo, los principios codifican sus pretensiones de validez de manera binaria (válido/inválido) y los valores de manera gradual (más o menos preferible); tercero, los principios tienen un carácter vinculante absoluto (obligaciones incondicional y universal) y los valores relativo (preferencias de una determinada cultura o forma de vida); y finalmente, los sistemas de principios deben guardar una relación coherente, mientras que en los sistemas de valores los diversos valores compiten por ser preferidos constituyendo configuraciones a la vez flexibles y tensas”*<sup>189</sup>. A la luz del criterio habermasiano se distingue claramente el punto de vista de los principios y los valores, ambos designan cosas diferentes; mientras, el principio es

---

*colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir, qué es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio, si dice qué es bueno o malo o mejor o peor, tiene un status axiológico”*. Cfr. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 164.

<sup>188</sup> ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 5, 1988, 139-151, 145.

<sup>189</sup> MARSHALL BARBERÁN, Pablo. “Los derechos fundamentales como valores”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Nº 10, 2007, 207-228, 213. Es más, algunos constitucionalistas agregan otros criterios diversos para diferenciar entre valores y principios, como que: *“Los valores tienen contenido ético y los principios contenido político; que los valores, a diferencia de los principios, carecerían de eficacia; que los valores gozan de superioridad frente a los principios; que los valores serían más generales”*. GASCÓN y GARCÍA. *La argumentación en el derecho*, Op. Cit., p. 266.

una norma (porque guía el comportamiento humano), el valor, define un criterio valorativo (si algo es bueno, valioso, etc.). Agregaría además el iusfilósofo que: *“Los principios jurídicos, son verdaderas reglas jurídicas en tanto que obligan a practicar un comportamiento determinado. Los valores, en cambio, expresan una elección realizada por una colectividad en orden a preferir determinados bienes en un momento histórico específico. (...) Debido a esta diferencia, una decisión que tome en consideración un principio es diversa de aquella que considere un valor. Una decisión basada en principios decidirá qué es obligatorio hacer, mientras que con una decisión del segundo tipo se resolverá qué comportamiento es mejor y más recomendable”*<sup>190</sup>. Estas distinciones<sup>191</sup> hechas por el iusfilósofo de Frankfurt nos permiten comprender la diferencia que existe entre los principios y los valores sobre el contenido de la constitución. Asimismo, el autor nos invita a sostener un contenido jurídico en que: *“Los derechos fundamentales están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción y no conforme al modelo de bienes apetecibles”*<sup>192</sup>, conforme a una constitución que<sup>193</sup> no garantice un sistema jurídico con verdaderos derechos fundamentales.

Por otro lado, la crítica a la teoría de los valores también no se hizo esperar por el resto de iusfilósofos europeos; esto debido a que Robert Alexy equipararía la teoría de los valores con las ciencias aplicadas de: la matemática, aritmética, geometría, etc.<sup>193</sup>, resolviendo los problemas con un cálculo de costo-beneficio en los casos

---

<sup>190</sup> LETELIER WARTENBERG, Raúl. “La Justicia Constitucional en el pensamiento de Jürgen Habermas”, *Revista Estudios Constitucionales*, Nº 2, 2011, 377-394, 381; asimismo, HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, traducido por M. Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 328.

<sup>191</sup> De principios y valores en la lógica habermasiana, es debido a que: *“Habermas se enfrenta a las tradiciones metafísicas que pretenden reconducir las explicaciones acerca de la razón, de lo bueno, o lo correcto, a principios originarios que son tenidos como “fundamentación última”, que tienen un carácter objetivo, es decir, que representan una verdad absoluta para todos”. Es por estas razones, que Habermas, pretende superar esta perspectiva por medio de su teoría, la idea de una “ética discursiva”, en la cual <una norma únicamente puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo en cuanto participantes de un discurso práctico (o pueden ponerse de acuerdo) en que dicha norma es válida>”. Cfr. LETELIER WARTENBERG, Raúl. “La Justicia Constitucional en el pensamiento de Jürgen Habermas”, *Revista Estudios Constitucionales*, Nº 2, 2011, 377-394, 328; asimismo HABERMAS, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa*, traducido por R. García Cotarelo, Barcelona, Editorial Península, 1991, p. 86.*

<sup>192</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, Op. Cit., p. 329.

<sup>193</sup> Estas ciencias aplicadas la podemos encontrar en las obras emblemáticas de Alexy, como: teoría de la argumentación jurídica, teoría de los derechos fundamentales, y entre otras, como se verá en el desarrollo de la presente investigación.

en concreto<sup>194</sup>. En otras palabras, estas ciencias aplicadas que resolverían los problemas en un costo-beneficio, no sería otra cosa que la teoría de la ponderación, es decir, la teoría de los valores como sinónimo de la ponderación, tal como lo expresa nuestro autor: *“La teoría de los valores sostenida en numerosas decisiones del Tribunal: valor, ordenamiento valorativo, jerarquía valorativa, sistema de valores y ponderación”*<sup>195</sup>. De igual modo, Juan Antonio García Amado sostiene que: *“La ponderación es un tipo de valoración y que, por tanto, comparte la naturaleza esencial y los caracteres estructurales de la valoración”*<sup>196</sup>. Este tipo de semejanza, no hace más que complicar más la situación del intérprete, al momento de optar por cualquiera de las ciencias aplicadas, por alejarse de una lógica objetiva aplicación del derecho, ya que: *“Mientras la subsunción es un esquema que trabaja con arreglo a las reglas de la lógica, la ponderación trabaja con acuerdo a las reglas de la aritmética”*<sup>197</sup>. Por otra parte, Manuel Atienza Rodríguez, gran defensor de la postura alexyana, concuerda con las críticas formales del resto de los autores, pero defiende aun el contenido de fondo de la postura alexyana, señalando que: *“Su error, en mi opinión, ha sido más bien retórico, de presentación, quizás motivado por la manía germánica por el orden y los números, por establecer reglas exactas y de aplicación automática para la resolución de todos los problemas (...) en fin, ni Alexy ni su doctrina de la ponderación tiene la culpa de eso; al contrario, introducir algo de ponderación, de flexibilidad, en la aplicación de esas políticas económicas podría equivaler a introducir también algo de sensatez: el razonamiento económico*

---

<sup>194</sup> Según la entrevista hecha a Robert Alexy por la revista jurídica gaceta constitucional, reafirmaría lo que estaríamos sosteniendo. Puesto que, en base a una pregunta: *“Su test de proporcionalidad se asemeja de algún modo al Análisis Económico del Derecho en lo que se refiere al análisis costo-beneficio. ¿Qué los diferencia?”,* en la que responde nuestro autor que: *“Si lo veo desde un punto de vista formal, en efecto, existen muchos puntos que coinciden. Las estructuras matemáticas son muy parecidas (...) Dos cosas que a primera vista están muy separadas, como la matemática y la moral, se van a unir para alcanzar dos objetivos: la argumentación va a ser mucho más fácil porque recibe una estructura más concreta, y la probabilidad que de ello se pueda obtener un resultado racionalmente correcto se incrementará”*. Cfr. SOSA SACIO, Juan M. y TITO PUCA, Yolanda S., “Entrevista a Robert Alexy: preguntas introductorias y dudas desde América Latina”, *Doctrina Constitucional*, N° 39, agosto 2010, 347-352, 349.

<sup>195</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 148-149.

<sup>196</sup> Escrito por el catedrático de la Universidad de León: GARCIA AMADO, Juan A., *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponderacio%CC%81n.%20Garci%CC%81a%20Ama do.%20Ponencia%20Alicante.pdf>, p. 02-03.

<sup>197</sup> MORESO, José J. “Alexy y la aritmética de la ponderación” en *Robert Alexy, Derechos Sociales y ponderación*, 2ª edición, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 223-248, 229-230.

*guarda sin duda cierto parecido con el jurídico*<sup>198</sup>. Sin embargo, a diferencia de Manuel Atienza creemos que, la doctrina de la ponderación, hasta el propio Robert Alexy, si tendrían un grado de responsabilidad, por insertar al campo jurídico una aplicación de política económica, que a diferencia de otros pensadores europeos (incluyendo a los propios alemanes) no lo tomarían en cuenta para resolver los casos en concreto. Por lo tanto, incluir una política extraña, sin contenido jurídico en la teoría de los valores, traería un exceso afán *sistematizador*<sup>199</sup>, y una estrategia *proporcionalista*<sup>200</sup> en la estructura y resultado ponderativo del intérprete, entrando al juego siniestro del campo subjetivo donde sacrificarían la fuerza de los derechos.

Finalmente, una última crítica que se puede identificar en la teoría de los valores de Alexy, es por centrarse en un imperativo moral<sup>201</sup>, es decir, que los juicios de valores a través de la ponderación, puedan atender razones morales como si fueran razones jurídicas. Según Juan A. García Amado: *“La aplicación de toda norma jurídica está sometida a una reserva de compatibilidad con la moral o con las normas de algún sistema moral. No sabremos de qué moral, pues en un Estado Constitucional y democrático de Derecho conviven con igual legitimidad sistemas morales bien diversos y heterogéneos”*<sup>202</sup>. Pero lo que si sabremos, es que tanto la

---

<sup>198</sup> ATIENZA, Manuel. *Ponderación y Sentido común jurídico* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/ponderacion-y-sentido-comun.pdf?noCache=1415615082659>, p. 06.

<sup>199</sup> A diferencia de lo que piensa Manuel Atienza Rodríguez como un uso pragmático. Cfr. ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel y GARCIA AMADO, Juan A. *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Palestra Editores, 2012, p. 22.

<sup>200</sup> MORESO, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, Op. Cit., p. 244.

<sup>201</sup> Según Alexy, esto se debe a que: *“La aplicación del principio de proporcionalidad depende necesariamente de valores morales, pero, las preguntas morales plantean siempre tensiones. Esto se puede encontrar sobre todo en casos relacionados con puntos de vista religiosos o ideológicos (...) En estos casos, el principio de proporcionalidad permite estructurar de una mejor manera los argumentos morales, aunque no se puede garantizar una respuesta para cada uno de ellos”*. Cfr. SOSA SACIO y TITO PUCA, “Entrevista a Robert Alexy: preguntas introductorias y dudas desde América Latina”, Op. Cit., p. 349-350.

<sup>202</sup> Esto hace referencia a que en el “sistema moral” del interprete, existe lo que se denomina como: “valoraciones normativas complejas”, en la que yo pueda valorar o ponderar en función del caso. Según el ejemplo de García Amado, podría optar por la salud y educación de mis hijos, y no optar por pagar el impuesto a la renta; y por eso, no me sentiría considerado como evasor de impuestos sino me sentiría considerado como “moralmente justificado”. GARCIA AMADO, Juan A., *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponderacio%CC%81n.%20Garci%CC%81a%20Amado.%20Ponencia%20Alicante.pdf>, p. 06. A modo de otro ejemplo; puedo decir que en “mi sistema”: *“El posible conflicto moral que en mi conciencia pudiera darse con base en la norma moral que me prohíbe matar y en la norma moral que me impele a matar para salvar la vida de inocentes ya lo he resuelto al decir matar, eso ya lo he ponderado o valorado”*. IBID, p. 4.

norma jurídica como la norma moral estarían unificadas bajo una misma naturaleza de moralidad, en la que llevaría al juez a valorar o ponderar entre normas jurídicas y razones morales. Es por estas razones: *“Para los defensores del principialismo antipositivista y de la ponderación, el razonamiento del juez es un razonamiento de naturaleza moral (...) y como razonamiento en el que el derecho aporta razones morales para la decisión, razones morales comparables y ponderables con las razones que aporta la moral”*<sup>203</sup>. Pero para nosotros, esta clase de razonamiento no tendría por qué contar con razones morales -por parte del juez-, ya que nos llevaría a ponderar con otras clases razones morales, obteniendo una decisión moralista; con lo que a menuda cuenta, no estaríamos ante un razonamiento jurídico objetivo sino más bien en un razonamiento moral subjetiva.

Retomando la teoría de los principios de Robert Alexy -que se ha venido explicando antes de mencionar las últimas tres críticas-, cuando nos encontramos ante una colisión de principios, debería de resolverse el problema con *la máxima de la proporcionalidad*<sup>204</sup>, dado que en ambas existiría una conexión. Según nuestro autor: *“El carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla. (...) Eso significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es*

---

<sup>203</sup> Las teorías mencionadas, tiene mucha referencia a las *teorías iusmoralistas y ponderadoras*, debido a que se centra en preceptos morales. A diferencia de los que verdaderamente establece una constitución, donde el juez debe someterse al Derecho. GARCIA AMADO, Juan A., *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponderacio%CC%81n.%20Garci%CC%81a%20Ama do.%20Ponencia%20Alicante.pdf>, p. 07.

<sup>204</sup> Cuyo origen, significado y expansión histórica la podemos encontrar en: RAINER, Arnold; MARTÍNEZ ESTAY, José I. y ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “El principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, año 10, Nº 1, 2012, 65-116, 67-80; BARNES, Javier. “Introducción al principio proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, Núm, 135, setiembre-diciembre 1994, 495-538. Asimismo, su desarrollo teórico de la ponderación, la podemos encontrar en las obras de: GASCÓN y GARCÍA, *La argumentación en el Derecho*, Op. Cit., p. 308-314; PRIETO, “El juicio de ponderación constitucional”, Op. Cit., p. 102-104; CASTILLOS CÓRDOVA, Luis. *El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal*, Trujillo, Doxa: tendencias modernas del derecho, 2004, p. 7-15; y entre otras obras. No obstante, en el Derecho anglosajón podemos encontrar otros orígenes, crecimiento y expansión de la ponderación, ver: ALEINIKOFF, T. Alexander. *El Derecho constitucional en la era de la ponderación*, traducido por Jimena Aliaga Gamarra, primera edición, primera reimpresión, Lima, Palestra Editores, 2015, p. 31-71.

*deducible de él*<sup>205</sup>. Esto quiere decir, que los derechos fundamentales que tienen el carácter de principios, implicarían la máxima de la proporcionalidad donde se desarrollaría las tres máximas parciales o los tres subprincipios con sus peculiares diferencias: *“La máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas”*<sup>206</sup>. En otras palabras, en el subprincipio de proporcionalidad se trata de efectuar una ponderación, de valorar el grado de afectación o satisfacción de un principio; en cambio, en el subprincipio de adecuación (o de idoneidad) y necesidad lo que se trata, es de evitar el detrimento de los derechos fundamentales con el carácter de principios, a través de la pluralidad de medio o medidas adoptadas, en la que deben ser adecuadas y necesarias.

A continuación analizaremos las tres máximas parciales o subprincipios que nos ofrece la máxima de la proporcionalidad<sup>207</sup>; en sus tres clásicas tests<sup>208</sup>:

El test del subprincipio de adecuación o de idoneidad<sup>209</sup>, consiste en que: *“Excluye la adopción de medios que infrinjan un derecho constitucional sin promover ningún derecho u objetivo para los que se adoptaron dichos medios”*<sup>210</sup>; agrega además

<sup>205</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 111-112.

<sup>206</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 112; ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 350; ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, traducido por Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, setiembre-diciembre 2002, 13-64, 27 y 31; y ALEXY, Robert. “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, traducido por A. D. Oliver-Lalana, *DOXA*, N° 32, marzo 2009, 67-84, 83.

<sup>207</sup> Que en el la jurisprudencia peruana, hasta ahora no se ha tomado una posición clara y concreta: si estamos ante una posición alexyana o de otro autor; o si estamos ante una posición afiliada del Tribunales Constitucionales Federal Alemán o de otro Tribunal Constitucional. En lo que respecta a nuestro Estado de Derecho Peruano: el principio de proporcionalidad la podemos encontrar establecida en la constitución de 1993 en el último párrafo del artículo 200<sup>o</sup>; que a su vez, lo podemos encontrar parcialmente explicada en la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 0012-2006-PI/TC,f.j 31.

<sup>208</sup> Varios autores denominan a “las tres máximas parciales” que conformarían la máxima de la proporcionalidad de diferentes maneras, como: principios, subprincipios, reglas, subreglas, tests, juicios, subjuicios, etc., dándole a la denominación diferentes significados, perdiéndose en el tiempo el verdadero significado originario. Para el desarrollo de las tres máximas parciales la llamaremos “subprincipios”, en referencia a lo que el propio Alexy la denomina frecuentemente.

<sup>209</sup> La podemos encontrar parcialmente explicada en la STC N° 0045-2004-AI/TC,f.j. 38.

<sup>210</sup> ALEXY, Robert. “Sobre los derechos constitucionales a protección” en *Robert Alexy, Derechos Sociales y ponderación*, 2ª edición, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 45-84, 57.

Alexy que: *“El subprincipio de idoneidad tienen más bien el status de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos. Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos”*<sup>211</sup>. Esto significaría que, si se adopta un medio con el fin de promover un derecho, pero resulta que el medio no es adecuado e infringe un derecho, entonces el medio será desproporcional y, por lo tanto inconstitucional. Aquí el intérprete debe detectar y seleccionar los medios idóneos -el fin que busca el legislador y el medio que emplea- que estén aptos, para proteger el derecho que se busca alcanzar. Para comprender este subprincipio y su funcionamiento, Alexy toma como ejemplo: la exposición del caso del peluquero que había colocado una máquina de tabaco, en la Sentencia BVerfGE 19, 330 - Sachkundenachweis<sup>212</sup>.

Con referencia a este primer subprincipio, diversos autores han desarrollado ampliamente el significado interpretativo que contendría ésta máxima parcial; Uno de ellos y el más importante para nosotros es Juan Cianciardo, quien expone que el subprincipio de adecuación o de idoneidad<sup>213</sup>: *“Lo primero que se exige de una medida es que tenga un fin. Lo segundo, que se sea adecuada para el logro de ese fin. Es decir, que sea capaz de causar su objetivo”*<sup>214</sup>. Agrega además Cianciardo que detrás de la exigencia de la adecuación, existen algunos pasos a seguir, como: *“<La determinación del fin Legislativo>, donde: a) debe existir un fin; b) el fin no debe estar prohibido constitucionalmente; y c) el fin debe ser socialmente relevante (...)”*<sup>215</sup>. Asimismo: *“<La adecuación “ex antes” o a posteriori>, donde puede ocurrir que una medida previsiblemente idónea cuando fue dictada se vuelva luego inidónea, o inversamente idónea”*<sup>216</sup>. Y finalmente: *“<La profundidad del juicio de adecuación>, donde exige tener en cuenta dos mandatos contrapuestos: por un*

<sup>211</sup> ALEXY, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 28.

<sup>212</sup> Este caso es analizado y criticado con detalle en el libro: GARCIA AMADO, Juan A. *Ponderación Judicial. Estudios críticos*, 1ª edición, Puno, Editorial Zela, 2019, 93-104.

<sup>213</sup> Llamado también *“Juicio de aptitud”*. Cfr. BARNES, Javier. “Introducción al principio de Proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”. *Revista de Administración Pública*, N° 135, Setiembre-diciembre 1994, 495-522.

<sup>214</sup> CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 62

<sup>215</sup> IBID, p. 63.

<sup>216</sup> Pueden darse cuatro situaciones: *“(1) M (medida) adecuada ex ante y adecuada a posteriori; (2) M adecuada ex ante e inadecuada a posteriori; (3) M inadecuada ex ante e inadecuada a posteriori; y (4) M inadecuada ex ante y adecuada a posteriori”*. Cfr. CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Op. Cit., p. 71.

lado, el control de constitucionalidad como imperativo constitucional (...), y por otro lado, la declaración de inconstitucionalidad como ultima ratio del control (...)<sup>217</sup>. En resumen, el subprincipio de adecuación debe contar una medida adecuada, para que alcance un fin permitido y relevante antes de un dictamen, que estarán sujetas a dos mandatos contrapuestos como el control constitucional o la declaración de inconstitucionalidad. Si se concibe como juicio de índole técnico, se abre la cuestión de la competencia del juzgador, para llevar a cabo con la necesidad de acudir a expertos o con la viabilidad de acudir sólo al sentido común.

Ahora bien, el problema del subprincipio de adecuación o de idoneidad es que, se puede predeterminar el resultado por una cuestión valorativa que opta el intérprete, esto es, que el subprincipio de adecuación: *“Sólo opera, y opera bien, cuando se ha predecido entre qué dos derechos o principios tiene lugar el conflicto que en el caso se dirime. Y es tal predecisión la que predetermina el resultado final de la aplicación del principio de idoneidad”*<sup>218</sup>. Es decir, esta predicción es la que poner a competir a dos derechos o principios -que supuestamente están en colisión- en la que el juzgador debe tomar una decisión para salvaguardar un principio y para eliminar el otro, con el apoyo de una justificación y argumentación razonable. Por lo tanto, en este subprincipio, todo dependerá de la interpretación que hagamos, de la opinión que tengamos de una norma para beneficiar a un principio, de la interpretación teleológica que tengamos de una norma para que triunfe un principio, según Juan Antonio García Amado: *“La verdadera clave está en determinar cuáles son los principios que se comparan, y muy especialmente cuál es el principio cuyo beneficio se considera que es el fin justificatorio de la norma. Porque si cambiamos la interpretación teleológica de esa norma, podremos cambiar también el principio de comparación (P<sup>3</sup>...P<sup>n</sup>) y con ello, puede cambiar completamente el resultado del juicio de idoneidad. (...) La clave está en lo que “pesen” las razones por las que se establece que el candidato a medirse con P<sup>1</sup> es P<sup>2</sup> y no P<sup>3</sup> o P<sup>n</sup>. Y esas razones son razones interpretativas, muy ligadas al establecimiento de la ratio de N”*<sup>219</sup>. En

---

<sup>217</sup> IBID, p. 75.

<sup>218</sup> GARCÍA AMADO, Juan A. “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica” en *Robert Alexy, Derechos Sociales y ponderación*, 2ª edición, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 249-331, 256.

<sup>219</sup> IBID, p. 259.

consecuencia, todo dependerá del juzgador por su esfuerzo argumentativo para descartar el derecho o principio no deseado; y por la magnitud de convicción -y no de acierto- de los argumentos para aceptar el candidato de nuestra preferencia, bien sea el principio o el derecho deseado, en que el intérprete o tribunal pueda aplicar el subprincipio de idoneidad.

El test del subprincipio de necesidad<sup>220</sup>: *“Requiere que entre dos medios igualmente idóneos en términos generales para promover un derecho a protección, debe escogerse el que infiera menos (...)”*<sup>221</sup>; agrega además Alexy que: *“El subprincipio de necesidad también es una expresión de la idea del óptimo de Pareto. A causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra”*<sup>222</sup>. Esto significaría, que se debe escoger un medio alternativo menos gravoso o medio menos restrictivo, para proteger el otro principio o derecho en conflicto. Aquí el intérprete debe escoger entre la pluralidad de medidas, aquella medida necesaria que cause menos perjuicios. Este medio o medida pueden ser diferenciadas entre dos: el medido establecido y el medido alternativo<sup>223</sup>; el primero, por ser un medio elegido por la autoridad pública, y el segundo, por ser un medio posible entre la expectativa o posibilidad. Para comprender este subprincipio y su funcionamiento, Alexy toma como ejemplo: la exposición del caso donde varias industrias que fabrican y distribuyen cigarros y tabacos, quedan obligados por una normativa a estampar en sus paquetes, inscripciones que atentarían con la libertad de expresión, de empresa y ejercicio profesional, y de propiedad; en la Sentencia del TCFA BVerfGE 95, 173 - Warnhinweise für Tabakerzeugnisse<sup>224</sup>.

<sup>220</sup> La podemos encontrar parcialmente explicada en la STC N° 0045-2004-AI/TC, f.j.39.

<sup>221</sup> ALEXY, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, Op. Cit., p. 57.

<sup>222</sup> ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 29.

<sup>223</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 3ª edición, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, p. 742; Según Carlos Bernal Pulido, “el medio alternativo” tiene que cumplir dos exigencias: *“(i) que revista, al menos, el mismo grado de idoneidad de la medida legislativa establecida y, (ii) que afecte negativamente en menor grado al derecho fundamental limitado”*. IBID, p. 742; más información sobre el tema, ver: CLÉRICO, María L. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2009, p. 114.

<sup>224</sup> Este caso es analizado y criticado con detalle en el libro: GARCIA AMADO, Juan A. *Ponderación Judicial. Estudios críticos*, 1ª edición, Puno, Editorial Zela, 2019, 104-117.

Con referencia a este segundo subprincipio, la prioridad del intérprete es buscar y escoger una medida necesaria, que pueda dar solución al problema, en la que no pueda lesionar el derecho o principio a protección; según Juan Cianciardo en el subprincipio de necesidad<sup>225</sup>: “Se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces. Se exige, por tanto, la adopción de la <alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos>”<sup>226</sup>. Agrega además Cianciardo que detrás de la exigencia de la necesidad, existen algunos pasos a seguir, como: “<La posibilidad del juicio de necesidad>, donde se justifica esta afirmación con cinco líneas de argumentación”<sup>227</sup>. Asimismo: “<El juicio de eficacia>, donde aparece como un juicio plurilateral, vertical y horizontal simultáneamente, entre el medio escogido, el fin buscado y otros medios hipotéticos”<sup>228</sup>. Y finalmente: “<La elección de la medida necesaria>, donde resulta necesario hallar el grado de restringibilidad de la medida adoptada”<sup>229</sup>. En resumen, en el subprincipio de necesidad se examina la medida menos restrictiva o gravosa que adoptaría el legislador, para proteger el derecho deseado y justificándolo mediante cinco líneas argumentativas; llegando a un juicio eficaz por la medida buscada, escogida, adoptada o hipotética. Específicamente en este subprincipio, existe una doble dimensión: por un lado, un elemento técnico o instrumental; y por otro lado, un elemento de índole más prudencial o política. Pero aquí surge un problema: que esto pone en cuestión la legitimidad de los jueces para controlar el aspecto de la actividad legislativa o administrativa.

Ahora bien, por un lado; el problema del subprincipio de necesidad, no es el subprincipio en sí, sino que el juzgador en muchas ocasiones podría resolver el problema mediante una variedad de alternativas menos lesivas, esto es, que el

---

<sup>225</sup> Llamado también originariamente como “juicio de indispensabilidad”. Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial McGraw-Hill Interamericana de España, 1999, p. 129.

<sup>226</sup> CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Op. Cit., p. 79.

<sup>227</sup> Estas argumentaciones son: “1) El argumento de la operatividad; 2) El argumento de la “vertiente positiva” de los derechos; 3) El argumento del déficit argumentativo: la aplicación empírica del subprincipio; El argumento de los principios; y 5) La función judicial como tarea valorativa y la división de poderes”. Cfr. CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Op. Cit., p. 80-87.

<sup>228</sup> IBID, p. 90.

<sup>229</sup> IBID, p. 92.

intérprete o tribunal reconozca de una vez por todas: la existencia de otras alternativas que en muchas ocasiones no se tienen en cuenta. Por lo que, el uso del subprincipio de necesidad: *“Esta condicionado por la voluntad o capacidad del juzgador para introducir alternativas de análisis comparativo entre derechos positiva y negativamente afectados por la acción normativa que se enjuicia”*<sup>230</sup>, es decir, si el juzgador no incluye un análisis donde opte por una medida menos dañosa, entonces solo se limitara a lo que quiere plantearse. Por otro lado; el problema del subprincipio de necesidad es que, solo va depender de la imaginación del interprete o tribunal, según Juan Antonio García Amado: *“La regla de necesidad está siempre al albur de la imaginación: en cuanto alguien acierta a imaginar una medida verosímilmente mejor, deja de ser necesaria la medida examinada. (...) Así que el juicio de constitucionalidad dependerá por completo de lo rica que sea o deje de ser la imaginación del tribunal”*<sup>231</sup>. Pero aquí el intérprete afrontaría un problema, y es que la medida imaginaria que es elegida: seria por una definición provisional, ya que en cualquier momento podría invalidarse la medida imaginaria, al demostrar la existencia de otra medida alternativa menos dañosa. En suma, para nosotros el test de necesidad nos parece peligroso que se realice, porque no se consideraría los términos que establece de la ley sino la del intérprete: *“ello supone un acto de injerencia inaceptable del Tribunal en un ámbito de decisión que debe ser autónomo para el legislador. Quizá el juicio de necesidad puede utilizarse cuando existan actos o hechos no regulados por leyes, pero una vez dictada la ley, debería respetar el mínimo de autonomía legislativa”*<sup>232</sup>; porque leyes para que utilice el intérprete en el ordenamiento jurídico si existen, otra asunto es que el intérprete no las use en el momento.

Y el test del subprincipio de proporcionalidad en *sentido estricto*<sup>233</sup>: *“Es aquí donde entra en juego un aspecto que mantiene su interés al invertirse la dirección del examen de la proporcionalidad, es decir, cuando se plantea si se ha infringido o no*

<sup>230</sup> GARCÍA, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, Op. Cit., p. 271.

<sup>231</sup> GARCÍA, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, Op. Cit., p. 284.

<sup>232</sup> ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. *Teoría del Derecho*, Primera edición, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2013, p. 210.

<sup>233</sup> La podemos encontrar parcialmente explicada en la STC N° 0045-2005-PI/TC, f.j.35, y la STC N° 579-2008-PA/TC, f.j.25.

el derecho a protección”<sup>234</sup>, agrega además nuestro autor que: “El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (...) expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario. Este principio es idéntico a la ley de ponderación”<sup>235</sup>. Esto significaría que, los derechos fundamentales por medio de los principios entrarían en juego a un examen de proporcionalidad, en la que se buscaría infringir un derecho y proteger otro derecho. Este subprincipio trata de resolver conflictos de principios a través de la técnica de la ley de la ponderación. Aquí el intérprete debe “valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión”<sup>236</sup>, todo esto, a través de la estructura de la ley ponderación. Para comprender este subprincipio y su funcionamiento, Alexy toma como ejemplo: la exposición del caso de la revista satírica *Titanic*: donde a un oficial del ejército en reserva y parapléjico es calificado de “geb. Mörder”, es decir, asesino nato; y posteriormente, es de nuevo calificarlo de “Krüppel”, es decir, tullido; en la STC BVerfGE 86, 1:TITANIC/ geb. Mörder<sup>237</sup>.

Con referencia a este tercer subprincipio, la prioridad del intérprete es buscar el balance ventajoso a través de los diversos juicios internos ofrecidos, con la finalidad de defender el principio o derecho a protección; según Juan Cianciardo en el subprincipio de proporcionalidad en *stricto sensu*: “Consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar (...) La posición dominante concreta el juicio en un balance entre las ventajas y las desventajas de la medida”<sup>238</sup>. Agrega además Cianciardo que detrás de la exigencia de la proporcionalidad en *stricto sensu*, existen algunos pasos a seguir, como: “<La insuficiencia del balance entre ventajas y desventajas>, donde se señalarán aquí dos clases de problemas. En primer lugar, los que se derivan de cómo son identificados, valorados y comprobados los intereses en juego. En segundo lugar, los que provienen de preguntarse si la proporcionalidad así

<sup>234</sup> ALEXY, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, Op. Cit., p. 58.

<sup>235</sup> ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 29.

<sup>236</sup> PRIETO, “El juicio de ponderación constitucional”, Op. Cit., p. 104.

<sup>237</sup> Este caso es analizado y criticado con detalle en el libro: GARCIA AMADO, Juan A. *Ponderación Judicial. Estudios críticos*, 1ª edición, Puno, Editorial Zela, 2019, 117-131.

<sup>238</sup> CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Op. Cit., p. 93.

*entendida es realmente justificable*<sup>239</sup>. Asimismo: “<El juicio de alteración o afectación del contenido esencial>, donde la determinación de si una medida altera o no un derecho fundamental presupone una previa indagación acerca del contenido inalterable del derecho fundamental de que se trate”<sup>240</sup>. Y finalmente: “<El juicio de justificación>, donde la insuficiencia de este juicio no debe conducir a su supresión”<sup>241</sup>. En resumen, en el subprincipio de proporcionalidad en stricto sensu se debe establecer si la medida adoptada es razonable para lo que se quiere alcanzar. Aquí el intérprete debe hacer un juicio razonable de balance en el costo y beneficio de los intereses en juego, donde tendrá que preguntarse si uno de ellos es justificable y proporcionable, asimismo como debe preguntarse, si la medida adoptada afecta el derecho a proteger. En otras palabras, lo que aquí se trata, es que mediante estos diversos juicios se pondere los derechos o principios que se encuentran en conflicto, donde el intérprete busque cuál es el interés con mayor peso, y busque cuál es el interés que debe ceder al otro. Pero aquí nos surge una incertidumbre, si la cuestión decisiva está relacionada “*bajo determinadas condiciones*” dadas por el intérprete estableciendo diversos juicios ponderativos para llegar a un resultado, qué pasaría si la cuestión decisiva está “*bajo otras condiciones*” dadas por el intérprete. Creemos que en este tercer subprincipio como fórmula del juicio de ponderación, sería una buena fachada para que el intérprete resuelva inversamente como le parezca.

Ahora bien, el problema del subprincipio de proporcionalidad *en sentido estricto*<sup>242</sup>, es que solo depende del intérprete y de sus preferencias valorativas, es decir, por

---

<sup>239</sup> IBID, p. 94-96.

<sup>240</sup> IBID, p. 100.

<sup>241</sup> IBID, p. 102.

<sup>242</sup> Es por ser un procedimiento irracional y peligroso, dado que permite un alto grado de subjetividad al intérprete, al introducir juicios personales en la fundamentación de principios y derechos; y así poder satisfacer cualquiera de los derechos fundamentales en conflicto que desea que triunfe. Según Jürgen Habermas: “*En el test de proporcionalidad en sentido estricto es solo la subjetividad del aplicador la que puede, al final, ser efectiva. Las operaciones de evaluación y ponderación requeridas por el test de proporcionalidad en sentido estricto puede ser logradas, solamente en forma decisionista*”. Cfr. PORTOCARRERO QUISPE, Jorge A. “¿Peligro de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales”, *VOX JURIS*, (31) N° 1, diciembre, 2015, 81-97, p. 86; Asimismo, en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se emplea los llamados juicios de pronósticos, que son enunciados que expresan una realidad futura, en la que se comprobaran como verdaderos o falsos en el futuro. Según Jürgen Habermas: “*Los pronósticos se comprueban o no se comprueban como acertados si son acertados o no, depende de la realidad. La valoraciones se demuestran o no se demuestran en tanto ellas*

entrar al campo de la discrecionalidad o aún más el de la arbitrariedad. En otras palabras, el intérprete usa a este subprincipio como una herramienta ideal, para esconder sus reales intenciones y sus evidentes apariencias valorativas, creando subjetivamente diversos escenarios para que triunfe su objetivismo ético. De ahí que: *“el resultado del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, sólo es evidente en apariencia para los que comparten determinados valores, no para los que profesan otros. En una sociedad libre y pluralista las evidencias compartidas son poquísimas, y en materia política y moral ninguna que no sea puramente formal o procedimental”*<sup>243</sup>. Por consiguiente, cuando el intérprete usa el subprincipio como herramienta interpretativa para ponderar derechos o principio, lo que en realidad está haciendo el razonamiento no es ponderar, sino seleccionar una interpretación previa en la que condicionen la posibilidad de determinar el resultado. Esto es, que en el razonamiento jurídico del intérprete: *“en ningún momento se han ponderado o sopesado derechos, ni en abstracto ni a la luz de las circunstancias del caso. Lo único que se sopesa son las razones que avalan cada paso en ese proceso de concreción interpretativa. Se sopesan razones interpretativas, es decir, razones para adscribir significados o, dicho de otra forma, razones para admitir que una determinada categoría encaja (se subsume) o no bajo la referencia de una categoría más general”*<sup>244</sup>. Por lo tanto, cuando se sopesan razones con una variedad de interpretaciones previas, donde no se ponderan los grados que buscan la satisfacción o afectación de un derecho por medio de una escala tríadica, -como lo explicaremos más adelante- sino que se sopesan por las razones con puras impresiones subjetivas del interprete, *“como la que resulta al sopesar un objeto (o dos objetivos comparativamente) no es susceptible de ser justificada con más razones que razones personales: lo que parece, lo que siento, lo que opino”*<sup>245</sup>. Entonces estaríamos ante razones que se llegarían a cometer arbitrariedades, no por el mecanismo ponderativo del este subprincipio, sino por las razones personales del juzgador con carácter valorativo o ideológico.

---

*sean aceptadas o rechazadas, dicha aceptación o rechazo significa que otro también las acepte o desestime”*. IBID, p. 86.

<sup>243</sup> GARCÍA, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, Op. Cit., p. 287.

<sup>244</sup> GARCÍA, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, Op. Cit., p. 302-303.

<sup>245</sup> ATIENZA y GARCIA, *Un debate sobre la ponderación*, Op. Cit., p. 41.

En síntesis, además de los problemas individuales ya mencionados en los tres subprincipios de adecuación (o idoneidad), de necesidad, y de proporcionalidad en sentido estricto: por predeterminar su resultado, por depender de la imaginación del intérprete, y por sus preferencias valorativas; en su conjunto *“dichos tres principios carecen de autonomía operativa y son, al menos en cierto sentido triviales o prescindibles, pues las magnitudes sobre las que se aplican (lo que se “pesa”) o el resultado de su aplicación (el “peso” resultante) está decisivamente condicionado por las interpretaciones previas que de las normas que vengan al caso haya hecho el Tribunal, y, con ello, por las contingentes valoraciones o preferencias del Tribunal”*<sup>246</sup>. Por lo tanto, ni el subprincipio de adecuación, ni el de necesidad, y por último, ni el de proporcionalidad en sentido estricto; tendrían independencia para solucionar cualquier caso en concreto, por lo que estarían condicionados por las diferentes: circunstancias, entidades intangibles o personalidades del sistema jurídico, como son: los hechos jurídicos, las normas, los principios, los valores, las interpretaciones y el juez ordinario o constitucional. Este último con mayor protagonismo para que puedan desarrollarse cada subprincipio, ya que: *“Es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto qué es lo que en concreto se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de ese pesaje o ponderación”*<sup>247</sup>. Entrando a la dimensión de los conflictos aparentes de los principios, como pretexto para la arbitrariedad del juez o tribunal que quiera privilegiar alguno de ellos.

Siguiendo con el desarrollo de la máxima de la proporcionalidad, especialmente en su última máxima parcial, el de subprincipio de proporcionalidad en *sentido estricto*; podemos encontrar el desarrollo de la *“estructura de la ponderación”*<sup>248</sup>, en la que

---

<sup>246</sup> GARCÍA, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, Op. Cit., p. 291-252. Un intento por reconstruir los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, la podemos encontrar en: BERNAL PULIDO, Carlos. “Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 74, mayo-agosto, 2005, 417-444.

<sup>247</sup> GARCÍA, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, Op. Cit., p. 291-252.

<sup>248</sup> ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 11, enero-junio 2009, 03-14, 08-13; BERNAL PULIDO, Carlos. “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, 17-35, 21-27; PINTO FONTANILLO, José A. “Robert Alexy: Una teoría de la argumentación jurídica para un derecho universal” en *Pensando el Derecho en el siglo XX*, Madrid, Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, 2003, 323-345, 335-340.

estaría compuesto por tres elementos esenciales, estas serían: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. Estos elementos a continuación serán explicados:

Por un lado, según la interpretación que hace Robert Alexy a la sentencia BVerfGE 41.251 (264)<sup>249</sup> que emite el Tribunal Constitucional Federal Alemán, *La ley de la ponderación* se formularia de la siguiente manera: *“Cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*<sup>250</sup>. En otras palabras, según el propio autor la fórmula se puede desmenuzar o dividir en tres pasos: *“En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”*<sup>251</sup>. Es decir, estos tres pasos representarían individual y conjuntamente la ley de la ponderación, es más, podemos rescatar que en los dos primeros pasos se puede determinar el grado de afectación de los principios, en la que podemos reconocer tres tipos de variables, como son: El grado de afectación de los principios en el caso, el peso abstracto de cada principio en juego y la seguridad de las apreciaciones empíricas.

Con respecto a la primera variable, *el grado de afectación de los principios*, puede determinarse mediante la aplicación de una escala tríadica, a través de tres rangos como lo señala Alexy: *“Los tres rangos pueden designarse con las expresiones <leve>, <medio> y <grave>. (...) caracterizados con las letras <l>, <m> y <g>”*<sup>252</sup>. Es decir, por ejemplo; si una persona está en riesgo su vida, por no llevarla al hospital por cuestiones religiosas, esta afectación podría graduarse como <grave>, debido al peligro de muerte; a diferencia del derecho de libertad religiosa que profesaría la familia, y que podría graduarse de <leve o media>. Pero esta primera

<sup>249</sup> Que según Alexy: *“el Tribunal habla de una ponderación total entre la gravedad de la intervención y el peso y la urgencia de las razones que la justifica”*. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 160.

<sup>250</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 161.

<sup>251</sup> ALEXY, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 32.

<sup>252</sup> ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Op. Cit., p. 357.

variable, nos lleva a objetar el desarrollo de la escala tríadica, por tratarse de un procedimiento matemático exacto utilizado por las ciencias aplicadas; donde no podemos utilizar lo mismo con las interferencias de los principios constitucionales, ya que: *“sólo podemos construir una escala si estamos en posesión de conceptos métricos o, al menos, comparativos y en el ámbito de la ponderación entre derechos sólo disponemos de razones a favor en contra, por lo tanto únicamente podemos generar conceptos clasificadorios”*<sup>253</sup>. Esta sería la diferencia entre la escala tríadica como procedimiento de otras ciencias, y las argumentaciones como resultado de la razón del juez ordinario o constitucional.

Con respecto a la segunda variable, *el peso abstracto de cada principio en juego*, expone Alexy: *“Hay muchos principios de la Constitución que no se diferencian en su peso abstracto. Sin embargo, esto no ocurre con otros principios. De este modo, por ejemplo, el derecho a la vida tiene un peso abstracto mayor que el de la libertad general de acción”*<sup>254</sup>. Es decir, a pesar que nuestro autor ya nos ha mencionado que los principios tienen la misma jerarquía, en ocasiones estos tendrían mayor importancia abstracta, un claro ejemplo -como ya se señaló-, es el derecho fundamental de la vida, ya que sin ella, no podríamos acceder a ejercer otro derecho. Pero esta segunda variable, nos lleva a objetar el peso abstracto de los principios, por tratar de imponernos -en el razonamiento- un orden abstracto de principios o derechos en escala; esto es, porque *“deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio (...), deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos”*<sup>255</sup>. Criterio que no nos parece deseable, por no ser razonable, y porque la inexistencia universal de tal orden abstracto de principios o derechos en escala. Algo muy interesante es, lo que nos trae el profesor Carlos Bernal Pulido, donde señala que: *“La jurisprudencia constitucional de diversos países en ocasiones ha recogido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana”*<sup>256</sup>. Este

<sup>253</sup> MORESO, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, Op. Cit., p. 233.

<sup>254</sup> ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Op. Cit., p. 358.

<sup>255</sup> MORESO, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, Op. Cit., p. 231.

<sup>256</sup> BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 770-772.

criterio por parte de las jurisprudencias de los diversos países no lo compartiríamos, debido a que; en primer lugar, no es un orden abstracto de principios o derechos en escala lo que los tribunales establecen en las jurisprudencias, ya que solo recogerían los criterios de carácter valorativo del propio juzgador, en la que incurrirían en un absoluto y eterno juego perverso de los derechos fundamentales; y en segundo lugar, porque en las jurisprudencias serían un buen lugar para justificar y hacer valer sus apreciaciones empíricas, defendiendo el juzgador de esta manera, su postura ideológica, su idea de Constitución, Estado, y Justicia, y estableciendo un orden fundamental, como lo señala ley fundamental de Bonn<sup>257</sup>.

Y con respecto a la tercera variable, de *la seguridad de las apreciaciones empíricas*, está es más referida; por un lado, al grado de seguridad o certeza de las premisas empíricas del legislador; y por el otro lado, al grado de inseguridad o incertidumbre de las premisas empíricas del legislador. Según Alexy, el Tribunal Constitucional, logra diferenciar la seguridad de las apreciaciones empíricas, en tres grados de intensidad de control: “*<el control material intensivo>*, *<el control de plausibilidad>* y *<el control de evidencia>*”<sup>258</sup>. Es decir, por ejemplo; si tenemos a una persona que tendría una afectación al derecho a la vida, y frente a ello, la afectación del derecho a la libertad religiosa, entonces debería considerarse como *un control de material intenso*, si existe certeza que la persona morirá de no llevarla al hospital.

A nuestro criterio, compartimos la posición del profesor Carlos Bernal Pulido, cuando declara que en la ley de la ponderación: “*No existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación, y que conforman la fórmula del peso, es decir: el grado de afectación de los principios en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas relativas a la afectación*”<sup>259</sup>. Es más evaluamos también, que no

---

<sup>257</sup> HESSE, Konrad. “El Tribunal Constitucional Federal en la Ley Fundamental de Bonn”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 09, Madrid, 2005, 141-151.

<sup>258</sup> Asimismo según Alexy, el T.C.F.A. “*Construyó un modelo epistémico triádico que tiene inmensas similitudes formales con el modelo triádico material antes expuesto y que puede ser incorporado a la fórmula del peso sin mayores inconvenientes*”. Cfr. ALEXY, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 56.

<sup>259</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, Op. Cit., p. 760. Además agrega el autor, que existe una variedad de objeciones en la ponderación, entre las tres principales tenemos: la falta de precisión de la ponderación, la inconmensurabilidad en la ponderación, y la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación. Cfr. BERNAL PULIDO,

está claro, cuándo debe hacerse la graduación en el caso de una colisión de principios; al menos que esto sea resuelta por el juez adoptando su postura material e ideológica, donde se corriera el riesgo por ejemplo: que el juez adopte por un lado, en proteger las comunidades cristianas, judías, islámicas, indígenas, nativas, campesinas, etc.; o por otro lado, en proteger los principios, los valores, las buenas costumbres de una sociedad, etc. En otras palabras, todo dependerá del juez y en el que pueda prevalecer su ideología política, religiosa, social, etc.; emitiendo la sentencia -en palabras del profesor de Harvard Duncan Kennedy-, no como la ley lo exige sino como *“La-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”*<sup>260</sup>, es decir, a lado de la subjetividad y del direccionamiento.

Por otro lado, según la interpretación que hace Alexy a *“La fórmula del peso”*<sup>261</sup>: *“Es un intento de ilustrar la estructura de la ponderación con la ayuda de un modelo matemático”*<sup>262</sup>, en la que tendría la siguiente forma:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Para que podamos entender esta clase de formulación, nos procedemos a explicar de la manera más sencilla esta la fórmula geometría presentada por el autor: *“<G<sub>i,j</sub>> representa el peso concreto de un principio P<sub>i</sub> en relación con el principio en colisión P<sub>j</sub>. Si G<sub>i,j</sub> es mayor que 1, prevalece P<sub>i</sub>; si G<sub>i,j</sub> es menor que 1, prevalece P<sub>j</sub>. Si G<sub>i,j</sub> adopta el valor 1, existe un empate o situación de igualdad, para cuya solución son precisas consideraciones adicionales”*<sup>263</sup>. Es decir, la fórmula del peso definiría *<G<sub>i,j</sub>>* como el producto de tres factores concernientes a cada principio: *“En el lado de P<sub>i</sub> son las intensidad de la injerencia en P<sub>i</sub> (I<sub>i</sub>), el peso abstracto de P<sub>i</sub> (G<sub>i</sub>) y la*

---

Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 77, mayo-agosto, 2006, 51-75, 53-55.

<sup>260</sup> KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho*, traducido por Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santafé Bogotá, Ediciones Uniandes, 1990, p. 91.

<sup>261</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Op. Cit., p. 371; y ALEXY, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, Op. Cit., p. 83.

<sup>262</sup> ALEXY, Robert. “Sobre los derechos constitucionales a protección”, Op. Cit., p. 59.

<sup>263</sup> ALEXY, Robert. “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, Op. Cit., p. 83.

seguridad de las apreciaciones empíricas acerca de lo que la ejecución de la medida evaluada significa para la no realización de  $P_i$  ( $S_i$ ). Los factores correlativos, en el lado de  $P_i$ , son la intensidad de la injerencia en  $P_j$  que resultaría de la no injerencia en  $P_i$  ( $I_j$ ), el peso abstracto de  $P_j$  ( $G_j$ ) y la seguridad de las apreciaciones empíricas acerca de lo que la omisión de la medida evaluada significaría para la realización de  $P_j$  ( $S_j$ )<sup>264</sup>. Asimismo, los juicios sobre la intensidad de la interferencia, pueden llevarse a cabo siguiendo la primera variable del grado de afectación de los principios, en la que podría ser objeto de valoración a través de los tres rangos: “leve” (L), “medio” (M) y “grave” (G). Igualmente, para calcular el valor de  $\langle G_{i,j} \rangle$  hemos de asignarle cifras a los rangos, y para ello, podemos utilizar la serie geométrica de: “Los valores  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ , esto es; 1, 2 y 4”<sup>265</sup>, teniendo de esta manera; “leve  $2^0$ ”, es decir 1; “medio  $2^1$ ”, es decir 2; “grave  $2^2$ ”, es decir 4. Teniendo la opción además de agregar los tres grados epistémicos, como la: “Certeza o seguridad ( $g$ ), justificación o plausible ( $p$ ), y no evidentemente falso ( $e$ ), pudiendo adscribirse a los valores  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ , valores que pueden atribuirse a  $SPiC$  a  $SPjC$ ”<sup>266</sup>. Refinando de esta manera, la escala triádica y la fórmula del peso.

En suma, siguiendo con el ejemplo anteriormente mencionado, sobre el derecho a la vida de la persona que tiene que ser hospitalizado por afectar su salud y el derecho a la libertad religiosa que profesaría su familia. La aplicación de la fórmula del peso se determinaría de la siguiente manera y en dos formulaciones distintas:

Primero, la afectación de los derechos a la vida y a la salud se catalogaría de intensa, su siglas sería: (IPiC=4), al igual que su peso abstracto de intensa por ser vida, su siglas sería: (GPiA), y por último, el de la certeza de las premisas por existir un riesgo -inminente- de muerte, su siglas sería: (SPiC =1). Nuestra fórmula del peso, se graficaría de la siguiente manera:

$$GPi,jC = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

<sup>264</sup> IBID, p. 84.

<sup>265</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Op. Cit., p. 365.

<sup>266</sup> ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 56.

Como resultado: la afectación de la vida y la salud de la persona tendría: 4.

Segundo, la satisfacción de la libertad religiosa se catalogaría como media, su siglas sería: (WPjC=2), al igual que su peso abstracto como media por ser religiosa y no como la vida, su siglas sería: (GPjA=2), y por último, el de la seguridad de las premisas por existir un riesgo de la libertad de culto, su siglas sería: (SPjC=1). Nuestra fórmula del peso, se graficaría de la siguiente manera:

$$GP_{i,jC} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

Como resultado: la satisfacción de la libertad religiosa solo tendría: 0.25. Por lo que, con este resultado, ganaría el derecho la vida, y la libertad religiosa tendría que cederle en la ponderación.

Con esta estructura, el catedrático de la universidad de Kiel seguiría avanzando en sus formulaciones del peso, desarrollando una “*formulación completa del peso*”<sup>267</sup>, que consistiría en la siguiente:

$$GP_{i,jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

A nuestro criterio, creemos que la fórmula del peso, establece una dimensión o espacio de subjetividad dentro del razonamiento del intérprete, donde reinan las matemáticas, la aritmética, la geometría y el algoritmo, convirtiéndose el operador del derecho no en un operador que disponga de un razonamiento a favor o en contra, sino de un operador que se disponga a calcular los problemas jurídicos, a través de entidades abstractas, convirtiéndose de esta manera en “*el hombre que calculaba*”<sup>268</sup> de Malba Tahan. No obstante, (como ya se mencionó anteriormente)

<sup>267</sup> Especialmente ubicado en los pies de páginas de las obras de: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Op. Cit., p. 371; y ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 56.

<sup>268</sup> Obra referida a las aventuras de Beremiz Samir, donde cuenta la historia de su vida, de cómo inicio sus lecciones de matemáticas, y de cómo resuelve los problemas a través de los números.

el profesor Atienza reconoce el valor matemático de cada una de las variables, de contribuir una regla aritmética a los problemas de la ponderación que le atribuye Alexy a la fórmula del peso, es más reconoce el error de Alexy al momento de expresarlo retóricamente.<sup>269</sup> Para nosotros es algo inconsistente, que algún autor emitir una teoría y no tenga un grado de responsabilidad de las consecuencias que podrían causar por adoptar tal criterio; lo que podemos resaltar de esta teoría, es que cuando estructuramos geométricamente el peso (sobre las bases subjetivas) mediante entidades intangibles e inmateriales -ya sea por derechos, valores e intereses materiales-, *nosotros mismos* somos los que le damos el peso respectivo, ya que ni los hechos, las circunstancias y ni hasta los mismos principios pesan por sí mismo, por lo que estos carecen de autonomía.

Por último, según la interpretación que hace Alexy, “*Las cargas de argumentación*”, está referida a la existencia de empate en la fórmula del peso entre principios, es decir, cuando tenemos las siglas:  $(G_{Pi,j}C = G_{Pj,i}C)$ . Según Alexy, sostendría en un primer momento de su obra: *Teoría de los derechos fundamentales*, que la carga de argumentación se explicaría de la siguiente manera: “*Más arriba se ha mostrado que no es posible un orden de los principios o un orden de valores que (...) un orden tal podría ser llamado “orden duro”. Pero, lo que es posible es un orden blando con prioridades prima facie. El núcleo correcto de la teoría material de los derechos fundamentales propuesta por Böckenförde es que, (...) pueden presentarse una prioridad prima facie de los principios de la libertad jurídica y de la igualdad jurídica, es decir, una carga argumentativa en favor de estos principios. La prioridad prima facie del principio de la libertad jurídica coincide ampliamente con la “suposición básica de libertad” del Tribunal Constitucional Federal y con la máxima <in dubio pro libertate>*”<sup>270</sup>. Pero esta lógica cambiaría ya que quince años después, Alexy sostendría en un segundo momento de su obra: “*Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*”, que la carga de argumentación se explicaría de la siguiente manera: “*Los casos de empates son de particular interés a efectos de la cuestión*

---

Cfr. TAHAN, Malba. *El hombre que calculaba*, traducido por Francisco Martín Arribas, Barcelona, RBA LIBROS, 2010, p. 07.

<sup>269</sup> ATIENZA, Manuel. *Ponderación y sentido común jurídico* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en: <https://dfddip.ua.es/es/documentos/ponderacion-y-sentido-comun.pdf?noCache=1415615082659>

<sup>270</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 549.

*relativa a los márgenes estructurales. En estos casos, el peso concreto de Pi es siempre el mismo. Esto expresa la idea de que los empates son equivalentes (...) Debe de diferenciarse entre dos aspectos del margen estructural para la ponderación. El primero se refiere al empate como tal. Si las razones para la intervención son tan fuertes como las razones que juegan en su contra, la intervención no es desproporcionada. (...) El segundo aspecto (...) consiste en la equivalencia entre los empates que se presentan en los diferentes grados posibles. De este modo, la idea de un ámbito estructural para la ponderación se compone de dos ideas: la de igualdad en el empate y la de igualdad entre empates*<sup>271</sup>. Esto quiere decir, que cuando un principio –como puede ser el principio democrático– entraría en conflicto con la libertad o la igualdad jurídica, estos últimos ya no triunfarían, sino que triunfaría el principio democrático –a favor del legislador– en que se funda la competencia del parlamento<sup>272</sup>. Es decir, cuando existirá empate, la ley no debe declararse inconstitucional, dado que está dentro del margen constitucional, que le otorga la carta magna al legislador. Por su parte Alexy, señala que es rara vez que exista estos tipos de empates, ya que siempre existirían ordenes muy refinados en el modelo triádico para buscar una posible solución.

A nuestro criterio, creemos que las dos posturas de la carga de la argumentación descritas en ambas obras por Alexy, son totalmente contradictoria, ya que en un primer momento, cuando exista una colisión de principios se privilegiaría a los principios de *libertad jurídica* y *la igualdad jurídica*; y en un segundo momento, cuando exista una colisión de principios se privilegiaría ya no a los principios de la primera postura sino a otros que sean igual o mayor de graduabilidad, como por ejemplo al *principio de democrático*. En estas dos posturas, solo nos muestra Alexy, dos interpretaciones distintas en la que los jueces podrían aventurarse a interpretar,

---

<sup>271</sup> ALEXY, Robert. "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", Op. Cit., p. 43-46.

<sup>272</sup> Estos tipos de casos según Alexy, es muy importante de responder para determinar la relación existente entre la jurisdicción constitucional y el parlamento. Por lo que: "*Muchos críticos en Alemania y en otros países reprochan que mi teoría de la ponderación entrega a manos de los jueces todo el sistema jurídico. Esta crítica señala que la teoría de los principios lleva irremediablemente a una "sobreconstitucionalización" del ordenamiento. He buscado responder esta crítica con una teoría de los márgenes más importantes de esta teoría consistente en que, en caso de empate, el parlamento, es decir la política, y no el Tribunal Constitucional, es decir el Derecho, debe tener primacía sobre el otro*". Cfr. SOSA SACIO y TITO PUCA, "Entrevista a Robert Alexy: preguntas introductorias y dudas desde América Latina", Op. Cit., p. 350.

dado que hasta la fecha no ha mostrado nuestro autor interés para aclarar este problema. Pero lo que si podemos interpretar, es que todo dependerá del interprete, de su margen de subjetividad y de su postura ideológica a la que quiera defender, bien por el *“in dubio pro libertate”* o bien por el *“in dubio pro legislatore”*.

### **2.1.2.- El orden objetivo de valores y sus sustanciales críticas.**

Ahora bien, como pudimos observar en el desarrollo de la teoría alexyana, está siempre vino acompañada por diversas críticas, pero estas no fueron recientes, sino que vienen arrastrando desde los años cincuenta del siglo pasado. Es más, son los propios alemanes quienes realizaron fuertes críticas en contra de la teoría de Alexy; y que el mismo Tribunal Constitucional Federal Alemán, tuvo que cambiar de criterio que mantenía en el fallo de *“Lüth”*<sup>273</sup> del año 1958, por el fallo de *“sobre la duración del servicio civil de los objetores de conciencia”*<sup>274</sup> del año 1985. Por ello, de manera breve desarrollaremos a continuación estos acontecimientos:

Si bien es cierto, el desarrollo de la teoría Alexyana es reconocidas por muchos países, esto se debe a que el autor adopta por una posición constitucional, que prácticamente es obtenida de las interpretaciones que deduce de los fallos del Tribunal Constitucional Federal Alemán<sup>275</sup>; especialmente en el fallo de *Lüth* del año 1958, donde según el tribunal señalaría que: *“La Ley Fundamental contiene en su capítulo sobre derechos fundamentales, un <orden objetivo de valores> que, en tanto <decisión iusconstitucional fundamental>, vale para todos los ámbitos del derecho y del cual reciben <directrices e impulsos> la legislación, la administración y la justicia. La suposición de que, a más de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores que, en tanto valores de rango constitucional, ejercen un <efecto de irradiación> en todo el derecho ordinario tiene amplias consecuencias. La constitución no es ya sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como la dignidad, la libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. En la aplicación del derecho esto se*

<sup>273</sup> Sentencia BVerfGE 7, 198 (205), promovido por Erich Lüth.

<sup>274</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 160.

<sup>275</sup> LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *¿Cómo funciona el Tribunal Constitucional Federal alemán?*, traducido por Jorge Luis León Vásquez, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2019, p. 26-51.

muestra en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por una ponderación según valores y principios constitucionales<sup>276</sup>. Esta interpretación al fallo de Lüth no se hizo esperar y con ellos surgieron numerosas críticas por parte de los pensadores alemanes de la época, entre ellos tenemos a Ernst Forsthoff<sup>277</sup>, quien formula su crítica<sup>278</sup> porque el argumento del fallo de *Lüth*, termina de eliminar el contenido de los derechos fundamentales, y convertirlos en charlatanería. Para esta crítica el iusfilósofo toma como referencia a otros iusfilósofos alemanes: como Nikolai Hartmann y Carl Schmitt; este último, por su crítica en su famosa obra *“la tiranía de los valores”*<sup>279</sup>, quienes los valores serían entidades que reinan en las sentencias de los jueces constitucionales.

Según Alexy, las críticas más fuertes a la posición constitucionalista que manejaba, eran representadas en cuatro principales fórmulas<sup>280</sup>, pero al pasar el tiempo, solo se mantendrían en formas literarias. Fue en el año 1985, mediante la Jurisprudencia

---

<sup>276</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 159; Para conocer más del orden objetivo de valores ver: CRUZ, Luis M. “La Constitución como orden de valores Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo”, *Díkaion*, Año 23, Nº 18, diciembre 2009, 11-31, 17-25.

<sup>277</sup> Uno de los destacados críticos a la idea de concebir a la constitución como un orden objetivo de valores. Ernst Forsthoff advierte que: “*La desjuridificación que significaría dar a este orden de valor (de carácter típicamente espiritual) absolutamente ajeno a ideas como coherencia o complejidad propias de los sistemas jurídicos. Del mismo modo, la tarea interpretativa se haría bastante discutible en un escenario donde aquello que debe interpretarse es más bien un valor y no una norma jurídica. Con una solución de este tipo, el prestigio mismo de la norma constitucional se iría perdiendo, al mismo tiempo que se pierde su racionalidad. En definitiva, este “método científico espiritual” de aplicación constitucional de una jerarquía de los valores teñiría de inseguridad al derecho constitucional, “sumiendo a la norma constitucional en la causística” y transformando el estado de derecho en un “estado judicial”.* Cfr. LETELIER, “La Justicia Constitucional en el pensamiento de Jürgen Habermas”, Op. Cit., p. 380.

<sup>278</sup> Con su famosa frase: “<La jurisprudencia se autodestruye si no sostiene incondicionalmente que la interpretación de la ley es la obtención de la subsunción correcta en el sentido de la inferencia silogística>. La axiología conduciría a la <transformación de una conceptualización clara en charlatanería>. Encerraría, además, el peligro de eliminar el contenido liberal de la Ley Fundamental -como lo formulara Carl Schmitt siguiendo a Nikolai Hartmann- en aras de la <tiranía de los valores>”. Cfr. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 160.

<sup>279</sup> Donde manifiesta Schmitt que: “*Quiénes se prestan como defensores de los valores en peligro se justifican invocando abstracciones e ideales despolitizantes, pero de hecho los ejecutan y realizan como les conviene, en la medida en que su potencia les permita actualizarlos como se les ocurra*”. Cfr. SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*, traducido por Sebastián Abad, 1º ed., Buenos Aires, editorial Hydra, 2009, p. 10.

<sup>280</sup> Estas fórmulas eran: “(1) norma en vez de valor; (2) subsunción en vez de ponderación; (3) independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la constitución; (4) autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional Federal”. Cfr. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 160.

del Tribunal Constitucional Federal Alemán, específicamente en el fallo “sobre la duración del servicio civil de los objetores de conciencia”, donde los jueces Böckenförde<sup>281</sup> y Mahrenholz respaldaron las objeciones formuladas por Ernst Forsthoff años atrás. Según los jueces, dictaminaban que: *“La <clara estructura normativa de la Constitución> quedaría eliminada en aras de la ponderación entre elementos en tensión. La Constitución perdería así su <determinación substancial>. Las disposiciones constitucionales serían, en última instancia, <degradadas a la categoría de material de ponderación en la toma de decisiones de los jueces>; los derechos fundamentales obtendrían el carácter de meros <puntos de vista para la ponderación>. Todo esto traería como consecuencia que el derecho aplicable (no tendría) su sede ya en la Constitución sino en el juicio de ponderación del Juez”*<sup>282</sup>. Esta argumentación presentada por los jueces en el fallo, sería una crítica directa y un golpe a la posición constitucionalista que manejaba -y hasta hora- Robert Alexy, ya que se descalificaría las diversas particularidades que se le atribuían a la Constitución, y especialmente a su famosa teoría de la ponderación como actividad exorbitante de la labor de los jueces.

Así como los jueces alemanes Böckenförde y Mahrenholz fueron los primeros en objetar en la jurisprudencia, mencionando en que era imposible encontrar un “orden objetivo de valores”<sup>283</sup> en la Constitución, y la posibilidad de sostener una posición

---

<sup>281</sup> Que por su parte sostenía que: *“Aquel posicionamiento de los valores como fundamento mismo del Derecho abre la puerta al ingreso de las opiniones y valoraciones subjetivas de los operadores jurídicos, en la tarea de definición del contenido material del Derecho. Centrar el debate imperativo en la perspectiva axiológica subjetiva del intérprete, provoca la desconcertante situación de desproveer a la interpretación de toda base racional, indispensable en contextos de fundamentación jurídica. La argumentación que se basa en valores deviene en cierta forma irracional y el conocimiento y reconocimiento de estos valores en “emotivo e intuitivo, sustrayéndose así de todo control, verificación o fundamentación racional” (Cruz, 2005, p. 70). Con un escenario como este, se consolida rápidamente un “totalitarismo constitucional”: estimando el tribunal constitucional tanto la existencia en la Constitución de un orden de valores con vigencia universal como la irradiación (de validez) de éste a todo el orden jurídico, ella se transforma en una carta que “sanciona unas determinadas convicciones político-éticas, atribuyéndoles una validez jurídica universal, y discrimina a las que se oponen a aquellas”. “La Constitución no garantiza ya la libertad de una forma incondicionada a través de una delimitación jurídico-formal, sino sólo la que cabe dentro del sistema de valores reconocido por ella: quien se sitúa fuera de este sistema de valores, positivado entre otros en cláusula de intangibilidad (art. 79, III en relación con el art. 20 LF), deja de tener derecho a la libertad política (art. 2, I y II, art. 18LF) (Böckenförde, 2000, p. 41)”. Cfr. LETELIER, “La Justicia Constitucional en el pensamiento de Jürgen Habermas”, Op. Cit., p. 380-381.*

<sup>282</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 161.

<sup>283</sup> Estas críticas al orden objetivo de valores no es después del momento de la emisión del fallo de *Lüth* del año 1958, ya anteriormente muchos autores criticaban esta teoría, como es: Max Weber, Nikolai Hartmann, Carl Schmitt, Ernst Forsthoff, Jürgen Habermas, entre otros iusfilósofos

constitucionalista mal interpretando los fallos del Tribunal Constitucional para poder hacer uso de la ponderación. También resurgieron los diferentes argumentos que se tenía en contra del orden objetivo de valores y la teoría de los principios. Estos argumentos lo podemos agrupar en *tres objeciones*, y de la siguiente manera:

En la primera objeción tenemos a la “*sustancial*”, donde aduce que: “*Una teoría de los principios estructuralmente coincide con la teoría de los valores conduce a la destrucción de la libertad individual en sentido liberal. Conduciría a una dación de contenido de la libertad iusfundamental, a <quedar sometido> a los valores*”<sup>284</sup>. Esta afirmación reflejaría, la destrucción de las libertades individuales de la persona y el sometimiento de los operadores del derecho hacia la teoría de los valores, a través

---

alemanes. Asimismo, Estas críticas en contra del orden objetivo de los valores y la comprensión de los derechos fundamentales como valor, son las que provenían de dos argumentos: “(i) *La comprensión de los derechos fundamentales como valores, y la comprensión del sistema de derechos fundamentales como un orden objetivo de valores, socava los principios del Estado de derechos. Esta es una crítica en el ámbito de la teoría constitucional y va dirigida al componente objetivo del orden de valores. (ii) La comprensión metodológica de los derechos como valores es errada. Esta crítica desarrollada por Habermas apunta al componente valorativo del orden objetivo*”. Cfr. MARSHALL, “Los derechos fundamentales como valores”, Op. Cit., p. 219. Quizás el fallo de *Lüth* del año 1958, es la que más refleja la idea de “orden objetivo de valores”, sin embargo, anteriormente había perfilado esta idea, en los casos de la prohibición de partidos políticos, como son: *Sozialistische Reichspartei* en el año 1952 (*BverFG 2, 1*), y *Kommunistische Partei Deutschlands* en el año 1956 (*BverFG 5, 85*).

<sup>284</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 168-169; Según Jürgen Habermas, es uno de los peligros que ve en la práctica del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de entender a la Constitución: “*Como un <orden concreto de valores> y que recurre a la <ponderación> entre ellos*”. Cfr. SOBREVILLA, David. “La concepción habermasiana del derecho. Comentarios críticos”, *DOXA*, N° 30, 2007, 563-579, 573. Por otro lado, debemos comentar algo que nos llamó poderosamente la atención, que es la investigación del profesor Bernhard Shlink con respecto a la teoría de los valores, según David Sobrevilla menciona que: “*Bernhard SCHLINK, quien en su trabajo “La ponderación en la Corte Constitucional Federal Alemana (1976) ha estudiado minuciosamente el tema, afirma lapidariamente que la orientación de la jurisprudencia de dicha Corte por los valores es un <mito>: admite que entre 1950 y 1970 el “Bundesverfassungsgericht” discutió si los derechos fundamentales eran valores y si formaban un sistema valorativo, pero señala que después de 1970 casi no ha empleado más la noción de <valor> y que ha utilizado en su lugar los conceptos de <normas objetivas>, <decisiones fundamentales objetivas> y de <principios objetivos> para referirse a las mismas metas y arribar exactamente a los mismos resultados*”. IBID, p. 573. Este comentario en un primer momento nos ha sorprendido, y no lo dudamos también los habrá sorprendido a los propios críticos de la teoría de los valores; pero el detalle estaría, en que los iusfilósofos alemanes; Forsthoff, Böckenförde, Habermas, entre otros lo hayan inventado, por lo que es “poco probable”. Dado que muchos autores constitucionalistas se han sostenido -hasta ahora se sostiene- del fallo de *Lüth* del año 1958, para predicar la teoría de los valores; es más uno de los principales autores que le ha dado mayor cobertura al fallo de *Lüth* en sus obras, es el mismísimo Robert Alexy. Por lo tanto, si es un <mito> la teoría de valores en los fallos del tribunal, entonces lo que estaría cometiendo Robert Alexy es engañarnos “el origen” de la teoría de los valores, los principios y la ponderación, y mostrarnos al tribunal como medio, para que su propia teoría tenga solides en los casos difíciles que formula la ponderación. Sin duda para nosotros, si se consolidará esta crítica, se caería la era de la ponderación.

de lo que llama el iusfilósofo Ernst Wolfgang Böckenförde: *“Una fórmula velada del decisionismo judicial”*<sup>285</sup>. Según Carl Schmitt manifestaba que: *“Mientras que un filósofo que piensa según valores objetivos (...) está dispuesto a poner en juego los medios de aniquilamiento de la ciencia y la técnica modernas para imponer estos valores elevados, otros filósofos de los valores objetivos tiene por un crimen aniquilar la vida humana en nombre de valores tendidamente superiores”*<sup>286</sup>. Esto demostraría una jerarquía entre valores, donde a merced del juzgador un “valor” puede aniquilar a otro “valor” (no-valor), o de ser el caso, que se minusvalore por ser un valor muy bajo. O como pueden existir, modernos filósofos del valor que reconozcan la relación de las fundamentaciones: *“En virtud de las cuales el valor más bajo pueda incluso en ocasiones ser preferido en detrimento del más elevado porque aquél es la condición de este último”*<sup>287</sup>. Esto nos demostraría que existiría un enredo en torno a la argumentación del valor, ya que en ocasiones se valoraría el “valor” más elevado o el “no-valor” menos elevado, y entraríamos a jugar con los mencionados valores por la subjetividad del intérprete<sup>288</sup>. Por lo tanto, a nuestro modo de entender este tipo de razonamiento, podemos concluir que nadie puede valorar, ni mucho menos desvalorizar o poner en valor algún derecho, porque entraríamos a confrontar con los otros valores (no-valor). Llegando al supuesto que: *“Si se entiende la constitución como un sistema de valores, el siguiente paso lógicamente obligado, es la exigencia de realizar también esos valores (...)”*<sup>289</sup>, y por lo tanto, condenaríamos al Estado a reconocer un sistema jurídico de valores que tendría la constitución.

Es por estas razones creemos, que el iusfilósofo alemán Habermas se dirigió en contra de la “teoría del orden valorativo” que desarrolla el Tribunal Constitucional Federal Alemán, como lo explica el profesor Fritz Loos Gotinga: *“Él ve un error teórico fundamental en que acá se estarían recepcionando las éticas de los valores*

---

<sup>285</sup> BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducido por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Méndez, 1ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 60.

<sup>286</sup> SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*, Op. Cit., p. 138.

<sup>287</sup> IBID, p. 142.

<sup>288</sup> Según Schmitt: *“Justamente en eso consiste la <tiranía de los valores> que paulatinamente cala en nuestra conciencia”*. Cfr. SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*, Op. Cit., p. 140.

<sup>289</sup> FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la Sociedad Institucional*, Madrid, Editorial Institutos de estudios políticos, 1975, p. 225.

y los bienes (por ejemplo en el sentido de Scheeler-Hartmann) y, de ese modo, el Tribunal Constitucional no estaría aludiendo en su discurso constitucional únicamente a derechos (fundamentados deontológicamente) o “principios como la dignidad humana, solidaridad, autorrealización”, sino que también a bienes tales como la capacidad de funcionamiento de la judicatura o la seguridad del Estado como poderes constituido de paz y orden. Habermas entra acá en una polémica en contra del Tribunal Constitucional con formulaciones radicales: “Finalmente son sólo derechos, los que pueden ser relevantes en el juego argumentativo” y, más drástico aun: “El Tribunal Constitucional se transforma así, al dejar llevar por la idea de los valores fijados a la jurisdicción constitucional, en una instancia autoritaria (...) aquel “muro de protección de incendio”, que se introduce al discurso jurídico mediante una comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos”<sup>290</sup>. Esta argumentación por parte de Habermas, dejaría en claro la objeción sustancial que se tendría respecto a la teoría de los valores, creemos que esta polémica teoría debería ser debatida y analizada en los actuales Tribunales Constitucionales, para no enfrentar nuestros derechos, dado que el tribunal constitucional es el intérprete de la constitución y debe conocer sus propios límites al momento de interpretar, sin llegar a la irracionalidad, en la que el tribunal constitucional: “Le ponga encima a la sociedad (...) una determinada forma de vida”<sup>291</sup>, restringiendo su libre desarrollo en sociedad y el resto de derechos fundamentales que lo encamina.

En la segunda objeción tenemos a la “competencial”, donde expresa: “El temor de que la teoría de los principios conduzca a un inadmisibles desplazamiento de poder desde el parlamento a los tribunales de justicia, especialmente al Tribunal Constitucional Federal. La independencia del derecho ordinario legislado se perdería en aras de una omnipotencia del derecho constitucional basada en la teoría de los principios”<sup>292</sup>. Esta afirmación reflejaría la gran potestad que tendrían

---

<sup>290</sup> Esta crítica argumentativa de Jürgen Habermas, la resalta el profesor Fritz Loos Gotinga en la página 245<sup>o</sup> de su artículo. Ver Cfr. FRITZ LOOS, Gotinga. *Habermas, Facticidad y validez*, 2008 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009\\_5\\_318.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_5_318.pdf)

<sup>291</sup> HABERMAS, *Facticidad y Validez*, Op. Cit., p. 320.

<sup>292</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 169; Según Jürgen Habermas, es el primer peligro que ve en la práctica del Tribunal Constitucional Federal Alemán: “Esta práctica puede interpretarse como si el Poder Judicial se situara por encima del Poder Legislativo o invadiera su fuero”. Cfr. SOBREVILLA, “La concepción habermasiana del derecho. Comentarios críticos”, Op. Cit., p. 572; Habermas, para salvaguardar el principio de división de poderes, propone que: “La

los Tribunales constitucionales sobre los parlamentos, ya que con tan solo invocar la omnicompetencia de los principios, deslizaría el terreno de los derechos fundamentales a su competencia, y el parlamento sería desplazando perdiendo su capacidad de creación jurídica que le enmienda la Constitución. De manera similar, el profesor Manuel Medina Guerreño, expresa que: *“En este nuevo marco de relaciones entre el parlamento y tribunal constitucional trazado por la concepción objetiva de los derechos fundamentales el centro de gravedad se desplazaría con claridad hacia este último”*<sup>293</sup>. Ya que si bien, la tarea del juez es interpretar la constitución, y elegir una norma de derecho fundamental; cosa que no sucede lo mismo con la tarea del parlamentario o legislador, sino más bien lo que se produce es: *“Un resbaladizo tránsito desde el Estado legislativo parlamentario hasta el Estado jurisdiccional de justicia constitucional”*<sup>294</sup>. Pero esta consecuencia se puede evitar, siempre y cuando: *“La constitución ha de concebirse como “ordenamiento marco” del proceso político. Concepción clave sobre la que debe girar la construcción de una “teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada”, propugnada por Böckenförde con la finalidad de asegurar la normatividad de la Constitución, al tiempo que se evita la usurpación del ámbito del legislador por parte del juez constitucional”*<sup>295</sup>. Asumiendo una vez por todas, una idea propia de lo que significaría la Constitución política, la teoría de los derechos fundamentales -con contenido vinculante-, y poder *“evitar el Terror de la ejecución inmediata y automática del valor”*<sup>296</sup> que posibilita las libertades arbitrarias en las decisiones del intérprete<sup>297</sup>. Para nosotros: *“lo más razonable es un equilibrio entre*

---

*función de la constitucionalidad de las normas sea realizada dentro del propio Poder Legislativo: en una comisión parlamentaria que redefina dicha función como una de autocontrol de las leyes. Esta objeción es una de las que más habitualmente se formula contra los fallos de un Tribunal Constitucional: que no se limita a aplicar la ley sino que la interpreta correctoramente yendo más de la intención del legislador e invadiendo así los fueros del Poder Legislativo”*. IBID, p. 572-573.

<sup>293</sup> MEDINA GUERRERO, Manuel. “Escritos sobre derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 41, mayo-agosto 1994, 323-331, 329.

<sup>294</sup> BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 130.

<sup>295</sup> MEDINA GUERRERO, Manuel. “Escritos sobre derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 131.

<sup>296</sup> SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*, Op. Cit., p. 147.

<sup>297</sup> Por esas razones, Ernst Wolfgang Böckenförde desarrolla en su libro: *Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica* (1976), donde explica que: *“Los problemas que plantea la constitución (y que se manifiesta de modo ejemplar en la interpretación de las normas de derechos fundamentales) sólo pueden ser razonablemente resueltos sobre la base de una Teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada”*. Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel. “Escritos sobre derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 325-326.

*ambos. De lo contrario, el peligro de autoritarismos es más que probable. No se puede “despolitizar” la decisión del legislador ni tampoco se puede desconocer la labor protectora del Tribunal Constitucional en su derogación de leyes inconstitucionales. El derecho no es propiedad ni del legislador ni de los jueces. Desplazar el peso hacia la Constitución terminaría creando una tiranía de los jueces constitucionales, lo cual ya no es democrático<sup>298</sup>, sino es autoritario que rompe el orden constitucional.*

Si el intérprete concibe la “*jurisprudencia del orden objetivo de valores*” que profesa Robert Alexy, se originaría diversos problemas, uno de ellos sería: “(…) *El problema de legitimidad de las actuaciones del tribunal constitucional federal. El tribunal que pondera valores y con ese mecanismo determina reglas aplicables a un caso concreto, interviene en el espacio competencial destinado a la decisión legislativa. Esto significa que la soberanía popular se viola por una teoría autorreferencial del tribunal, que se atribuye la potestad de crear la norma (regla) aplicable, no solamente de determinar la aplicación de una regla preexistente, además de la potestad de aplicarla<sup>299</sup>. Esto significaría la violación del principio de separación de poderes, el desequilibrio de los derechos fundamentales a través de la ponderación y el decisionismo judicial de parte de los tribunales constitucionales; reafirmando una vez por todas, los excesos de la administración de justicia en el ámbito de la competencia del legislador y el exceso de otras instancias decisorias.*

Y en la tercera objeción tenemos a la “*metodológica*” que plantea un problema serio, donde: “*Las decisiones judiciales serían sólo puestas tras un velo. La clausura que promete la teoría de los principios sería sólo aparente. Significaría simplemente que siempre sería posible un argumento jurídico pero no que el sistema jurídico contenga siempre una solución. En lugar de la laguna de apertura del modelo de reglas, provocada por una falta de pautas jurídicas, aparecería sólo una laguna de indeterminación del modelo reglas/principios, provocada por el exceso de pautas jurídicas. La situación seguiría siendo la misma<sup>300</sup>. Esto quiere decir, que cuando existan decisiones judiciales vestidas con la teoría de los principios, aparentaría*

<sup>298</sup> ARCE, *Teoría del Derecho*, Op. Cit., p. 209.

<sup>299</sup> MARSHALL, “Los derechos fundamentales como valores”, Op. Cit., p. 215.

<sup>300</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 170.

solucionar el caso dependiendo de la tarea argumentativa del intérprete, esto es; por un lado, que los jueces nos quieran vender la idea, de que la solución a las lagunas provocadas por la falta de pautas jurídicas no estarían en el sistema jurídico, y por tanto, estarían sometidos a buscar la respuesta en la teoría de los principios por el grado de indeterminación; y por otro lado, para negar la metodología alternativa que siempre con la que se ha venido trabajando durante muchos años como la tradicional interpretación/subsuntiva como mecanismo seguro, para solucionar los casos en conflictos.

Creemos que esta objeción metodológica está dirigida al método ponderativo, por tratar de aparentar solucionar los conflictos de derechos por medio de la teoría de los principios. Lo que podemos hacer, es más bien considerar que puede ser *intercambiable* el método ponderativo por el método subsuntivo, claro que no es nada sencillo, pero es más seguro, dado que *“es un proceder menos engañoso que el ponderativo. (...) hace tiempo que la doctrina conoce perfectamente sus límites y sabe que no es posible en él una perfecta racionalidad y objetividad. En cambio, al aplicar los esquemas de la ponderación los Tribunales pretenden hacer uso de un método más seguro y objetivo. Pero, en realidad, las cosas suceden al contrario: el método ponderativo es aún más inseguro que el interpretativo/subsuntivo y, consiguientemente, encierra (y oculta) mayores grados de arbitrariedad bajo su apariencia de aplicación de reglas muy elaboradas, como las de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”*<sup>301</sup>. De esta manera, la metodología que más se aproxima a una mejor alternativa para solucionar los casos, seguiría siendo todavía la tradicional metodología interpretación/subsuntiva; en la que puede ser usado por los distintos tribunales ordinarios y constitucionales, para superar las lagunas por la falta de pautas jurídicas y las lagunas por su indeterminación.

En conclusión, el principal problema de la ponderación o *balancing* en un sentido general es que: *“consiste en un procedimiento indeterminado y en cierto modo ambiguo, y que, precisamente por ello, ofrece serias dudas acerca de la posibilidad de controlarlo racionalmente. Para autores como Habermas o Schlink, la ponderación no constituye un método que permita un control racional, ya que los*

---

<sup>301</sup> GARCÍA, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, Op. Cit., p. 291-292.

*principios no regulan por sí mismos su aplicación y, por ello, la ponderación queda sujeta al arbitrio de quien la realiza*<sup>302</sup>. La fórmula alexyana del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto cuyo atractivo no se le puede negar, no toma en cuenta, ni resuelve aspectos que resultan muy determinantes en el juicio de ponderación, es decir: *“no permite fijar un límite a la intervención sobre un derecho fundamental o sobre un principio (...) dicho de otro modo, no garantiza por sí solo el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, que pueden verse fuertemente relativizados a consecuencia de su adopción como canon hermenéutico independiente*<sup>303</sup>. Por ello, la relevante importancia de contemplar la técnica hermenéutica de la subsunción, como garantía para proteger los derechos fundamentales, y no menos valorarlos con restricción absoluta o máxima, para que prevalezca un principio de máxima importancia o máximo grado.

Asimismo, concluimos que la teoría ponderativa de Robert Alexy, es un método que carece de autonomía propia, pues el resultado va siempre a depender de las interpretaciones que le conceda el juzgador a las normas legales y constitucionales, debido a sus preceptos morales, valorativos, o el que venga al caso; además de su apariencia del método ponderativo para resolver los casos, esto lo puede afirmar García Amando citado por Atienza Rodríguez, en la que considera a la ponderación como: *“una operación valorativa y esencialmente discrecional; y la explicación de su éxito radica en el factor ideológico, en que esa doctrina <es la única que hoy aún puede dotar de apariencia de objetividad a sus decisiones (de los tribunales constitucionales) y, de paso, justificar el creciente y universal activismo y casuismo de los tales tribunales, siempre en detrimento del legislador>*<sup>304</sup>. Como se había percibido en el desarrollo de la teoría ponderativa: *“Todas las normas pueden ser presentadas o como reglas o como principios, y tal presentación depende del*

---

<sup>302</sup> SERNA, Pedro y CRUZ, Luis M. “El Juicio de Ponderación: Reflexiones en torno a su naturaleza”, *Instituto de investigaciones jurídicas UNAM*, 2010, 353-367, 355. Para Aleinikoff, la teoría de la ponderación tendría dos problemas: por un lado, una crítica interna (el problema de la evaluación y comparación, el problema de tener un universo de intereses, el problema de la acumulación, la falsa premisa de la ponderación definitiva y el problema de la dicotomía estatal-individual); y por otro lado, una crítica externa (el rol de la corte, la concepción del derecho constitucional, y la objetividad y pérdida de expresión. Cfr. ALEINIKOFF, *El Derecho constitucional en la era de la ponderación*, Op. Cit., p. 73-111.

<sup>303</sup> SERNA, y CRUZ, “El Juicio de Ponderación: Reflexiones en torno...”, Op. Cit., p. 365.

<sup>304</sup> ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013, p. 255.

*lenguaje y el esquema que se adopte a la hora de aplicarlas. Pero tal opción es potestativa del intérprete, no determinada por ningún tipo de "naturaleza", ni de las normas ni de los hechos. Y, por último, esa opción responde generalmente a propósitos de política judicial, según que se quiera una aplicación del derecho de apariencia más técnica o más de equidad o justicia de los hechos. Los tribunales constitucionales adoptan un lenguaje ponderativo para hacer que su jurisdicción aparezca como sustancialmente diferente de la de los tribunales ordinarios"*<sup>305</sup>. Asimismo, se ha percibido que extraer una decisión a través del método de la ponderación, no constituye ya una tarea posible para la ciencia, sino constituye *una tarea propia del hombre que quiere*, pues: *"este sopesa los valores en cuestión, y elige entre ellos, de acuerdo con su propia conciencia y su cosmovisión personal. La ciencia puede proporcionarle la conciencia de que toda acción, y también, naturalmente, según las circunstancias, la in-acción, implica, en cuanto a sus consecuencias, una toma de posición en favor de determinados valores, y, de este modo, por regla general en contra de otros (...)* Pero practicar la selección es asunto suyo"<sup>306</sup>. Todo depende del intérprete, por más que a la teoría ponderativa se le mejore en su método y procedimiento, el resultado siempre será incierto, porque parte de las apreciaciones empíricas subjetivas, sin bases justas de la normativa.

Una de las discusiones más relevantes que se había podido apreciar en contra de la fórmula de la ponderación, es que en los Tribunales Constitucionales -como lo fue en el caso alemán- al momento de desarrollar un orden objetivo de valores, en realidad lo que estaba haciendo, es desarrollar un teoría de *"cálculo de costo-beneficio"*, en la que no estaría preparado ningún magistrado<sup>307</sup>, para el desarrollo de este cálculo. Por lo que, su tarea solo debería restringirse en una norma justa o

---

<sup>305</sup> GARCÍA, "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica", Op. Cit., p. 323.

<sup>306</sup> WEBER, Max. *Ensayos sobre metodología sociológica*, traducido por José Luis Etcheverry, 1a ed., 1a reimp., Buenos Aires, Amorrortu editores, 2001, p. 42-43.

<sup>307</sup> Este argumento, se nota en las ideas de habermas cuando el intérprete recurre a los principios (o valor) para buscar una solución al caso. Es más agrega la teoría habermasiana que: *"Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptica, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma si lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender de por sí una primacía incondicional sobre los demás valores, con tal operación de ponderación o sopesamiento la interpretación del derecho vigente se transforma en negociación de una realización de valores, que concretiza éstos orientándose por el caso concreto (...)"* Cfr. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, Op. Cit., p. 327.

adecuada para la solución de los casos en conflictos: *“Entiéndase por adecuación la validez de un juicio singular deducido a partir de una norma válida, que es el que “sutura” a la norma correspondiente. (...) Una aplicación del derecho orientada por principios ha de entenderse acerca de qué pretensión o qué acción son de recibo en un conflicto dado, y no acerca del mejor equilibrio de bienes o de la mejor relación de jerarquía entre valores”*<sup>308</sup>; es decir, solo el intérprete es el único en identificar a la norma adecuada con un juicio objetivo de racionalidad, ya que si se identifica a los principios como los valores que profesa Alexy, el intérprete podría concebirlos con un carácter teleológico, perdiendo el carácter normativo que caracteriza a los principios, cayendo en el peligro de juicios irracionales con sus procedimientos subjetivos y decisiones arbitrarias. En otras palabras, el intérprete resolvería los casos asumiendo argumentos funcionalistas, donde se negociarían los valores, en vez de resolverlos los casos asumiendo argumentos normativistas.

Otras de las discusiones más relevantes que se había podido apreciar en contra de la fórmula de la ponderación, es que en la operación de la ponderación se resolvería siempre a un caso individual, esto es, a que el intérprete adopte *una concepción ad hoc de la ponderación* según el caso en concreto; de modo que: *“mientras la ponderación en abstracto es una ponderación definicional -es decir, una asignación de peso independiente de las circunstancias-, pero inconcluyente, puesto que la fórmula de Alexy se deriva que un principio con mayor peso en abstracto puede ser derrotado en concreto por otro con menor peso en abstracto; la ponderación en concreto es siempre “ad hoc” y ello conlleva que una sola característica peculiar puede justificar una solución diversa de aquella que se ha atribuido a un caso anterior”*<sup>309</sup>. Esto implicaría que en cada ocasión donde haya que ponderar, se tiene que tomar uno de los modelos de control racional: la ponderación en abstracto como modelo generalista o la ponderación en concreto como modelo particularista. Esta decisión es tomada como lo venimos repitiendo, por el propio intérprete.

Finalmente, lo que buscamos en el presente subcapítulo: *“es despertar al Derecho constitucional de su “sueño de ponderación” y hacer que las cortes se cuestionen*

---

<sup>308</sup> HABERMAS, *Facticidad y Validez*, Op. Cit., p. 334.

<sup>309</sup> MORESO, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, Op. Cit., p. 234.

sobre estos asuntos. Estamos tan encerrados en modos de pensamiento relativos a la ponderación que salirnos de éstos nos es difícil. (...) buscar nuevas forma de pensamiento (o redescubrir las antiguas) puede ser una actividad liberadora que haga que el Derecho constitucional vuelva a su merecido lugar como algo más que una discusión sobre buenas políticas. (...) Podemos dejar de lado la fingida precisión matemática y la ciencia objetiva y optar por investigaciones teóricas serias del significado del texto y la estructura constitucional. Podemos empezar de nuevamente una animada discusión sobre los principios fundamentales que creemos refuerzan las bases de nuestro sistema político”<sup>310</sup>. Una nueva forma de pensamiento que podríamos optar para interpretar la Constitución, podría ser la que nos ofrece el ex-Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Antonin Scalia; quien nos proporciona una investigación teórica seria, de la interpretación del texto de la Constitución, basado en el método interpretativo del textualismo razonable, llamado también: “textualism” (textualismo) y “originalism” (originalismo)<sup>311</sup>. Según Antonin Scalia: “Un texto no debe ser interpretado de forma estricta, ni tampoco de forma indulgente. Un texto debe ser interpretado de forma razonable, de manera tal que se abarque plenamente todo su significado”<sup>312</sup>. Del mismo modo, así como nos proporciona el ex-Juez Scalia una alternativa para solucionar los conflictos sin recurrir a la fórmula de la ponderación, existen diversos pensamientos jurídicos que nos podrían servir de utilidad para dejar la era de la ponderación, y aproximarnos en aquellos años que podría hablarse de seguro, de un derecho constitucional en un mundo sin ponderación<sup>313</sup>. Debemos advertir que, lo que pretende el presente trabajo, no es eliminar de la noche a la mañana en las aulas, en la doctrina o en las jurisprudencias la teoría de la ponderación, sino que nuestros lectores entiendan (con ayuda de la doctrina tradicional) que la teoría de la ponderación desde su nacimiento hasta la actualidad, ha sido muchas veces cuestionada por los mismo alemanes donde surgió, como filosofía y como teoría. La argumentación jurídica

<sup>310</sup> ALEINIKOFF, *El Derecho constitucional en la era de la ponderación*, Op. Cit., p. 128.

<sup>311</sup> SCALIA, Antonin. *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, primera edición, Lima, Palestra editores, 2015, p.15.

<sup>312</sup> IBID, p. 87. Es más menciona Scalia que: “lo que busco en la Constitución es exactamente igual a lo que busco en una ley: el significado original del texto, no la intención original de aquellos que fueron sus redactores”. Cfr. SCALIA, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, Op. Cit., p. 104.

<sup>313</sup> ALEINIKOFF, *El Derecho constitucional en la era de la ponderación*, Op. Cit., p. 113.

desarrollada y explicada en el presente trabajo, es una clara muestra de críticas que le persigue a la teoría de la ponderación de Robert Alexy. Somos consciente, que si los jueces ordinarios o constitucionales: demostrarían en sus sentencias que la ponderación es un procedimiento irracional y por tanto no funcionaría para solucionar los problemas; las consecuencias serían devastadoras, la teoría de los principios entrarían en crisis, y por tanto, habría un sin número de revisiones de sentencias en las que se haya resuelto con la fórmula de la ponderación. Lo que podrían hacer, tanto los lectores del presente trabajo como operadores del derecho, es que se mantenga una clase de metodología, donde se proteja la esencia de la norma jurídica, los procedimientos objetivos del sistema jurídico, pero basados en una nueva interpretación -como la conciencia hermenéutica- que busca justicia. Pero para ello, esperaremos el desarrollo del capítulo IV, donde propondremos una nueva forma de interpretación para resolver los problemas constitucionales.

## **2.2.- El neoconstitucionalismo en el Estado Constitucional de Derecho.**

### **2.2.1.- Génesis del neoconstitucionalismo: precursores y partidarios.**

Según los partidarios<sup>314</sup> del neoconstitucionalismo, este fenómeno jurídico hace su aparición<sup>315</sup> implícita en las múltiples Constituciones contemporáneas de Europa continental, como es en: “*La Constitución de Italia (1947), la Constitución Alemania (1949), la Constitución Portugal (1976) y la Constitución España (1978)*”<sup>316</sup>; como también en las Constituciones de Latinoamérica: “*La Constitución de Brasil (1988), la Constitución de Colombia (1991), la Constitución de Ecuador (2008)*”<sup>317</sup>. Según

<sup>314</sup> En el presente trabajo, daremos la denominación “partidario(s)”, al grupo de iusfilósofos que dieron a conocer la denominación originaria del término “neoconstitucionalismo”, esto es, a los defensores de las nuevas ideas o tendencia neoconstitucionalistas. A diferencia de lo que señala Juan Romero Martínez, al mezclar las tres denominaciones que mantendremos en el presente trabajo (precursores, partidarios y seguidores). Cfr. ROMERO MARTÍNEZ, Juan M. *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, Primera edición, segunda reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, p. 27-47.

<sup>315</sup> Como: “*Una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional*”. Cfr. CARBONELL, Miguel. “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, 09-10, 09.

<sup>316</sup> HERNANDO NIETO, Eduardo. “Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿Son realmente proyectos convergentes?”, *Ius la revista*, N° 36, 2008, 328-338, 328.

<sup>317</sup> HERNANDO NIETO, Eduardo. *Que es el neoconstitucionalismo*. 2008 [ubicado el 03.IX 2017]. Obtenido: <http://eduardohernandonieto.blogspot.pe/2008/07/qu-es-el-neoconstitucionalismo.html>. Para Ramiro Ávila citado por Christian Anchaluisa Shive, el neoconstitucionalismo de Latinoamérica que aprecia las realidades más cercanas esta denominado como: “*neoconstitucionalismo andino o*

los predicadores de este fenómeno jurídico, las mencionadas constituciones se caracterizarían principalmente por incluir un conjunto de elementos materiales, con el fin de dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos, es decir, la constitución sufre una transformación interpretativa, de ser un contenido político del marco ordinario, pasa a ser un contenido netamente substancialista y valorativa, esto es porque *“la constitución ya no es solo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario (...); la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales”*<sup>318</sup>. En otras palabras, la Constitución ya no sería lo que conocemos los ciudadanos en los Estados de Derechos, sino que pasa a convertirse en una carta esencialista, donde surgiría una serie de valores, principios, interpretaciones, etc.; donde la interpretación por parte de los jueces iría más allá, a merced de resolver los importantes problemas del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de la proporcionalidad, con su famosa fórmula de la ponderación.

Asimismo, los partidarios fundamentan que gracias a dos clásicas tradiciones o modelos constitucionales nace el nuevo constitucionalismo; esto es por el modelo norteamericano y por el modelo europeo. El primer modelo, porque representa el cimiento de la idea de la supremacía constitucional y la garantía jurisdiccional, dado que: *“concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos jurisdiccionalmente garantizado que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos en un marco democrático y relativamente igualitario,*

---

*transformador”*. Cfr. ANCHALUISA SHIVE, Christian. “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho internacional de los Derechos Humanos” en *LíneaSur5*, Vol. II, Nº 5, Quito, Revista de política exterior, mayo - agosto 2013, 115-133, 119. Para Miguel Carbonell, el desafío en Latinoamérica es *“(C) educar para el (neo) constitucionalismo”*. Cfr. CARBONELL, Miguel. “Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Precedente. Revista Jurídica*, 2010, 207-225, 219. Para Ramiro Ávila: *“existen siete evidencias que estamos en la construcción de un nuevo Estado”*. Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Primera edición, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011, p. 79-80.

<sup>318</sup> FARRALLI, Carla. *La Filosofía del Derecho Contemporáneo*, 1ª edición, Madrid, Hispania Libros, 2007, p. 83.

quienes desarrollen su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momentos histórico”<sup>319</sup>. Y el segundo modelo, porque a través de la revolución francesa, nos representa el modelo de competencia a la acción política del parlamento, es decir, a la ilimitación de poder carente de control heterónomo. En este modelo europeo: “se entiende a la Constitución como la encarnación de un proyecto político estrictamente articulado con intenciones transformadoras y transicionales”<sup>320</sup>. Aquí, la constitución política por su carácter transformador representaría la inclusión de disposiciones materiales, sobre todo cláusulas con denso contenido axiológico, que encarnarían el aclamado proyecto político. En suma, el neoconstitucionalismo es una doctrina cimentada por la constitucionalización del Derecho, que tiene su origen en la fusión de los modelos o tradiciones de las cartas políticas y las constituciones políticas garantizadas. Bajo esta perspectiva, la Constitución ya no sería sólo norma suprema dirigida a disciplinar en forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces a través del tamiz de la ley, ahora es: “una norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social y que destruye el dogma liberal estatalista de la fuerza absoluta de la ley”<sup>321</sup>. Este desplazamiento de la ley al interior del sistema jurídico, es corroborado por el iusfilósofo Francisco Laporta, donde menciona que: “El parámetro constitucional (...) se ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido enviadas a un segundo plano y su validez misma ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre, lo que determina que, la ley esté en permanente interinidad y en posición subalterna”<sup>322</sup>. Esta concepción nos da a entender, un nuevo surgimiento de los derechos fundamentales por parte de este modelo; pero con discriminación de los derechos fundamentales, donde menos precian la ley por creer que es inferior al pasarlo al segundo plano, y privilegiar a los principios constitucionales por el carácter puesto de omnipresente.

---

<sup>319</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 1º ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 108.

<sup>320</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, 1º ed., Lima, Palestra Editores, 2002, p. 112.

<sup>321</sup> PRIETO SANCHÍS, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Op. Cit., p. 121.

<sup>322</sup> J. LAPORTA. Francisco. *El imperio de la ley. Una visión actual*, 1º ed., Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 159.

Estas dos clásicas tradiciones o modelos constitucionales, abriría también la puerta a un nuevo modelo de Estado, a una clase de Estado que aspiraría alcanzar la protección de las múltiples Constituciones contemporáneas: nos referimos al Estado Constitucional de Derecho. Esta clase de Estado, estimularía la proliferación del amplio espectro de ideas, valores y catálogos de derechos fundamentales, donde se albergaría bajo el famoso título neoconstitucionalista. Este nuevo modelo de Estado Constitucional desplazaría al tradicional Estado de Derecho que todos conocemos<sup>323</sup>, para que dé pase a los nuevos elementos, en protección de la constitución y los derechos fundamentales. Según Hernando Nieto: *“Mientras el Estado de Derecho apostó por un estatismo, un legicentrismo y una interpretación formal del derecho. En (...) el Estado Constitucional de Derecho, vemos que la soberanía estatal se flexibiliza, los principios adquieren una gran importancia y, por último, se podría percibir también que se van dando cada vez más formas de interpretación más material o sustantiva”*<sup>324</sup>. De esta manera, en el modelo de Estado Constitucional de Derecho, el neoconstitucionalismo vendría a ser *“la <superación> de la vieja idea de Constitución para sustituirla por otra que hace prevalecer el poder sobre el control, la unidad de acción estatal sobre la división de poderes, al entendimiento <político> de la democracia sobre su entendimiento <jurídico>, la democracia directa, <plebiscitaria>, sobre la indirecta, representativa, la voluntad política sobre las leyes, y en fin, el Estado <decisionista> sobre el Estado de Derecho”*<sup>325</sup>. En otras palabras, estaríamos ante un modelo de Estado Demagógico -como antes lo pensaba Aristóteles, pero aplicado en la actualidad-, donde los derechos estarían garantizados por elementos neoconstitucionales, y a merced del intérprete de la Constitución según la inclinación de la balanza.

Esta toma de posición aún nos traería un problema y costo mayor, debido a que en este nuevo Estado Constitucional estaríamos sometidos ante una norma superior,

---

<sup>323</sup> Que según Prieto Sanchís, el positivismo *“se bate en retirada, (porque) anuncian su crisis o muerte precisamente (por) el triunfo de constitucionalismo o del Estado constitucional democrático”*. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2018, 22-23.

<sup>324</sup> HERNANDO, “Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿Son realmente proyectos convergentes?”, Op. Cit., p. 330.

<sup>325</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. “Dos problemas falsos y uno verdadero: “Neoconstitucionalismo”, “Garantismo” y aplicación judicial de la Constitución”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 29, julio-diciembre, 2013, 03-25, 06.

en la que: “se desprecia la democracia parlamentaria, basada en elecciones libres y competitivas; no se garantiza plenamente los derechos fundamentales; no se asegura la independencia judicial; se disminuye el control y la responsabilidad de los poderes públicos; se intenta sustituir la voluntad popular expresada a través de los causales del derecho por la voluntad popular expresada sin garantías jurídicas que aseguren su veracidad; cuando se pretende que la igualdad sustituya a la libertad; cuando se sostiene que la democracia está por encima de las leyes; entonces, sencillamente, desaparece el Estado Constitucional, en el que la democracia y el Estado de Derecho son inseparables”<sup>326</sup>. De este modo, no estaríamos ante un modelo ideal que tanto se anhela, donde se busque la justicia y el bien común para la sociedad y el Estado; sino lo que se buscaría es todo lo contrario, una restricción del individuo y el colectivo estatal.

Por otro lado, según los partidarios del neoconstitucionalismo, esta nueva corriente iusfilosófica ha sido contribuida por grandes filósofos del derecho del siglo XX hasta la actualidad; y ha sido difundida tanto en Europa continental como en América Latina. Estos iusfilósofos que contribuyeron a impulsar el nuevo constitucionalismo fueron calificados por los mismos partidarios como precursores<sup>327</sup>, donde se encuentran iusfilósofos como: Ernesto Garzón Valdez, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Gustavo Zagrebelsky, Riccardo Guastini. Por su parte, Ernesto Garzón Valdez contribuyó con su teoría de “El Coto vedado”<sup>328</sup>; Ronald Dworkin, contribuyó con la tesis de “Los principios y la carta del triunfo”<sup>329</sup>; Robert Alexy contribuyó con la teoría de “La ponderación en la aplicación del derecho y la fórmula del peso”<sup>330</sup>; Carlos Santiago Nino contribuyó con la tesis de

---

<sup>326</sup> IBID, p. 06.

<sup>327</sup> En el presente trabajo, daremos la denominación “precursor(es)”, al grupo de iusfilósofos que contribuyeron con las múltiples teorías del nuevo constitucionalismo contemporáneo, lo que hoy conocemos como: neoconstitucionalismo. Según el catedrático Miguel Carbonell: “Aportaciones como las que ha hecho en diferentes ámbitos culturales R. Dworkin, R. Alexy, G. Zagrebelsky, C. Nino, (...) han servido no solamente para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas”. Cfr. CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, 09-28, 11.

<sup>328</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algo más acerca del coto vedado”, *DOXA*, N° 06, 1989, 209-213.

<sup>329</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, 1ª edición 5ª reimpresión, Barcelona, Editorial Ariel S.A., año 2002.

<sup>330</sup> ALEXY, Robert. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, 1ª edición, Lima, Palestra Editores, 2019, 91-117 y 141-162.

“La interpretación moral de la constitución”<sup>331</sup>; Gustavo Zagrebelsky contribuyó con su “Teoría del Derecho dúctil”<sup>332</sup>; y por último, Riccardo Guastini contribuyó con “La constitucionalización del Ordenamiento Jurídico”<sup>333</sup>. Estas contribuciones servirían de mucha referencia para la pluralidad de autores que con el paso del tiempo se autodenominarían expresa o implícitamente partidarios y seguidores<sup>334</sup> del nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo<sup>335</sup>.

La escuela que le dio reconocimiento expreso a este nuevo fenómeno jurídico, fue *La Escuela Genovesa*, a través de sus reformadores representantes: Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci y Mauro Barberis, información realizada por los propios autores. Según el italiano Comanducci menciona que: “*el neoconstitucionalismo es una etiqueta que, a finales del siglo pasado, unos integrantes de la Escuela Genovesa de Teoría del Derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) comenzamos a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentaban rasgos comunes, pero también diferencias entre sí*”<sup>336</sup>. Pero es la mayoría de filósofos contemporáneos que le atribuyen el uso del primer vocablo “*Neoconstitucionalismo*” a la jurista Italiana Susanna Pozzolo, por su ponencia desarrollada en la ciudad de Buenos Aires - Argentina en el año 1997, denominada: “*XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social*”<sup>337</sup>. En esta presentación la jurista italiana emplea el nuevo

<sup>331</sup> SANTIAGO, Carlos N. *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989; SANTIAGO, Carlos N. *Derecho, moral y política: Una revisión de la teoría general del derecho*, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2014; SANTIAGO, Carlos N. *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición, 12 reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003.

<sup>332</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducido por Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

<sup>333</sup> GUASTINI, Riccardo. “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, 49-73.

<sup>334</sup> En el presente trabajo, daremos la denominación “seguidor(es)”, al grupo de iusfilósofos que ven al nuevo constitucionalismo contemporáneo como un nuevo fenómeno atractivo y moderno, pero con ciertas limitaciones de la teoría positivista o post positivista. Y que al final del presente apartado serán identificandos.

<sup>335</sup> Como explica también: NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio. “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: Black holes & Revelations”, *Revista Ius et Praxis*, N° 01, 2015, 315-344.

<sup>336</sup> COMANDUCCI, Paolo. “Constitución y Neoconstitucionalismo” en *Positivism jurídico y Neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, 85-121, 87; BARBERIS, Mauro. “El neoconstitucionalismo, Third Theory of Law”, en *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2011, 249-269, 255.

<sup>337</sup> POZZOLO, Susanna. “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Volumen uno, Primera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, 363-405, 363.

vocablo neoconstitucionalismo, como parte de la doctrina que venían patrocinando los diferentes precursores del neoconstitucionalismo; que a su criterio ofrecían una nueva manera de acercarse al Derecho, con un buen fundamento hermenéutico, y con la finalidad de proteger el contenido de las constituciones contemporáneas. Además mencionaba que *“si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del Derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al Derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento Neoconstitucionalismo”*<sup>338</sup>. Estas afirmaciones por parte de los representantes de la escuela genovesa, evidenciaría la existencia de un grupo de iusfilósofos que compartirían y defenderían el reconocimiento de este nuevo fenómeno jurídico como teoría, con la finalidad de criticar las tesis o teorías ya establecidas; construyendo una nueva doctrina que predomine en el campo teórico (doctrina), como en el campo práctico (jurisprudencia) para que pudiera ser aceptada por los operadores del derecho.

Esta nueva manera de concebir el derecho no se hizo de esperar por otros estudios del derecho, por lo que a partir de ahí ha sido censurado por Pedro Salazar Ugarte, cuando manifiesta que: *“El neoconstitucionalismo es una categoría conceptual inventada por los miembros de la Escuela Genovesa -con la finalidad de ofrecer una denominación común a un conjunto de concepciones que tienen propuestos y propuestas tan próximos que pueden considerarse como parte de una misma aproximación teórica”*<sup>339</sup>; donde correríamos un grave problema, en que *“se puede enarbolar el Neoconstitucionalismo en sentidos muy distintos y, luego, una vez fijado el sentido, tampoco resultan nada claros los rasgos o elementos que han de concurrir para ostentar legítimamente dicho título”*<sup>340</sup>; teniendo como resultado, un problema teórico-práctico, como también de interpretación; inclinando esta nueva

---

<sup>338</sup> POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 21, Volumen II, 1998, 339-353, 339.

<sup>339</sup> SALAZAR UGAZ, Pedro. “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 32, 2011, 289-310, 293.

<sup>340</sup> NUÑEZ, “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: “Black holes & Revelations”, *Op. Cit.*, p. 320-321; NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio. “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, *Centros de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, Nº 02, Julio 2012, 511-532, 512.

categoría conceptual a la arbitrariedad con la finalidad de enarbolar las ideas y propuestas de la constitución, que a continuación pasaremos a explicar:

### **2.2.2.- ¿Qué es el neoconstitucionalismo? Activismo de la escuela genovesa.**

En la actualidad muchos estudios del derecho, se han llegado a preguntar ¿Qué es el neoconstitucionalismo? Pero el esfuerzo sería en vano, dado que el término de este fenómeno no tendría un significado; es más no tendría una definición clara y concreta de lo que verdaderamente significaría o de lo que en realidad sería. Esto debido a que ningún partidario de esta corriente y mucho menos los seguidores: se han atrevido hasta ahora realizar una definición de la terminología de manera seria<sup>341</sup>; solo a lo mucho los autores se han limitado a invocar algunas nociones o elementos relacionados de otras teorías autónomas. Esto nos llevaría a pensar que el neoconstitucionalismo: no se puede saber lo que es. Pero no es porque no lo sepan los defensores o críticos del neoconstitucionalismo, sino que en realidad no se sabe lo que es, o lo que significa. Solo podría tratarse *“de una etiqueta vacía, que sirve para presentarse bajo un nuevo ropaje, cuestiones que anteaño se explicaban de otra manera”*<sup>342</sup>, como la clásica teoría constitucionalista o la tradicional teoría positivista. Esta confusión es aumentada todavía más por el prefijo *“neo”*, como lo expresa el profesor Manuel Atienza: *“El prefijo “neo”, simplemente, está demás, pues uno está tentado a pensar que el éxito que ha conocido pudiera deberse a razones semejantes a las que hacen que se prefiera hablar de “influnciar” en lugar de influir, de “concretizar” en lugar de “concretar” o de “direccionar” en lugar de “dirigir”. O sea, una corrupción de la lengua basada en la*

---

<sup>341</sup> A diferencia del país de Chile, que a fines de siglo pasado estaban tratando de darle significado al neoconstitucionalismo, obras como: *Los Principios generales del Derecho constitucional* de Gabriel Amunátegui; y *Manual de Derecho Político: Instituciones Políticas* de Mario Verdugo. Por su parte, la autora Ana María García Barzellato concibe a este fenómeno jurídico como: *“un fenómeno de principios del siglo XX”*. Cfr. AMUNÁTEGUI, Gabriel. *Principios generales del Derecho Constitucional*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1953, p. 59. Asimismo, lo concibe como: *“una de las tendencias doctrinarias que (...) más que rectificar en su esencia los principios y técnicas del constitucionalismo clásico, vienen a complementar y a dar adecuación histórica a los mismos”*. Cfr. VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCIA BARZELLATO, Ana María. *Manual de derecho político: Instituciones políticas*, 1º ed. 4º reimpresión, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2010, p. 273.

<sup>342</sup> Ver Blog de: LEDESMA MENA, Jhon. *Derecho constitucional neoconstitucionalismo*, 24-08-2014 [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <http://jhonledesmamena.blogspot.es/1408913348/derecho-constitucional-neoconstitucionalismo/>

*falsa impresión de que alargar una palabra es una forma de agregarle sofisticación, a su significado*<sup>343</sup>. Esta opinión del profesor Atienza<sup>344</sup>, demostraría la mala utilización del prefijo y la mala formación del término, con la finalidad de demostrar una nueva doctrina como atractiva o novedosa, pero que los mismo representantes de la Escuela Genovesa, no lograrían justificar la expresión ni mucho menos satisfacerlo; solo se limitan a caracterizar propiamente dicha teoría con significados novedosos, que de la misma manera podríamos referirnos a los mismos términos tradicionales del Estado Constitucional (“constitucionalismo” y “nositivismo”). Por tales razones, la confusión del término neoconstitucionalismo podría señalarse por dos razones<sup>345</sup>: en primer lugar, la confusión sería porque arrastraría una serie de ambigüedades el término, dado que no siempre es consiente quien lo utiliza; a veces se hablado para referirse a un determinado fenómeno, otras veces para referirse a la conceptualización de este fenómeno (como teoría, doctrina o un fenómeno político) como a la dimensión jurídica, y también a veces para hacer utilizadas para referirse a las teorías o fenómenos que pertenecen únicamente al Derecho Constitucional; y en segundo lugar, la confusión sería porque se utiliza el termino para referirse a todo el amplio ordenamiento jurídico en su conjunto.

Ante estas circunstancias y estas confusiones paradójicas -aunque exista negación por parte de los representantes de la Escuela Genovesa- es necesario entender: qué es lo que caracteriza a esta corriente y cuáles son las opiniones de lo que se consideran partidarios y/o seguidores del neoconstitucionalismo; con la finalidad de no caer en ambigüedades teóricas y prácticas con las otras doctrinas (positivistas y iusnaturalistas); sin llegar a distorsionar lo que para cada corriente filosófica del

---

<sup>343</sup> ATIENZA, Manuel. *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*. 2014 [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>, p. 02.

<sup>344</sup> Nosotros lo compartimos parcialmente. Dado que el mismo profesor Atienza también es tentado a proponer un prefijo adicional para resolver este problema. Él propone que mejor sería elegir otra expresión, como: “*La defensa del constitucionalismo post-positivista*”. Ver ATIENZA, Manuel. *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*, 2014 [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>

<sup>345</sup> ATIENZA, Manuel. *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*. 2014 [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>, p. 01-02.

derecho entendería sobre el derecho y la justicia. Para ello, señalaremos a continuación las diferentes características y criterios principales de este fenómeno jurídico, proporcionado por los más destacados representantes y seguidores de la Escuela Genovesa, que dieron tanta importancia al neoconstitucionalismo:

Para la autora italiana Susanna Pozzolo<sup>346</sup> influenciada por los precursores<sup>347</sup> y por otros<sup>348</sup>; considera que la teoría del neoconstitucionalismo<sup>349</sup> surge en virtud de la incapacidad del positivismo jurídico, para dar respuesta a los nuevos desafíos del nuevo Estado Constitucional de Derecho. Por ello, propone reconstruir un nuevo modelo<sup>350</sup>, que la diferencie de las clásicas teorías positivistas e incluso del viejo

---

<sup>346</sup> Es profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad de Brescia (Italia), donde enseña informática jurídica y teoría de la justicia. Forma parte del colegio docente del doctorado en Filosofía del Derecho y Bioética de la Universidad de Génova (Italia). Es miembro del comité de redacción de las revistas *Ragion pratica*, *Diritto e questioni pubbliche*, *AG-About Gender* (de aparición en enero de 2012). Entre sus numerosas publicaciones, destaca la autoridad del libro *Neococonstitucionalismo e positivismo giuridico* (2001), traducido al castellano en 2011 por Palestra Editores. Ver: POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2011, p. 272. Para mayor información de su curriculum vitae, ver: Academia [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <http://unibs.academia.edu/SusannaPozzolo/CurriculumVitae>

<sup>347</sup> Del neoconstitucionalismo: *“La cual pueden estar comprendidas la obra de Ronald Dworkin, de Carlos S. Nino, de Gustavo Zagrebelsky y de Robert Alexy (...). Se podría objetar que es azaroso etiquetar a autores tan distintos bajo la denominación de “neoconstitucionalismo”, extraña a gran parte de ellos. En realidad, todos estos autores se pueden poner en común porque critican el positivismo jurídico en tanto que incapaz de dar cuenta del moderno Estado constitucional”*. Cfr. POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo” en *Neoconstitucionalismo(s)*, 1ª edición, Madrid, Editorial Trota, 2003, 187-210, 189.

<sup>348</sup> Como: Tecla Mazzaresse, Nicola Matteucci, Mario Dogliani, Michel Troper, Charles Eisenmann, entre otros. Esta afirmación se puede corroborar en las argumentaciones y opiniones que desarrolla la italiana en sus múltiples obras individuales y colectivas.

<sup>349</sup> Tuvo su origen particularmente, gracias al seminario que escucho de Albert Calsamiglia en la Universidad de Génova. Pues, cuando el profesor Calsamiglia exponía la idea de *“postpositivismo”*; esta idea no le convenció del todo por el *“post”*, pero posteriormente tras una reflexión propia denominó al nuevo fenómeno: *“neoconstitucionalismo”*. Este comentario personal de la italiana, la podemos encontrar en su libro: POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Palestra Editores, 2011, p. 07. Es más agrega la autora, que: *“El termino fue pensado para abordar aquellas doctrinas jurídicas que, desde finales de los setentas del siglo pasado, sitúan en el centro de la reflexión teórica la interpretación de los sistemas jurídicos constitucionales, insistiendo en su peculiaridad, y contraponiéndolos a los así llamados “legalistas” o de base legislativa”*. Cfr. POZZOLO, “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 366-367.

<sup>350</sup> Con las siguientes tesis: *“1) El Derecho propone razones para actuar (...); 2) La autoridad del Derecho deriva de estándares internos al derecho mismo (...); 3) El objetivo de la teoría es producir el modo en el que el Derecho funciona en aquellos que adoptan su punto de vista (...); 4) La idea que el Derecho es un sistema coercitivo es una perversión de la teoría (...); 5) El objeto anti-formalista que tiende a la justicia sustancial perseguido por la jurisprudencia (...); 6) La teoría de la interpretación es ejemplificada por la técnica de la ponderación entre principios (...); 7) La normatividad del derecho está relacionada con su promoción del bien común (...); 8) El Derecho es una realidad dinámica que consiste, sobre todo, en una práctica social compleja; 9) La validez del Derecho debe entenderse en términos sustanciales y la jurisdicción tiene entre sus tareas la interpretación adecuada de la ley a los principios constitucionales; 10) Existen criterios objetivos (...)*”. Cfr. POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 206-207.

constitucionalismo, ya que: *“si el constitucionalismo tradicional había visto en los procedimientos, en la división y en el equilibrio de competencias, la estrategia de restricción; la perspectiva neoconstitucionalista, por el contrario, insiste en el contenido, en el sentido de las disposiciones de principio y en la enunciación de derechos”*<sup>351</sup>. Ante esta nueva perspectiva o reconstrucción, es que se presenta una nueva alternativa, una tercera vía -entre el iusnaturalismo y positivismo- que proclama superar los límites de las teorías clásicas, para enfrentar y solucionar los conflictos de las sociedades contemporáneas, pero con previo entendimiento de los componentes que conforman el nuevo modelo. Para empezar, lo propio de esta nueva teoría es que concuerden con ciertos rasgos característicos, tales como: *“En primer lugar, la adopción de una noción específica de Constitución que ha sido denominada <modelo preceptivo de la Constitución concebida como norma>. En segundo lugar, la defensa de la tesis según la cual el Derecho consta (también) de principios, de modo tal que siempre debe ser interpretado. En tercer lugar, debe ser interpretado a través de aquella metodología denominada <ponderación> o <equilibrio>, que se extiende a la interpretación del Derecho en su conjunto; y, en cuarto lugar, se requiere la labor que algunos definirían creativa y otros, quizás, integrativa de la jurisprudencia, a la que la doctrina también debe ver con favor”*<sup>352</sup>. Estos rasgos característicos -propias también de teorías no positivistas- según la italiana Pozzolo, sería el contenido diferenciador de las demás teorías; es más el aporte fundamental a este nuevo modelo, lo realiza explícitamente el alemán Robert Alexy<sup>353</sup>, por distinguir los elementos que conformarían el nuevo constitucionalismo (del Estado Constitucional de Derecho) del legalismo o positivismo (del Estado liberal del siglo XX). Estas distinción pueden ser sintetizadas en: *“valores en lugar de normas; ponderación en lugar de subsunción; omnipresencia de la Constitución*

<sup>351</sup> POZZOLO, “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 363.

<sup>352</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 24-25.

<sup>353</sup> Cuando resume en cuatro formulas, las posiciones opuestas al nuevo constitucionalismo. Cfr. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 160. Según la italiana Pozzolo: *“Alexy siempre ha sido claro en afirmar el nexo entre su teoría y el modelo de Estado Constitucional contemporáneo. (...) Su postura es general, aún desde un modelo de derecho particular, aquel constitucionalizado, impregnado por valores y derechos fundamentales. (...) Quiero decir que su postura es característicamente por varias razones. En primer lugar, por el juicio de proporcionalidad (...). En segundo lugar, porque los derechos fundamentales, se componen de varios elementos (...).”* Cfr. POZZOLO, Susanna. “Robert Alexy, derechos fundamentales, discurso jurídico y racionalidad práctica. ¿Una lectura realista?”, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 48, enero 2017, 213-223, 214-216.

*en lugar de independencia de la legislación ordinaria; omnipotencia judicial (sobre todo del tribunal constitucional) basada en la Constitución en lugar de la autonomía del legislador democrático*<sup>354</sup>. Pero esta distinción neoconstitucional, no logra dar al intérprete mayor objetividad o claridad para solucionar los problemas del Derecho (como lo afrontan el resto de teorías), sino más bien lo único que logra, es imponer al intérprete otra nueva forma de entender el Derecho, esto es a través de la confrontación de elementos antagónicos en varias dicotomías, como: *“principios versus normas; ponderación versus subsunción; constitución versus independencia del legislador, y por último; jueces versus libertad del Legislador*”<sup>355</sup>; que en vez de llegar a un criterio unificador de soluciones justas para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, más bien se impone a elegir *el todo o el nada* de los elementos antagónicos neoconstitucionales, con tal de alcanzar la anhelada respuesta correcta.

La italiana además propone, que en el ámbito de la doctrina neoconstitucionalista debemos adherirnos a una interpretación específica del texto constitucional, esto es, de una *“especificidad de la interpretación constitucional”*, donde: *“En primer lugar, se puede identificar una especificidad en base a los peculiares sujetos de la interpretación. En segundo lugar, se puede identificar el uso de particulares técnicas de interpretación/aplicativas adoptadas para el texto constitucional. En tercer lugar, pueden darse peculiares efectos de las sentencias del juez constitucional. En cuarto lugar, se puede hablar de especificidad de la interpretación en razón de la rigidez o de la flexibilidad de la constitución. En quinto lugar, se puede sostener la especificidad en base al objetivo <constitución>*”<sup>356</sup>. Dicho de otro

---

<sup>354</sup> POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 164; PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Derecho y Proceso*, Nº 5, Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001, 201-228. 207.

<sup>355</sup> POZZOLO, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, Op. Cit., p. 340-342; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2011, p. 16-18; POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo”, *Eunomía: Revista en cultura de la Legalidad*, Nº. 11, octubre 2016 - marzo 2017, 142-151, 145-147. Estos tipos de enfrentamientos, son arduamente tratados en la doctrina y en la jurisprudencia por los neoconstitucionalistas y no positivistas; llegando a proponer todos ellos enfrentamientos antagónicos. Esta postura(s), pone en aprieto a los operadores del derecho, porque en realidad hasta ellos mismo llegan a sacrificar sus propios criterios, para simpatizar con el atractivo modelo de la corriente neoconstitucionalista.

<sup>356</sup> POZZOLO, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, Op. Cit., p. 345.

modo, la interpretación específica de la constitución debe realizarse: en base a los sujetos (sea juez constitucional concentrado o juez constitucional difuso) de un determinado ordenamiento que le identifique especificidad, como en el caso del juez constitucional concentrado; en base a los efectos de las sentencias del juez constitucional que tienen efectos erga omnes (a diferencia del control difuso que es inter partes); en base al uso particular de técnicas interpretativas y aplicativas, apoyadas a través de argumentaciones constitucionales de carácter contingentes, según la rigidez o flexibilidad del texto constitucional; y por último, en base al objeto de quien adopte alguno de los modelos tanto: descriptivo o axiológico<sup>357</sup>, este último como modelo de tipo específico que configure el objeto constitucional.

Uno de los aportes también más significativos de Pozzolo, es en tanto al uso del término “moral” en el Derecho; puesto que es fiel defensora de la tesis de la conexión necesaria entre la moral y el derecho, y no solo ella sino varios autores y operadores del derecho; debido a que muchos neoconstitucionalistas: *“parten de la incorporación de principios morales a la constitución, con la que afirman que se ha dado entrada a la moral en el derecho. Esta incorporación implicaría la necesidad de interpretar las normas constitucionales (y con esto todo el derecho) con <gafas morales>”*<sup>358</sup>; es decir, la Constitución de ser una carta protectora de Derechos, pasaría a ser un texto de valoraciones e interpretaciones morales; lo que significaría comprometer el estudio del Derecho, con los que ella llama *estándares morales positivizados*. Asumiendo esta perspectiva se puede identificar cuatro tipos de

---

<sup>357</sup> Según Pozzolo: *“La adopción del modelo axiológico de constitución concebida como norma conduce, por tanto, a sostener una interpretación en algún sentido moral de la constitución. Ello presupone que el intérprete actúe comparando un modelo ideal de constitución con el modelo real e interprete a este último a la luz de las asunciones de valores derivados del primero (...). Claro está que mientras la axiología del intérprete cada vez sea estrechamente dependiente del caso concreto, colocándose desde el punto de vista del <buen juez>, las distintas interpretaciones deberán ser argumentadas de manera tal que formen un cuadro coherente. La jerarquía axiológica instituida cambiará, de todos modos, continuamente en relación a las exigencias de justicia sustancial de cada caso concreto”. Cfr. POZZOLO, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, Op. Cit., p. 347.*

<sup>358</sup> POZZOLO, “Neoconstitucionalismo”, *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, Nº 11, octubre 2016 - marzo 2017, 142-151, 147. Incluso se puede observar que la autora, alienta ciertas aptitudes en la toma de decisiones del juez. Puesto que: *“El neoconstitucionalismo exige al jurista asumir un fuerte compromiso moral y una actitud abiertamente crítica o, al menos, de clara oposición a las normas injustas establecidas por el legislador. Esto exige desarrollar doctrinas adecuadas al cambio normativo e implica también que, a través de instrumentos interpretativo-retóricos-argumentativos, alguien como un juez pueda intervenir y modificar las reglas establecidas por un legislador que no se atiene a los preceptos constitucionales”*. IBID, p. 148.

significados de la moral, y esto por ser un término polisémico. Estos tipos de moral pueden ser identificados como: Moral individual, positiva, concertada y universal (o objetiva). Según la italiana: *“La moral individual, indica el conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea que cada uno tiene de lo que esté bien y de lo que esté mal (...); la moral positiva, indica un conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea, y a la consiguiente práctica efectiva, que un determinado grupo social tienen del bien y mal (...); la moral concentrada, hace referencia a un conjunto de principios referidos al comportamiento humano, elaborados a través de un debate intersubjetivo conducido según reglas predeterminadas, en relación a la idea que los participantes en el debate tienen del bien y del mal (...); la moral universal, indicaría lo que es justo y lo que es equivocado en un sentido a-histórico y a-espacial. Sería independiente del desarrollo social y de cualquier debate intersubjetivo”*<sup>359</sup>. En otras palabras, la moral individual se refiere a las cualidades que existe dentro de una persona, en su universo ético personal, y en la que a través de su vida personal o académica la haya formado; la moral positiva se refiere a las cualidades que existen dentro de una determinada sociedad, en su universo ético de grupo social, en la que son aceptadas, compartidas, practicadas y relacionadas en las situaciones sociales; la moral concentrada se refiere a las cualidades que existe dentro de determinados ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales, el cual se pueden extraer normas éticas para su posterior valoración moral en los problemas sociales; y por último, la moral universal (u objetiva) se refiere a las cualidades que existen dentro de lo normativo, dentro del Derecho, esto significaría una conexión necesaria entre el derecho y la moral.

Para finalizar, estos aportes proporcionados por la italiana Susanna Pozzolo, no son ajenos a las críticas; es más, la autora es consciente de los ataques que últimamente han surgido al neoconstitucionalismo. Ella misma reconoce que: “el

---

<sup>359</sup> POZZOLO, “Un constitucionalismo ambiguo”, Op. Cit., p. 196-197. Asimismo también, en el libro: POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 248-249. Estos cuatro tipos de significados de la moral, pueden ser separados en dos grupos: en la moral crítica y en la moral positiva. En el primer grupo, estaría conformado por la moral individual y la moral universal, es decir, desde el punto de vista que se observa la moral positiva. Y en el segundo lugar, estaría conformado por la moral positiva y la moral concertada, es decir, en la medida que esta expresada en las cartas de los Derechos, ver: POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 249.

*cambio que se va determinando, paradójicamente alimenta ideologías que pueden revelarse constitucionalmente débiles o, incluso, como unos sostienen, de un proceso de desconstitucionalización. Hay sin duda gran incertidumbre, que, en primer lugar, afecta el principio jerárquico (...) con varias implicaciones y provocando desorden*<sup>360</sup>. Estas consecuencias, nos solo nos llevaría a una crisis en el desarrollo metodológico del nuevo constitucionalismo, sino una crisis que alcanzaría el desarrollo de la sociedad en los Estados Constitucionales; resultando por este desgobierno el aumento de desigualdades personales y colectivas. Por último, menciona también que: *“quizá, el neoconstitucionalismo no ha todavía decidido si quiere hacer teoría o ideología, y probablemente quisiera hacer ambas cosas. Pero esto hace surgir un problema distinto que contribuye a hacer del neoconstitucionalismo, sino otra cosa, un constitucionalismo ambiguo*<sup>361</sup>; que de algún modo, por falta de coherencia se perjudicarían los derechos fundamentales de la persona, por caer en teorías que no guardarían un cierto orden o estructura para la solución del problema. Llegando a caer el operador del derecho en una incertidumbre jurídica.

Para el italiano Paolo Comanducci<sup>362</sup> influenciado por los precursores y por otros<sup>363</sup> iusfilósofos; considera que la teoría del neoconstitucionalismo es el resultado del progreso de la constitucionalización del derecho de los mediados del siglo XX hasta la actualidad; además estaría conformada por: *“un conjunto de doctrinas post-*

---

<sup>360</sup> POZZOLO, Susanna. “El constitucionalismo de los Derechos y la Justicia”, *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Nº 9, julio-diciembre 2017, 39-54, 48-49.

<sup>361</sup> POZZOLO, “Un constitucionalismo ambiguo”, Op. Cit., p. 209.

<sup>362</sup> Es Catedrático de Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova. Doctor h.c. de la Universidad Nacional de Córdoba. Es co-director de las revistas “Materiali per una storia della cultura giuridica”, “Analisi e diritto”, “Ragion pratica”. Ha publicado una variedad de libros como: *Settecento conservatore: Lampredi e il diritto naturale*, 1981; *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, 1984, segunda ed. 1991; *Assaggi di metaetica*, 1992; *Assaggi di metaetica due*, 1998; *Razonamiento jurídico*. Ver en el libro de: COMANDUCCI, Paolo y otros. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009, p. 161; COMANDUCCI, Paolo. *Constitución y teoría del derecho*, Primera edición, México, Distribuciones Fontamara, 2007, 111; Para conocer más del autor ver: COMANDUCCI, Paolo. *Curriculum vitae*. 2010 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en: <https://www.fd.unl.pt/anexos/cvspagnolostrutturatoconopere.pdf>

<sup>363</sup> Pensadores del derecho, tales como el italiano Norberto Bobbio por su aporte con la “tripartición” del Derecho, ver: BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, Traducido por Ernesto Garzón Valdés, Primera edición, México, Distribuciones Fontamara S.A., 1991, p. 44-45. El aporte brindado por la filosofía bobbiana, ha sido denominado por otros autores por diferentes maneras, como: caracterización, aspectos, estadios, enfoques, modos, dimensiones, etc. Esta calificación es un claro ejemplo, como diferentes autores tienden a explicar la filosofía bobbiana de otra manera.

positivistas que tienen como nota distintiva la importancia otorgada al proceso de constitucionalización del derecho contemporáneo y al modelo de Estado constitucional de derecho<sup>364</sup>. Según el autor, este constitucionalismo moderno “se trata de un proceso al término del cual el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: (...) se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos<sup>365</sup>. Es más, está conformado por tres dicotomías, entendidas desde la ideología jurídica: “a) La primera dicotomía (...) desde un primer punto de vista, podemos distinguir entre constitucionalismo en sentido amplio y constitucionalismo restringido (...) desde otro punto de vista, podemos distinguir entre constitucionalismo débil y constitucionalismo fuerte. (...) b) La segunda dicotomía es la que existe entre constitucionalismo de los contrapoderes y constitucionalismo de las reglas. (...) La tercera dicotomía es la que existe entre constitucionalismo reformista y constitucionalismo revolucionario<sup>366</sup>. En otras palabras, la tricotomía es el resultado de la ideología que demanda la creación o reformación de una constitución o tipo de constitución, para limitar el poder existente del Estado y garantizar los derechos y libertades.

Por otra parte, a Paolo Comanducci le parece también oportuno -aunque sea esforzado- utilizar la tripartición Bobbiana (del positivismo jurídico) para describir las diferentes formas de la teoría neoconstitucionalista; pues esta tesis ayudaría a distinguirla de las clásicas teorías del derecho. Según el autor, la nueva tripartición formada para el neoconstitucionalismo está dividida en tres tipos<sup>367</sup>: *el teórico, el*

<sup>364</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Estado constitucional de derecho y democracia* [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Comanducci..pdf>, p. 01.

<sup>365</sup> COMANDUCCI, Paolo. “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009, 85-121, 86.

<sup>366</sup> COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, Nº 16, abril 2002, 89-112, 90-91.

<sup>367</sup> Esta explicación la podemos encontrar en: COMANDUCCI, Paolo. *Estudios sobre Constitución y Derechos Fundamentales*, Primera edición, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, 41-57; COMANDUCCI, Paolo. *Hacia una teoría analítica del derecho: ensayos escogidos*, 1ª edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2010, 251-264; COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico” en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta S.A. 2003, 75-98; COMANDUCCI, Paolo. “Constitución y teoría del derecho”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 23 de agosto, 2005, 1-18, 2-18; Asimismo José Juan Moreso realiza una reseña fiel sobre las diferentes formas del neoconstitucionalismo, en su artículo: MORESO, José J. “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, *Isonomía*, Nº 19, octubre 2003, 267-282.

*ideológico y el metodológico. En el primer escenario de la tripartición como teoría: “aspira a describir los logros de la constitucionalización (...), está caracterizado, además que por una constitución invasiva, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley”<sup>368</sup>. Además en este primer escenario de la tripartición, se opta dos modelos de Constitución e interpretación constitucional; por un lado, está el “modelo descriptivo y axiológico de la Constitución como norma”<sup>369</sup>; y por otro lado, está “la interpretación en el modelo descriptivo y axiológico de la Constitución como norma”<sup>370</sup>; cada uno de ellas representando las diversas maneras de entender o interpretar la constitución, en función de la configuración del objeto Constitución.*

En el segundo escenario de la tripartición como ideología *“pone en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales (...) los valores positivamente y propugna su defensa y ampliación (...) subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales (...) pero, más aún, subraya la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución”<sup>371</sup>. En este escenario ideológico, el autor resalta también el contenido de la Constitución, porque le pone en el más alto nivel del sistema jurídico, dado que: “se debe obediencia al derecho sólo si tiene un determinado contenido, es decir (...) una constitución conforma por un conjunto de principios, valores y derechos fundamentales que constituyen (...) la “positivización” de la moral crítica”<sup>372</sup>. Este criterio hace que el autor se relacione con la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral, y por lo tanto, a justificar la obediencia al derecho en la Constitución, de manera que: “se puede subsistir hoy una*

<sup>368</sup> COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 90-91.

<sup>369</sup> COMANDUCCI, *Constitución y teoría del derecho*, Op. Cit., p. 49-53; COMANDUCCI, Paolo. “Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2010, 93-145, 109-115.

<sup>370</sup> COMANDUCCI, *Constitución y teoría del derecho*, Op. Cit., p. 56-69.

<sup>371</sup> COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 95-96.

<sup>372</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Estado constitucional de derecho y democracia* [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Comanducci.pdf>, p. 04.

*obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conforme a la Constitución (...) como moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley*<sup>373</sup>. De este modo, Paolo Comanducci incluiría en la Constitución un conjunto de valores morales que justifiquen la obediencia al derecho, tales como: los principios constitucionales, los derechos humanos como las *“liberales, sociales, culturales y ecológicos”*<sup>374</sup>; los derechos fundamentales<sup>375</sup>; la igualdad liberal<sup>376</sup>; etc.; para no caer en el abuso del derecho.

Si algo le preocupa a Comanducci en este segundo escenario, es por la peligrosa consecuencia de tal ideología, en otras palabras: por *la reducción del grado de certeza del Derecho*. En tanto este último se derive de la técnica de la ponderación de principios y de la interpretación moral de la constitución. Pero para protegerse de las críticas sobre su aporte, recurre en apoyarse en argumentos como la de Dworkin, ya que él sostiene que el Derecho (formados por reglas y principios con una moral objetiva) puede ser determinado por la famosa tesis de la única respuesta correcta. Puesto que, la indeterminación *ex ante* que podría tener el derecho, podría reducirse siempre en cuando cumplan al menos dos condiciones: *“1) si existiese una moral objetiva, conocida y observada por los jueces (si existiese una moral positiva); 2) si los jueces observaran siempre las prescripciones de Dworkin (o de Alexy), y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, íntegramente consistente (...)”*<sup>377</sup>. Pero en la realidad, estas dos condiciones según

<sup>373</sup> COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 96-97.

<sup>374</sup> COMANDUCCI, Paolo. “Derechos humanos y minorías: Un acercamiento analítico neoilustrado”, Isonomía: *Revista de teoría y filosofía del derecho*, N°3, 1995, 21-42, 21; Del mismo modo, el autor tutela los derechos de las minorías, diferenciándolas en dos diversas nociones de minorías: *“Las minorías by force”* y *“las minorías by will”*. IBID, p. 30-31. Para mayor información del presente tema consultar con el artículo.

<sup>375</sup> Que pueden ser enfocadas al menos en cuatro diferentes niveles: un nivel histórico-sociológico, un nivel dogmático, un nivel filosófico-político, y por último un nivel teórico. Este último de mucha relevancia por desprenderse en dos alternativas teóricas: “La primera alternativa, consiste en una teoría reconstructiva, crítica, o normativa en sentido metodológico (...) la segunda alternativa teórica, consiste en una teoría descriptiva, que se sitúa en un mayor nivel de abstracción respecto a la primera alternativa”. Cfr. COMANDUCCI, Paolo. “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, *Revista Jurídica: Facultad de jurisprudencia*, enero 2004, 355-371, 356-357.

<sup>376</sup> Las diversas clases de igualdad liberal y su proceso histórico que proporciona el autor, la podemos encontrar en su artículo: COMANDUCCI, Paolo. *Igualdad liberal*, 1995 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en: [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n3N2-October1998/032Juridica03.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica03.pdf)

<sup>377</sup> COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 108-109.

el autor no se cumplirían, debido a que los jueces ordinarios y constitucionales no conocerían y compartirían la moral objetiva y la moral positiva de los precursores y partidarios del nuevo constitucionalismo; es más, ni serían coherentes ni decidirían racionalmente sus propias decisiones, llevándolos a una consecuencia peligrosa.

En el tercer escenario de la tripartición como metodología: *“sostiene (...) -al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral- la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral”*<sup>378</sup>; esto quiere decir, que *“los jueces y la dogmática deberían, desde el punto de vista del método, aceptar la tesis de la conexión necesaria (identificativa y justificativa) entre derecho y moral crítica”*<sup>379</sup>; puesto que, las decisiones judiciales están fundadas<sup>380</sup> o justificadas si emanan de una norma moral. En este escenario metodológico, el Paolo Comanducci resalta la importancia de la norma moral como objeto de garantizar el contenido constitucional; por ello sostiene que la norma moral está formada por cuatro posibles soluciones: *“una moral objetiva verdadera (...); una norma moral objetiva racional (...); una norma moral subjetiva escogida; (...) una norma moral intersubjetiva aceptada”*<sup>381</sup>. Bajo estas posibles soluciones objetivistas (las dos primeras) y subjetivistas (las dos últimas), que podrían ser reducibles a la tercera solución; también se podría superar los problemas epistemológicos en tanto a la norma moral que se prefiera, o en tanto el derecho convierta en vinculante la moral positiva. Asimismo el autor advierte, que *“si no creemos, (...) que haya una moral objetiva y que sea cognoscible y empleada*

---

<sup>378</sup> COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 99; Asimismo algo muy peculiar del autor, a diferencia de la defensa del neoconstitucionalismo; es también la defensa de la tesis positivismo metodológico, es decir que *“es posible identificar y describir el Derecho tal como es”*. Cfr. COMANDUCCI, Paolo. “Las conexiones entre el Derecho y la moral”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 12, 2003, 15-26, 15; Esta defensa del positivismo metodológico, según el autor se limita solo a la tesis de la no conexión necesaria entre Derecho y Moral; dado que esta tesis ha sido criticada al menos en dos modalidades: *“a) como tesis de la no conexión justificatoria; b) como tesis de la no conexión identificatoria”*. IBID, p. 17. De esta manera, presentando algunas respuestas a estos dos problemas.

<sup>379</sup> COMANDUCCI, Paolo. “El abuso del derecho y la interpretación jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, N° 12, julio-diciembre 2011, 107-118, 116-117.

<sup>380</sup> O fundamentadas, siempre *“por cuestiones de ética normativa, (...) por la cuestión metaética de la fundación de la moral”*. Cfr. COMANDUCCI, Paolo. “La irrelevancia moral de la diversidad cultural”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30, 2007, 89-94, 93.

<sup>381</sup> COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 114.

*por los jueces; si no creemos que haya una moral social compartida por los jueces y la sociedad, y que los jueces la empleen como base de sus decisiones; entonces, sin lugar a dudas, estas prácticas aumentan la indeterminación de los sistemas jurídicos contemporáneos, disminuyendo el nivel de seguridad jurídica*<sup>382</sup>; y por lo tanto, empujase al juez ordinario o constitucional a decidir por creencias propias, modificando interpretaciones literales, y balanceando las razones que dio origen a una ley. Pero esto para nosotros, sería todo lo contrario, dado a su naturaleza moral que el autor le impregnaría al derecho.

Para el italiano Mauro Barberis<sup>383</sup>, influenciado por los precursores y por otros<sup>384</sup> iusfilósofos, considera que la teoría del neoconstitucionalismo, para ser entendida debe ser analizada desde una perspectiva teórico-crítico, y en tal sentido confirmar su existencia. Para ello, toma como principales referencias a Norberto Bobbio y a Adolphus Hart para explicar sus tesis, apartándose de los argumentos explicados por los partidarios (Susanna Pozzolo y Paolo Comanducci), y centrándose en su propia teoría. Nuestro autor se diferencia de los demás precursores porque no se limita a comprobar la existencia del neoconstitucionalismo sino de explicarlo en los diferentes puntos de vista, como lo menciona: *“Como corresponsable de la génesis del neoconstitucionalismo junto con Sussana Pozzolo y Paolo Comanducci, debería buscar defenderlo; pero me encuentro tentado a abandonarlo a su suerte, por al menos dos razones. Al fin habíamos inventado el neoconstitucionalismo sobre todo para criticarlo; y es bastante paradójico que, hoy, un número creciente de estudiosos (...) se identifiquen bajo esta dubitativa etiqueta, desconocida en otros países*<sup>385</sup>. Si bien lo que se puede rescatar de su argumento, las razones a la que se refiere el autor es para criticar la nueva teoría en general; pero sobre todo para

---

<sup>382</sup> COMANDUCCI, “El abuso del derecho y la interpretación jurídica”, Op. Cit., p. 117.

<sup>383</sup> Discípulo de Giovanni Tarello, ha impartido docencia en las universidades de Génova y Bolonia. Es Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Trieste. Se ha ocupado de temas relativos a la historia de las ideas políticas y a la filosofía analítica del derecho. Codirector de las revistas *Materiali per una storia della cultura giuridica* y *Ragion pratica*, colabora en medios como *Il Mulino*, *Micromega* y *Il Seccolo XIX*. Autor de numerosas monografías, entre las que destacan *Libertà* (1999), *Etica per giuristi* (2006), *Europa del diritto* (2008) o *Giuristi e filosofi* (2001), Ver: POZZOLO, *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Op. Cit., p. 272.

<sup>384</sup> Como Herbert L. Adolphus Hart y Alf N. Christian Ross como inspiradores para su teoría. Y como complementador a sus tesis: Bruno Celano con su libro: CELANO, Bruno. *Derecho, justicia, razones*, traducido por José Juan Moreso, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

<sup>385</sup> BARBERIS, Mauro. “¿Existe el neoconstitucionalismo?”, *Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones jurídicas*, 2015, 459-482, 460.

explicar el por qué existe la etiqueta desconocida, con la que numerosos estudiosos en Europa y Latinoamérica se identifican.

Es por ese motivo que Barberis, desde una concepción típica del realismo jurídico italiano, esto es, desde el *escepticismo interpretativo moderado*<sup>386</sup>, propone una teoría que sea derivada de diferentes formas, pero que sean complementarias entre sí; donde los jueces y juristas sean también protagonistas. Por estas razones, que el autor se plantea tres problemas centrales: una referida a la metodológica, otra referida a la metateoría, y el último referido, al teórico y crítico. Para el desarrollo de estos problemas, utiliza las siguientes interrogantes: con respecto al primer problema referido a la metodológica “¿qué autoriza a hablar del conjunto de diversas tesis, sostenidas en la última mitad del siglo bajo nombres diferentes (...) como se tratasen de una teoría del Derecho?”<sup>387</sup>: si bien es cierto, en la última mitad del siglo XX han aparecido diversas etiquetas concebidas por múltiples autores ya fallecidos; esto no sería motivo para abstenerse del estudio de la etiquetas, aunque los autores ya no se encuentren en carne y hueso; más bien es todo lo contrario, por lo que no solo se desarrollaría la historia sino también se desarrollaría una teoría del Derecho. Según Barberis, el iusfilósofo que realizó un amplio uso de las etiquetas fue Herbert Hart, pero no solo por inventar etiquetas sino también por desarrollar técnicas definitorias que podrían ser utilizadas en la actualidad. Un principio muy importante que rescata nuestro autor del catedrático de Oxford, es el *principio de caridad interpretativa*; debido a que es un principio que le atribuía un sentido racional a todas las etiquetas, aunque el autor no coincidía con las tesis; a diferencia de los adversarios críticos que solo se centran en *la caza a las ideologías*. Es por estas razones, que el italiano propone que se le debe tomar en serio el estudio del neoconstitucionalismo, dársele el mismo trato como a las otras teorías,

---

<sup>386</sup> Con la que se identifica totalmente, por sostener una tesis doble: una tesis de la interpretación, “(atribución a una disposición de un significado, es decir, de una norma abstracta) según la cual toda disposición jurídica tiene más de un significado”, y una tesis sobre la aplicación “(uso de la norma abstracta obtenida mediante la interpretación para resolver los casos concretos) según la cual todo caso es, o puede convertirse, en un caso difícil”. Cfr. BARBERIS, Mauro. “El realismo jurídico europeo-continental”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Volumen uno, Primera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, 227-240, 237. A diferencia de los escepticismo interpretativo, como el “*genérico*” (defendido por los realistas suecos) y el “*radical*” (sostenido por Tarello y por Troper). IBID, 238.

<sup>387</sup> BARBERIS, “¿Existe el neoconstitucionalismo?”, Op. Cit., p. 461.

aunque se le sospeche de *ideologicidad*; por ello, propone al menos cuatro problemas para definirlo y reconstruirlo, como: “*primero, remediar de la ambigüedad teoría/ objeto de la teoría, que afecta comúnmente torna las etiquetas terminadas en “-ismo”; segundo, buscar una técnica definitoria que convengan al nombre de las teóricas; tercero, evitar la particular forma de vaguedad común a todos los nombres de teorías; cuarta, aplicar todos estos instrumentos teóricos a la redefinición del neoconstitucionalismo*”<sup>388</sup>. Si se llegaría a solucionar estos cuatro problemas de forma diferente (como la metodología iuspositivista), entonces podría individualizarse las teóricas típicas del neoconstitucionalismo, que proponen los partidarios y seguidores, y por tanto, proponer algo distinto del resto de etiquetas.

Con respecto al segundo problema referido a la metateoría “*¿cómo reconstruir la teoría neoconstitucional de modo que posteriormente podamos discutirla?*”<sup>389</sup>, el italiano utiliza los ingredientes formulados por los precursores, para poder definir el propósito perseguido<sup>390</sup>. El autor menciona que: “*el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una familia de tesis teóricas respectivas a las relaciones Derecho-moral, la distinción reglas/principios, y la aplicación de las primeras para la subsunción y de las segundas para la ponderación*”<sup>391</sup>. De esta manera, el nuevo constitucionalismo se caracterizaría: En primer lugar, porque privilegia “*la conexión entre Derecho y moral*”<sup>392</sup>, es decir, por ser una conexión típica del nuevo Estado de derecho, por tener relaciones (necesarias, contingentes, esenciales, profundas, etc.), y sobre todo por convertir los principios constitucionales en valores morales; si bien es cierto, existen numerosos autores que sostienen diferentes tesis de conexión entre el derecho y la moral, pero esto no sería motivo para que no compartiesen la existencia de dicha conexión en sus múltiples dimensiones. En segundo lugar, porque “*atañe a la teoría de las normas. (...) la distinción entre*

<sup>388</sup> BARBERIS, “¿Existe el neoconstitucionalismo?”, Op. Cit., p. 463.

<sup>389</sup> BARBERIS, “¿Existe el neoconstitucionalismo?”, Op. Cit., p. 467.

<sup>390</sup> Logrando formar un esquema con tres características para poder definirla, esto son: “1) *Tesis de la conexión: el derecho está conectado a la moral de muchas maneras importantes.* 2) *Constructivismo ético: los juicios de valores pueden ser objetivos, si son conformes a procedimientos inter-subjetivos construidos por los teóricos de la ética.* 3) *Escepticismo cognitivo más formalismo normativo: las disposiciones pueden tener sentidos diferentes, pero siempre hay una interpretación moralmente mejor*”. Cfr. BARBERIS, Mauro. *Introducción al estudio del derecho*, primera edición, Lima Palestra Editores, 2015, p. 42.

<sup>391</sup> BARBERIS, “¿Existe el neoconstitucionalismo?”, Op. Cit., p. 467.

<sup>392</sup> BARBERIS, “El neoconstitucionalismo, Third Theory of Law”, Op. Cit., p. 257.

*reglas y principios*<sup>393</sup>, es decir, por privilegiar los segundos sobre los primeros, por considerarse que ejercen efectos de irradiación que ayudarían a los procesos de interpretación e integración de las reglas; y sobre todo por conseguir: “*analizar la interpretación constitucional de los derechos humanos*”<sup>394</sup>, desde una perspectiva evolucionista, pluralista y especificacionista. Y en tercer lugar, porque el único método que resolvería los conflictos entre derechos o principios constitucionales: “*es el balancing o ponderación*”<sup>395</sup>, es decir, para salvaguardar el derecho o principio a proteger, se debe primero balancear los intereses, derechos o valores entre sí mismos; luego subsumir el caso en concreto bajo una norma abstracta; pero todo esto, bajo la forma de aplicación en “*sentido lato*” de los principios y no en sentido estricto.

Con respecto al tercer problema central referido al teórico y crítico, el italiano se plantea una interrogante donde pudiera dar respuesta a las dudas de los críticos: “*¿el neoconstitucionalismo es también una teoría aceptable?*”<sup>396</sup>, para responder a esta pregunta, el autor toma las tesis anteriormente mencionadas, analiza las versiones más débiles, y las propone de diferente manera al de los partidarios. Por un lado, en el caso de la tesis de la conexión entre Derecho y moral: se plantea una solución intermedia donde el derecho y la moral deben ser moduladas por los principios, a través de los valores morales y la utilidad de las reglas. Además en esta tesis no se le debe permitir el paso al *imperialismo de la moral*, es decir, de reducir lo normativo a lo moral, por eso menciona que: “*el imperialismo de la moral constituye uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo: (...) Se trata, ante todo, de la formulación de la Sonderfallsthese en términos morales (el razonamiento jurídico, por tanto, sería un caso especial del razonamiento -no genéricamente práctico, sino- especialmente moral); se trata, pues, de la tesis de que las normas o interpretaciones jurídicas, siendo en sí solo unos hechos, estarían justificadas, en última instancia, exclusivamente sobre bases morales*”<sup>397</sup>. En tal

---

<sup>393</sup> BARBERIS, “El neoconstitucionalismo, Third Theory of Law”, Op. Cit., p. 259.

<sup>394</sup> BARBERIS, “Los Derechos humanos como adquisición evolutiva”, Op. Cit., p. 35.

<sup>395</sup> BARBERIS, “El neoconstitucionalismo, Third Theory of Law”, Op. Cit., p. 263.

<sup>396</sup> BARBERIS, “¿Existe el neoconstitucionalismo?”, Op. Cit., p. 473.

<sup>397</sup> BARBERIS, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, Op. Cit., p. 334. Advierte además el autor que este fenómeno, no solo le corresponde exclusivamente a la “mora”, también existen otros imperialismos, como: el político o el económico. Pero últimamente ha salido a

sentido, el imperialismo de la moral que aún reina en la tesis de la conexión entre el derecho y la moral: es el talón de Aquiles que asume el neoconstitucionalismo<sup>398</sup>, y que por tanto, será un verdadero reto para los jueces y juristas, no subordinar la espera práctica en la esfera de la moral. Por otro lado, en el caso de la tesis de la distinción entre reglas y principios: se plantea que esta tesis de la distinción no debe ser entendido en sentido fuerte, sino en un sentido débil, debido a que las reglas y los principios deben ser complementarias. Pero en el caso que no haya regla para solucionar el problema, se tendrá que recurrir a la *metaética*, a la tesis que el autor denomina: *pluralismo de valores*; para que el juez pudiera remediar el desacuerdo por medio del valor que crea conveniente. El autor considera que en esta tesis se pueden formular dos dimensiones paralelas, y donde se dan cinco alternativas: “*no solo objetividad/ subjetividad, sino también unidad/pluralidad, armonía/conflicto, conmensurabilidad/inconmensurabilidad, determinación/indeterminación*”<sup>399</sup>; que permitirá al juez elegir una u otra alternativa monista o pluralista de los valores. De igual manera, esta tesis del pluralismo de los valores también son predicables sus características en la fórmula de los principios, a la que denomina: *Pluralismo de los principios*; para que el juez pudiera remediar los conflictos constitucionales por medio de una interpretación sistemática. Y por último, en el caso de la tesis de la distinción subsunción y ponderación: plantea que la ponderación no es una elección arbitraria sino es un procedimiento racional, donde se reconciliarían los principios o valores, y que en casos extremos se sacrificaría uno sobre el otro. Argumentación que consideramos un tanto moderado por reconciliar los principios o valores, a diferencia en declaraciones anteriores, cuando mencionaba que: “*Para mí, la práctica de la ponderación está explicada y justificada por el pluralismo de los valores (value pluralism): valoraciones muy abstractas como valores éticos y principios constitucionales son plurales, genéricos y siempre potencialmente*

---

la luz a nivel jurídico otra clase de imperialismo, como: *el imperialismo de la argumentación*, en la que el autor italiano critica la obra de Manuel Atienza por: “*reducir a argumentación, no la teoría del derecho, sino el razonamiento jurídico, y sobre todo la interpretación, rebasando así los límites trazados tanto por los precursores de la teoría (...), como por los partidarios de la teoría estándar de la argumentación jurídica (...)*”. Cfr. BARBERIS, “¿Imperialismo de la argumentación? Comentario al curso de argumentación jurídica de Manuel Atienza”, Op. Cit., p. 327-328.

<sup>398</sup> Es más, para los críticos de este fenómeno jurídico siempre lo ha sido, por centrar todas sus teorías en un iusmoralismo, como el que le otorga sus precursores y partidarios.

<sup>399</sup> BARBERIS, Mauro. “Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad”, DOXA, Op. Cit., p. 267.

*conflictivas entre sí*<sup>400</sup>. Un cambio de perspectiva que potencialmente cambio para que para que proponga a la ponderación como la mejor alternativa.

En conclusión, Barberis termina diciendo, que no se podría negar o tener duda de la existencia de la teoría neoconstitucionalista, debido a que: *“Derecho y moral, reglas y principios, subsunción y ponderación, resultan entrelazados en el mismo razonamiento jurídico: por lo tanto, del cual se puede decir todo, pero no que el neoconstitucionalismo no tiene una teoría”*<sup>401</sup>. Pues, si queremos buscar respuesta a la existencia del nuevo constitucionalismo, debemos buscarla de una forma en un sentido positivo y no negativo (sin caer en el imperialismo de la moral o de la argumentación), por eso el estudio a esta doctrina se le debemos tomar en serio.

Por otro lado, terminando con las breves explicaciones neoconstitucionalistas de los representantes reformadores de la Escuela Genovesa (partidarios del nuevo constitucionalismo). Existen dos iusfilosofos italianos que también contribuyeron con la formación del neoconstitucionalismo, tanto expresa e implícitamente. Estos son: el catedrático de la Universidad de Génova Riccardo Guastini, y el catedrático de la Universidad de Turín Gustavo Zagrebelsky; que a continuación explicaremos:

Según el catedrático de Génova Riccardo Guastini<sup>402</sup>, uno de los representantes máximos del realismo jurídico italiano<sup>403</sup>, considera que el neoconstitucionalismo

---

<sup>400</sup> BARBERIS, “El neoconstitucionalismo, Third Theory of Law”, Op. Cit., p. 265.

<sup>401</sup> BARBERIS, “¿Existe el neoconstitucionalismo?”, Op. Cit., p. 472.

<sup>402</sup> Quien es discípulo de Giovanni Tarello y Norberto Bobbio. Nació en Génova el 25 de enero de 1946. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Génova, año 1968-69, su Tesis fue en Filosofía del Derecho sobre Doctrinas del marxismo, quien fuera su supervisor Giovanni Tarello. Es considerado uno de los iusfilósofos contemporáneos más destacados de la “Escuela Genovesa” por dedicarse a exponer la teoría analítica del derecho, en la actualidad enseña filosofía del derecho y técnicas de la interpretación y de la argumentación en la facultada de Derecho del Ateneo genovés. Es director de la Escuela de doctorado en esa casa de estudios. Es codirector de numerosas revistas italianas. Ha publicado numerosas obras, entre ellas: *Das fonte às normas* (2005); *Lezioni di teoría del diritto e dello stato* (2006); *Teoria e ideología de la interpretación constitucional* (2008); *Nuovi studi sull'interpretazione* (2009); *Interpretación, estado, y constitución* (2010); *Lecons de théorie constitutionnelle* (2010); *La sintassi del diritto* (2011); *Interpretare e argomentare* (2011) y *Distinguendo ancora* (2013). Ver Biblioteca de Cultura Jurídica. *Riccardo Guastini* [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <http://bibliotecaculturajuridica.com/ES/3037/riccardo-guastini.html>; Asimismo, GUASTINI, Riccardo. *Dipartimento di Giurisprudenza - Unige* [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://giurisprudenza.unige.it/sites/giurisprudenza.unige.it/files/doc/curricula/guastini.pdf>

<sup>403</sup> Quien también se considera positivista pero dentro del realismo, como el mismo lo manifiesta: *“El realismo jurídico es una teoría abiertamente positivista sobre el derecho. No todos los teóricos positivistas son realistas, pero todos los realistas son positivistas”*. Cfr. GUASTINI, Riccardo. “Un ejercicio de realismo jurídico”, *Derechos & Sociedades*, Nº 51, octubre 2018, 223-232, 225.

en primer lugar y a su modo de entender: *“consiste en un amontonado (de confines indeterminados) de posturas axiológicas y de tesis normativas, entre las cuales no es fácil identificar alguna tesis propiamente teórica reconocible y susceptible de discusión”*<sup>404</sup>, pero sí que ayudaría a cambiar a una nueva forma de ver el derecho. Creemos que en este nuevo paradigma el italiano un poco se preocuparía, debido a que compartiría la posición del profesor Francisco Laporta con respecto a este nuevo paradigma, cuando este último indica que: *“A veces parece que la constitución ha venido poco menos a inventar el lenguaje y el derecho. Y esto me parece más bien producido de un énfasis en la norma constitucional quizá bien entendida pero equivocado. El constitucionalismo es importante, pero no es sino una prolongación del ideal del imperio de la ley hasta la norma constitucional. Nada más y nada menos”*<sup>405</sup>. Este buen entendimiento y limitación que apunta Francisco Laporta a las Constituciones contemporáneas, es por el surgimiento del problema de las constituciones *“enfáticas”*, debido a que alejaría los cánones de la ciencia social y de la filosofía jurídica, al incluirlas a un amplio abanico de postulados y exigencias morales. Esto llevaría a la función del juez: *“hacer efectivos esos enunciados morales, y como consecuencia de ello la ampliación del derecho (...) como un razonamiento práctico tout court, sin limitación alguna. Los jueces obrarán entonces sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir, sin embargo, como si estuvieran aplicando el derecho. Esto a mí me da miedo”*<sup>406</sup>. Frente a estos duros cuestionamientos, catedrático de Génova logra identificar un conjunto de posturas axiológicas y tesis normativas con las que se le podría diferenciar de las resto de teorías (anteriormente explicadas), estas serían:

*“La superioridad axiológica de la constitución sobre la ley; la idea de que la constitución tendría no solo -o no tanto- la función de limitar el poder político, sino antes y, quizá, sobre todo, la función de modelar la sociedad, y por tanto no solo de prevenir (en negativo) una legislación*

---

<sup>404</sup> GUASTINI, Riccardo. “A propósito del neoconstitucionalismo”, *Gaceta Constitucional*, N° 65, 231-240, 231.

<sup>405</sup> ATIENZA, Manuel. “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un dialogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 31, octubre 2009, 205-223, 209.

<sup>406</sup> IBD, p. 210.

*lesiva de los derechos, sino también de orientar (en positivo) toda la legislación entera; la idea de que la constitución carezca de lagunas, que sus principios predeterminen o por lo menos orienten la disciplina legislativa de cualesquiera supuesto de hecho, dejando márgenes bastante reducidos para la discrecionalidad política del legislador; la idea de que las constituciones democráticas incorporen principios de justicia objetivos, que por los cuales son justas y, por tanto merecen obediencia; la superioridad axiológica de los principios sobre las reglas; la idea de que las reglas (cualquiera sea su tenor literal) puedan ceder, que puedan (o deban) ser derogadas, que estén sujetas a excepciones y a la luz de los principios a fin de que todo caso concreto tenga una solución justa; la superioridad de las normas que confieran derechos sobre aquellas que organizan el poder público; la idea de que las normas “materiales” de la constitución regulen no solo las relaciones verticales entre Estado y ciudadano, sino también las relaciones horizontales (inter privados) entre ciudadanos, y por tanto deban encontrar aplicación directa en la jurisprudencia civil, penal, administrativa; la idea de que existe una estrecha conexión entre Derecho y justicia; la idea de que el Derecho, con tal que sea justo, deba ser obedecido; la desvalorización del modelo de ciencia jurídica como discurso meramente cognitivo y no valorativo, característico del positivismo jurídico metodológico; la idea de que la ciencia jurídica deba, por el contrario, ser una ciencia “práctica” y “normativa”, esto es, orientar la jurisprudencia y, cuando sea necesario, la legislación”<sup>407</sup>.*

Este amplio abanico de caracterizaciones según el autor, no tendría un orden preciso, sino que solo quedaría a elección del intérprete: de formar un orden o una neutralidad, conforme a su criterio y a las nuevas exigencias que integraría el nuevo constitucionalismo.

En segundo lugar, Riccardo Guastini considera que el nuevo constitucionalismo está caracterizado por identificarse con múltiples usos del término *Constitución*;

---

<sup>407</sup> GUASTINI, “A propósito del neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 233.

pero se puede considerar cuatro<sup>408</sup> las principales: “*La Constitución como límite del poder (...); La Constitución como conjunto de normas “fundamentales” (...); La Constitución como “código” de la materia constitucional (...); La Constitución como fuente diferenciada (...)*”<sup>409</sup>. En otras palabras, la Constitución se caracteriza por denotarse de un ordenamiento estatal de tipo liberal-garantista; por ser considerada una Constitución sustancial o material; por ser un documento normativo que formula y recoger la mayor parte de normas constitucionales, denominándosele *El Código constitucional*; y por, diferenciarse de la variedad de fuentes formales, en virtud de su procedimiento de formación o en virtud de un régimen jurídico especial. Una de las contribuciones más trascendentales del italiano, es de *constitucionalizar el ordenamiento jurídico* sobre las bases de normas constitucionales; es decir, de “*impregnar*” en cualquier tipo de ordenamiento jurídico las normas constitucionales, con la finalidad de transformarlos en los nuevos ordenamientos contemporáneos. En base sobre esta noción, el italiano declara que: “*Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales*”<sup>410</sup>; a tal punto, someter todas las reglas jurídicas de los ámbitos del Derecho al imperio de las normas constitucionales. Creemos que este criterio es adoptado por el autor, debido al problema ontológico de las normas<sup>411</sup>, dado que este último presentaría problemas de condiciones de existencia, y de entidad de la norma; a diferencia de las normas sobre la producción jurídica<sup>412</sup>, que se encuentran identificadas por sus diferentes clases. Pero de igual forma, nuestro

---

<sup>408</sup> GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, traducido por César E. Moreno More, Luis Cárdenas Rodríguez, Primera edición, Lima, Editorial Científica Peruana, 2015, p. 257.

<sup>409</sup> GUASTINI, Riccardo. “Sobre el concepto de Constitución”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 01, Julio-Diciembre 1999, 161-176,163-171.

<sup>410</sup> GUASTINI, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, Op. Cit., p. 49.

<sup>411</sup> Que siempre ha estado en la historia de la teoría del derecho, en la que se encuentran dos concepciones en competencia: la concepción “hilética” (semántica) y la concepción “expresiva” (pragmática). Donde “*estas dos concepciones pretenden ofrecer solución -dos soluciones incompatibles- a un mismo problema*”. Cfr. GUASTINI, Riccardo. “Dos concepciones de las normas”, *REVUS*, N° 35, abril 2018, 01-10, 01.

<sup>412</sup> GUASTINI, Riccardo. “En torno a las normas jurídicas sobre la producción jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, N° 89, mayo-agosto 1997, 547-557, 548-551.

autor desarrolla una lista de “*condiciones de constitucionalización*”<sup>413</sup>, que permitiría ayudar a cualquier ordenamiento jurídico, a que sean impregnadas las normas de tipo constitucional. Esta lista estarían conformadas por siete condiciones, establecidas de la siguiente manera: “*Una Constitución rígida (...); La garantía jurisdiccional de la Constitución (...); La fuerza vinculante de la Constitución (...); La sobreinterpretación de la Constitución (...); La aplicación directa de las normas constitucionales (...); La interpretación conforme de las leyes (...); La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (...)*”<sup>414</sup>; es decir esta lista confirmaría la posición neoconstitucionalista de constitucionalizar el Estado de Derecho, capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, y los actores políticos y sociales; donde el ordenamiento jurídico comulgue con una constitución extremadamente invasora, que impregne normas constitucionales y se identifique a la Constitución como sinónimo de derecho. Agrega además el autor, que estas condiciones podrían estar conformadas por grupos, pero todas conectadas entre sí: entre las dos primeras condiciones, serían condiciones necesarias de constitucionalización; en la tercera y séptima condición, serían condiciones de un grado distinto de constitucionalización; y por último, en la tercera, cuarta y quinta condición estarían vinculadas entre ellas, y de modo muy estrecho<sup>415</sup>. Cabe indicar que estas siete condiciones según el autor, deben ser condiciones necesarias para concebir a los ordenamientos jurídicos contemporáneos como constitucionalizados.

En tercer lugar, con respecto a la teoría de la interpretación, menciona el italiano, que para poder comprender a interpretar principalmente el intérprete debe prestar atención únicamente al texto normativo, pero sobre todo *a lo que no dice*. Y esto por dos razones: la primera razón, debido a que en esta teoría interpretativa encontramos dos posturas; por un lado, la interpretación doctrinal; y por otro, la interpretación judicial. Cabe mencionar que estas dos posturas no son idénticas desde la perspectiva del análisis lógico<sup>416</sup>. Y la segunda razón, es debido a que se

---

<sup>413</sup> GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del Derecho*, traducido por Álvaro Núñez Vaquero, 1º edición, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 177.

<sup>414</sup> GUASTINI, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, Op. Cit., p. 50-58.

<sup>415</sup> GUASTINI, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, Op. Cit., p. 50.

<sup>416</sup> Por ejemplo, señala el autor: “*La interpretación de los juristas no involucra la solución de ningún caso particular, mientras que la interpretación judicial necesariamente lo hace; los jueces deben*

debe analizar un problema de mayor relevancia, que es cuando la teoría de la interpretación pasa por alto la identificación de la regla; esto es por encima, de la interpretación orientada al texto, y de la construcción de las reglas no expresadas. Nuestro autor menciona que: *“La visión dominante en cuanto a la interpretación jurídica es completamente ciega acerca del núcleo mismo de la interpretación y el razonamiento jurídico. Asume que interpretar, atribuir significado a los textos normativos, es una actividad cognitiva (o principalmente cognitiva) que depende de las conversaciones lingüísticas aceptadas: el único espacio para la discreción interpretativa provienen de la vaguedad (la textura abierta) de los predicados. Esta es una visión bastante poco realista. Y, de hecho, es defectuosa”*<sup>417</sup>. Por ese motivo opta, por una visión realista de la interpretación jurídica, entendida como conjunto de reglas, e interpretadas por la interpretación tanto doctrinal y judicial, y además, por la cauta construcción de textos jurídicos. Nuestro autor considera que la interpretación constitucional, va depender solo de intérpretes auténticos, quienes interpretaran dependiendo de tres variables vinculadas: *“La primera variable, es el contenido de la constitución (...); la segunda variable, se refiere a la garantía jurisdiccional de la constitución y su modalidades de organización (...); la tercera variable, es el modo de concebir la función política de la constitución existente en la cultura jurídica (...)”*<sup>418</sup>. Estas variables, son centrales no solo para el intérprete, sino también para las sociedades modernas civiles, que desearían alcanzar un ordenamiento jurídico constitucionalizado.

Puesto que siempre en la práctica interpretativa, el intérprete se ha enfrentado a la *“vaguedad o ambigüedad”*<sup>419</sup> de la norma jurídica; que incluso a y elegir una de las

---

*resolver la ambigüedad y vaguedad de los textos normativos, no pueden limitarse a detectarlos imparcialmente, mientras que los juristas académicos sí pueden; etc. Por otro lado, son los juristas quienes equipan a los jueces con conceptos, doctrinas, herramientas interpretativas, formas de razonamiento; de hecho, la práctica interpretativa y dogmática de los juristas condiciona la misma mentalidad (forma mentis) de los jueces. La interpretación judicial está sesgada por la dogmática jurídica y no puede comprenderse sin referencia a esta”. GUASTINI, “Un ejercicio de realismo jurídico”, Op. Cit., p. 226.*

<sup>417</sup> GUASTINI, “Un ejercicio de realismo jurídico”, Op. Cit., p. 227.

<sup>418</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*, traducido por Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 312-316.

<sup>419</sup> GUASTINI, Riccardo. “Problemas de indeterminación”, *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Nº 7, octubre 1997, 121-131, 123-129. Asimismo, el intérprete se ha enfrentado a los problemas de las lagunas y las antinomias. IBD, p. 129.

operaciones jurídicas más concurridas como el de la concretización<sup>420</sup> o el de la ponderación. Pero nuestro autor nos ofrece una tercera operación jurídica que podría solucionar los problemas de la interpretación, que es: la denominada “*construcción jurídica*”<sup>421</sup>, es decir, donde el intérprete pueda construir normas inexpresadas. Según el italiano: “*Tal operación no es, estrictamente hablando, un acto de “interpretación”: se trata de un verdadero acto nomopoiético, es decir de creación normativa, cuyo nombre apropiado es (tal vez) <construcción jurídica>*”<sup>422</sup>; donde el intérprete mediante un razonamiento no deductivo busca obtener textos normas no expresadas o llamados implícitamente medios *pseudo-lógicos*. En esta operación jurídica el intérprete toma una aptitud creativa frente a las normas jurídicas, porque se piensa que “*son los juristas (...) los que “construyen” el Derecho, y que es la dogmática jurídica la que forja la “forma mentis” de los jueces*”<sup>423</sup>. En base a estas razones, se construye al menos una serie de operaciones, que serían las siguientes: “*(i) construcción de lagunas (normativas y axiológicas); (ii) construcción de jerarquías axiológicas; (iii) construcción de excepciones implícitas; y sobre todo; (iv) construcción de normas implícitas. Dichas operaciones están estrictamente conectadas entre sí y cada una con las otras. Por ejemplo: la construcción de excepciones implícitas sirve para crear lagunas normativas y axiológicas; la construcción de normas implícitas sirve para resolver lagunas axiológicas y normativas (así como para concretar principios); la construcción jerárquica axiológica sirve para crear normas implícitas (y para resolver conflictos entre principios); etc.*”<sup>424</sup>. En otras palabras, nuestro autor le otorga al intérprete una capacidad constructiva sobre las normas o disposiciones privadas que no expresamente dicen nada. Es más, el autor no solo nos invita a tener una actividad en la construcción jurídica, sino también en a participar en la *construcción de principios inexpresados* frutos de la construcción jurídica. Según el

---

<sup>420</sup> Que consiste en: “*concretar un principio, a su vez, significa usarlo como premisa en un razonamiento cuya conclusión es la formulación de una regla: una “nueva” regla, hasta ese momento, implícita*”. Cfr. GUASTINI, “A propósito del neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 239.

<sup>421</sup> GUASTINI, *La sintaxis del Derecho*, Op. Cit., p. 333.

<sup>422</sup> GUASTINI, Riccardo. “Interpretación y construcción jurídica”, *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Nº 43, octubre 2015, 11-48,20.

<sup>423</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. “Entrevista a Riccardo Guastini”, *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 27, 2004, 457-473, 463.

<sup>424</sup> GUASTINI, “Interpretación y construcción jurídica”, Op. Cit., p. 20.

italiano: “Éstos se derivan de los operadores jurídicos, ya sean reglas singulares, o de un conjunto más o menos vasto de reglas, en ocasiones del ordenamiento jurídico en su totalidad”<sup>425</sup>. Es decir, un principio inexpreso, puede ser inferido por una o más reglas; por ser el resultado de un procedimiento, abstracto, generalizado o universal; o por representar una norma instrumental.

En cuarto lugar, con respecto a la teoría de los principios y la ponderación, nuestro autor considera que los principios constitucionales tendrían dos características peculiares, los principios en cuanto normas fundamentales<sup>426</sup>, y por otro lado, los principios en cuanto normas indeterminadas. Según nuestro autor estos, entrarían en conflicto cuando presentan cuatro caracteres: “a) *En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que, de ordinario, emanan en el mismo momento. b) En segundo Lugar, se trata de un principio entre normas que tienen el mismo estatuto formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del Derecho. c) En tercer lugar, se trata de un conflicto “en concreto”. d) En cuarto lugar, se trata de un conflicto parcial bilateral*”<sup>427</sup>. Agrega que, estos conflictos entre principios no pueden ser resueltos mediante criterios estándares (ya que son principios coetáneos), sino que tienen que ser resueltos por criterios ponderativos (por tener la misma posición jerárquica), mediante la técnica normativa de la ponderación o del balance para solucionar los conflictos. Pero para esto, el intérprete debe de identificar cuatro tipos de jerarquía normativa<sup>428</sup>, que según nuestro autor son dos las principales: “i) *Una jerarquía axiológica, como se recordará, es una relación de valor creada (no ya por el derecho mismo, como la jerarquía material de las fuentes, sino) por el juez constitucional, mediante un juicio comparativo, es decir, un enunciado dotado de la forma lógica. (...) ii) Una jerarquía móvil, por otro lado, es una relación de valor inestable, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una*

<sup>425</sup> GUASTINI, Riccardo. “La interpretación de la Constitución”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Volumen tres, Primera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, 2011-2086, 2037.

<sup>426</sup> GUASTINI, Riccardo. “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, *Jueces para la democracia*, N° 34, 1999, 39-46, 39.

<sup>427</sup> GUASTINI, Riccardo. “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, en *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2010, 71-79, 78.

<sup>428</sup> Las jerarquías estructurales o formales, las jerarquías materiales, las jerarquías lógicas, y por último, las jerarquías axiológicas. Cfr. GUASTINI, Riccardo. “Normas Supremas”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N°17-18, 1995, 257-270, 259-261.

*específica clase de casos), pero que podría ser abatida -y que a menudo es abatida- en un caso concreto distinto (o en una clase de casos distintos)<sup>429</sup>; en otras palabras, en la jerarquía axiológica, se trata de atribuir un mayor peso o valor a uno de los dos principios, mientras que en la jerarquía móvil, el juez debe valorar la “justicia” de la consecuencia de la aplicación, la valoración sobre el posible impacto de su aplicación al caso. Esta última jerarquía móvil, es la que nos trae discusión, ya que su aplicación estaría condicionado sobre los posibles impactos que podría repercutir en una sociedad; y en base a esto nos preguntamos si ¿sería posible medir el grado de impacto que el juez generaría en una sentencia? Y además, el grado de impacto quién lo determinaría, según el criterio del juez ¿La sociedad? ¿Los medios de comunicación? ¿Los mismos jueces? ¿Las leyes o la Constitución lo establecen? ¿El Derecho? Creemos que, si los interpretes todavía tienen la virtud de ser prudentes al momento de resolver sus sentencias, no sería necesario ir más allá de lo que establece la constitución o cualquier norma jurídica, ya que a veces la mejor solución justa estaría cerca de la leyes ya establecidas.*

Por último, lo que podemos rescatar de las teorías de Riccardo Guastini, es cuando opina de la jerarquía normativa que pudiera existir en una Constitución (debido a que esta idea es compartida en muchas jurisprudencias). El autor menciona que: *“Según la Corte, en la Constitución hay algunos principios -llamados “principios supremos del ordenamiento constitucional”- que tiene un “valor superior” respecto a las restantes normas de rango constitucional. En consecuencia, los principios en cuestión no son en modo alguno susceptibles de revisión constitucional<sup>430</sup>; debido a que éstos son privilegiados por la misma Constitución. Pero este fundamento, hasta la actualidad no ha sido corroborado por ninguna disposición constitucional, sino que ha sido creado por la jurisprudencia del derecho constitucional, es decir, que es producto de “una arbitraria construcción dogmática (tácitamente hecha suya por la propia Corte)<sup>431</sup>, que ponen en juegos los principios constitucionales de la misma Constitución, perjudicando hasta las mismas reglas del ordenamiento.*

---

<sup>429</sup> GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 216-217.

<sup>430</sup> GUASTINI, Riccardo. *Estudio de teoría constitucional*, Primera edición, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001, p. 150

<sup>431</sup> IBD, p. 150-151.

De igual manera, algo rescatable de la teoría del italiano es cuando se plantea una interrogante muy relevante en los eventuales Estados Constitucionales de Derecho: *¿Es la “justicia constitucional” (...) compatible con la democracia?*, el autor creó que esto dependería, debido a que las respuestas estarían *“condicionadas por el concepto de democracia que se adopte”*<sup>432</sup>, ya que se encontraría dos tipos de concepto de democracia: por un lado, un concepto de democracia formal, y por otro lado, un concepto de democracia sustancial<sup>433</sup>. Este último concepto de democracia, es la que la mayoría de ordenamientos vigentes adoptarían: uno, por sostener un lenguaje político contemporáneo; y dos, por representar una moderna democracia constitucional. Pero el problema es, que: *“sin importar que aquel sea el lenguaje utilizado, creo que -en virtud del principio de libertad semántica de la teoría del derecho- es más oportuno atenerse al concepto “formal” de democracia”*<sup>434</sup>. Y esto por dos razones: por un lado, porque el concepto formal es propio de la tradición del pensamiento democrático moderno; y por otro lado, porque no se debería unir las formas y contenidos, en un único concepto de democracia. Pero si la mayoría de ordenamientos vigentes todavía siguen adoptando un concepto sustancial de democracia, entonces, la cuestión de la compatibilidad entre democracia sustancial y la justicia constitucional se disolvería.

Otro de los iusfilosofos italianos que también contribuyeron con la formación del neoconstitucionalismo, tanto expresa e implícitamente, es el catedrático italiano de Turín Gustavo Zagrebelsky<sup>435</sup>, que considera que el nuevo constitucionalismo más

---

<sup>432</sup> GUASTINI, Riccardo. “Justicia constitucional v. reforma”, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpio*, Tomo III, Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2015, 337-342, 337.

<sup>433</sup> Que podrían estar conectadas con *“los límites constitucionales a la actividad legislativa”*, siempre y cuando este último, este conforme a lo establecido en la Constitución. Cfr. GUASTINI, Riccardo, “La constitución como límite a la actividad legislativa”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 8, 2000, 241-252, 241.

<sup>434</sup> GUASTINI, “Justicia constitucional v. reforma”, Op. Cit., p. 338.

<sup>435</sup> Quien es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Turín y la Universidad de Sassari. Nació en San Germano Chisone, el 01 de junio de 1943, fue juez constitucional de 1995 a 2005, presidente de la Corte Constitucional en 2004, fue nombrado miembro del Tribunal Constitucional por el presidente de la república Oscar Luigi Scalfaro el 9 de septiembre de 1995. Actualmente es profesor de Derecho Constitucional y Teoría General de Derecho Público de la Facultad de Derecho de Turín; también es profesor de la Universidad de Suor Orsola Benincasa de Nápoles. Ha publicado numerosas obras, entre ellas: *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia* (1996); *La crucifixión y la democracia* (1996); *Historia y constitución* (2006); *Principios y votos: el Tribunal Constitucional y la política* (2008); *Contra la ética de la verdad* (2011); *Historia y constitución* (2011);

que una concepción histórica, es una concepción producto de la ideología que protege la liberación social, frente al chantaje político y totalitarista del viejo Estado de derecho legalista (o liberal, o político, como lo llama). Frente a esta situación, donde reinaba el Estado de Derecho Liberal y la vieja soberanía concreta de la ley; el Estado se trasformaría ahora, en un ente garante de los derechos, donde este regida por un orden conceptual nuevo (o moderno) y de soberanía abstracta de la Constitución; a este nuevo Estado se le denominaría *Estado Constitucional*, por ser innovadora y patrocinadora de diversas teorías atractivas en el Derecho Constitucional moderno. Según el autor Zagrebelsky: “*Lo que caracteriza al “Estado constitucional” actual es ante todo la separación entre los distintos aspectos o componentes del derecho que en el Estado de derecho del siglo XIX estaba unificado o “reducido” en la ley*”<sup>436</sup>. Este reduccionismo, no es otra cosa que estaría dirigida al positivismo jurídico, por su teoría y práctica al servicio de la ley. Nosotros consideramos, que esta perspectiva del tránsito de viejo Estado al nuevo Estado que explica el italiano (que por lo cierto hasta la actualidad tiene mucha acogida, especialmente por los partidarios de este nuevo fenómeno), no es más que colocar al positivismo jurídico en una situación de *inadecuación*; de desconocer su proceso histórico y jurídico del Derecho, para modificarlo o alterarlo en beneficio de una nueva forma de ver el Derecho. Ante este cuestionamiento, compartimos la posición de García Figueroa, cuando expresa que: “*Las razones de Zagrebelsky en contra del positivismo se sitúan, (...), en el contexto de descubrimiento y no en el de justificación*”<sup>437</sup>; dado que explica algunos sucesos históricos: como por ejemplo, que algunos autores han sido tentados ha abandonado el positivismo; pero esto, en ningún momento lo justifica el autor, que lo hayan hecho.

Por otro lado, nuestro autor manifiesta que esta nueva teoría del constitucionalismo moderno, que tiene algunos rasgos bien reconocibles, como: la universalización de los principios constitucionales y la teoría de la ponderación, es más conocida como

---

La virtud de la duda: una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi (2012); La ley y su justicia: tres capítulos de justicia constitucional (2014).

<sup>436</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducido por Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 1995, 40.

<sup>437</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky”, *Anuario de filosofía del derecho XIII*, 1996, 87-109, 104.

*neoconstitucionalismo*. Menciona el autor, que esta corriente filosófica: “*aspira a presentarse como una visión del constitucionalismo adecuado a los caracteres del “Estado constitucional” moderno. Ante todo, constata la naturaleza particular de las constituciones de nuestro tiempo, por las que campean principio de carácter universal, enunciados necesariamente con fórmulas no sólo de contenido genérico, sino también abiertas a la acción de “relleno” que corresponde a los interpretes*”<sup>438</sup>. En otras palabras, lo que pretende patrocinar nuestro autor: es la “*ductilidad*”<sup>439</sup> en los Estados constitucionales; es decir, donde exista principios constitucionales sin contenido determinados<sup>440</sup>, puedan existir Constituciones que se conviertan en textos abiertos (como la “*textura abierta del derecho*” que expone Herbert L.A. Hart) donde puedan coexistan principios o valores homogéneos o heterogéneos en pacífica armonía. Esto nos parece algo peligroso, por qué el autor no especifica cómo podemos llenar ese vacío que dejan los principios sin contenidos; claro está, que es el intérprete el que realiza ese procedimiento, pero cómo nos aseguramos para que no influya subjetivamente sus convicciones e instaure valores morales, religiosos, políticos, o de otra índole (que le parezca conveniente), si no tiene los parámetros para establecer límites a una posible acción subjetiva y violación de la soberanía estatal. Más bien lo que percibimos, es que el autor estimula a las salas de los tribunales constitucionales a interpretar los textos constitucionales de manera abierta, es decir, de “*mantener abiertas sus posibilidades y condiciones de existencia y no cerrarlas*”<sup>441</sup>, de “*mirar más allá*”<sup>442</sup> de una aptitud meramente formal que le establezca la ley, donde pueda sostener supuestos de hechos abiertos, independientemente de lo que le diga el ordenamiento jurídico vigente de cada país, y de los procedimientos establecidos por las instituciones autónomas.

---

<sup>438</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. “Constitucionalismo”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 17, Nº 29, 2013, 19-38, 29.

<sup>439</sup> ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Op. Cit., p. 14.

<sup>440</sup> Es decir, normas constitucionales abiertas, entendidas como: “*características inevitables de las constituciones, en cuanto se entienden como documentos normativos “comprensivos”, idóneos para situaciones constitucionales pluralistas, destinados a valer en tiempos para integrarlas en un movimiento ideal que cruza los límites de los estados nacionales*”. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. “El juez constitucional en el siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº 10, julio-diciembre 2008, 249-268, 251.

<sup>441</sup> ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Op. Cit., p. 16. Este argumento de la “*contextura abierta que tienen los principios y textos constitucionales*”, también la podemos leer en las páginas 116, 134, 142, 144, y 146 del presente libro.

<sup>442</sup> ZAGREBELSKY, “El juez constitucional en el siglo XXI”, Op. Cit., p. 261.

Por otra parte, con referencia a los principios y reglas, el autor desarrolla una variedad de distinciones<sup>443</sup> en su teoría; pero lo peculiar de esta distinción es que dota a los principios como poseedores de una propiedad en común y no teniendo en cuenta la variedad de tipos de principios que existen. Es más, manifiesta también que es un rasgo característico de los principios: la vaguedad<sup>444</sup> y la indeterminación, sin tener en cuenta que: *“resulta (...) dudoso que todos los principios padezcan de indeterminación. Por ejemplo, el principio lex posterior derogat priori, el principio de irretroactividad de la ley penal o el principio de sujeción del juez a la ley no parece en modo alguno indeterminados: en todo caso, no más que cualquier otra norma”*<sup>445</sup>; pues claro está, que no todos los principios son indeterminados.

Por último, nuestro autor también opta la posición alexyana, con referencia a los conflictos entre principios y la ponderación, pues éste, le dota a los principios una aptitud no formalista y más prudente al momento de ponderar los principios; puesto que el italiano sostiene que: *“La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal -puesto que- entre ellos hace que no puede existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación”*<sup>446</sup>; es decir, que los principios deben ser controlados y deben ser relativizados para evitar su carácter absoluto uno sobre el otro, y puedan ser estos conciliables. Esta concepción dada a los intérpretes, según el italiano Gustavo Zagrebelsky, sería propia de los jueces constitucionales modernos de quienes gracias a la existencia de *“margen de elasticidad, es decir de discrecionalidad”*<sup>447</sup>, estarían dispuestos a darles diversas interpretaciones a la constitución, ya que *“la constitución está abierta a numerosas posibilidades”*<sup>448</sup> que favorecería a la solución de los conflictos constitucionales entre principios, y más aún, de los que podrían aparecer con el tiempo.

---

<sup>443</sup> Como en las páginas que corresponde al capítulo seis del libro del italiano: ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Op. Cit., p. 109-112, entre otras.

<sup>444</sup> Algo que a nuestro parecer, no es cierto. Por lo que, cualquier enunciado prescriptivo (incluido las reglas) poseen ese elemento común.

<sup>445</sup> GUASTINI, Riccardo. “Derecho dúctil, Derecho incierto”, *Anuario de filosofía del Derecho*, N° 13, 1996, 111-123, 119.

<sup>446</sup> ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Op. Cit., p. 125.

<sup>447</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. “Jueces constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXIX, núm. 117, setiembre-diciembre 2006, 1135-1151, 1141.

<sup>448</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. “Las paradojas de la reforma constitucional en Italia”, *Revista Derecho del Estado*, N 10, junio 2001, 07-23, 21.

Estos criterios mencionados, son los que empujan al autor a proponer que: son las constituciones modernas las que buscan tener una “*tendencia hacia una “justicia constitucional cosmopolita”*”<sup>449</sup>, es decir, una justicia donde las cortes (jueces) tienen una condición político-constitucionales nacionales, en las que los principios tengan alcance universal con el fin de proteger los intereses nacionales. Este particular criterio que proporciona el autor, para nosotros resultaría algo peligroso, ya que solo se privilegiaría a las cortes que tengan “*una generación de constitucionalistas con un estilo de vida <cosmopolita>*”<sup>450</sup>, que interrumpirían la libre discrecionalidad en las decisiones judiciales, no logrando el fin de defender los intereses nacionales sino de ponerlas en peligro.

Para terminar con este apartado, debemos mencionar que en la actualidad el nuevo fenómeno del neoconstitucionalismo, todavía sigue teniendo éxito por su gran aceptación, pero sobre todo por multiplicarse en los países de Europa continental (como el caso España e Italia) y América Latina (caso de México y Argentina). Dado que muchos estudiosos del derecho patrocinan este nuevo fenómeno en sus teorías, convirtiéndose en los que podemos denominar como: Los seguidores del fenómeno neoconstitucionalista. Estos personajes estarían conformados por los catedráticos españoles: Luis Prieto Sanchís<sup>451</sup>, Alonso García Figueroa<sup>452</sup>, Juan Carlos Bayón Mohíno, José Juan Moreso; el mexicano Miguel Carbonell Sánchez; el argentino Juan Ciarcardo; el colombiano Carlos Bernal Pulido; el ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría; entre otros autores; por sus peculiares contribuciones y justificaciones a la nueva atractiva teoría. Que por motivos de tiempo será explicado en un futuro trabajo referido a los seguidores del neoconstitucionalismo.

---

<sup>449</sup> ZAGREBELSKY, “Jueces constitucionales”, Op. Cit., p. 1139.

<sup>450</sup> ZAGREBELSKY, “El juez constitucional en el siglo XXI”, Op. Cit., p. 261.

<sup>451</sup> Quien en sus obras defiende el Estado Constitucional de Derecho, los principios, la ponderación, la derrotabilidad, etc. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista española de derechos constitucional*, Año 24, Nº 71, mayo-agosto 2004, 47-72; PRIETO SANCHÍS, Luis. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 23, 2000, 161-196; PRIETO SANCHÍS, Luis. “La limitación de los Derechos fundamentales y la norma de cláusulas del sistema de libertades”, *Derecho y libertades: Revista de instituto Bartolomé de las Casas*, Año Nº 5, Nº 08, 2000, 429-468.

<sup>452</sup> Quien en sus obras se declara neoconstitucionalista y asumen una defensa propia, ver: GARCÍA FIGUEROA, Alonso. “Neoconstitucionalismo y argumentación”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 79, 2017, 09-32; GARCÍA FIGUEROA, Alonso. “Norma y valor en el Neoconstitucionalismo”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Vol. 2, Nº 7, Jan./Jun., 2006, 108-121.

### **2.2.3.- La Constitución entendida como referencia valorativa.**

A fines del siglo XX, varios Estados de Derecho de la edad contemporánea tanto de Europa continental como de Latinoamérica, se glorificarían como los nuevos Estados Constitucionales de Derecho, esto con la finalidad de que se consagre la primacía de la Constitución política, su reserva y su protagonismo de jurisdicción constitucional. Además de que se resaltase más el marco político-jurídico de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, por lo que los derechos no podrían quedar anclados en una mera formulación positivista tradicional, sino en una formulación valorativa o principialista donde se privilegie el contenido de la constitución. Pues permítanos decir que esta afirmación no es del todo cierto, dado que los nuevos Estados Constitucionales de Derecho pagarían el alto precio de someterse a la tiranía de las constituciones valorativas, con el fin de entrar a las nuevas atracciones que ponen en juego los derechos individuales; puesto que, se le puede entender a la Constitución como aquel Derecho por sobre el Derecho, donde puede operar dos argumentos importantes para este nuevo fenómeno jurídico: la convención del *coto vedado*<sup>453</sup> del neoconstitucionalista Ernesto Garzón Valdés, y las *cartas del triunfo*<sup>454</sup> del no positivista principialista de Ronald Dworkin. Estas dos ideas, serían de real importancia para valorizar las nuevas constituciones modernas, dado que podría entenderse en primer lugar al coto vedado como: *“aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también <necesidades básicas>, en su doble versión de naturales o derivadas”*<sup>455</sup>; en otras palabras, el coto vedado sería el espacio -el caso de la constitución- donde los derechos básicos -los derechos fundamentales-, no son negociables, porque son condición necesaria para afirmar la democracia representativa -que se da en principio de la mayoría-, y dar protección no solo a los derechos civiles y políticos sino también a los derechos de segunda y tercera generación, que obviamente el Estado Constitucional está obligado a proteger. Este

<sup>453</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algo más acerca del coto vedado”, *DOXA*, N° 06, 1989, 209-213.

<sup>454</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. 1ª edición 5ª reimpression, Barcelona, Editorial Ariel S.A., año 2002, p.19.

<sup>455</sup> GARZÓN, “Algo más acerca del coto vedado”, *Op. Cit.*, p. 209.

criterio dado por el autor, sería para nosotros algo tanto oscuro, puesto que si en un primer momento nos menciona que los derechos son necesidades básicas para cualquier plan de vida, también se estarían relativizando los derechos en jerarquías, pues separaríamos los derechos por generaciones colocándolos en diferentes y con diferentes pesos, algo muy ambiguo. Y en cuanto al segundo lugar en los argumentos de este nuevo fenómeno, podría entenderse a las cartas del triunfo como: *“a los derechos individuales que deben ser entendidos como los medios de protección con los que cuenta las minorías a fin de defenderse de las agresiones o la preferencias de las mayorías”*<sup>456</sup> ¿Pero acaso los derechos no son tanto para la mayoría como para la minoría? Asimismo ¿Por tener la condición de minoría tendría más derechos que las mayorías? ¿Es eso posible que se privilegie a las minorías y se deje de lado a las mayorías?

Por su parte, Luis Prieto Sanchís, menciona que cuando nos hacemos referencia a la Constitución, esta puede ser muy favorable al denominarla *“Rematerialización Constitucional”*<sup>457</sup>, puesto que *“el nuevo constitucionalismo; no sólo gira en torno a los derechos o, si se quiere también, a valores y principios, sino que su aplicación se encuentra encomendada a los jueces, a todos los jueces y no sólo, ni principalmente, a un especialísimo Tribunal Constitucional”*<sup>458</sup>. Pero esta anhelada vinculación del aplicador del derecho desde sus inferiores jerarquías (como los jueces ordinarios) no sería tan favorable después de todo, sino que traería como consecuencia: *el desbordamiento Constitucional*, y esto es debido a que *“Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución por intermedio del legislador, puesto que pueden hacerlo directamente”*<sup>459</sup>. Ha esto se ha denominado el efecto irradiación o impregnación del texto constitucional, donde de alguna forma (para bien o para mal) todo se convierte (o desvirtúa) en Derecho Constitucional, conllevando al grave resultado en *“que la ley deja de ser la medida de los casos, para ser destronada a favor de una instancia más alta”*<sup>460</sup>; tal es como en el especial

---

<sup>456</sup> HERNANDO NIETO, Eduardo. *Que es el neoconstitucionalismo*. 2008 [ubicado el 03.IX 2017]. Obtenido en <http://eduardohernandonieto.blogspot.pe/2008/07/qu-es-el-neoconstitucionalismo.html>

<sup>457</sup> PRIETO, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, Op. Cit., p. 206.

<sup>458</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”, Op. Cit., p. 50.

<sup>459</sup> PRIETO, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, Op. Cit., p. 206.

<sup>460</sup> ZAGREBELSKY, *El Derecho dútíl. Ley, derechos, justicia*, Op. Cit., p. 40.

caso de la instancia constitucional, donde en las constituciones contemporáneas convierten al contenido constitucional en principios éticos positivizados, además de tener principios que condicionan la actividad legislativa y la validez de las normas del sistema. Esta situación se debe más que todo, porque las Constituciones actuales presentan dos rasgos característicos muy relevantes: *“en primer lugar, son vehículos que acuerdan ciertas limitaciones a la agenda de los poderes legislativos; y, en segundo lugar, documentos dotados de un grado mayor o menor de rigidez”*<sup>461</sup>. Rasgos característicos que otorgan a la Constitución a superponerse a los demás poderes del Estado, dando lugar a la primacía de la Constitución política. Por eso es muy lamentable ver que: *“las Constituciones son oportunistas porque “blindan” asuntos que no desean que los trate el legislador. No siempre el momento constituyente es de imparcialidad inspirado por el interés general. A veces, lo que se pretende realmente es “atrincherar” ciertos temas porque el momento constituyente ha sido aprovechar por ciertas fuerzas para introducir en el texto constitucional la garantía rígida de sus intereses, aprovechando situaciones de turbulencia política”*<sup>462</sup>, como judicial.

El modelo de Constitución que privilegia el neoconstitucionalismo -sobre la base de los modelos de constitución que ofrece Mario Dogliani y Paolo Comandicci-, es: el *“modelo preceptivo de la constitución concebida como norma”*<sup>463</sup>, entendida la constitución como un orden portador de valores fundamentales, generadora de normas supremas, y que designa un conjunto de reglas jurídicas respecto de otras reglas. Según Susanna Pozzolo, este modelo: *“conceptualiza a la constitución como norma axiológicamente suprema, instituye una relación jerárquica de valores entre Constitución y normas infra-constitucionales, (...) que presenta principios y valores que lo caracterizan confiriéndole un valor de por sí homogéneo”*<sup>464</sup>. De esta manera, a través de este contenido neoconstitucional se garantizaría el sistema jurídico, no tan solo con sus valores y principios, sino también a través de los súper principios de razonabilidad y proporcionalidad para defender cualquier derecho que se pretenda. Este tipo de modelo de constitución sustanciada según Pozzolo, es lo

<sup>461</sup> J. LAPORTA. *El imperio de la ley. Una visión actual*, Op. Cit., p. 221.

<sup>462</sup> IBID, p. 223.

<sup>463</sup> POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 47.

<sup>464</sup> POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 64.

que le diferenciaría del resto de modelos de constitución: “*no más una Constitución como límite, sino una constitución como objetivo; no más una constitución-garantía, sino una constitución como camino*”<sup>465</sup>. A nuestro criterio, esta clase de modelo de la constitución, convertiría a todas las constituciones contemporáneas en unos textos imprecisos y vagos, porque los derechos establecidos en la constitución, ya no serían interpretados según el estado originario que acento el constituyente (como cuando un texto quiere decir aquello que es expresado), sino que el intérprete transformaría lo que quiso decir el constituyente para salvar el derecho que más le parezca (como cuando un texto quiere decir aquello que no es expresado o exagera su contenido). Si bien es cierto la aptitud creativa del intérprete es considerada un arte, pues éste no debería pasar el límite que establecería el constituyente, al incorporarle valores éticos que se pretendan impregnarse en los derechos constituciones, llegando incluso a moralizarlos según las circunstancias de hechos.

#### **2.2.4.- Los Demonios del neoconstitucionalismo.**

El título que proponemos a continuación en el presente apartado, es gracias a la inspiración proporcionada por el catedrático español Juan Antonio García Amado, en una de sus entrevistas realizadas en la ciudad de México por el profesor Francisco M. Mora Sifuentes de la Universidad de Guanajuato; su trabajo llevaba como título: “*Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios*”<sup>466</sup>. Pues este artículo nos ofrece la posibilidad de pensar que el neoconstitucionalismo vendría acompañado con otros demonios ¿y quién más podrían ser? Pues estos serían las teorías ya mencionadas, que acompañarían al nuevo constitucionalismo. Nosotros creemos que esta denominación, si le correspondería al neoconstitucionalismo, pero los otros demonios a los que se referiría, no sería por un mismo estatus o jerarquías (es decir de teoría a teoría), sino que el neoconstitucionalismo sería la matriz de estos demonios, donde se acobijarían y que cuantas veces puedan, saldrían a asechar a las mentes de los operadores del derecho, con la finalidad de

---

<sup>465</sup> POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 69.

<sup>466</sup> MORA SIFUENTES. Francisco M. “Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios entrevista a Juan Antonio García Amado”, *Ciencia jurídica*, N° 10, 2016, 259-276.

corromper el buen direccionamiento del derecho. Pero ¿Quiénes son estas entidades abstractas o demonios que se encontrarían en la dimensión oscura del neoconstitucionalismo? Pues serían las famosas teorías (atractivas y novedosas) y las más frecuentes, que a continuación pasaremos brevemente a identificar:

### **A.- La omnipresencia de la Constitución**

Está referida a *“un constitucionalismo invasivo en todos los ámbitos del derecho”*<sup>467</sup>, es decir, a la posibilidad de que tenga la Constitución presencia en todas las áreas del derecho, ya que se *“promueve la aplicación directa de la constitución”*<sup>468</sup>. Esta es una característica de terror que siembra el neoconstitucionalismo, porque se llega a pensar que se *“tienen respuesta(s) para todo, que no hay problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación de sentido en la perspectiva constitucional (...)”*. Más técnicamente, esto suele llamarse el efecto *impregnación o irradiación: los valores, principios y derechos fundamentales desbordan el marco constitucional e inundan, invaden o saturan el sistema jurídico en su conjunto, de manera que en puridad desaparecen las rígidas fronteras entre cuestiones constitucionales y cuestiones legales*<sup>469</sup>. Esta peculiar forma de pensar nos priva de los preceptos legales, pues ya no se tomaría en cuenta las leyes determinadamente claras porque se saltarían los límites establecidos, perdiendo la ley virtualidad en los ordenamientos jurídicos.

### **B.- Los principios constitucionales**

En esta entidad, los principios constitucionales son llamados (bajo el paradigma neoconstitucionalista) como las *“bellas criaturas de la moralidad (...) pero a la vez terribles criaturas de poder”*<sup>470</sup>, esto tendría mucho sentido, porque *“el contenido de*

---

<sup>467</sup> CORIPUNA, Javier A. “El concepto de derecho en el Estado Constitucional. Crítica a la tesis neoconstitucionalista” en *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2013, 161-187, 162.

<sup>468</sup> POZZOLO, “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 393. O como manifiesta Miguel Carbonell y Gil Sánchez la *“3) Aplicación directa de las normas constitucionales”*. Cfr. CARBONELL, Miguel y SÁNCHEZ, Gil. “¿Qué es la constitucionalización del derecho?”, *Quid iuris*, N° 15, 2011, 33-55, 37.

<sup>469</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos)” en *Un panorama de filosofía jurídica y política*, N° 44, Madrid, Anuario de la Cátedra Francisco Suárez, 2011, 461-506, 478.

<sup>470</sup> GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, primera edición, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 21. Para el

los principios está basado en la moral liberal; es decir, en la moral de los derechos individuales (moral crítica)<sup>471</sup>. Estas criaturas se caracterizan por ser positivizados en una Constitución densa y de catálogo extenso de derechos fundamentales, es decir, una constitución con un amplio abanico “no sólo (de) principios morales sustantivos sino también principios políticos formales, de carácter organizativo y procedimental”<sup>472</sup>, regidos a disposición de la jurisdicción ordinaria para ser utilizados en cualquier clase de proceso. En la actualidad se habla de dos sentidos de principios: uno son los principios en sentido estricto y los otros las directrices<sup>473</sup>. Además estos principios por lo general están categorizados en tres distinciones, estos son: “principios explícitos o expresamente recogidos en alguna disposición normativa; principios implícitos obtenidos por reducción o inducción a partir de alguna norma o grupo de normas; y principios extrasistemáticos o totalmente inexpresos”<sup>474</sup>; todos ellos, conformados por la Constitución material, axiológica y moral, que servirían de inspiración para aplicar en todo el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el problema del principio, es que en la mayoría de ellos: “no se trata de que posean una condición de aplicación con una periferia más o menos amplia, sino de que tales condiciones no se encuentran ni siquiera genéricamente determinadas”<sup>475</sup>; es decir, adquiriría un cierto grado de indeterminación. Esto aún se agravaría, cuando pretendiéramos calificar a los principios con valores de

---

Catedrático de la Universidad de Granada, Antonio Peña; concluye que el autor García Figueroa toma una posición de su explicación, pues: “El autor, (...) excluye de sus conclusiones al ámbito anglosajón del debate para centrarse en el panorama continental, que es <donde más énfasis ha encontrado el llamado neoconstitucionalismo>”. Cfr. PEÑA FREIRE, Antonio M. “Positivismo Vs. Iusnaturalismo. Próxima salida: Neoconstitucionalismo”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Nº 45, 2011, 461-465, 465.

<sup>471</sup> HERNANDO NIETO, Eduardo. “Constitucionalismo en el siglo XXI: ¿Neoconstitucionalismo o constitucionalismo popular?”, *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 10, Nº 38, noviembre 2016, 47-59, 49.

<sup>472</sup> BELLOSO MARTÍN, Nuria. “El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad”, *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Vol. 59, Nº 1, Curitiba, 2014, 145-178, 171.

<sup>473</sup> PRIETO, “Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos)” en *Un panorama de filosofía jurídica y política*, Op. Cit., p. 481-482.

<sup>474</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, primera edición, Lima, Palestra Editores y TEMIS, 2018, p. 151. Una amplia clasificación de las tres distinciones de principios ver las p. 152-171.

<sup>475</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2º ed. 4º impresión, Barcelona, Editorial Ariel, año 2007, pp. 25 y 26; Además de los principios, otro elemento sustancial de la Constitución que tampoco se puede determinar son las “directrices”, por lo que: “no sólo sus condiciones de aplicación son abiertas o aplicables a (como los principios) infinitos supuestos de hecho sino porque además su consecuencia jurídica (su modelo de conducta prescrita) tampoco está bien determinada”. IBID. 27.

justicia, libertad e igualdad; pasándolos de tener un contenido normativo a un contenido teleológico o axiológico. Pero ¿Qué pasaría si debe declararse la constitucionalidad o no de una norma jurídica? pues, para el neoconstitucionalismo: *“la distinción entre lo que es y lo que no es constitucional estaría dada por las disposiciones de principio de la Constitución”*<sup>476</sup>; pues estos operarían de forma válida por su contenido intrínseco. Ante esta situación lo que hace el neoconstitucionalismo, es hacer un llamado a los principios constitucionales para cumplir ciertos estándares normativos que exige un modelo teórico anti-iuspositivista, y que deben cumplir al menos cinco funciones: *“a) Configuran el Derecho como un sistema que ofrece no solo razones para la acción, sino razones últimas para la acción; b) Configuran el Derecho como un sistema cuya legitimidad deriva del interior gracias a sus conexiones con la idea de justicia; c) Configuran el Derecho como un sistema dirigido al desarrollo del bien común, donde la coerción es solo un elemento, pero no un elemento fundamental; d) Configuran el Derecho como un sistema de normas morales obligatorias; e) Configurar el Derecho como un conjunto naturalmente ordenado”*<sup>477</sup>. En estas cuatro configuraciones, según el neoconstitucionalismo, el principio podría determinarse o al menos disminuir su condición de indeterminación<sup>478</sup> en los ordenamientos jurídicos vigentes, y poder superar los problemas individuales o conflictos entre ellos, pero siempre y cuando sean cumplidos los estándares normativos que se le exige.

### **C.- Los valores jurídicos**

En esta perspectiva, los valores axiológicos o cláusulas valorativas toman una fuerza muy importante dentro de las Constituciones, debido a que en *“la constitución se presenta como un conjunto de valores a sistematizar, a hacer compatibles entre sí: valores plurales a equilibrar a través de los cuales debe*

<sup>476</sup> POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 182.

<sup>477</sup> POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 117.

<sup>478</sup> Como las que ofrece Paolo Comanducci: *“1) si existiera una moral objetiva, conocida y cumplida por los jueces (o, lo que es lo mismo, si existiera una moral positiva, conocida y cumplida por los jueces); 2) si los jueces siempre cumplieran con las prescripciones de Dworkin (o de Alexy), y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran escoger para cada caso la única solución justa o correcta o al menos la mejor”*. Cfr. COMANDUCCI, Paolo. “Principios jurídicos e indeterminación del Derecho”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 21, 1998, 89-104, 103. Bajo estas condiciones podrían disminuirse la indeterminación “ex antes” del derecho.

configurarse todo el derecho positivo<sup>479</sup>; puesto que, “los valores constitucionales están abiertos a diferentes modalidades de aplicación y su concretización es históricamente determinada y modificable<sup>480</sup>. Pero todo esto dependerá de la intervención y capacidad del intérprete, ya que deberá ofrecer argumentos o significado convincentes, para retornar a “una jurisprudencia de valores en la teoría del derecho<sup>481</sup>”.

#### **D.- La derrotabilidad de las normas jurídicas**

En la teoría de las normas jurídicas del neoconstitucionalismo podemos encontrar la tesis de la derrotabilidad<sup>482</sup>, lo que significaría dar excepciones implícitas y previstas a una de las dos normas jurídicas que podría ser derrotada<sup>483</sup>, esta puede ser simbolizado de la siguiente manera: “p>q”<sup>484</sup>. Según García Figueroa esta tesis es conocida como “el argumento de la derrotabilidad<sup>485</sup>”, que estaría conformada por el argumento de la injusticia y el argumento de los principios; asimismo este argumento podría convertirse en dos formas de derrotabilidad: una es *la teórica* y

<sup>479</sup> POZZOLO, “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 367.

<sup>480</sup> POZZOLO, “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 379.

<sup>481</sup> PÉREZ LUÑO. *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía...* Op. Cit., p. 107.

<sup>482</sup> Según el profesor Juan Carlos Bayón en la teoría del derecho actual se ha hecho muy famoso recurrir a la idea de derrotabilidad “defeasibility”, (que en término inglés es “defeasible” que se traduce a veces como “superable o desplazable”). Los antecedentes se remontan a los primeros escritos de Hart, donde trabajo la estrategia de análisis de los conceptos jurídicos, pero más tarde fue abandonado por el propio Hart. Pero en esos escritos desarrollados por el autor, expresaba que: “Los análisis puede independizarse en cualquier caso la idea de una norma “derrotable” o “abierta”, es decir, de una norma sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no sería posible precisar por anticipado las circunstancias que operarían como genuina condición suficiente de su aplicación. La idea tiene un paralelismo indudable con la de “deber prima facie”, de uso corriente -aunque no perfectamente claro ni pacífico- en la filosofía moral desde que la pusiera en circulación W.D.Ross, así que, al menos en una primera aproximación intuitiva, las expresiones “norma derrotable”, “prima facie” o “abierta pueden considerarse intercambiable”. Cfr. BAYÓN, Juan C. “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 13, 2000, 87-117, p. 90-92. Asimismo, el profesor Bayón, señala que: “La revigorización actual de la idea de derrotabilidad en la teoría del derecho se ha producido por encima de todo en el marco de las discusiones suscitadas fundamentalmente a partir de los trabajos de Dworkin y Alexy- a cerca de la distinción entre reglas y principios, la interacción entre ambos y el papel de cada uno de ellos en el razonamiento jurídico (...) Dworkin venía a sostener que los principios son normas derrotables o abiertas y las reglas normas inderrotables o cerradas”. *Ibidem*, p. 93.

<sup>483</sup> La lógica de “norma jurídica” con las condicionales de derrotables, ha sido elaborado por Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin en diversas obras colectivas e individuales, como en: Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, sobre derecho y lógica, normas jurídicas, etc.

<sup>484</sup> NAVARRO, *Los límites del Derecho...* Op. Cit., p. 112.

<sup>485</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Neoconstitucionalismo y Derrotabilidad”, 2009 [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://studylib.es/doc/7467162/neoconstitucionalismo-y-derrotabilidad>, p.03-05.

la otra es *la práctica*<sup>486</sup>. Por otra parte, según Barberis, podemos encontrar tres puntos de vista donde opera la derrotabilidad: puede ser planteada como problema lógico, puede plantearse como problema interpretativo, y puede ser planteada como problema aplicativo<sup>487</sup>. Estos tres puntos significarían según los teóricos: en primer lugar, cuando estemos ante un problema lógico, no podremos operar mediante una lógica ordinaria o una lógica jurídica, sino que podremos operar mediante una “lógica especial”, denominada: derrotable; en segundo lugar, cuando estemos ante un problema interpretativo, la regla jurídica podrían derrotarse haciendo uso de los diversos argumentos interpretativos, como: los analógicos, teleológicos, etc.; e incluso haciendo uso de las dos interpretaciones tradicionales: la del common law (como interpretación favorable) y la civil law (como interpretación hostil); y por último, en tercer lugar, cuando estemos ante un problema aplicativo o subsuntivo<sup>488</sup>, podría distinguirse en tres casos: primero, que la regla jurídica se presume inderrotable, pero pudiendo ser derrotable cuando se admita excepción implícita; segundo, una regla jurídica puede ser vencible cuando se invoca principios como: la seguridad vial, orden público, etc.; y tercero, existen en ocasiones normas donde el mismo derecho establece la presunción de invencibles a las reglas jurídicas, esto es de inderrotabilidad como el caso de las normas que regula el código penal.

Desde un punto de vista de la teoría realista de la interpretación, las formulaciones normativas son derrotables, ya que poseen excepciones implícitas y circunstancias (que desplazan la obligación) que derrotan la norma aunque no esté expresadas. Para Guastini la derrotabilidad implica dos consecuencias: *“En primer lugar, para el condicional superable (i.e., derrotable) no vale la ley del refuerzo del condicional (...). En segundo lugar, tampoco vale la ley del modus ponens>. Dicho de otra forma, una norma derrotable es una norma <sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano>, de manera que no es <posible precisar por anticipado las circunstancias> que operan <como genuina*

---

<sup>486</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Neoconstitucionalismo y Derrotabilidad”, 2009 [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://studylib.es/doc/7467162/neoconstitucionalismo-y-derrotabilidad>, p.05-08; del igual modo, el autor identifica otras tres formas más de derrotabilidad. Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”, *Diritto & Questioni pubbliche*, Nº 03, 2003, 197-227, 212-217.

<sup>487</sup> BARBERIS, *Introducción al estudio del derecho*, Op. Cit., p. 126-130.

<sup>488</sup> BARBERIS, *Introducción al estudio del derecho*, Op. Cit., p. 126-132.

*condición suficiente de su aplicación*><sup>489</sup>. Dicho de otro modo, la derrotabilidad no es una propiedad objetiva del sistema jurídico, solo dependen de las valoraciones del intérprete que intenta contribuir con el derecho. Algo sumamente peligroso, porque está en manos del juez la condición de atribuir a una norma jurídica, una norma moralmente derrotable o inderrotable<sup>490</sup>.

Para el español José Juan Moreso los conflictos entre principios pueden dividirse en cuatro grupos: como deberes incondicionales derrotables (DID), como deberes condicionales inderrotables, como condicionales derrotables, y por último, como deberes incondicionales inderrotables<sup>491</sup>. Según Comanducci: *“Las razones, que parecen empujar a Moreso a configurar los principios fundamentales que configuren derechos fundamentales como normas derrotables, son de orden ético-político. Si concibiéramos (y aplicáramos) los principios constitucionales como normas inderrotables, se producirían, en la fase de su aplicación, conflictos prácticos insanables: en el sentido de que tendremos dos principios constitucionales en conflicto, ninguno de los cuales puede ceder frente a otro. Sería por lo tanto un conflicto práctico sin solución. Mientras que si los concebimos como normas derrotables, esto permite una solución racional de los conflictos entre derechos fundamentales”*<sup>492</sup>. Este criterio de Moreso de derrotabilidad y condicionalidad, sería una nueva manera de identificar las normas que podrían obtener la condición de derrotable, pues sus diferentes clasificaciones son atractivas para conformar la nueva corriente jurídica, y dejar de lado los criterios interpretativos tradicionales.

---

<sup>489</sup> GUASTINI, Ricardo. “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 31, 2008, 143-156, 145.

<sup>490</sup> Por su parte, García Figueroa, se hace la pregunta: ¿Existen normas morales inderrotables? Su respuesta es que no, ya que el intérprete no está impedido de llegar a esa conclusión o disposición. Ver en: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Derrotabilidad normativa y antipositivismo externo. Dos aspectos esenciales del neoconstitucionalismo” en *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2013, 161-187, 123.

<sup>491</sup> MORESO, José J. “Conflictos entre principios constitucionales”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, 99-122. Otra perspectiva en: BÄCKER, Carsten. “Reglas, principios y derrotabilidad”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 37, 2014, 31-44. Una crítica a la teoría, en: GARCÍA AMADO, Juan A. “Sobre la derrotabilidad de las normas Jurídicas” en *Teoría del derecho y decisión judicial*, primera edición, Madrid, Editorial Bubok Publishing, 2010, 179-204.

<sup>492</sup> COMANDUCCI, *Estudios sobre Constitución y Derechos Fundamentales*, Op. Cit., p. 101; también en: COMANDUCCI, Paolo. “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, en *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, 105-118, 116.

### **E.- El derecho en la moral**

Una característica trascendental del neoconstitucionalismo es la adherirse a la tesis de la “vinculación entre el derecho y la moral”<sup>493</sup> o “tesis de la incorporación”<sup>494</sup>, rechazando la clásica tesis de la separación entre el derecho y la moral. En esta tesis de la vinculación entre el derecho y moral, la que desarrolla más protagonismo es la “moral” o como los tratadistas lo llaman “norma moralitatis”<sup>495</sup>; debido a que en este nuevo fenómeno jurídico lo que se pretende, es que el derecho se moralice o se imponga la moral por medio de la moral positiva (o social) o por medio de la moral crítica (o ideal moral)<sup>496</sup>. Esta moralización del Derecho es ocasionada a raíz de la presencia de una Constitución axiológicamente generosa, y a la ulterior moralización del razonamiento jurídico que implicaría que el Derecho se acerque a la moral y que la moral se acerque al Derecho, es decir; que se trate de una invitación formulada a la moral, para que ingrese al catálogo de derecho de la carta fundamental.

El iusfilósofo Carlos Santiago Nino le denomina a la tesis de la moral en el derecho: “teorema fundamental de la teoría general del derecho”<sup>497</sup>, precisamente porque el derecho en cuanto hecho, solo puede ser considerado si está justificado, o sea, si

---

<sup>493</sup> Esta tesis se caracteriza por reconocer la presencia de valores y de principios dentro del Derecho. Como lo indica el Profesor Alonso García Figueroa, la constitución aúna dos características relevantes para nuestros propósitos: por su contenido, incorpora una serie de valores morales; y por su forma, sus preceptos se expresan más a través de principios que bajo la apariencia de reglas. En términos muy generales, estas dos propiedades comparten dos consecuencias interesantes para el no positivista principialista: en primer lugar, el constitucionalismo parece favorecer el no positivismo porque facilita la vinculación conceptual del derecho a la moral y, en segundo lugar, parece favorecer a un no positivismo principialista. Cfr. GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, pp. 61-62.

<sup>494</sup> MORESO, José J. “La incorporación de la moral en el derecho de las democracias constitucionales” en *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2013, 161-187, 88.

<sup>495</sup> RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. *Introducción a la ciencia del Derecho*, cuarta edición, reimpresión, Salamanca, Librería Cervantes, 1999, p. 80. El significado de la Moral: “es ya una cuestión que depende de cada doctrina moral y de la fundamentación última que cada doctrina le otorgue”. IBID, p. 80.

<sup>496</sup> Para comprender esta imposición de la moral, se debe de distinguir la moralización del derecho y el perfeccionismo, por lo que: “el problema de moralizar el derecho sería el de la justificación de la imposición de la moral positiva de una sociedad, mientras que el término <perfeccionismo> se reservaría para las doctrinas que pretenden imponer una moral ideal o crítica”. Cfr. M. VILAJOSANA, Josep. *Identificación y justificación del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 218.

<sup>497</sup> S. NINO, Carlos. “Sobre los derechos morales”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 7, 1990, 21-34, 317; FARALLI, Carla. “La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX”, *Anuario de derechos humanos*, Nº 3, 2002, 133-216, 155.

está apoyado en principios morales. Esta teoría lo afirma Barberis cuando explica que: “*Nino se adhiere evidentemente a una versión fuerte de la tesis del caso especial (Sonderfallthese) de Robert Alexius, otro representante destacado del neoconstitucionalismo: el razonamiento jurídico, por tanto, no solo sería un caso especial de razonamiento práctico (...) sino también, más específicamente del razonamiento moral*”<sup>498</sup>. En otras palabras, el razonamiento jurídico sería un caso especial de razonamiento moral, ya que estarían justificadas las decisiones de los jueces exclusivamente sobre bases morales; convirtiéndolos a los operadores del derecho en “*agentes morales*”<sup>499</sup> donde puedan argumentar qué moral podría ser la mejor, corriendo de implantar diferentes estilos de moral a los ordenamiento jurídico vigentes. El imperialismo de la moral es notable en las constituciones contemporáneas, por lo que en ellas residen las tendencias reductivas del punto de vista normativo al punto de vista moral; o de la “subordinación” de las otras esferas del discurso normativo a la dimensión de la moral. En esto consiste el imperialismo de la moral.

En esta teoría se le puede considerar como el padre de la moralización del derecho, al filósofo estadounidense Lon Luvois Fuller, quien en su libro: Lon. *The Morality of Law*<sup>500</sup>, traducido al español como: *la moral del derecho*<sup>501</sup>; nos propone una definición dualística del concepto de moral; que se divide por un lado, en una moral del deber o “*moral of duty*”, y por otro lado, en una moral de la intencionalidad o “*moral of aspiration*”<sup>502</sup>. Para el filósofo de Harvard, la moral del deber, se trataría de las normas básicas de la convivencia, y la moral de la intencionalidad, sería la moral de la vida virtuosa, de la excelencia, de la realización humana<sup>503</sup>. Estas dos morales tienen una relación de continuidad, porque el objetivo de esta dualidad, es que la moral del deber debe orientar a la moral de la intención, respondiendo a las exigencias interpersonales más simples, hasta las más complejas. Por ello, Fuller

---

<sup>498</sup> BARBERIS, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, Op. Cit., p. 330.

<sup>499</sup> MORESO, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, Op. Cit., p. 279.

<sup>500</sup> FULLER, Lon. *The Morality of Law*, Ed. Yale Univ. Press, New Haven, 1964.

<sup>501</sup> FULLER, Lon. *La moral del derecho*, traducido por Fernando Contreras S., Primera edición, Santiago de Chile, Editorial Instituto de Estudios de la Sociedad, 2019.

<sup>502</sup> PORCIELLO, *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon. L. Fuller*, Op. Cit., p. 182.

<sup>503</sup> PORCIELLO, *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon. L. Fuller*, Op. Cit., p. 185-186.

coloca de manera central a estas dos morales, con el propósito que sean la base del propio concepto de derecho.

### **F.- La ponderación**

La entidad de la ponderación es la metodología jurídica más utilizada por la mayoría de sistemas jurídicos en Europa continental y América latina; por considerar al Derecho como una doctrina dúctil (o flexible) que: *“tendría necesidad de una metodología interpretativo-aplicativa no severamente deductiva, como de la subsunción (...) sino de una técnica ponderativa, conectada a la razonabilidad práctica y a instrumentos equitativos. Una metodología, por tanto, dirigida a la ponderación o al balanceamiento de los principios y los valores en juego (...)”*<sup>504</sup>; donde el intérprete pueda balancear el principio constitucional de su preferencia o lo que busca obtener el gobernante (de turno), para resolver los conflicto mediante una jerarquía axiológica móvil. Esta es la razón, por lo que se considera que *“las constituciones contemporáneas estimulan la actividad (o el activismo, dicen otros) judicial y esto es así precisamente porque la ponderación deja algunas puertas abiertas a las valoraciones y a la discrecionalidad”*<sup>505</sup>, como se ha venido explicando reiterada veces.

Asimismo, esta operación de la ponderación (o método ponderativo) está altamente desmedido, cuando los partidarios del neoconstitucionalismo aconsejan a los jueces ordinarios a *“principalizar (o constitucionalizar)”*<sup>506</sup> los casos, tomando a la ponderación como la regla y no como la excepción. Según Comanducci: *“cuando un juez es dirigido por principios en la aplicación del derecho a un caso concreto, él debe ponderar los principios relevantes: el resultado de la ponderación es la regla que hay que aplicar”*<sup>507</sup>, y por tanto, el método subsuntivo debería ser desterrada del sistema jurídico por su fin formalista. Es más se menciona que: *“es el juez (y sólo él) quien debe decidir el caso concreto, entonces es él (y sólo él) quien, en su caso, debe ponderar los distintos bienes y valores constitucionales que están en*

<sup>504</sup> POZZOLO, “Un constitucionalismo ambiguo”, Op. Cit., p. 144.

<sup>505</sup> PRIETO, “Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos)” en *Un panorama de filosofía jurídica y política*, Op. Cit., p. 485.

<sup>506</sup> GASCÓN y GARCÍA. *La argumentación en el derecho*, Op. Cit., p. 314.

<sup>507</sup> COMANDUCCI, “El abuso del derecho y la interpretación jurídica”, Op. Cit., p. 108.

*juego. Esto es así porque la ponderación consiste en armonizar o en establecer un orden de preferencia entre los bienes o valores implicados en el caso concreto, y tal orden de preferencia no existe en la Constitución, que es el único parámetro que el juez constitucional puede usar*<sup>508</sup>. Nosotros creemos que esto no sería el objetivo a alcanzar tanto por el Derecho como por los jueces, ya que siempre estaremos regidos por reglas jurídicas claras y precisas, y no por principios; puesto que la regla o el principio aunque adolezcan de defectos por naturaleza o por condición, siempre el juez buscara interpretar al Derecho de la manera más precisa, que nos hayan ofrecido las diferentes teorías de interpretación jurídica.

### **G.- El activismo judicial**

Esta nueva entidad tiene múltiples rasgos característicos. Una de las principales es *la manipulación de la Constitución*, esto quiere decir: *“cuando se hace decir a la norma lo que no expresa, o se calla lo que en verdad establece; todo eso mediante contrabandos normativos e ideológicos que de hecho implican interpretaciones fraudulentas o evasoras de la Constitución*<sup>509</sup>. Otras de las características que podemos identificar y que escapan de las decisiones prudenciales de los jueces, son las siguientes: *“1) Según el neoconstitucionalismo, el juez constitucional y también el juez ordinario es un agente consciente del cambio constitucional (...); 2) La interpretación moral de la Constitución presupone que sobre el Derecho constitucional, o sea del Derecho positivo jerárquicamente más elevado, se dan ulteriores reglas a la luz de las cuales interpretar la Constitución (...); 3) La interpretación moral de la Constitución abre o deja abierto el peligro del <gobierno de los jueces> o quizás, al menos en parte (...); 4) La tutela de los derechos no es más confiada a las palabras del Derecho sino a la interpretación moral del juez (...); 5) La aplicación dúctil del Derecho, incide directamente sobre la tutela de los derechos (...)*<sup>510</sup>. Estos rasgos con las que se puede involucrar el activismo judicial,

<sup>508</sup> GASCÓN y GARCÍA. *La argumentación en el derecho*, Op. Cit., p. 319.

<sup>509</sup> VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime. “El Neoconstitucionalismo en la mira”, *Juris Dictio. Revista*, Vol 13, Nº 15, Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2013, 41-48, 47-48. Asimismo el autor señala que también puede comprenderse al 2) *Facilismo o resolución frívola de litigios* y al 3) *activismo no razonable o sencillamente ilimitado*, como formas de activismo que no defienden al Estado. IBID.

<sup>510</sup> POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Op. Cit., p. 222-227; POZZOLO, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, Op. Cit., p. 347-353. Del mismo modo para los autores Durán Pérez y Ramos Vásquez, identifican otros rasgos de activismo

siempre estarán amparados por argumentos morales que justifiquen la decisión e interpretación moral del juez. No obstante, para no caer en esta figura, Atienza nos enseña a identificar algunas tesis sobre activismo judicial<sup>511</sup> en resoluciones.

En base a lo expuesto, concluimos con lo expresado por el profesor Prieto Sanchís, quien manifiesta que *“las constituciones del neoconstitucionalismo parecen querer asfixiar la libertad política del legislador y con ello la propia democracia; y esto porque dicen demasiado a propósito de demasiadas cosas y con frecuencia de manera demasiado o indeterminada, dejando en manos de un cuerpo elitista (los jueces) la última palabra sobre cuestiones discutidas y discutibles que deberían ser acordadas por las generación es del presente a través del legislador democrático. Que digan demasiado equivale a cercenar la esfera de la legislación, y que lo hagan de forma demasiado imprecisa equivale a fortalecer la figura del juez; por uno y otro la ley pierde valor y virtualidad”*<sup>512</sup>. Esta crítica está justificada en las entidad (o los demonios del neoconstitucionalismo) que se ha logrado precisamente exponer y que son utilizadas por los interpretes del nuevo constitucionalismo.

### **2.2.5.- Algunas consideraciones críticas al neoconstitucionalismo.**

Actualmente, la nueva corriente está sufriendo un desvanecimiento argumentativo, no en base a su fuerza teórica que la conforma sino porque los nuevos operadores jurídicos y estudiosos del derecho, han despertado de las densas y oscuras interpretaciones que ofrece el neoconstitucionalismo, para confrontarse o apartarse

---

institucional y personal, como son: “a) (...); b) *Una interpretación excesiva e inadecuada de los principios y valores establecidos en la Constitución*; c) *Devaluación de la actividad de los poderes Ejecutivo y Legislativo*; d) *El empoderamiento de los jueces*; e) *La idealización personal en la interpretación de la Constitución*; f) *La moralización exceso del derecho*; g) *La falta de equilibrio entre poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial*; h) *El debilitamiento de las instituciones públicas*; *La excesiva aplicación de la jurisprudencia*; j) *La politización de la justicia*; k) *La falta de seguridad jurídica como producto de la interpretación judicial*; l) *La abstracción del derecho*; m) *El debilitamiento del Estado, entre otros*”. Cfr. DURÁN PÉREZ, Ángel y RAMOS VÁZQUEZ, Eréndira N. “La reforma constitucional de derechos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia” en *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Vol. 1, núm. 10, México, Cuarta Época, Julio-diciembre 2012, 171-196, 189. Por nuestra parte aumentaríamos una más, que son: n) las circunstancias de los hechos.

<sup>511</sup> ATIENZA, Manuel. *Siete tesis sobre el activismo judicial* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?noCache=1540204326938>

<sup>512</sup> PRIETO, “Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos)” en *Un panorama de filosofía jurídica y política*, Op. Cit., p. 471-472.

de sus argumentos activistas. Pues ellos, como agentes prudentes del derecho, han realizado un alto a las características propias del nuevo fenómeno, para no ir en contra de las normas de un sistema jurídico legitimado, y poder obtener en un Estado de Derecho resoluciones y sentencias justas. Por el momento, se viene haciendo una crítica fuerte del neoconstitucionalismo por una élite de iusfilósofos del derecho, que comparten una posición o teoría del derecho en común, pero lo que si comparten es una fuerte crítica que parte del sentido común o de la lógica. Estos iusfilósofos que conforman esta élite (que anteriormente dos de ellos ya han sido citados) son: el italiano Luigi Ferrajoli, y los españoles Juan Antonio García Amado y Manuel Atienza Rodríguez; grandes personajes de la comunidad jurídica de nuestros tiempos y en la que compartimos muchos de sus aportes. Brevemente se explicará el porqué:

Con respecto al italiano Luigi Ferrajoli<sup>513</sup>, defensor de la teoría garantista<sup>514</sup> sostiene que el constitucionalismo puede ser concebido en dos formas opuestas en tanto a su terminología: una es el constitucionalismo jurídico o iusconstitucionalismo, con límites y garantías jurídicas internas; y la otra es el constitucionalismo político o neoconstitucionalismo, con límites y garantías externas. Según el Ferrajoli la terminología corriente resulta equívoca y engañosa, por lo que: *“La expresión <constitucionalismo>, cuyo empleo para designar una ideología (...), hace de ella un término del léxico político antes que del léxico jurídico, y no permite evidenciar*

---

<sup>513</sup> Nació en Florencia, Italia el 06 de agosto del año 1940, estudio en la Universidad de Roma La Sapienza. Es uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, por lo que se define como un iuspositivista crítico. En 1970 fue catedrático de filosofía del derecho y de teoría general del derecho en la prestigiosa Universidad de Camerino, y después en 2003, en la Universidad de Roma III. Es uno de los iusfilósofo con más publicaciones en el mundo jurídico, entre ellas tenemos: Derecho y razón (1995); Derechos y garantías. La ley del más débil (1999); Epistemología y Garantismo (2004); Garantismo penal (2006); Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia I, II, III (2007); La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos (2008); Democracia y garantismo (2008); Doce cuestiones en torno principia iuris (2012); Costituzionalismo oltre lo Stato (2017). Más información de sus publicaciones ver en: Biblioteca de la Junta General del Principado de Asturias. *Registros bibliográficos y obras disponibles de Luigi Ferrajoli*, 2017 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en [https://www.jgpa.es/documents/11156/26794/Bibliograf%C3%ADa\\_Ferrajoli.pdf/1c6bcb21-bf87-46a9-bc89-1381064eefcb](https://www.jgpa.es/documents/11156/26794/Bibliograf%C3%ADa_Ferrajoli.pdf/1c6bcb21-bf87-46a9-bc89-1381064eefcb)

<sup>514</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cuarta edición, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 366; FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cuarta edición, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p.15-35; FERRAJOLI, Luigi. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 29, 2006, 15-31. Por otro lado, el autor desarrolla la diferencia que existe entre dos fenómenos jurídicos: FERRAJOLI, Luigi. “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 34, julio 2011, 311-360.

*el cambio de paradigma producido en la estructura del derecho positivo con la introducción de la rigidez constitucional. Pero lo es todavía más la expresión <neo-constitucionalismo>, puesto que, al referirse, en cambio -en el plano empírico- al constitucionalismo jurídico de los ordenamientos dotados de constituciones rígidas, resulta asimétrica respecto del constitucionalismo político e ideológico antes aludido, que no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del Derecho, sino que es poco más que un sinónimo de Estado liberal de Derecho. (...) Por último, también es equívoca la expresión <positivismo jurídico>, en el significado asociado a ella para subrayar su contraposición al (neo) constitucionalismo (...) De este modo, el (neo)constitucionalismo resulta concebido, antes que como un nuevo y más desarrollado paradigma iuspositivista, como una superación del propio positivismo, en sentido antipositivista<sup>515</sup>. Esta aclaración que realiza el italiano, es porque se ha venido mal interpretando de diferentes maneras el término *constitucionalismo*; pues como el autor lo señala, el léxico político e ideológico del nuevo fenómeno jurídico, solo estaría dirigido a un Estado Liberal y no aun Estado de Derecho, confundándose también las modalidades de Estados que asimilarían cada nación.*

Después de desarrollar una primera diferenciación de los términos ya mencionados, el autor pasa a una segunda diferenciación donde se pueda sostener dos modelos o concepciones ampliamente opuestas y predominantes en la actualidad: uno es constitucionalismo argumentativo o principialista, y el otros es constitucionalismo normativo o garantista. Según el italiano Luigi Ferrajoli: *“La primera orientación está caracterizada por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligación*

---

<sup>515</sup> FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan. *Un debate sobre principios constitucionales*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2014, p. 81-90; asimismo, FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34, noviembre 2011, 15-53, 18-19.

de prestación, que son sus respectivas garantías. En esta segunda caracterización, el constitucionalismo será definible como (...) la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al <quién> y al <cómo>), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al <qué> no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión”<sup>516</sup>. En este criterio, lo que el autor trata de explicar es que en el primer modelo de constitucionalismo, está dirigido más a los diversos ataques al positivismo jurídico que desarrolla una teoría propia, eligiendo tesis donde dan preferencias los principios (ponderación) que las reglas (subsunción), y concibiendo al Derecho como una “práctica social” que es confiada a los jueces. En cambio, el segundo modelo de constitucionalismo es todo lo contrario al primer modelo<sup>517</sup>, ya que está más dirigido a complementar al positivismo jurídico, al Estado de Derecho, a la actividad legislativa, y al control de constitucionalidad no solo por formas o contenido, sino a través de límites que son impuestos por el paradigma constitucional.

Esta explicación ofrecida por Ferrajoli, no ha sido excepto de críticas por partes de los partidarios del neoconstitucionalismo. Pues, Paolo Comanducci presenta cuatro observaciones críticas a la propuesta<sup>518</sup>: la primera y la segunda, esta objetada más a que se haya hecho una “re-definición” del término constitucionalismo, pues no sería trascendental por estar constituido en un Estado Constitucional; en la tercera, esta objetada por la *primacía conceptual* que se le otorga al neoconstitucionalismo metodológico sobre las demás tipologías desarrolladas en su tesis, pues haría falta una teoría jurídica normativa; y por último la cuarta, esta objetada porque *divide a*

<sup>516</sup> FERRAJOLI y MANERO, *Un debate sobre principios constitucionales*, Op. Cit., p. 93-94.

<sup>517</sup> Dado a sus múltiples diferencias. Según el italiano: “El constitucionalismo positivista y garantista se diferencia del constitucionalismo no-positivista y/o principialista por el rechazo de sus tres elementos caracterizadores: a) la conexión entre Derecho y moral; b) la contraposición entre principios y reglas y la centralidad asignada a su distinción cualitativa; c) el rol de la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica jurisdiccional”. FERRAJOLI y MANERO, *Un debate sobre principios constitucionales*, Op. Cit., p. 111; Agrega además el autor, que estos tres elementos explicados también son conectados con otros tres riesgos, como son: “a) una suerte de dogmatismo y de absolutismo moral conexo con el debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por ello, de la jerarquía de las fuentes; c) el activismo judicial y el debilitamiento de la sujeción de los jueces a la ley y de la certeza del Derecho, que a su vez, debilitan las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”. *IBD*, p. 111.

<sup>518</sup> COMANDUCCI, Paolo. “<Constitucionalismo>: Problemas de definición y tipología”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34, 2011, 95-100, 97-99.

los partidarios del neoconstitucionalismo en dos grupos, pues ignoraría las tres distinciones tríadicas. Otro partidario que ha criticado esta posición ha sido también Mauro Barberis, al formular cinco objeciones<sup>519</sup>: la primera objeción está referida a razones teóricas, puesto que Ferrajoli no es coherente con su teoría al proceder de modo diverso, en un primero momento la defiende y después la crítica; la segunda objeción está referida al rechazo que tiene el autor por la conexión necesaria del Derecho y la moral que incluso banaliza la tesis; la tercera está referida a una objeción triple: “*en primer lugar, Ferrajoli se libera de la distinción reglas y principios; segundo, lo hace por razones principalmente ideológicas; por último, aunque el suyo sea un intento genuino de defender la democracia parlamentaria, en realidad termina por dejar a ésta sin ninguna función*”<sup>520</sup>, es decir, toma una posición no valorativa en la teoría del derecho; la cuarta objeción está referida, en que la ponderación sería una burbuja terminológica, sin tomar en cuenta que está tendría reglas abstractas, que podrían ser aplicadas deductivamente por razonar en ética; la quinta objeción está referido a Ferrajoli encarnaría lo contrario al pluralismo de los valores, es decir a su teoría monista de años atrás basado en un sistema de concepción *Principia iuris*.

García Figueroa por su parte, identifica cuatro variables o modelos<sup>521</sup> implícitos en el escenario del constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista que fórmula Luigi Ferrajoli, estas son:

	<i>Teoría del Derecho</i>	<i>Configuración normas iusfundamentales</i>	<i>Configuración aplicación normas iusfundamentales</i>
M1	Positivista	Reglas	Subsunción
M2	Positivista	Principios	Ponderación
M3	No positivista	Reglas	Subsunción
M4	No positivista	Principios	Ponderación

<sup>519</sup> BARBERIS, Mauro. “Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34, 2011, 89-93, 90-93

<sup>520</sup> IBID, p. 91.

<sup>521</sup> GARCIA FIGUEROA, Alfonso. “Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivo de Luigi Ferrajoli”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34, 2011, 121-137, 128-129.

Con este cuadro según Figueroa, se podría identificar a los autores que diferentes concepción como la de Robert Alexy o Ronald Dworkin, Luis Prieto Sanchís, etc., y hasta el mismo Ferrajoli. Pero la crítica que le hace el español al italiano, es que reflejaría el modelo M1, lo que: *“resulta altamente inestable porque es incompatible con el ideario constitucionalista no solo por la ya referida dimensión antiesencialista implícita en la teoría del Derecho del neoconstitucionalismo, sino también porque éste es antiformalista y Ferrajoli defiende tesis fuertemente legalistas y formalistas. Sin duda lo hace con un espíritu garantista, pero ello parece alejarlo de elementos esenciales del constitucionalismo”*<sup>522</sup>. Por nuestra parte, creemos que el español se equivoca al interpretar que el (M1), está regido solo por una concepción legalista o formalista, pues una cosa es “aplicar” y otra es “interpretar”, el nivel de interpretar la regla no solo está regido por un catálogo de reglas, sino también de principios que rigen la Constitución. Pues esta explicación le daría certeza a la nueva teoría que propone el italiano. Al final, la propuesta expuesta por el italiano Luigi Ferrajoli lo que busca (que para nosotros lo logra con éxito), es de sostener: *“una concepción del constitucionalismo estrictamente <iuspositivista>, entendiendo por <positivismo jurídico> una concepción y/o un modelo de Derecho que reconozcan como <derecho> a todo conjunto de normas puestas o producida por quien está habilitado para producir, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia”*<sup>523</sup>, garantizando un sistema jurídico regida por reglas justas, que en la teoría del derecho debe ser ilustrada.

Con respecto al profesor Juan Antonio García Amado<sup>524</sup> (como ya lo habíamos citado antes), el autor critica la propuesta neoconstitucionalista por los diferentes

---

<sup>522</sup> IBID, p. 129.

<sup>523</sup> FERRAJOLI y MANERO, *Un debate sobre principios constitucionales*, Op. Cit., p. 82-83.

<sup>524</sup> Nació en Ruedes (Gijón), España en 1958, estudio Derecho e hizo su doctorado en la Universidad de Oviedo. Entre los años de 1996 a 2006 fue director del Departamento de Derecho Público Básico en la Universidad de León. Es miembro del comité editorial de la revista *Rechtstheorie, Doxa, Droit et Société, Derechos y libertades*, etc., Actualmente es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de León - España. Ha publicado numerosos libros entre ellos: *Teoría de la tópica jurídica* (1988); *Hans Kelsen y la norma fundamental* (1996); *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann* (1997); *Escritos de Filosofía del Derecho* (1999); *Ensayos de filosofía jurídica* (2003); *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica* (2010); *un debate sobre ponderación* (2012); *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias* (2013); *Ponderación judicial. Estudios críticos* (2019). Para mayor información sobre sus publicaciones académicas ver en: SOBRE MÍ. *Juan Antonio Gracia Amado*, [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://www.garciamado.es/sobre-mi/>

componentes que posee, especialmente por tres razones: en el aspecto ontológico, el objetivismo; en el aspecto epistemológico, el cognitivism; y en el aspecto político y social, el elitismo<sup>525</sup>. Pues estos, estarían siendo implantados en las tesis actuales para atraer al lector (intérprete) jurídico, con argumentos calificados como actuales, novedosos y atractivos, e instaurando en los sistemas jurídicos el famoso gobierno de los jueces. Es por esta razón, (que brevemente explicaremos) que nos identifica las teorías que estarían comprometidas con el fenómeno neoconstitucionalista. Una de sus críticas está referida “a la manera alexyana, que tiene su antecedente primero en la jurisprudencia de valores y en aquellos autores que (...) ya escribían que la Constitución es un orden objetivo de valores”<sup>526</sup>, provocando que los interpretes puedan asumir algún modelo neoconstitucionalista<sup>527</sup> que se centre en la tesis de la jurisprudencia de valores. Otra de sus críticas es que en la actual teoría jurídica constitucional, está basado en un *iusmoralismo*<sup>528</sup>, es decir, en un principialismo y una ponderación: la primera, porque parte de la idea de que la Constitución, es un orden objetivo de valores o un catálogo objetivo de morales, cuyo fin es del *armonicismo*<sup>529</sup>; y la segunda, porque la ponderación parte de las circunstancias de los hechos (o su peso es “en razón de las circunstancias”) y no de los propios principios llevados a la solución del caso, es decir, yo decido como quiero que funcione la ponderación o valoración (a través circunstancias) en la práctica judicial. Además menciona, que la teoría de la ponderación en el peor de los casos no podría funcionar debido a su grado de subjetividad; pero en el mejor de los casos podría ser intercambiada por el método subsuntivo, en otras palabras: “que el método interpretativo-subsuntivo y método ponderativo-subsuntivo son intercambiable y que lo que acontece cuando se usa uno u otro es una elección de método, pues cada juez (o profesor) escogerá uno y otro según más le convenga, según le parezca en esa oportunidad más difícil justificar el fallo argumentado sobre

---

<sup>525</sup> GARCIA AMANDO, Juan A. “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores” en *Controversias constitucionales*, Primera edición, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009, 24-69, 30-31.

<sup>526</sup> MORA, “Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios entrevista a Juan Antonio García Amado”, Op. Cit., p. 265. Este comentario es porque “el neoconstitucionalismo de hoy debe antes que nada de la síntesis que hace Alexy de la alemana jurisprudencia de valores, por un lado, y de Dworkin, por otro lado”. IBID, p. 265.

<sup>527</sup> Que menciona: GARCIA, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, Op. Cit., p. 28-31.

<sup>528</sup> MORA, “Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios entrevista a Juan Antonio García Amado”, Op. Cit., p. 266-268.

<sup>529</sup> Argumento explicado en: GARCIA, *Ponderación Judicial. Estudios críticos*, Op. Cit., p. 35-37.

*interpretaciones de las normas al hilo del caso o sobre “peso” de los hechos del caso*<sup>530</sup>; en otras palabras, mientras los que usan el método ponderativo para precisar los hechos o argumento sobre los hechos, este método puede ser intercambiable con los que usan el método subsuntivo para precisar la norma o interpretaciones posibles. Pero todo esto, es partiendo de la teoría o concepción lingüística de la interpretación, donde *“la realidad de las normas jurídicas coincide con esa su condición de enunciado lingüístico”*<sup>531</sup>, reflejando en su enunciado el mensaje jurídico significativo (que poseyera la norma jurídica) para el derecho, sin correr el riesgo de ser tildada por los críticos de *“formalista e ingenua”*<sup>532</sup>.

Lo que es todo lo contrario, con la tesis que le otorga a la Constitución una serie de interpretaciones a merced del intérprete, que es lo que sostiene los partidarios del neoconstitucionalismo. Pues según García Amado considera que esas ideas son equivocadas, porque: *“derivan de que en el neoconstitucionalismo se confunde lo que la Constitución dice con aquello que los intérpretes dicen que la Constitución dice. La Constitución dice lo que dicen sus palabras: la tripartición de lo decible por la Constitución; a) cosas que la Constitución claramente dice, para mandarlas, prohibirlas o permitir las (...); b) cosas de las que no dice absolutamente nada (...); c) cosas de las que no sabemos si dice algo o no, y en su caso qué, pues depende de cómo interpretemos sus términos y enunciados (...)”*<sup>533</sup>. En otros términos, los neoconstitucionalistas parten de su propia idea de lo que dice la Constitución; esto es especialmente en la tercera tripartición donde *lo decible*, puede ser interpretado de diferentes formas, cometiendo el intérprete un ejercicio abusivo de sus palabras, llegando a decir lo que muchos podemos interpretar que no lo dice la Constitución; albergando interpretaciones contradictorias entre sí, que se superponen de modo permanente dando lugar a soluciones dispares.

---

<sup>530</sup> IBID, p. 161.

<sup>531</sup> GARCIA AMADO, Juan A. “La interpretación constitucional”, *Revista jurídica de Castilla y León*, Nº 2, febrero 2004, 35-72, 38-39. En esta concepción lingüística de la interpretación, se puede recurrir a dos tipos de argumentos interpretativos: a *“los criterios de interpretación”* y a *“las reglas interpretativas”*. Cfr. GARCIA AMADO, Juan A. *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, Primera edición, Puno, Editorial Zela, 2017, 154-155.

<sup>532</sup> GARCIA AMADO, Juan A. *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Editorial Temis, 2003, 81.

<sup>533</sup> Comentario hecho en: BELLOSO MARTÍN, Nuria. “El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad”, *Revista da faculdade de Direito – UFPR*, Vol. 59, Nº 1, Curitiba, 2014, 145-178, 162.

En base a los criterios enseñados por el profesor Juan A. García Amado, éste nos demuestra que se puede reformular las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>534</sup> mediante la interpretación del método interpretativo-subsuntivo; que incluso se podría llegar a los mismos resultados, si se utilizaría el método interpretativo-subsuntivo por el método ponderativo-subsuntivo. De igual manera, nos ilustra el caso español del exjuez Baltazar Garzón<sup>535</sup>, como llegó a cometer el delito de prevaricato, por solo el hecho de usar la teoría de la ponderación, donde se perjudicó los derechos fundamentales de la persona en prisión y las reglas de un establecimiento penitenciario.

Con respecto al profesor Manuel Atienza Rodríguez<sup>536</sup> (como ya lo habíamos citado antes), aparte de ser crítico del positivismo jurídico<sup>537</sup> por su incapacidad de servir como herramienta en el Derecho; también es crítico con el neoconstitucionalismo por ser un término impreciso y difuso, considerándolo como “*un espantapájaros conceptual*”<sup>538</sup> por ser construido de una manera grotesca por algunos autores,

---

<sup>534</sup> Como son en los casos emblemáticos que utiliza Robert Alexy, para explicar los test en la teoría de la proporcionalidad, ver: GARCÍA, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, Op. Cit., p. 249-316.

<sup>535</sup> Como es en el caso del Juez de instrucción de Audiencia Nacional: *Caso Baltazar Garzón*, ver su explicación en: ATIENZA y GARCIA, *Un debate sobre la ponderación*, Op. Cit., p. 59-85. Otro autor que también ha reformulado la teoría de la ponderación, pero de la manera de que no existe conflictos entre derechos fundamentales, ha sido el catedrático de Oviedo profesor Miguel Presno en su artículo: PRESNO LINERA, Miguel Á. “Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales” en *Liber Amicorum: Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2016, 575-587, 579-587.

<sup>536</sup> Nació en Oviedo, España en 1951, estudió derecho en la Universidad de Oviedo y posteriormente obtuvo el grado de doctor por la misma universidad. Ha sido profesor en la Universidad Autónoma de Madrid y en la Universidad de Valencia, Actualmente es catedrático de filosofía del derecho en la Universidad de Alicante - España, donde es director de la Revista Doxa, y Director del posgrado en argumentación jurídica. Entre sus más destacadas se encuentran: *Sobre la analogía en el Derecho* (1986); *Introducción al Derecho* (1998); *Las razones del Derecho* (1991); *Tras la justicia* (2003); *Las piezas del derecho* (1996); *Derecho y argumentación* (1997); *Contribución a una teoría de la legislación* (1997); *Tres lecciones de teoría del derecho* (2000); *El sentido del derecho* (2001); *Bioética, Derecho y argumentación* (2004); *El derecho como argumentación* (2006); *Ilícitos atípicos* (2006); *Fragmentos para una teoría de la constitución* (2008); *Para una teoría postpositivista del Derecho* (2009); *Cómo analizar una argumentación jurídica* (2009); *Curso de argumentación jurídica* (2013); *Podemos hacer más. Otras formas de pensar el Derecho* (2013). Para mayor información sobre sus publicaciones académicas ver en: UNIVERSIDAD ALICANTE. *Manuel Atienza Rodríguez*, 2010 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://web.ua.es/es/argumentacionjuridica/informacion-academica/curriculos-profesorado/manuel-atiENZA-rodriguez.html>

<sup>537</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *ISONOMÍA*, Nº 27, octubre 2007, 7-28.

<sup>538</sup> ATIENZA, Manuel. *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*. 2014 [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>, p. 08.

puesto que: *“bajo esa denominación suelen incluirse concepciones del Derecho que realmente son muy distintas entre sí, por no decir que incompatible”*<sup>539</sup>; además incurriendo en algún tipo de reduccionismo empobreciendo la conceptualización del derecho. Pues, uno de los rasgos típicos que se le puede identificar es: *“el de no tener en cuenta a las leyes a la hora de solucionar un problema jurídico e irse directamente a la Constitución, o incluso el de prescindir del tenor literal de un artículo (una regla) de la Constitución y basarse directamente en los principios y valores constitucionales para la resolución de un problema”*<sup>540</sup>, en otras palabras, de optar una presunta necesidad entre las reglas (subsunción) o los principios (ponderación), contraponiéndolos los último contra los primeros y eligiendo los que estarían detallados en la Constitución.

Otro de los rasgos típicos que se le puede identificar a los neoconstitucionalistas, es de llevar: *“demasiado lejos esa actitud crítica (...) que incurre en la ingenuidad de pensar que los valores del Estado Constitucional pueden alcanzar sin la necesidad de límites, (de) las constricciones, que impone el sistema de Derecho positivo”*<sup>541</sup>; llevando al operador del derecho a la dimensión del activismo judicial, donde no existe el Derecho ni la justicia. En la actualidad, a muchos jueces neoconstitucionalistas se les acusa de ser activistas, por someter al derecho a valoraciones subjetivas o reducirlo al ámbito de la moral; frente a esta situación, nuestro autor propone que los jueces deberían tomarse en serio la necesidad de incorporar proyectos de investigación de carácter empírico, pues esto, ayudaría a los interpretes a tomar una perspectiva no activista sino una *posición activa* de asegurar en el desarrollo y satisfacción de los derechos fundamentales. Partiendo desde este punto de vista, y si los intérpretes logran ese objetivo, deberían tener en cuenta que: *“no solo son juristas componentes, sino que, además, han realizado*

---

<sup>539</sup> ATIENZA, Manuel. *Ponderación y Sentido común jurídico* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/ponderacion-y-sentido-comun.pdf?noCache=1415615082659>, p. 03.

<sup>540</sup> ATIENZA, Manuel. *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*. 2014 [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>, p. 12.

<sup>541</sup> ATIENZA, Manuel. *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*. 2014 [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>, p. 14.

*un esfuerzo serio y sincero para alcanzar lo que ellos estiman la mejor solución del caso*<sup>542</sup>, y poder superar el obstáculo del activismo judicial. Ante esta situación, el español propone al operador del derecho que utilice una clase de argumentación; como la argumentación constitucional paradigmática<sup>543</sup> donde la “*argumentación judicial (que) obedece esencialmente a un esquema clasificatorio o subsuntivo y sólo de manera excepcional juega un papel la ponderación y la adecuación*”<sup>544</sup>; pero muchos nos preguntaríamos: si la teoría de la ponderación es un elemento que posee el neoconstitucionalismo ¿por qué lo defiende Manuel Atienza? Es porque el español, parte de la posición que la teoría de la ponderación ha sido mal entendida por muchos autores contemporáneos, y se ha tomado una postura radical de la que ofreció en su momento por Robert Alexy. Para nuestro autor (como ya se señaló), la ponderación no debe ser entendida como la elección de saltarse las reglas, pues si queremos que el Derecho tenga sentido debemos atribuirle un valor positivo<sup>545</sup>, en otras palabras, se ponderará cuando se haya que ponderar, ni es necesario ni siempre se tiene que ponderar. Esta posición moderna que adopta nuestro autor, no sería otra cosa que una inclinación a la teoría postpositivista<sup>546</sup>, que defienden toda clase de normas jurídicas que estaría compuesta por el Derecho constitucional en los Estados contemporáneos.

Concluyendo este segundo capítulo, debemos señalar que si se ha logrado desarrollar el segundo objetivo que se ha querido alcanzar en el presente capítulo, esto es, identificar los elementos neoconstitucionalista que influyen en la decisión jurisdiccional. Además, que continuamente se ha venido criticando a teorías muy destacadas y de manera muy prudentes; llegando a soluciones muy cercanas al Derecho y a la Justicia.

---

<sup>542</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*, 1ª ed. 3ª reimpresión, Barcelona, Editorial Ariel, 1997, 136.

<sup>543</sup> ATIENZA, Manuel. *Interpretación Constitucional*, Bogotá, Universidad Libre, 2016, 90.

<sup>544</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. “Constitución y argumentación”, *Anuario de filosofía del derecho*, N° 24, 2007, 197-228, 211.

<sup>545</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012, 273-274.

<sup>546</sup> Que estaría conformada por las reglas, principios, directrices, etc. Cfr. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Primera edición, primera reimpresión, Lima, Palestra Editores, 2018, p. 234. Otras clases de “postpositivista” la podemos encontrar en: AGUILÓ REGLA, Josep. “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30, 2007, 665-675; y de igual manera en: CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. “Postpositivismo”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 21, 1998, 209-220, 210-219.

**CAPÍTULO III**

**EL IUSNATURALISMO COMO CONTENIDO Y LÍMITE EN LA JUSTICIA**

**ELECTORAL**

### **CAPÍTULO III**

#### **EL IUSNATURALISMO COMO CONTENIDO Y LÍMITE EN LA JUSTICIA ELECTORAL**

El presente capítulo trataremos de explicar el Derecho y la Justicia desde el punto de vista del iusnaturalismo, centrándonos esencialmente en el título, el fundamento y la medida del derecho propuesto por el profesor Hervada; asimismo de los bienes humanos básicos y la razón práctica propuesto por el profesor Finnis. Del mismo modo, se explicará la naturaleza de la persona humana, el principio de unidad entre el derecho natural y el derecho positivo, y la conexión de las normas jurídicas. Por último, nos centraremos en definir el Derecho y la Justicia en materia electoral, pero identificando su naturaleza y contenido como ámbito independiente del sistema de justicia electoral; asimismo, conoceremos los órganos autónomos electorales que se encargan de administrar justicia en materia electoral, como también el uso del *criterio de conciencia* por parte de los magistrados de primera y segunda instancia.

#### **3.1.- El iusnaturalismo en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.**

##### **3.1.1.- Justicia y Derecho en el iusnaturalismo.**

Definir la justicia y el derecho ha sido un reto muy importante para muchos filósofos (de todas las épocas) a lo largo de la historia del Derecho, e incluso para identificar qué se debe entender por norma; muchos han fracasado en el intento, pero son

pocos los que se han aproximado a una justa definición o esclarecimiento de estos fenómenos jurídicos; “en la filosofía del derecho hay un nombre para la teoría del derecho que se compromete a identificar y debatir, abierta y críticamente, los principios y exigencias morales que responden a las peticiones de *“las personas que deliberan”* de que se les muestre por qué una norma jurídica, válidamente promulgada, es obligatoria y autoritativa “para ellos” precisamente como derecho: este nombre es (para bien y para mal) el de <teoría del derecho natural>”<sup>547</sup>, quien es la teoría encargada de explicar los fundamentos del Derecho, la justicia, la ley o norma, desde el punto de vista del jurista-intérprete centrada en la ley natural. A continuación, desarrollaremos los criterios de la teoría del derecho natural desde la perspectiva clásica y realista de los más innovadores iusnaturalistas de la historia:

Uno de los principales protagonistas en buscar una definición de justicia y derecho, es el profesor español Francisco Javier Hervada Xiberta<sup>548</sup>, quien no ha tenido que mirar posiciones modernas para armar una definición de justicia; solamente ha tenido que dirigir su mirada a las antiguas civilizaciones donde se concibe una definición más iluminada de lo que sería la Justicia y el Derecho. Esto lo explica el mismo autor: *“el rasgo típico del realismo jurídico clásico consiste en ser una teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del jurista, entendido este según se deduce de la clásica definición de justicia que se encuentra en la primera página del Digesto: dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo. La función del jurista se ve en relación con la justicia: determinar el derecho de cada uno, lo suyo de cada uno. Ese derecho, esa cosa suya, es el iustum, lo justo, de donde resulta que el arte del derecho es el arte de los justo”*<sup>549</sup>. Esta definición de

<sup>547</sup> FINNIS, John. “Sobre la incoherencia del positivismo jurídico” en *Estudios de Teoría del derecho natural*, N° 312, Primera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, 17-38, 36.

<sup>548</sup> Nació el 07 de febrero de 1945 en Barcelona (España). Catedrático de Derecho Canónico de la Universidad del Estado Español (1964), y profesor de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra (1965). Fue condecorado Doctor Honoris Causa por la Università della Santa Croce (Roma) en el año 2002. En la ciudad de Pamplona, fundó la revista *“Persona y Derecho”* y *“Ius canonicum”*. Sus obras más importantes en Derecho son: *Escritos de Derecho Natural* (1986); *Historia de la Ciencia del Derecho Natural* (1987); *Cuatro lecciones de Derecho Natural* (1998); *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico* (2002); *Introducción crítica al Derecho Natural* (2007); *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho* (2007); entre otros. Cfr. HERVADA, Javier. *Javier Hervada. Obras* [ubicado el 03.IX 2017]. Obtenido: <http://www.javier.hervada.org>

<sup>549</sup> HERVADA, Javier. “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico” en *Escritos de derecho natural*, Segunda edición, Pamplona, Editorial Eunsa, 1993, 759-782, 761-762.

justicia la resalta por dos motivos: una es por no ser reciente o de la ideología propia del autor, si no que ya viene siendo formulada por más de dos milenios; y la otra es porque la justicia deberá ser entendida no como un acto primero (porque es el acto que se le atribuye al Derecho) sino como un acto de segundo, por ser posterior<sup>550</sup>.

Por otra parte, una definición que destaca también el profesor español sobre la Justicia, es el que desarrolla Santo Tomás de Aquino quien manifiesta que: *“justicia es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho. Esta definición es casi la misma de Aristóteles, quien dice que <la justicia es el hábito por el cual uno obra según la elección de lo justo”*<sup>551</sup>. Definición también recopilada en su momento por Aquinate, y reactualizada por Hervada para construir una posición moderna del realismo jurídico<sup>552</sup> (conocida hoy por algunos autores como realismo jurídico Hervadiano).

Y por último, una vez recopilado toda información sobre las definiciones de justicia, el profesor Hervada formula su definición clásica del realismo jurídico<sup>553</sup>, indicando que la Justicia es *“dar a cada uno lo suyo”*<sup>554</sup>. Definición que debe ser entendida desde la perspectiva del oficio del jurista (que no es lo mismo del Juez), es decir, desde el punto de vista del arte de discernir lo justo y lo injusto. Para llegar a esta definición el profesor parte de un hecho social, de que *“las cosas esta repartidas y están o pueden estar en poder de otro”*<sup>555</sup>, lo que es lo mismo decir, que los derechos están constituidos, establecidos o interferidos; cada uno tiene lo suyo. Entonces, la fórmula moderna de la Justicia para el profesor sería explicada de la siguiente manera<sup>556</sup>: *“Dar”*, que significaría lo que es entregar, respetar, devolver,

<sup>550</sup> Explicación detallada en: HERVADA, Javier. “Apuntes para una expresión del realismo jurídico clásico”, Op. Cit., p. 770.

<sup>551</sup> DE AQUINO, Santo Tomás. *SUMA TEOLÓGICA. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España*, Cuarta Edición, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001, II-II q. 68 a.1.

<sup>552</sup> O “realismo en sentido estricto”, por lo que, no se podría utilizar la expresión de realismo jurídico “de Hervada”. Cfr. SCHOUPE, Jean-Pierre. “El realismo Jurídico de Javier Hervada” en RIVAS, Pedro. *NATURA, IUS, RATIO. Escritos sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Lima, Ara Editores & Universidad de Piura, 2005, 35-55, 38.

<sup>553</sup> Aquí hablaremos de realismo jurídico en sentido metafísico que parte de la metafísica del ser.

<sup>554</sup> HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Cuarta edición, Pamplona, EUNSA, 2008, p. 146.

<sup>555</sup> IBID, p. 139.

<sup>556</sup> HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, p. 55-64.

transferir, entre otros; “*A cada uno*”, lo que se referiría a una persona titular del derecho, a una entidad pública o privada; y por último, “*Lo suyo*” (o *ius suum*), significaría la cosa, la cosa que le es debida, el derecho de alguien por ser titular de un bien o por serle atribuido el título; lo suyo es la cosa, una cosa exterior fuera del sujeto y con relaciones humanas. En resumen, la justicia debe entenderse como una virtud, como un orden social justo, como importancia en su dimensión social; justicia es el acto de dar a cada uno lo que le corresponde -como lo suyo-.

Esta fórmula de la acción justa, les ayudaría bastante los juristas a no cometer actos de injusticias, puesto que no es fácil seguir la recta razón y ser prudente al momento de discernir lo justo y lo debido, ya que la justicia es la que discierne el jurista, y el jurista tendrá la tarea de descubrir a quién le pertenece el derecho y en qué medida.

Otro término que también ha logrado definir el profesor Javier Hervada desde la perspectiva clásica del realismo jurídico es el “Derecho”. Que para Santo Tomás de Aquino significaba lo justo, u término con relación al “*otro*”<sup>557</sup> por ser objeto de la conducta justa y titular del derecho. Para el profesor Hervada el Derecho o *ius*: “*es aquella cosa que, estando atribuida a un sujeto, que es su titular, es debida a éste, en virtud de una deuda en sentido estricto*”<sup>558</sup>, es decir, lo justo, lo debido -*debitum*- (la cosa debida), lo suyo -*suum*- (lo suyo en cuanto debido). Esto equivaldría a decir, que en las relaciones sociales se hable de lo justo como lo recto, lo correcto, y que sería todo lo contrario con lo injusto como incorrecto o torcido. El profesor también señala que: “*la noción de derecho no es un concepto formal sino abstracto, obtenido por abstracción, es un universal. Es cuanto concepto abstracto está lleno de contenido, pues abarca todo lo que es derecho. Por ser un concepto abstracto - un universal- no todo lo que tiene la apariencia de derecho es verdadero derecho, (...) no basta el fenómeno de derecho, si no tiene su esencia o naturaleza*”<sup>559</sup>. Lo

<sup>557</sup> DE AQUINO, Santo Tomás. *SUMA TEOLÓGICA*, II-II, q. 57, a 1 y q. 58, a. 11.

<sup>558</sup> HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Op. Cit., p. 198; HERVADA, Javier. *¿Qué es el Derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Bogotá, Editorial Temis, 2005, 35-39; Para conocer la definición metafísica del Derecho y su íntima naturaleza, debemos conocer los conceptos de “ser jurídico”, “potencia jurídica”, “espacio jurídico” y “causa jurídica”. Cfr. RIOFRÍO MARTÍNEZ VILLALBA, Juan C. “De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida”, *Revista Derechos Emergentes na Sociedade Global*, Vol. 2, Nº 2, Jul.dez, 2013, 436-461, 444-449.

<sup>559</sup> ESCRIVÁS IVARS, Javier. *RELECTURA DE LA OBRA CIENTÍFICA DE JAVIER HERVADA. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. Parte II, Derecho natural y*

que se quiere decir, es que la noción de derecho es abstracta y plena de cualquier contenido, como puede contener lo justo o injusto, lo moral o inmoral, la experiencia particular o el perjuicio, etc.; pero nunca una noción de derecho vacía de contenido, como lo sostienen los idealista como formalistas que son. En conclusión, se puede decir que el Derecho: por un lado, es el objeto de la acción justa (justicia), y por el otro lado, es el arte del oficio del jurista (oficio del jurista).

Ahora bien, el arte del oficio del jurista que tiene por objeto la cosa debida o decir el derecho *-iuris dictio-*, se resume en determinar el título, fundamento y la medida del derecho<sup>560</sup>. Que a continuación explicaremos: Primero, por título del derecho debe ser entendido como: *“aquello que tiene su origen el derecho, esto es, lo que origina -la fuente- el dominio del sujeto sobre la cosa. Dicho de otro modo, el título es lo que atribuye la cosa al sujeto, aquello en cuya virtud la cosa es suya”*<sup>561</sup>; el profesor Hervada nos da algunos ejemplos que podrían encajarse como título; como puede ser la naturaleza humana, una actividad (la ocupación o el trabajo, etc.), un pacto o convenio (el contrato), la ley, la costumbre, los actos de gobierno, etc. En síntesis, no hay derecho si no existe el título, esto es por la falta de atribución; sin título no es correcto invocar algún derecho, ya que invocaríamos un derecho inexistente. Segundo, por fundamento del derecho debe ser entendido como: *“aquello en virtud de lo cual el titular esta posibilitado para poseer el título (...), es el sustento de la subjetividad, la posibilidad del sujeto de ser titular (...), en virtud de la estructura ontológica del ser humano, de la que es constitutivo tener dominio. (...)”*<sup>562</sup>; existiendo tres clases de fundamento, estos son: próximo, mediato y último. En cuanto al primero, es aquel en el que se basa el título; el cuanto al segundo, es la naturaleza humana o condición de persona; y en cuanto al tercero, lo que nos proporciona el conocimiento metafísico<sup>563</sup>. Por otro lado, el fundamento

---

*filosofía del derecho*. Volumen II, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2008, p. 659.

<sup>560</sup> FERNÁNDEZ POSTIGO, José Ch. *Persona humana y Derecho. Un dialogo con la filosofía jurídica de Javier Hervada*, México Editorial Porrúa - UCSP, 2014, p. 89.

<sup>561</sup> HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Op. Cit., p. 70.

<sup>562</sup> HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Op. Cit., p. 232.

<sup>563</sup> HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Op. Cit., p. 233. El fundamento último del derecho la podemos ubicar en la pág. 583 de la Lección XI de Inmanencia y trascendencia en el Derecho; y además en la Lección VIII de La Norma Jurídica, también podemos encontrar una explicación del fundamento último, que consistiría en: *“la socialidad humana, cuya virtud todos los hombres son socios por naturaleza”*. IBID, p. 387.

no debe ser confundido con el título o su causa, ni con los requisitos de capacidad, ya que el fundamento del derecho es el ser del hombre, su ser persona, él que tiene dominio sobre su propio ser. Y tercero, por medida del derecho debe ser entendida por su caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca, en que: “*consiste en: a) la delimitación de la cosa (sea corporal o incorporeal): su cantidad, cualidad, valor, naturaleza, etc; b) de qué modo la cosa es del titular: como propietario, arrendatario, usuario o administrador, como primer titular o como delegado, etc.; c) facultades jurídicas que le competen; d) presupuestos de uso del derecho, etcétera*”<sup>564</sup>; asimismo agrega el autor, que por medida podemos entender también, como “*un conjunto de aspectos del derecho, que corresponden al qué, cuánto, cómo, cuándo y dónde debe darse para satisfacer el derecho e igualmente en relación al correcto uso y ejercicio del mismo*”<sup>565</sup>. Por medida, el jurista tiene la función de delimitar y satisfacer el derecho; como también el modo, las facultades, los presupuestos y sus condiciones; pero no solo la medida debe conocer el jurista, también debe el título y su fundamento para descubrir lo que le corresponde al titular del derecho.

Otro tema importante es qué debemos entender por norma jurídica, puesto que muchos lo asociamos en sentido normativista con la *lex* o *norma*; y lo que se tendría que hacer aquí es enfocarnos desde una perspectiva realista, que tiene como centro la cosa justa o lo debido del titular. Para el Aquinate: “*La ley es cierta medida o estatuto de los justo (aliqua ratio iuris)*”<sup>566</sup>, y para el profesor Hervada la norma jurídica estaría formada por un factor dinámico de la realidad jurídica, con la función de regular, organizar, ordenar y estructurar la vida social de las personas. Declara también que: “*La norma jurídica estructura la realidad jurídica, al crear, modificar y extinguir las relaciones jurídicas, al darles forma y regular las conductas mediante un sistema de deberes y derechos. La norma jurídica es, pues, estructura de la vida*

---

<sup>564</sup> HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Op. Cit., p. 72.

<sup>565</sup> HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Op. Cit., p. 206. Un ejemplo común para de caracterizar y determinar la medida del Derecho, es: “*por una parte, cómo es el derecho, esto es de qué clase o tipo (propiedad, uso arrendamiento, censo, etc.); por otra parte, la manera de satisfacer el derecho (v. gr., en metálico o en especie) y la manera de usarlo y ejercerlo. Asimismo se incluye en la medida del derecho el tiempo o plazo en el que se debe entregar la cosa constitutiva de derecho*”. IBID. p. 206-207.

<sup>566</sup> HERVADA, Javier. *Síntesis de Historia de la ciencia del Derecho natural*, Primera edición, Pamplona, Editorial Eunsa, 2006, p. 44. Según Javier Hervada la Ley “*es el título y la medida de los justo, en cuanto que la ley distribuye bienes, señala el tiempo y modo de cumplir con lo debido o de pagarlo, etc*”. IBID. 44

*social y en cuanto estructura es una ordenación (...). En consecuencia, por ser la norma jurídica un factor estructurante de la vida social, tiene la índole de ordinatio u ordenación: es un factor de orden*<sup>567</sup>; pues éste puede ordenar a través de la regla o el estatuto del derecho. En síntesis, la norma desde el punto de vista del oficio del jurista, es jurídica en tanto regla y estatuto del derecho; por lo que, a veces puede ser constitutiva de situaciones jurídicas, o a veces puede regular o modelar las conductas. Y la norma jurídica en relación con el Derecho: es causa, porque establece derechos o atribuye los bienes; y es medida, porque lo regula o lo limita.

En consecuencia, en virtud de lo expuesto por el profesor Javier Hervada, se puede apreciar que su doctrina busca garantizar la eficacia de los que son proclamados derechos y de protegerlos el derecho natural del peligro del positivismo jurídico. Por lo que mediante su explicación del realismo jurídico se hace “*recordar a los juristas en que consiste su vocación*”<sup>568</sup>, que no es defender derechos sin contenidos sino de defender el contenido de la naturaleza humana, es decir, de lo que es justo y lo injusto, lo que es moral y lo que es inmoral, sobre la base de la ley natural.

Otro de los principales protagonistas que ha contribuido con el esclarecimiento del Derecho y la justicia con precisión, es el profesor australiano John Mitchell Finnis<sup>569</sup>,

---

<sup>567</sup> HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Op. Cit., p. 328. Una explicación más filosófica de la norma jurídica con respecto a su juridicidad, la podemos encontrar partiendo de algunas preguntas: ¿Por qué una norma es jurídica? O ¿En qué consiste la juridicidad de la norma? Para dar respuesta a esta pregunta, debe responderse desde la perspectiva del oficio del jurista, señalando que: “*La juridicidad reside en el derecho en sentido propio. Jurídico es adjetivo que manifiesta lo propio del derecho; se llama jurídico todo aquello que tiene relación con el derecho. Del mismo modo, la juridicidad designa o la esencia del derecho (aquello por lo que una sola cosa es derecho) o la relación de algo con el derecho. (...) Y dado que la norma no es el derecho, sino la regla o estatuto del derecho (o derecho en sentido análogo), afirmar de una norma que es jurídica, significa manifestar que está en relación con el derecho, esto es que está constituida como ratio iuris o regla del derecho*”. IBID, p. 329.

<sup>568</sup> SCHÖUPPE, “El realismo Jurídico de Javier Hervada” en RIVAS, Pedro. *NATURA, IUS, RATIO. Escritos sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Op. Cit., p. 55.

<sup>569</sup> Nació el 28 de julio de año 1940 en Adelaida – Austria. Fue educado en St Peter’s College de la Ciudad de Adelaida. Actualmente es Professor of Law and Philosophy en la Universidad de Oxford y Fellow de University College. Fue miembro de la Comisión Teológica Internacional de la Santa Sede desde 1986 hasta 1991, y es Fellow de la British Academy desde 1989. Además enseña en la Universidad de Notre Dame, donde es, desde 1995, el primer Biolchini Family Professor of Law. Fue discípulo del iusfilósofo H. L. A. Hart y es considerado uno de los iusnaturalistas más innovadores de la filosofía del derecho por sus múltiples obras, entre ellos: *Natural Law and Natural Rights* (1980); *Fundamentals of Ethics* (1983); *Nuclear Deterrence, Morality, and Realism* (1987); *Moral Absolutes* (1991); *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory* (1998). Cfr. ORREGO, SÁNCHEZ, Cristóbal. “John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la teoría de la ley natural”, *Acta Philosophica*, Vol. 10, 2001, 73-92, 73-74; Asimismo para conocer sobre su biografía y su trayectoria de vida ver:

quien ha alcanzado una visión completa y realista de lo que significa el Derecho, puesto que *“la concepción del derecho natural en Finnis está basada, a diferencia de otras tendencias iusnaturalistas, en concepciones “racionalistas”, ya que este autor (...) siempre se debe partir de la razón práctica”*<sup>570</sup>. Al igual que el profesor español Javier Hervada, realiza un recorrido y análisis histórico del vocablo antecedente a Derecho -*ius*-; cuyo vocablo revestía de múltiples significados, como obtener un poco de facultad jurídica en quizá de realizar o apropiarse de algo<sup>571</sup>. Asimismo, en su recorrido histórico llega a la filosofía de Santo Tomás de Aquino, donde se centra en buscar el significado de *ius*, obteniendo como respuesta por Aquino *la misma cosa justa pero en significado primario, es decir: “la palabra ius (...) tiene una variedad de significados bastante distinto, aunque relacionados. Cuando el Aquinate dice que ius es el objeto de la justicia, quiere decir: aquello a lo que se refiere la justicia, y lo que realizando la justicia se asegura, es el derecho (right) de alguna o algunas otras personas –lo que les es debido, a lo que ellos tienen título, lo que es rectamente suyo. (...) Lo que es suyo, o su derecho, es aquello, como materia de igualdad, a lo que tienen título (...). Porque la definición es dada con dos fórmulas que el Aquinate usa de modo completamente intercambiable: “lo que es suyo” {quod suum est} y “lo que es su derecho” {ius suum}. Casi siempre este algo debido (owed) {debetur} es para la ventaja de la persona que tiene el derecho {ius} a ello”*<sup>572</sup>. Esta interpretación hecha por el profesor John Finnis a los escritos de Aquino, ha servido para que formule un significado focal de la definición de Derecho, propone que el Derecho consiste en: *“normas hechas, de acuerdo con normas jurídicas reglamentarias, por una autoridad determinada y efectiva (...) para una comunidad “completa”, y consolidadas por sanciones de acuerdo con las estipulaciones reglamentarias de instituciones de enjuiciamiento (...), estando este complejo de normas e*

---

LEGARRE, Santiago. “Apuntes para una biografía intelectual de John Finnis” en *LEY, MORAL Y RAZÓN. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de la Ley natural y derechos naturales*, Primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, 233-247; y ETCHEVERRY, Juan B. “Entrevista a John M. Finnis”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 35, 2012, 859-867.

<sup>570</sup> HINESTROZA CUESTA, Lisneider. “El concepto de validez del Derecho. Una aproximación finnisiana”, *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, N° 42, febrero 2014, 186-204, 192-193.

<sup>571</sup> FINNIS, John. *Ley Natural y Derechos Naturales*, traducido por Cristóbal Orrego Sánchez, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, 238

<sup>572</sup> FINNIS, John. *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998, p. 133.

*instituciones dirigido a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad (...) para el bien de esa comunidad, según una forma en sí misma adoptada a ese bien común mediante los rasgos de especificidad, reducción de la arbitrariedad y mantenimiento de una reciprocidad entre los sujetos al Derecho, tanto entre sí mismos como en sus relaciones con las autoridades legales*<sup>573</sup>. Esta definición que propone el profesor Finnis, constituye al menos once destacadas características<sup>574</sup> o posibles extensiones analógicas, que se integra al sistema jurídico normativo para formalizar al derecho natural con los elementos coadyuvantes del derecho positivo como las regulaciones, sanciones, etc.

Por un lado, uno de los temas que aborda el profesor John Finnis es que parte de una adecuada explicación de los derechos o derechos humanos<sup>575</sup>, ya que este tema siempre han sido temas de debate y hasta la actualidad nadie se ha atrevido a explicarlo. Por un lado, explica el *carácter técnico* partiendo de respuestas principales, pero al final sostiene que el tema se puede solucionar estipulando en qué sentido se usará la expresión derecho-exigencia<sup>576</sup>; y por otro lado, para explica el *carácter filosófico* el profesor Finnis parte de dos interrogante, como “¿cuál es, si lo hay, el principio subyacente que unifica los diversos tipos de relaciones respecto de las cuales razonablemente se dice que tienen que ver con los derechos? O más sencillo: ¿hay alguna explicación general sobre lo que es tener un derecho?”<sup>577</sup>, el profesor llega a tres respuestas: la primera es referida a la *teoría del beneficio o del interés*; la segunda es referente a la *teoría de la elección*<sup>578</sup>; y la tercera que es la que proporciona nuestro autor, es la “*teoría de los bienes*”<sup>579</sup> o teoría basada-en-

<sup>573</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 276-277.

<sup>574</sup> VIGO, Rodolfo L. *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas*. Ross - Hart - Bobbio - Dworkin - Villey - Alexy - Finnis, Segundo edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, p. 380-381.

<sup>575</sup> Para Cristóbal Orrego, en el pensamiento del profesor australiano: “la expresión derechos humanos es un “monismo contemporáneo” que Finnis usa como sinónimo de derechos naturales, pues considera que el uso lingüístico actual, aunque no muy firme, refiere las dos expresiones a “los derechos morales fundamentales y generales”, es decir, a “los derechos respecto de los que uno tiene un título simplemente en virtud de ser una persona”. Cfr. ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. “La “gramática de los derechos” y el concepto de derechos humanos en John Finnis”, *Persona y derechos: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N° 59, 2008, 135-157, 141.

<sup>576</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 231-232.

<sup>577</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 232.

<sup>578</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 233.

<sup>579</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 234.

bienes que consiste en un conjunto de bienes humanos básicos (en adelante BHB) centrales para la plena realización de la persona humana. Para Massini Correas la teoría de los bienes o teoría basada-en-bienes, consiste en que el sujeto es titular de un derecho en cuanto es exigencia básica de la razonabilidad práctica, pues el sujeto está facultado a exigir a otro sujeto una actividad (acción, dación u omisión) que le resulte deónticamente necesaria, para su respeto, promoción y realización de algún bien humano básico en el marco de una armoniosa convivencia social<sup>580</sup>. En otras palabras, el contenido esencial de los derechos que el sujeto es el titular son los BHB, ya que ellos integran “un todo” para el perfeccionamiento de la vida humana<sup>581</sup>.

El profesor Finnis nos enumera siete formas de BHB<sup>582</sup> que son aceptadas de manera universal y que a su vez constituyen valores irreductibles, estas son: la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la razonabilidad práctica, y por último la religión<sup>583</sup>; todos concernientes a la acción humana o cualquier aspecto o propósito que tengan que ver con los bienes de la persona. Para el profesor Finnis -según Orrego Sánchez- los bienes o valores básicos: “*son igualmente primarios e inconmensurables entre sí, es decir, ninguno es más básico que los otros y no existe una escala uniforme que permita medir los valores básicos en términos de algún bien todavía más básico con el fin de subordinar o sacrificar unos valores en aras de los mayores. Por eso no es posible*

---

<sup>580</sup> MASSINI CORREAS, Carlos I. *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, segunda edición, Buenos Aires, editorial Abeledo-Perrot, 1994, p. 143-166.

<sup>581</sup> Para Rodolfo Vigo, los Derechos en la teoría de Finnis pueden estar calificados en tres tipos: “a) los derechos morales fundamentales generales (...); b) los derechos morales particulares, concretos o derivados (...) y; c) finalmente se hallan los derechos legales”. Los dos primeros, conocidos como derechos humanos o naturales, y el tercero, sometido a las exigencias a los dos anteriores. Cfr. VIGO, Rodolfo L. *El iusnaturalismo actual de M. Willey a J. Finnis*, México, Editorial Distribuciones Fontamara, 2003, p. 138.

<sup>582</sup> Aunque Carlos Massini Correas, enumera a seis BHB que defienden los representantes de la nueva escuela del derecho natural (conformados por Finnis J., y sus colegas Boyle J. y Grisez J., en el libro: Nuclear Deterrence, Morality and Realism, estos seis BHB son los siguientes: “a) la vida (su mantenimiento y transmisión, la salud y la seguridad); b) el conocimiento y la experiencia estética; c) la excelencia en el trabajo y en el juego; d) amistad, paz, fraternidad; e) paz interior, autointegración (sobre todo entre sentimientos y la inteligencia y el juicio prácticos); f) la armonía entre humanos y los más amplios alcances de la realidad, especialmente con las fuentes, principios y bases de la realidad”. Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I. “La nueva escuela anglosajona de Derecho natural” en *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo*, 1º edición, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2000, 253-277, 267.

<sup>583</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 117-121.

establecer una jerarquía objetiva de valor entre los bienes básicos, aunque sí caben jerarquizaciones y ordenaciones diversas de los bienes básicos según la pluralidad de formas de realizar en concreto el ideal de la vida buena o de plena realización humana<sup>584</sup>. Asimismo, el profesor Finnis nos menciona que estas formas de bienes humanos están caracterizadas como: evidentes, premorales y fundamentales<sup>585</sup>, por su gado de irreductibilidad. El primer carácter es por ser “evidente”, esto implicaría un inmediato conocimiento de las cosas sin tener la necesidad de razonar o llegar a un tipo de razonamiento lógico, pues de alguna forma se puede lograr a conocer el carácter valioso de los BHB, por cualquiera persona que se encuentre en condición de usar la razón<sup>586</sup>. El segundo carácter es por ser “premorales”, esto no quiere decir que sean juicios de moral o moralidad, aquí es todo lo contrario “los problemas sobre la moral y las morales están (...) fuera de lugar”<sup>587</sup>; el carácter premoral implica que obtiene normatividad moral cuando estén regulados por la exigencia de la razón práctica<sup>588</sup>. Y el último carácter es por ser “fundamentales”, lo que significa es que ningún BHB debe “ser reducido analíticamente a ser solo un aspecto de alguno de los otros, o a ser meramente instrumental en la búsqueda de cualquier de los otros”<sup>589</sup>, pues todos son iguales de importantes “de ahí que no hay una única jerarquía objetiva entre ellos”<sup>590</sup>, por eso es que a este último carácter se le considere un principio básico o primario de la ley natural.

Por otro lado, el profesor John Finnis también nos demuestra que el conocimiento racional puede ser práctico y científico, puesto que en su teoría social o -Social Theory- destaca la pertenencia de su objeto al orden práctico, en oposición a los

---

<sup>584</sup> ORREGO, “John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la teoría de la ley natural”, Op. Cit., p. 81; Con referencia a la tesis de la inconmensurabilidad de los bienes básicos, ésta ha sido criticada -por algunos autores- por su comprensión defectuosa de la tesis. Para un entendimiento mejor ver: PEREIRA SÁEZ, Carolina. “Sobre la inconmensurabilidad de los bienes básicos en J. Finnis”, en *LEY, MORAL Y RAZÓN. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de la Ley natural y derechos naturales*, Primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, 43-56.

<sup>585</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 123.

<sup>586</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 33.

<sup>587</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 103.

<sup>588</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 442; El profesor Finnis explica que el segundo carácter de “premoral” se puede desprender de una fórmula: “*faciendum et prosequendum et... vitandum*”, que significa que “*aquello-que-debiera-hacerse, o aquello-que-debiera-evitarse*”. Cfr. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Op. Cit., p. 86.

<sup>589</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 123.

<sup>590</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 123.

objetos de orden especulativo, lógico o poético; según el autor: *“lo que es en sí práctico, es acerca de qué será el caso. Es acerca de lo que es para hacer, debe ser hecho (...). Si uno tiene la intención, el propio conocimiento de esa intención es, primero y principalmente, conocimiento práctico, un conocimiento del fin, del propósito que uno tiene y de los medios de la conducta propositiva. Como conocimiento práctico, es realmente conocimiento, verdadero y, en su propia dimensión, aun cuando la conducta resulte impedida y nunca tenga lugar. Y cuando uno está actuando según la propia intención y llevando adelante el propio plan, uno <sabe lo que está haciendo>, sin necesidad de inspeccionar la propia conducta, sin mirar para ver, aun introspectivamente (...).”*<sup>591</sup>. Agrega también el profesor Finnis, que es posible que exista una *teoría (política) o ciencia social* por la enorme variabilidad y complejidad de las cosas humanas, puesto que si es general y verdadero (referidos a asuntos humanos) es justamente práctico o ciencia jurídica práctica. Según el autor: *“Una ciencia o teoría es práctica en el sentido más pleno, si ella es <acerca de> y <dirigida hacia> aquello que es bueno hacer, tener, obtener y ser (...) Es práctica en su sentido más pleno cuando es acerca, y prescribe, lo que ha de ser hecho en el campo abierto a fines de la vida humana en su conjunto, por elecciones y actos (...) y en vista de objetivos, fines, bienes que proveen razón para obrar y otorgan sentido a la vida individual o grupal como un todo abierto a fines”*<sup>592</sup>; Por *“práctico (...) quiero decir <con miras a la decisión y a la acción>. El pensamiento práctico es pensar acerca de qué (debe uno) hacer. La razonabilidad práctica es la razonabilidad que corresponde al decidir, al asumir compromisos, al elegir y ejecutar proyectos y, en general, al actuar”*<sup>593</sup>; un buen ejemplo, de razón práctica sería la ley natural, por lo que plantea buenas razones para obrar bien y evalúa qué descripciones son verdaderamente significativas.

Siguiendo con lo anterior, el profesor Finnis considera –como también lo hace el Tomás de Aquino– que la *“prudencia”* es uno de los bienes humanos que ordena al hombre a actuar acorde a la razón, o que es lo mismo decir: *“{bonum rationis; bonum secundum rationem esse}, el bien de ordenar las propias emociones, elecciones y*

---

<sup>591</sup> FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Op. Cit., p. 38.

<sup>592</sup> FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Op. Cit., p. 41.

<sup>593</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 12.

*acciones por la inteligencia y la razón*<sup>594</sup>; afirma también que: “cuando este bien es efectivamente concretado en el carácter de alguna persona o grupo, se le puede dar el nombre de su elemento central, la virtud -la disposición directiva e integrativa- de la *prudencia*, traducida como *razonabilidad práctica*<sup>595</sup>; puesto que: “la virtud de la *prudencia* ha de realizar su otro papel esencial: de excluir de la propia deliberación todas aquellas opciones que envuelven la violación de específicas normas morales negativas y por lo tanto injustas (...)”<sup>596</sup>. Aquí debe entenderse por normas morales negativas aquellas que trazan límites insalvables a la deliberación y a las decisiones de la *prudencia*, pues son las que atentan contra una conducta virtuosa arraigadas a normas y principios.

Para terminar, según Massini Correas, el profesor John Finnis sostiene la tesis que el iusnaturalismo niega el carácter jurídico a las leyes injustas, por ello menciona la famosa frase clásica una “*lex iniusta non est lex*”<sup>597</sup>, esto significa que: “una norma jurídica grave y notoriamente injusta -no es suficiente con una injusticia leve o problemática- pierde su capacidad de obligar en conciencia, con lo que se frustra lo que se ha denominado *validez racional-valorativa*”<sup>598</sup>, en otras palabras, si una norma es no sólo moralmente no-directiva y jurídicamente inválida, pues en el contexto discursivo que se plantea, será demasiado injusta para obedecerla o para aplicarla por su falta de normatividad. Para el profesor Finnis esta clásica frase tiene una explicación lógica, puesto que “reconoce, en sus palabras iniciales, que lo que

<sup>594</sup> FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Op. Cit., p. 83.

<sup>595</sup> FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Op. Cit., p. 84; El autor argentino Carlos Massini desarrolla algunas breves notas y precisiones de la Prudencia en John Finnis. Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I. “Ciencia práctica y prudencia en John Finnis. Aproximaciones preliminares”, *Ambiente Jurídico. Centro de Investigaciones Sociojurídicas*, Abril-Julio 2007, 19-39, 29-34.

<sup>596</sup> FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Op. Cit., p. 168-169.

<sup>597</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 365; Asimismo ver: VIGO, Rodolfo, “Consideraciones sobre la visión de John Finnis acerca de la tesis <la ley injusta no es ley>” en *LEY, MORAL Y RAZÓN. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de la Ley natural y derechos naturales*, Primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, 119-140; VIGO, Rodolfo. “Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo (Un alegato iusnaturalista)”, en *II Jornadas internacionales de Derecho natural. Ley natural y multiculturalismo*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Educa, 2008, 261-314, 277-279.

<sup>598</sup> MASSINI CORREAS, Carlos I. “Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del derecho natural” en *Estudios de Teoría del derecho natural*, N° 312, Primera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, XXI-LXIII, LII-LIII. Asimismo, señala el autor: “la norma injusta puede seguir obligando, a través de una “obligación colateral” de respetar las leyes, cuando la desobediencia pueda derivar en un daño grave para el bien común. Aquí podría seguir hablando de “derecho” respecto de esa norma, aunque sólo en sentido formal o defectivo; en ese caso, bien podría decirse que *lex iniusta est (secundum quid) lex*”. Cfr. IBID, LIII.

*está en cuestión es, en ciertos aspectos importantes (...) “derecho”, pero luego, en su retractación o negación de ese predicado, afirma que, desde que la justicia es el verdadero objetivo de tener y respetar el derecho, esta deficiencia particular del derecho respecto de la justicia lo priva del significado decisivo que todo derecho pretende tener. Se trata aquí entonces de derecho sólo en el sentido de que ha de ser juzgado, como un sentido no-central, distorsionado o secundario de derecho*<sup>599</sup>. Es decir, que la frase “ley injusta” no tiene un sentido primario o focal, en la realidad del derecho, sino un sentido secundario o “*secundum quid*”<sup>600</sup>, de tal modo que la juridicidad de la frase ley injusta se transforma en “*una cuestión de grado*”<sup>601</sup>, por situarse en una realidad debilitada. Para Joaquín Toubes Muñiz, el eslogan una “ley injusta no es ley”, implica tres significados: “*a) que cierto contenido normativo tiene para alguna comunidad el estatuto de ley, en el sentido sociológico/histórico (creencias o práctica) o intra-sistémico (adecuación a ciertos principios o reglas); b) que esa ley es injusta (en el sentido de la razón práctica); y c) que el principio de la razonabilidad práctica que atribuye obligatoriedad moral a las leyes no justifica o requiere la obediencia a esa ley concreta*”<sup>602</sup>. En ese sentido, el primer significado implicaría por estar regidos por la costumbres de una comunidad; el segundo, es ley injusta en sentido estricto; y el tercer, por no justificar la obligatoriedad la ley quien se rige por la razón práctica. En consecuencia, en virtud de lo expuesto por el profesor John Finnis, se puede estimar que siempre debemos partir de “la razón práctica” para proteger lo más sagrado que tiene la persona que es la naturaleza humana. La prudencia siempre es la virtud que guía al jurista a tomar buenas decisiones justas, sin caer en el peligro de las leyes injustas que propicia el positivismo. En otras palabras, todos los teoremas explicados por el profesor de Oxford son de relevante importancia para la comprensión y aplicación del derecho contemporáneo.

---

<sup>599</sup> FINNIS, John. *Estudios de teoría del Derecho natural*, Primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 89. Esta explicación de la “ley injusta no es ley, puede ser entendida también con los ejemplos que nos expone el profesor Finnis, como: “*un argumento inválido no es un argumento*”, “*un amigo desleal no es un amigo*”, “*una medicina de curandero no es una medicina*”. IBID, p 89.

<sup>600</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 390.

<sup>601</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 13.

<sup>602</sup> TOUBES MUÑIZ, Joaquín R. “El iusnaturalismo de John Finnis”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 10, 1993, 375-406, 381.

### 3.1.2.- La persona humana y principio de unidad de la norma jurídica.

Si bien es cierto, la doctrina iusnaturalista nos brinda una mayor certeza de lo que significa la justicia y el derecho en los sistemas jurídicos; existe un tema muy importante en relación a la justicia y el derecho, esto es: *la persona humana*. Pero ¿Qué debemos entender por persona humana? Para poder entenderla debemos partir no de una perspectiva ontológica sino desde una perspectiva jurídica, puesto que es la que nos interesa. Para el profesor Hervada la persona en sentido jurídico: *“no es otra cosa que el sujeto de la relación jurídica, como titular del derecho o del deber; es pues, la persona el sujeto de derechos y obligaciones. Propiamente, la persona se define como el sujeto de relaciones jurídicas, porque la relación –ser-en-relación es lo primario en cuanto expresión de la socialidad”*<sup>603</sup>; en otras palabras lo que se debe entender por persona humana en sentido jurídico, es que es un ser-en-relación, formado como sujeto titular de derechos y obligaciones, sujeto capaz de derechos y obligaciones, y ser ante el derecho. Pero esta nota definitoria ¿Qué relación tiene con el derecho positivo y el derecho natural? La relación existente es que la persona humana -o personalidad jurídica- es de origen natural, y que *“todo sistema jurídico positivo se basa, al menos, en la juridicidad natural de los hombres, esto es, en que por naturaleza existe la capacidad y tendencia de relacionarse jurídicamente (...). Ser persona no es de origen positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho”*<sup>604</sup>, con deberes y obligaciones naturales; y negar esa juridicidad natural de la persona<sup>605</sup> es también negar el sentido jurídico, su titularidad, etc.; *“La persona es el fundamento de los derechos humanos con todas las capacidades, potencialidades y exigencias indispensables para poder vivir realmente según su dignidad. Es la persona la razón por la cual el derecho existe, pero también el fin para el cual el derecho existe”*<sup>606</sup>. Sin naturaleza no existiría la persona humana, sin persona no existiría el titular de la cosa justa, y tampoco existiría el derecho y la justicia; pues este debe existir, por la sencilla razón

<sup>603</sup> HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Op. Cit., p. 468.

<sup>604</sup> HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Op. Cit., p. 139.

<sup>605</sup> Con características (de racionalidad y relacionalidad) exigencias (biológicas y morales) y dignidad propia.

<sup>606</sup> HOYOS CASTAÑEDA, Ilva M. “ENTRE LA NATURALEZA Y LA DIGNIDAD. Reflexiones sobre el fundamento de los derechos humanos” en *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo*, 1º edición, Buenos Aires, Editorial Àbaco de Rodolfo de Palma, 2000, 173-211, 211.

que el ser humano es el fundamento del derecho, por vivir con dignidad y con los bienes humanos básicos.

Ahora bien, si la persona humana es de origen natural y reconoce su juridicidad el sistema jurídico positivo ¿Qué sucede con la norma jurídica? ¿Es de origen natural y la reconoce su contenido el sistema jurídico positivo? O mejor dicho ¿Existe una relación entre derecho natural y derecho positivo para contener una norma jurídica? La historia (y la actualidad) ha demostrado que tanto iusnaturalistas y iuspositivistas se han ido confrontando a través de numerosas doctrinas y teorías acerca de sus posiciones. Por un lado, los iusnaturalista calificaban la teoría de los iuspositivistas de incoherente, el mismo John Finnis lo critica como una “*empresa intelectual incoherente*”<sup>607</sup>; critica que no compartimos porque sería desconocer la ciencia jurídica positiva que se ha trabajado por décadas, podrá ser incompleta pero no incoherente. Por otro lado, los autores iuspositivistas calificaban la teoría de los iusnaturalistas de incurrir en teologismo, por basar sus posiciones en la teología moral de Santo Tomás de Aquino, o la ética o filosofía moral de Aristóteles, y no por basarse en la filosofía del derecho<sup>608</sup>. Ahora en pleno siglo XXI, gracias al eterno retorno del derecho natural<sup>609</sup>, muchos autores desconfían del polémico desafío entre la teoría del derecho natural y del derecho positivo, porque se habla: por un lado, de una positividad del derecho natural e incluso de una naturalidad del derecho positivo; mientras que por otro lado, de un transpositivismo por sus diferentes versiones constructivistas<sup>610</sup>; y por último, se habla de “*un tercer camino <dritter weg>*”<sup>611</sup>, que supere a ambas teorías a través de una relación o conexión y con la finalidad de proteger a la persona humana.

<sup>607</sup> FINNIS, “Sobre la incoherencia del positivismo jurídico”, Op. Cit., p. 17.

<sup>608</sup> SERNA, Pedro. “Sobre las respuestas al positivismo jurídico” en *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo*, 1º edición, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2000, 55-86, 81.

<sup>609</sup> Que sucedió a mediados del siglo XIX después de la segunda guerra mundial; Época donde renació la popularidad del iusnaturalismo, porque éste retorno para quedarse. Esta manifestación se encuentra en el clásico libro: HEINRICH, Rommen. *Dei ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Köbel, München, 1947.

<sup>610</sup> Para Carlos Massini el término *transpositivistas*, significa: la posición o doctrina iusfilosófica que “no acepta” la tesis del positivismo jurídico, pues solo aceptaría un principio jurídico no positivista. Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I. *El derecho natural y sus dimensiones actual*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 20-22.

<sup>611</sup> RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. *Teoría del Derecho*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009, p. 124. Para el autor Renato Rabbi-Baldi, la propuesta de “un

Esta última propuesta, es la más aceptada por los iusnaturalistas contemporáneos e incluso de los autores clásicos; por lo que para Santo Tomás de Aquino, ambas teorías forman un *único sistema jurídico*, el cual es en parte natural y en parte positivo, esto porque: *“toda ley humana tiene razón de ley en tanto y en cuanto se deriva de la ley natural. Si en algo se separa de ella no será ley, sino corrupción de ley”*<sup>612</sup>; *“La ley humana no puede prohibir todos los vicios, de los que se abstienen los virtuosos, sino únicamente los más graves, de los que puede abstenerse la mayoría”*<sup>613</sup>; *“La ley humana no manda todos los actos de todas las virtudes, sino solo los que se ordenan al bien común”*<sup>614</sup>; *“La ley humana no contiene preceptos sino en relación con los actos de la justicia”*<sup>615</sup>; en pocas palabras, estos supuestos ocurren si la ley positiva -por ser obra del hombre- se aleja de la ley natural -por ser obra de Dios en tanto autor de la naturaleza<sup>616</sup>-, por lo que la ley humana refleja la justicia de la ley natural. Según Rossi, citada por Graneris, para Tomás de Aquino *“el derecho natural y el positivismo no son dos derechos que puedan yuxtaponerse y muchos menos contraponerse; son en cambio dos tejidos sólidamente trenzados en el mismo organismo. El derecho natural es la raíz de la que vive, la base sobre la cual se rige el derecho positivo: omnia iusta positiva vel legalia ex iusto naturali oriuntur (todo lo justo positivo o legal nace de lo justo natural). Y, concebidas de tal modo las relaciones entre el derecho natural y positivo, desaparece toda posibilidad de normativismo (legalismo), porque si en el plano positivo la cosa está sostenida por la ley, ésta a su vez se encuentra sujeta a la cosa justa, que es el esqueleto del plano natural”*<sup>617</sup>. Por lo tanto, ambas teorías se complementan porque cumplen funciones distintas; por un lado, para el derecho natural su función es sustancial (es decir, que no cambia); y por otro lado, para el derecho positivo su función es

---

tercer camino”, no podría darse porque no arribaría a ningún resultado; citando a José Llompert el porqué de esta imposibilidad lógica. IBID, p. 126-134.

<sup>612</sup> DE AQUINO, Santo Tomás. *SUMA TEOLÓGICA*, I-II, q. 95, a.2.

<sup>613</sup> DE AQUINO, Santo Tomás. *SUMA TEOLÓGICA*, I-II, q. 96, a.2.

<sup>614</sup> DE AQUINO, Santo Tomás. *SUMA TEOLÓGICA*, I-II, q. 96, a.3.

<sup>615</sup> DE AQUINO, Santo Tomás. *SUMA TEOLÓGICA*, I-II, q. 100, a.2.

<sup>616</sup> Para Silvio Pablo Prestalardo: *“debemos tener siempre presente que el hombre es creatura y no creador; por ello debe respetar el orden natural de las cosas, del cual es parte el propio hombre. Debe respetar y celebrar lo que es obra de la creación divina y usar rectamente de su libertad para el bien personal y para el bien común de la sociedad. Ello equivale a decidir que el derecho positivo no debe disponer nada que sea contrario al derecho natural, en tanto, en definitiva, quien padece por dicha transgresión es el propio hombre”*. Cfr. PESTALARDO, Silvio P. *Justicia, Derecho y Ley*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Educa, 2010, p. 96.

<sup>617</sup> PESTALARDO, *Justicia, Derecho y Ley*, Op. Cit., p. 92-93.

circunstancia (es decir, que no cambia); dos funciones que se integran para una única realidad que es del Derecho.

Para el español García Figuera y citando a Cassirer: *tanto el positivismo como el iusnaturalismo están unidos por la búsqueda de un concepto universal de Derecho. Tanto el positivismo como el iusnaturalista sitúa algo tan profundamente humano como nuestros ordenamientos jurídicos en lo que CASSIRER denominó la <región de las verdades eternas>, que es donde conviven Dios, la lógica y las esencias*<sup>618</sup>, estas esencias no son otra cosas que lo inicialmente explicado por los profesores Javier Hervada y John Finnis. Desde esta perspectiva, una élite de autores han llegado a la conclusión que: el *“derecho natural y derecho positivo no aparecerán ya como dos elementos rivales, ni siquiera separables, sino al decir de Ollero, como “dos ingredientes ineliminables de un mismo proceso interpretativo, en el que consiste el único derecho `real` y efectivo”. (...) -Puesto que- un grado mayor de entendimiento entre los discursos del iusnaturalismo y el positivismo jurídico, y su eventual superación, sólo son posibles por el camino de la filosofía*<sup>619</sup>. Esta posición efectivamente ha demostrado que mediante la filosofía del derecho existe una relación entre el derecho natural y derecho positivo, e incluso se puede hablar de una *“unidad”* entre estos dos fenómenos jurídicos:

Por una parte, el profesor Javier Hervada menciona que: *“el derecho positivo es inexplicable sin el derecho natural (...) porque sin el derecho natural el derecho positivo no tiene el presupuesto necesario de existencia”*<sup>620</sup>; esta razón puede explicarse por dos motivos: la primera razón, es en base a que un hecho social siempre debe tener una base natural; como también cuando una persona nace, por naturaleza tiene la capacidad natural -o potencia- para poder inventar o realizar cualquier exigencias de la vida social (como en el caso de la norma o la ley). Este axioma nos invita a sostener que todo invento hecho por el hombre debe tener un fundamento natural, *“si existe el hecho jurídico positivo (cultural), ha de asentarse en una juridicidad natural (...), la mejor demostración de que existe el derecho*

<sup>618</sup> GARCIA, “Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivo de Luigi Ferrajoli”, Op. Cit., p. 126.

<sup>619</sup> SERNA, “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, Op. Cit., p. 86.

<sup>620</sup> HERVADA, *¿Qué es el Derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Op. Cit., p. 52.

*natural es que existe derecho positivo*<sup>621</sup>. La segunda razón, es que si queremos que exista el derecho positivo, éste debe contar con un mínimo jurídico natural que es *“la condición de sujeto de derecho propio del hombre (...) la potencia natural necesaria para que el hombre pueda atribuirse o atribuir a otros alguna cosa como derecho suyo”*<sup>622</sup>. Por tales razones, si existe el derecho positivo necesariamente debe existir el derecho natural, ya que el hombre es titular de los derechos naturales, y por tanto de su propio ser. Asimismo agrega el autor, que en la unidad entre el derecho natural y el derecho positivo prevalece un principio que está conformado por estos dos derechos, este se llama: *el principio de unidad*, porque en parte es natural y en parte es positivo. Y esto se debe porque en los actuales sistemas jurídicos de derecho, el principio de unidad ha tomado protagonismo y no porque lo hayan conformado ambos derechos, sino porque ambos se unen para proteger *“al ser”*, a la persona humana como fuente inspiradora de derechos. El principio de unidad según nuestro autor es triple, esto porque: *“1) (...) la ley positiva se genera (deriva) a partir de la ley natural por determinaciones en el orden de los medios convenientes y útiles para los fines naturales del hombre; el derecho natural es la base del derecho positivo y entre ambos existe una unidad de derivación, 2) en según termino, la potestad de dar normas positivas es de origen natural, pues del derecho natural deriva el poder social y la capacidad de compromiso y de pacto; y 3) las relaciones jurídicas básicas y fundamentales, de las que las demás son derivación, complemento o forma histórica son naturales”*<sup>623</sup>. En consecuencia, esta trídica argumentación con la que estaría conformado el principio de unidad, partiría de un origen natural y que luego a potestad del derecho positivo sea *positivizado* y *formalizado* en la norma jurídica, todo esto en virtud de consolidar un único sistema jurídico formado por el derecho natural y el derecho positivo.

Por otra parte, el profesor John Finnis determina que el problema de ambas teorías; parte en primera cuenta en: *“la necesidad de explicar el derecho positivo en el*

---

<sup>621</sup> HERVADA, *¿Qué es el Derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Op. Cit., p. 53; HERRERA, Daniel A. “Ley Natural y Multiculturalismo: verdad y diálogo” en *PRUDENTIA IURIS. Revista de la Facultad de Derecho a la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Educa, 2007, 217-246, 228. El hombre no puede atacar su naturaleza por medio de la cultura.

<sup>622</sup> HERVADA, *¿Qué es el Derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Op. Cit., p. 53.

<sup>623</sup> HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Op. Cit., p. 192-193

*contexto más amplio de la razonabilidad práctica y de los bienes humanos básicos fundamentales del orden moral (...)*<sup>624</sup>; puesto que, la interpretación que se hace en el derecho natural, es para conectar o complementar al derecho positivo en muchos aspectos; y en segunda cuenta, en que: *“el derecho positivo se funda en el derecho natural, no sólo en cuanto a respetar y conformarse a sus preceptos, por enraizados éstos en la naturaleza humana social, sino en cuanto la positividad es una exigencia del derecho natural. Este reclama concreción y determinación, positividad, tanto como ésta exigencia principios inmutables que le den validez y fuerza moral”*<sup>625</sup>. En síntesis, el derecho natural es el fundamento y la base a partir de la cual se constituye el derecho positivo. En base a estos fundamentos ¿Qué conexión mantiene el Derecho positivo con la exigencia de la razón práctica -es decir con el derecho natural? Para el profesor finnis, según Toubes, distingue dos tipos de relación: *“a) Algunas partes de un sistema jurídico consiste en aplicaciones directas del Derecho natural, deducidas de la combinación de exigencias de la razón práctica con un concreto valor básico. Con todo, precisan de una elaboración adaptativa que las integre con el resto del orden jurídico (...); b) Otras partes del sistema jurídico consiste en la concreción o puesta en práctica (determinatio, en el vocabulario de Aquino) de directrices generales, y deben su fuerza sólo a su carácter positivo”*<sup>626</sup>. Para el autor, en estos sistemas jurídicos las normas contienen principios del derecho natural, porque en la relación de los dos fenómenos jurídicos existe una conexión de metas, que están asociadas a los bienes humanos básicos; en tal sentido, el legislador: *“ha de guiarse por los requisitos del Rule of Law y por los principios sustantivos exigidos por la razón práctica. Se trata de los principios generales del derecho, que conciernen principalmente a la interpretación y aplicación de otros principios o normas”*<sup>627</sup>; es decir, los principios básicos deben guiar los actos del legislador para proceder a promulgar leyes justas, y pueda el jurista llegar a una clara interpretación y aplicación de la norma. Para terminar, el profesor Finnis, según Massini, emite una excepción en relación a la conexión entre

---

<sup>624</sup> ORREGO, “John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la teoría de la ley natural”, Op. Cit., p. 76.

<sup>625</sup> ROSSI, Abelardo. *Misión del Derecho Positivo en la vida de los pueblos*, tomo III, Buenos Aires, Editorial El Derecho, p. 113.

<sup>626</sup> TOUBES, “El iusnaturalismo de John Finnis”, Op. Cit., p. 392.

<sup>627</sup> TOUBES, “El iusnaturalismo de John Finnis”, Op. Cit., p. 392.

el derecho natural y el derecho positivo, menciona que *“aquellos que los positivistas ven característicamente como realidades que deben ser afirmadas, son también afirmadas por la teoría del derecho natural, y aquellos que ellos ven como ilusiones que deben ser disipadas, no es parte de la teoría del derecho natural”*<sup>628</sup>; postura que no compartimos, dado que aquello que toman como ilusiones los positivistas, son también de interés para afirmar las realidades que contiene la ley natural, pues no siempre lo que deja disipada el positivismo jurídico también lo es para el derecho natural.

Para el realismo jurídico clásico, la norma jurídica está conformada por una norma jurídica natural y una norma jurídica positiva; según el profesor Hervada están regidas por una serie de principios, que sustentan en que: *“1) La norma positiva no puede abrogar los mandatos y prohibiciones naturales; es decir, no puede destruir la obligatoriedad de la norma jurídica natural que prescribe o prohíbe una conducta (...) 2) Las conductas o actuaciones permitidas por el derecho natural pueden ser objeto de regulación por la ley positiva, delimitándolas y señalando requisitos (...) 3) Las regulaciones o normas naturales reguladas de capacidades pueden ser modificadas por la acción de la ley positiva, acomodando el ejercicio de esas capacidades a las variables circunstancias sociales. Esta regulación puede incluir prohibiciones e incapacidades parciales, pero no pueden transformar la capacidad en incapacidad absoluta, pues esto sería ir contra la ley natural y violentar el contenido natural de la personalidad”*<sup>629</sup>. En suma, las relaciones entre normas jurídicas naturales y positivas vienen por el fiel respeto de una hacia la otra, sin transgredirse los contenidos esenciales de ambas, modificando y limitando por acción de la ley positiva sin trasgredir la titularidad de los derechos naturales.

---

<sup>628</sup> MASSINI, “Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del derecho natural”, Op. Cit., p. XLII.

<sup>629</sup> HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Op. Cit., p. 189-190. Con referencia al tercer principio, el profesor Hervada agrega tres subprincipios más, estos son: *“a) Lo lícito por derecho natural puede contribuirse en ilícito por disposición positiva, pero no lo contrario; es decir, lo ilícito por derecho natural no puede transformarse en lícito por ley positiva (...) b) Un acto inválido o nulo por derecho natural no puede ser derecho positivo; pero el derecho positivo, en materia sobre las que tiene potestad, puede subrogarse a los sujetos del acto y sustituir su voluntad, otorgando plena eficacia al acto (...) c) Un acto en sí mismo válido por el derecho natural puede ser inválido por disposición de la ley positiva mediante la imposición de requisitos para la validez; en este caso, el acto no pertenece siendo válido por el derecho natural (no ocurre que es válido por el derecho natural e inválido por el derecho positivo), sino que es inválido ante el derecho, sin más distinciones”*. IBID, p. 190-192.

De igual modo, que el realismo jurídico le otorga a la norma jurídica la combinación de ambas teorías, esto también lo posibilita a que opere en la validez del derecho. Según el profesor John Finnis la validez del derecho plantea que: *“una norma está justificada cuando su validez se desprende de los principios de derecho natural. De lo cual se colige que los principios de derecho natural también dan validez al derecho, porque estos principios, según Finnis, <justifican el ejercicio de la autoridad en la comunidad y explican la fuerza obligatoria de las leyes positivas>, en consecuencia, <justifica considerar ciertas leyes positivas como radicalmente defectuosas precisamente en cuanto leyes, por su falta de conformidad con esos principios>, pero continúan siendo leyes aunque sean leyes defectuosas”*<sup>630</sup>. Para el profesor Finnis la validez del derecho se cumplen mediante tres criterios, estos son: *“1) Una norma es válida si es proferida por la autoridad adecuada y con el procedimiento correcto. 2) Una norma es válida si está de acuerdo con los principios del derecho natural que son principios básicos para alcanzar el florecimiento humano. (...) 3) una norma es válida si es justa”*<sup>631</sup>. En síntesis, en la norma jurídica *“considerar derecho cualquiera norma que los tribunales tengan el deber de imponer tiene el inconveniente de que no puedan hacerse bien -de manera crítica y suficiente- sin asumir precisamente la tarea de la doctrina clásica de la ley natural, y seguir, en lo sustancial, su camino”*<sup>632</sup>; una norma jurídica que esté compuesta por una norma positiva necesariamente debe ir acompañada con lo que establece la norma natural, el mutuo respeto de ambos, es el mutuo respeto de los BHB.

En conclusión, la justicia y el derecho desde el punto de vista iusnaturalista, es una contribución esencial para la teoría del derecho; puesto que, tanto la justicia como *lo justo*, y tanto el Derecho como dar a cada uno lo suyo; son el significado del respeto hacia el otro. Por un lado, si partimos de la concepción del profesor Hervada (es decir del realismo jurídico clásico) la justicia y el derecho se centra en la persona humana, a través de su título, fundamento y medida. Por otro lado, si partimos de la concepción del profesor Finnis (es decir de la razón práctica), el derecho debe

---

<sup>630</sup> HINESTROZA, “El concepto de validez del Derecho. Una aproximación finnisiana”, Op. Cit., p. 196-197.

<sup>631</sup> HINESTROZA, “El concepto de validez del Derecho. Una aproximación finnisiana”, Op. Cit., p. 199.

<sup>632</sup> FINNIS, “Sobre la incoherencia del positivismo jurídico”, Op. Cit., p. 30.

partir del reconocimiento de los bienes humanos básicos, ya que son éstos los que ordenan al hombre a actuar bien y de acorde a la razón (prudencia). Por último, la norma como realidad jurídica es en parte natural y parte en positiva; son normas que regulan a la persona humana como sujeto en relación jurídica, como sujeto de derechos y como sujeto en obligaciones; por esas razones el derecho natural y el derecho positivo no deben contraponerse, sino deben yuxtaponerse con el principio de la unidad de las normas jurídicas.

### **3.2.- Los límites en el sistema jurídico electoral peruano.**

#### **3.2.1.- El derecho y la justicia electoral como jurisdicción autónoma.**

El Derecho Electoral es una de las categorías más importantes del Derecho público, ya que sin ella, las personas de un determinado territorio no vivirían en un Estado Democrático de Derecho. Por ello, explicaremos brevemente su naturaleza, sus fuentes, la ley y los reglamentos que lo reconocen, y los tribunales electorales que imparten justicia en materia electoral.

Pero ¿Cuál es el concepto del Derecho Electoral? Antes de responder, se puede decir que existen una variedad de significados que difícilmente podrían alcanzar en un solo concepto, por ello, se ha dividido en dos partes su concepto: uno restringido y el otro amplio<sup>633</sup>. Para los autores Nohlen y Sabsay: *“El concepto restringido hace referencia a un derecho subjetivo del individuo de elegir y ser elegido y, de hecho es idéntico al sufragio (voting rights). El concepto amplio alude al derecho que regula la elección de órganos representativos”*<sup>634</sup>. Este concepto tendría una doble dimensión que le atribuye el derecho constitucional: por una parte, por contener derechos subjetivos que es sinónimo de “sufragio”, o derecho de sufragio, que: *“(…) es un principio, el más básico o nuclear, de la democracia, o hablando en términos*

<sup>633</sup> Para Fernando Flores García, existen dos subdivisiones en el Derecho Electoral: *“derecho electoral material, sustantivo o primario; y derecho electoral instrumental, adjetivo, procesal o secundario”*. Cfr. FLORES GARCIA, Fernando. “El Derecho Electoral Mexicano. Breve panorama y reflexión” en *Tendencias Contemporáneas del Derecho Electoral en el Mundo. Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral*, N° 25, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, 635-675, 640.

<sup>634</sup> NOHLEN, Dieter y SABSAY, Daniel. “Derecho Electoral” en *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*, 2ª edición, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International Idea, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Fondo de Cultura Económica, 2007, 27-38, 27.

*más precisos, del Estado democrático*<sup>635</sup>; y por otra parte, por contener normas subjetivas que es sinónimo de regulación mediante normas (referida a aspectos organizativos y administrativos). Ambos conceptos necesariamente deben cumplir una función que darán forma al derecho electoral, para definirla como: *“conjunto de normas reguladoras de la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio, activo y pasivo, de la organización de la elección, del sistema electoral, de las instituciones y organismos que tienen a su cargo el desarrollo del proceso electoral y del control de la regularidad de ese proceso y la veracidad de sus resultados*<sup>636</sup>; en tal sentido, el objeto del derecho electoral es establecer las condiciones jurídicas para ejercer nuestro derecho a la participación política ciudadana: por medio de la emisión del voto (vertiente activa), o por medio del acceso mediante elección popular (vertiente pasiva) a cargos públicos. Para el Derecho electoral, el derecho del sufragio es muy importante, porque *“en su dimensión objetiva o institucional, abarca el conjunto de normas, procedimientos e instituciones mediante los cuales el sufragio posibilita la participación política de la ciudadanía y el funcionamiento real y efectivo de la democracia. (...) Por estas razones, corresponde al Estado dictar un conjunto vasto y completo de normas de organización y procedimiento para la realización del derecho de sufragio, pues sin estas prestaciones estatales, éste no podría materializarse y la democracia devendría un ideal irrealizable*<sup>637</sup>. Cumplida estas funciones podremos estar hablar que se han protegido los derechos subjetivos y las normas subjetivas del Derecho electoral.

Según el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) el derecho a la participación política, se manifiesta en: *“toda actividad de los miembros de una comunidad derivada de su derecho a decidir sobre el sistema de gobierno, elegir*

---

<sup>635</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*, tercera edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, 523.

<sup>636</sup> ARAGÓN, Manuel. “Derecho Electoral: Sufragio activo y pasivo” en *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*, 2ª edición, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International Idea, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Fondo de Cultura Económica, 2007, 178-197, 178. Para el peruano Cesar Landa Arroyo, el Derecho electoral está compuesto por cuatro componentes técnicos: el cuerpo electoral, el Marco territorial de las elecciones, la organización de las elecciones, y el desarrollo y resultado de las elecciones. Cfr. LANDA ARROYO, Cesar. “Derecho electoral: Aspectos jurídicos y técnicos”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 48, diciembre 1994, 171-190, 176-188.

<sup>637</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derecho Electoral Peruano*, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2016, p. 24-25.

*representantes políticos, ser elegidos y ejercer cargos de representación, participar en la definición y elaboración de normas y políticas públicas y controlar el ejercicio de las funciones públicas encomendadas a sus representantes*<sup>638</sup>. Este cuadro de atribuciones que describe el IIDH y que están reconocidos por cada país, son los que permiten reconocer al ciudadano la titularidad de los derechos políticos: *“que hacen efectiva su participación como ciudadano de un determinado Estado”*<sup>639</sup>; como el derecho de voto, el derecho a ser electo, el derecho de participar en el gobierno y ejercer funciones públicas, y el derecho de petición<sup>640</sup>. Del mismo modo, que la IIDH resalta la titularidad de derecho a la participación política del ciudadano, también la doctrina iusnaturalista reconoce la participación política y la democracia como un derecho humano y natural del hombre, para el profesor español Javier Hervada: *“la democracia tiene su origen en el derecho natural: es una forma de gobierno de derecho natural como forma posible. Y en cuanto elegida por la sociedad política es obligatorio aceptarla y respetarla (...) la democracia es la mejor forma de gobierno y aun la única aceptable (...) existe un derecho natural a participar en el gobierno; es un derecho natural con una dimensión histórica: para ejercerlo hay que tener un cierto nivel cultural de educación cívica, un mínimo de sentido de responsabilidad de los asuntos (...)”*<sup>641</sup>. Estos temas ponen en relieve a una sociedad inherente a la naturaleza humana y a una soberanía de los pueblos con una situación jurídica de derecho natural. La conformidad entre la democracia y el derecho natural nos permite mantener una forma de gobierno legítimo, con reglas lícitas y respetables; pues es mediante esta situación y por regla general que: *“la democracia es un procedimiento para designar a los gobernantes y para el establecimiento de las leyes y otras normas de gobierno; (...) la constitucionalidad de las leyes, la conformidad con el derecho natural es requisito indispensable para*

---

<sup>638</sup> TOMPSON, José. “Participación, democracia y derechos humanos. Un enfoque a partir de los dilemas de América Latina” en *Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 34-35, San José, Instituto interamericano de Derechos Humanos, 1995, 79-103, 84.

<sup>639</sup> PICADO, Sonia. “Derechos Políticos como Derechos Humanos” en *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*, 2ª edición, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International Idea, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Fondo de Cultura Económica, 2007, 48-59, 48.

<sup>640</sup> PICADO, “Derechos Políticos como Derechos Humanos”, Op. Cit., p. 51.

<sup>641</sup> ESCRIVÁS, *RELECTURA DE LA OBRA CIENTÍFICA DE JAVIER HERVADA. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. Parte II, ...* Op. Cit., p. 803.

*la justicia y la moralidad de las leyes o normas democráticamente establecidas*<sup>642</sup>. Por lo tanto, la democracia en cuanto contenido del derecho natural y reflejo de la expresión libre del pueblo, debe ser priorizado y respetado por las entidades del Estado, pues del pueblo se debe su vivencia armoniosa y justa que debe alcanzar un Estado Democrático de Derecho.

Por otro lado, cabe indicar que a mediados de los años cuarenta del siglo XX, surgió una corriente en la doctrina electoral que trataba de impulsar la autonomía del Derecho electoral. Esta propuesta fue mencionada por el jurista cubano Rafael Santos Jiménez, quien lamentaba que: *“hasta ahora no se haya considerado la autonomía del derecho electoral, que siempre se ha relegado a un plano inferior”*<sup>643</sup>; esta afirmación lo hizo con la única finalidad de fortalecer la democracia. Además justificó su postura argumentando que: *“la autonomía del Derecho Electoral resulta, realmente, factor poderoso y universal de progreso político y de bienestar colectivo ya que, al examinarse detenidamente, con rigor científico, las instituciones electorales palpan sus deficiencias, anotan los errores, ponen de manifiesto las arbitrariedades, resaltan las injusticias y, al señalarse los remedios aplicables y considerarse sus resultados positivos en otros países, se siembra en la conciencia de los pueblos el impulso necesario para adelantar por el camino del éxito”*<sup>644</sup>; para el ex magistrado del Tribunal Electoral Flavio Galván: *“el Derecho Electoral es autónomo, porque existe legislación especializada -criterio legislativo-; porque se han instituido tribunales electorales especializados -criterios jurisdiccionales-; porque, aun cuando escasa todavía, existe literatura jurídica especializada en la materia -criterio científico-, y porque en las instituciones educativas donde se imparte la profesión jurídica existen asignaturas especializadas sobre el tema. Finalmente, porque el derecho electoral ha estructurado su propio lenguaje científico (...)*<sup>645</sup>; todas estas herramientas en especialidades, son las que hacen

---

<sup>642</sup> ESCRIVÁS, RELECTURA DE LA OBRA CIENTÍFICA DE JAVIER HERVADA. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. Parte II, ... Op. Cit., p. 804.

<sup>643</sup> SANTOS JIMÉNEZ, Rafael. *Tratado de Derecho Electoral*, La Habana, 1946, p. 15.

<sup>644</sup> IBID, p. 15-16.

<sup>645</sup> GALVÁN RIVERA, Flavio. “El principio de legalidad en materia electoral” en *Tendencias Contemporáneas del Derecho Electoral en el Mundo. Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral*, Nº 25, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, 677-702, 678-679.

de alguna manera al derecho electoral independiente, porque le es propio del sistema electoral. En la actualidad, y dándole un sentido particular a la autonomía del derecho electoral, se considera al derecho electoral: *“conjunto de normas y principios que regulan el proceso electoral, compone un sistema jurídico particular (...) Las divisiones surgen como una necesidad propia de su mejor estudio, interpretación y aplicación”*<sup>646</sup>; este criterio le consagra un carácter propio a los órganos jurídicos electorales de las demás categorías del Derecho. Frente a esta posición, existen posturas que niegan la autonomía del derecho electoral pero con respecto al carácter constitucional; para el autor García Soriano, según Bancas Bustamante: *“el derecho electoral carece de autonomía respecto del derecho constitucional pues es una aplicación del mismo, el cual fija los principios que aquel debe desarrollar”*<sup>647</sup>, dado que se pueden constituir normas constitucionales para el ejercicio de la legislación. En consecuencia, creemos que el derecho electoral es autónomo por naturaleza, dada a su especialidad en todo el sistema jurídico electoral, pues mediante su conjunto de reglas sustantivas los operadores del derecho tienen el sustento jurídico para que se pueda administrar justicia electoral.

Por otro lado, en nuestro sistema jurídico electoral el derecho electoral tiene una finalidad fundamental, que es la de establecer la democracia en un Estado de Democrático de Derecho a través de los contenidos políticos fundamental que establece la Constitución. Para alcanzar esta finalidad (a nuestro criterio) se tiene que garantizar dos procesos democráticos: el primer proceso democrático, es *garantiza la participación de los ciudadanos en las elecciones a través de sus diferentes formas*, esto significa que los ciudadanos con capacidad de ejercicio pueden ejercer libremente su derecho a elegir o ser elegido en los procesos electorales, como lo establece la Constitución en el artículo 2º inciso 17<sup>648</sup> y de la misma carta magna en el artículo 31º primer párrafo<sup>649</sup>, en concordancia con las

---

<sup>646</sup> NOHLEN y SABSAY, “Derecho Electoral”, Op. Cit., p. 30.

<sup>647</sup> BLANCAS, *Derecho Electoral Peruano*, Op. Cit., p. 30.

<sup>648</sup> Que establece: *“A participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”*. Cfr. CHANAMÉ ORBE, Raúl. *La Constitución de todos los peruanos*, Lima, Fondo Editorial Cultura Peruana, 2011, p. 36.

<sup>649</sup> Que establece que: *“Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de*

leyes y normas infralegales; para el autor Garrorena Morales: *“las elecciones, más allá de la enmarañada complicación técnica que con frecuencia las recubre, son una pieza fundamental y, por lo tanto, imprescindible del sistema constitucional al que quienes vivimos en democracia solemos referir nuestra condición de hombres libres. Más aún, que la existencia de elecciones es la condición misma de nuestra libertad, ya que sin ellas todo lo demás sería simple retórica”*<sup>650</sup>; que es lo mismo decir, que el ciudadano ocupa un lugar central en los sistemas democráticos por ser partícipe de la democracia. De la misma forma, para el autor Solozábal Echavarría: *“La idea constitucional de las elecciones, lo que podríamos denominar su imagen maestra, puede establecerse, (...) considerando las exigencias expresa o implícitamente contenidas en nuestra Norma Fundamental de su celebración periódica y por sufragio universal y de su carácter libre y competitivo”*<sup>651</sup>; lo que quiere decir, que las elecciones están establecidas por la norma fundamental y considerando las exigencias la democracia participativa; un claro ejemplo son la elección periódicas de las autoridades, donde los partidos políticos conforme a lo establecido en el artículo 35<sup>652</sup> de la Constitución, muestran a sus mejores cuadros para que sean elegidos en los comicios como autoridad; bien puede ser a través de la figura del mandato o delegación de autoridad, que: *“ha de ejercerse de modo precario (...) y temporal, pues en el sistema democrático no existe legitimación <ad aeternum> o permanente, sino periódica y necesitada de renovación constante”*<sup>653</sup>; en otras palabras, se puede decir que es precario porque el representante de la voluntad popular no dispone de título propio, sino en nombre del pueblo como

---

*cuenta. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánico”*. Cfr. CHANAMÉ, *La Constitución de todos los peruanos*, Op. Cit., p. 75.

<sup>650</sup> GARRORENA MORALES, Ángel. “Reforma y rigidez de la ley electoral en las Comunidades Autónomas” en *Nuevas expectativas democráticas y elecciones*, Madrid, editorial lus-tel, 2008, 19-71, 21. Para José Ortega: *“si el régimen de comicios es acertado, si se ajusta a la realidad, todo bien; si no, aunque el resto marche ópticamente, todo va mal”*. Cfr. ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*, México, Editorial La Guillotina, 2010, p. 233.

<sup>651</sup> SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan J. “Una visión institucional del proceso electoral”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 39, 1993, 63-80, 66.

<sup>652</sup> Que establece: *“Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos políticos, movimiento o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personería jurídica (...)”*. Cfr. CHANAMÉ, *La Constitución de todos los peruanos*, Op. Cit., p. 80.

<sup>653</sup> SOLOZÁBAL, “Una visión institucional del proceso electoral”, Op. Cit., p. 66.

verdadero dueño del título; y es temporal porque cada cierto tiempo y por democracia se debe elige nuevas autoridades.

El segundo proceso democrático (que sirve para alcanzar los contenidos políticos y democracia en el Estado de Democrático de Derecho), es *regular y fiscalizar la participación de los ciudadanos a través de los órganos autónomos electorales* (administrativos y jurisdiccionales); esto significa que las elecciones tienen un carácter meramente instrumental, puesto que *“no son un fin en sí misma”*<sup>654</sup> sino un procedimiento provisional que legitima la voluntad popular en los comicios. De esta manera, *“la salud de las democracias, cualquiera que sean su tipo y su grado, depende de un misterio detalle técnico: el procedimiento electoral (...)”*<sup>655</sup>; que es regulado y calificado por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), y fiscalizado o sometido a la jurisdicción electoral por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE). En consecuencia, si las elecciones son un elemento legitimador del ejercicio de dicho poder, cuya *“legitimidad se produce a través del mecanismo de la representación política, que ejercen aquellos que han sido elegidos por los ciudadanos, pues es una exigencia básica del Estado democrático que el poder político sea un fiel reflejo de la voluntad popular libremente expresada”*<sup>656</sup>; y que los órganos autónomos electorales cumplan un papel fundamental que garanticen la representación política y que proclamen a las futuras autoridades.

En fin, el derecho electoral: *“(...) configura el carácter democrático del Estado tanto como determina el grado de legitimidad que alcanzan los órganos constitucionales y las instituciones políticas de carácter representativo que lo integran”*<sup>657</sup>. Asimismo, la participación política al ser el nexo que une al ciudadano con el Estado, es el procedimiento central democrático que legitima los derechos políticos y la representación de los ciudadanos. Además podemos indicar que los órganos que

---

<sup>654</sup> TORRES DEL MORAL, Antonio. “La reforma del sistema electoral a la cuadratura del círculo”, *Revista de Derecho Político*, Nº 74, enero-abril 2009, 49-111, 55.

<sup>655</sup> ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, Op. Cit., p. 233.

<sup>656</sup> OLIVER ARAUJO, Joan. *Los sistemas electorales autónomos*, primera edición, Catalunya, Generalitat de Catalunya. Departamento de Governació, i Relacions Institucionals, Institut d’Estudis Autònoms, 2011, p. 24; TORRES DEL MORAL, Antonio. “Democracia y representación en los orígenes del Estado constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Nº 203, 1975, 145-212.

<sup>657</sup> GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Juan C. *Derecho Electoral Español. Normas y procedimiento*, Madrid, Editorial Técnos, p. 19

están involucrados en los procesos electorales son: *“el elemento nuclear y básico de la democracia representativa, ya que su configuración racional es decisiva para el funcionamiento del sistema democrático”*<sup>658</sup>; de ahí que depende de la capacidad del sistema electoral y su arquitectura normativa que garantice representación política en la sociedad; y si esto no ocurriera, si el sistema electoral no funciona de forma correcta la propia democracia acabaría siendo cuestionada.

Ahora bien, un segundo tema esencial del presente trabajo es determinar que es la justicia electoral, su sistema de justicia, y cuáles son los organismos jurisdiccionales que se encargan por su respeto; puesto que es la justicia electoral la garante de juridicidad, equidad, gobernabilidad y de libertades políticas<sup>659</sup>, cuyo ejercicio dirime los conflictos surgidos antes, durante y después de las elecciones, en relación a las sugerencias populares. Primer punto ¿Qué es la justicia electoral? para IDEA Internacional la justicia electoral significa: *“garantizar que todos los procedimientos y resoluciones relacionados con el proceso electoral se ajusten a lo previsto en el derecho (la constitución, la ley, los instrumentos o tratados internacionales y demás normatividad vigente en un país), así como proteger o restaurar el goce de los derechos electorales, habilitando a toda persona que considera que alguno de sus derechos electorales le ha sido violado para presentar una impugnación, ser oída y que tal impugnación sea resuelta”*<sup>660</sup>; en otras palabras, el propósito de la justicia electoral es proteger la autenticidad del “derecho” por medio del control de normas jurídicas, garantizando los derechos políticos y la democracia representativa, así como el de dar *“a quienes consideren que sus derechos electorales han sido vulnerados, la posibilidad de introducir una queja y obtener una audiencia y una adjudicación”*<sup>661</sup>, por parte de los organismos correspondientes. Otro concepto muy

---

<sup>658</sup> GAVARA DE CARA, Juan C. y VALLÈS VIVES, Francesc. *Los regímenes electorales territoriales en los Estados compuestos. Alemania, Estados Unidos e Italia*, primera edición, Madrid, Editorial Congreso de los Diputados, 2007, p. 424.

<sup>659</sup> TÉLLEZ YÁÑEZ, Mariana. “La justicia electoral en el estado de Nuevo León desde una perspectiva ciudadana”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Vol. 1, N° 10, Julio-diciembre 2012, 421-460, 435.

<sup>660</sup> INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA DEMOCRACIA Y LA ASISTENCIA ELECTORAL Y OTROS. *Justicia electoral: El manual de IDEA Internacional*, traducido por Jesús Orozco-Henríquez y Ana Victoria Soto, Suecia, IDEA Internacional, TEPJF, UNAM, 2010, p. 9.

<sup>661</sup> INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA DEMOCRACIA Y LA ASISTENCIA ELECTORAL. *Justicia electoral: Una introducción al manual de IDEA Internacional*, Suecia, IDEA Internacional, 2011, p. 40.

acertado de justicia electoral es la que proporciona Marina Téllez, quien menciona que: *“la justicia electoral es básicamente el respeto a las reglas, normas o leyes que regulan jurídicamente el proceso electoral”*<sup>662</sup>, menciona además que: *“estas normas no solamente tienen que ver con el voto y los resultados electorales, sino con un tiempo anterior a las elecciones, el periodo de campaña electorales, en el que debe haber igualdad de oportunidades para todos los participantes, igualdad de derechos, etcétera”*<sup>663</sup>, por lo que este cumplimiento denotaría un cierto grado de estabilidad y legitimidad democrática. En síntesis, la justicia electoral siempre va ser imprescindible para la existencia de un Derecho Electoral, pues sin garantía jurídica no existe Derecho en sentido propio; la justicia electoral *“representa la garantía final del cumplimiento del principio de elecciones (y referendos) libres, justas y auténticas, de acuerdo con lo establecido en el derecho electoral”*<sup>664</sup>; para proteger la estabilidad del sistema electoral y cumplimiento fiel del ordenamiento jurídico, contribuyendo a la gobernabilidad democrática en base a la justicia.

Los desafíos que debe afrontar en la actualidad la justicia electoral, según Dieter Nohlen, son cuatro: la judicialización de la política; la negación de reconocer la labor imparcial y profesional de la justicia electoral; la politización de la justicia electoral; y por último, la subordinación de la justicia al poder político<sup>665</sup>; es decir, el primero desafío, es superar los obstáculos que colocan los actores políticos en su camino, al deslegitimar su buen desempeño en los procesos electorales e involucrando a la justicia ordinaria como si fuera parte del sistema electoral; el segundo desafío, es que los partícipes de los comicios deben aceptar los resultados como legítimo y aceptar el voto popular; el tercer desafío, aclarar los sufragantes y a la opinión pública que las resoluciones emitidas por los diversos jurados electorales no son objeto de contenidas política, ni partidarias; y cuarto desafío, es afirmar la necesaria independencia institucional de los órganos electorales frente al poder político, para

---

<sup>662</sup> TÉLLEZ, “La justicia electoral en el estado de Nuevo León desde una perspectiva ciudadana”, Op. Cit., p. 445.

<sup>663</sup> TÉLLEZ, “La justicia electoral en el estado de Nuevo León desde una perspectiva ciudadana”, Op. Cit., p. 445.

<sup>664</sup> INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA DEMOCRACIA Y LA ASISTENCIA ELECTORAL Y OTROS. *Justicia electoral: El manual de IDEA Internacional*, Op. Cit., p. 2.

<sup>665</sup> NOHLEN, Dieter. “Justicia electoral y sus desafíos actuales en América Latina” en *Estudios de Justicia Electoral*, Quito, Editorial Tribunal Contencioso Electoral, 2009, 23-38, 37.

seguir logran un buen desempeño positivo en las instituciones administrativas y jurisdiccionales.

El segundo punto ¿Qué es el sistema de justicia electoral (o SJE)? *“es el diseño constitucional, legal e institucional en materia electoral de un determinado país (que) requiere de un enfoque integral y omnicompreensivo”*<sup>666</sup>, como componentes para su efectividad, eficacia y sostenibilidad. Este tipo de diseño está influido por un contexto histórico, social-cultural y político, que permite la creación de un adecuado: marco jurídico constitucional y legal, un sistema de partidos políticos, un sistema electoral, y una apropiada cultura política; es más el diseño debe influir a que los participantes tengan buenas actuaciones en los procesos electorales. Ahora bien, qué pasa si estuviéramos en un proceso electoral con un marco legal inapropiado, sin principios y sin valores democráticos, y que los comicios no está bien organizado o carece de mecanismos del sistema de justicia electoral. En este caso: *“un sistema de justicia electoral no solo debe funcionar eficientemente, en un sentido técnico, sino con eficacia, es decir, con independencia e imparcialidad y debe promover la justicia, así como la transparencia, accesibilidad, inclusión e igualdad de oportunidades. Asimismo, debe de proyectarse la imagen de que efectivamente funciona bien, de modo que toda persona interesada lo perciba como un sistema sólido. Solo así cumplirá con su finalidad de otorgar credibilidad y legitimidad democrática a los procedimientos electorales y sus resultados”*<sup>667</sup>. Si un buen diseño alcanza buenos resultados, es porque cuenta con los mecanismos necesarios para que se pueda prevenir e identificar los vacíos e irregularidades del diseño electoral; además que por iniciativa propia se planteen las reformas correspondientes para corregirlas. Por lo tanto, en el sistema de justicia electoral no solo es importante el fiel cumplimiento de las reglas sino también el diseño del sistema electoral democrático, dado que refleja la transparencia, equidad, igualdad

---

<sup>666</sup> INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA DEMOCRACIA Y LA ASISTENCIA ELECTORAL Y OTROS. *Justicia electoral: El manual de IDEA Internacional*, Op. Cit., p. 4. Para IDEA Internacional significa un *“conjunto de medios y mecanismos establecidos en un determinado país (algunas veces en cierta comunidad local e incluso, en un contexto regional o internacional) para garantizar que todos los actos, procedimientos y resoluciones electorales cumplan con lo previsto en el orden jurídico, así como proteger o restaurar el disfrute de los derechos electorales”*. IBID, 9-10.

<sup>667</sup> INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA DEMOCRACIA Y LA ASISTENCIA ELECTORAL Y OTROS. *Justicia electoral: El manual de IDEA Internacional*, Op. Cit., p. 4.

y libertades, del derecho a la participación política; sin estos todos estos elementos no tendríamos sentido de hablar de justicia o derecho por ser etiquetas vacías.

En nuestro sistema de justicia electoral, actualmente no existe un Código electoral que recoja el conjunto de garantías procesales para el desarrollo de las elecciones u otro tipo de consulta popular<sup>668</sup>, solo existen normas contenidas en las leyes y normas infralegales que independizan en buen funcionamiento institucional de régimen electoral (cuestión aparte de lo que instituye la constitución y los tratados internacionales). Por una parte, con referencia a las leyes encontramos: la Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859), la Ley de Elecciones Regionales (Ley N° 27683), la Ley de Elecciones Municipales (Ley N° 26864), Ley de Elecciones de Autoridades de Municipalidades de Centros Poblados (Ley N° 28440), la Ley de Elecciones de Representantes ante el Parlamento Andino (Ley N° 28360), la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (Ley N°26300), la Ley de Partidos Políticos (Ley N° 28094), la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (Ley N° 26486), la Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (Ley N° 26487), la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado civil (Ley N° 26497). Y por otra parte, con referencia a las normas infralegales podemos encontrar: al Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas (Resolución N° 0208-2015-JNE), el Recurso Extraordinario por afectación al Debido Proceso y a la Tutela Procesal Efectiva (Resolución N° 306-2005-JNE), el Reglamento para la Preservación de las Garantías, Independencia y Funcionamiento de los Jurados Electorales Especiales en los Procesos Electorales (Resolución N° 316-2005-JNE), entre otros reglamentos internos. Mediante estas disposiciones, de algún modo las autoridades electorales (tanto administrativas como jurisdiccionales) garantizan los derechos políticos de todos los ciudadanos, independientemente de las normas que existen en resto de ámbitos del derecho, sea civil, penal, administrativa e incluso constitucional.

Y último, el tercer punto ¿Cuáles es el organismo jurisdiccional que imparten justicia en materia electoral? Si bien es cierto, la justicia electoral es uno de los factor

---

<sup>668</sup> Solo existen un proyecto de ley que ha sido presentado dos veces ante el Congreso de la Republica: que es Proyecto de Ley N° 1313/2016-JNE.

necesario que proteja la legalidad, legitimidad y estabilidad entre el Estado democrático y los ciudadanos<sup>669</sup>, para poder satisfacer el principio constitucional de participación política; es necesario que el sistema de justicia electoral cuente con organismos especializados en la materia, y que actúen bajo la Constitución, la ley y resto de disposiciones, para que se respire un ambiente de tranquilidad jurídica. En la historia se registra que *“a partir del segundo decenio del siglo XX se inició en Latinoamérica un proceso de creación de organismos electorales especializados y –por lo menos teóricamente- independientes. El ánimo que promovió este proceso fue brindar transparencia a las contiendas electorales, como condición necesaria para el establecimiento de la democracia”*<sup>670</sup>; asimismo, *“la existencia de este tipo de tribunales electorales se ha traducido -en mayor o menor medida- en un factor importante para los procesos de redemocratización, transición y consolidación democrática en varios de los países de la región, pudiéndose considerar como una de las aportaciones más importantes de América Latina a la ciencia política y al derecho electoral”*<sup>671</sup>. Generalmente estos tipos de organismos electorales son autónomos de los tradicionales poderes del Estado, pero son considerados por más de algún jurista como el cuarto poder del Estado o poder Electoral; en cambio en otros casos constituyen una rama especializada adentro del poder Judicial. Estos tipos de organismos especializados con funciones jurisdiccionales principalmente están previstos en las Constituciones de cada Estado, y son llamados usualmente *“tribunales (corte, jurado, cámara, junta, y consejo supremo) electorales”*<sup>672</sup>; como también cuentan con órganos electorales que tienen funciones administrativas que se encargan de la organización de las elecciones, y como también cuentan con órganos electorales con funciones jurisdiccionales que se encargan de resolver los

---

<sup>669</sup> TÉLLEZ, “La justicia electoral en el estado de Nuevo León desde una perspectiva ciudadana”, Op. Cit., p. 432.

<sup>670</sup> JARAMILLO, Juan “Los Organismos electorales supremos” en *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*, 2ª edición, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International Idea, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Fondo de Cultura Económica, 2007, 371-587, 410.

<sup>671</sup> OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. “Nuevas tendencias de la justicia electoral en Iberoamérica” en *Memoria del siglo X congreso Iberoamericano de Derecho constitucional*, Tomo I, primera edición, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Maestría en Derecho Constitucional PUCP, IDEMSA, 2009, 347-366, 348.

<sup>672</sup> IBID, p. 348.

conflictos electorales como mecanismo derivados de la inobservancia o violación de las normas electorales.

Si bien es cierto, los órganos jurisdiccionales especializados son los que resuelven las impugnaciones en contra de los actos vinculados con los procesos electorales; sus resoluciones deberán ser resueltas conforme al derecho y a la justicia electoral, que podría traducirse como *“la institucionalidad, profesionalidad, imparcialidad y postura en general, con las que las instituciones y funcionarios, encargados de garantizar las elecciones libres y honestas, implantan la justicia electoral, acorde con su concepto normativo (...)”*<sup>673</sup>, asegurando los procesos democráticos en tiempos de transición y consolidación, e implantando asimismo las bases de una democracia establecida o madura. Del mismo modo, cabe mencionar que cuando se hable de impugnaciones electorales *“no deben percibirse como un reflejo de la debilidad de un sistema político no como síntoma de procedimientos electorales deficientes o manipulados sino como una prueba de la fortaleza, vitalidad y apertura del sistema y de los procedimientos”*<sup>674</sup>. Existen dos mecanismos formales para la resolución de conflictos, la primera es de carácter correctivo y la segunda es de carácter punitivo, la distinción son las siguientes: *“los medios de impugnación electoral (...) son correctivos, ya que anulan, modifican o reconocen la comisión de una irregularidad y, en su caso, protegen o restauran el disfrute de los derechos electorales. Los mecanismos punitivos imponen una sanción a la persona o entidad responsable de que se haya cometido una irregularidad, por ejemplos, a través de procedimientos para asignar las responsabilidades administrativas y penales electorales (...)”*<sup>675</sup>. La accesibilidad a estos tipos de mecanismos de impugnación, permite a que todo ciudadano acceda a la justicia, pues también tiene la opción de

---

<sup>673</sup> NOHLEN, “Justicia electoral y sus desafíos actuales en América Latina”, Op. Cit., p. 24.

<sup>674</sup> INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA DEMOCRACIA Y LA ASISTENCIA ELECTORAL Y OTROS. *Justicia electoral: El manual de IDEA Internacional*, Op. Cit., p. 3.

<sup>675</sup> INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA DEMOCRACIA Y LA ASISTENCIA ELECTORAL Y OTROS. *Justicia electoral: El manual de IDEA Internacional*, Op. Cit., p. 10. Por otra parte, para Jesús Orozco Henríquez, la justicia electoral en sentido técnico o estricto son: *“los diversos medios jurídicos-técnicos de impugnación o control (juicios, recursos o reclamaciones) de los actos y procedimientos electorales, ya sea que se sustancien un órgano de naturaleza administrativa, jurisdiccional y/o política, para garantizar la regularidad de las elecciones y que las mismas se ajusten a derecho”*. Cfr. OROZCO HERNÁNDEZ, Jesús. “Sistema de Justicia electoral: en el derecho comparado” en *Sistemas de Justicia Electoral: Evaluación y Perspectiva*, primera edición, México, IFE, PNUD, UNAM, IIJ, IFES, IDEA Internacional y TEPJF, 2001, 45-58, 45.

impugnar las resoluciones del órgano jurisdiccional y llevarlos al máximo tribunal electoral (o como se denomine el órgano electoral de cada país).

En el Perú el órgano jurisdiccional que administra justicia en materia electoral es el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, como lo establece la Constitución política en su artículo 181<sup>676</sup>. Pero esta facultad no siempre lo ha tenido el JNE, pues a lo largo de nuestra historia republicana se iniciaron con las llamadas juntas electorales provinciales, después “recién a finales del siglo XIX se centraliza esa función en la Junta Electoral Nacional (1896) y, posteriormente, en 1931 con la creación del Jurado Nacional de Elecciones”<sup>677</sup>. Esta reforma era necesaria, dado a que los países Latinoamericanos siempre se han caracterizado por la afectación de fraudes electorales, ya sean en las urnas o por los propios tribunales electorales. En ese sentido, vale destacar las reformas que dejaron los funcionarios para exigir que se impartiera justicia en materia electoral, y que hoy estemos hablando que existe más confianza en la justicia electoral que en la justicia ordinaria.

### **3.2.2.- Los órganos electorales y el “criterio de conciencia” de los magistrados.**

En nuestro sistema electoral peruano existen los organismos autónomos que tienen la función exclusiva de llevar a cabo los procesos electorales, con la neutralidad requerida y siendo cautelosos al fraude electoral. El modelo que adopta el Perú es del “*dualismo institucional*”<sup>678</sup>, que se caracteriza por separar: por un lado, las funciones de organizar, realizar y ejecutar el proceso electoral; y por otro lado, las de conocer y resolver los conflictos electorales. En el sistema jurídico electoral peruano: *“el modelo <dualista> es el que implantó entre nosotros la actual Constitución al crear la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), como ente a quien encomienda organizar y llevar a cabo los procesos electorales y,*

---

<sup>676</sup> Que establece que: “El pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”. Cfr. CHANAMÉ, *La Constitución de todos los peruanos*, Op. Cit., p. 280.

<sup>677</sup> TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. *Reforma Política en Perú* [ubicado el 22.VIII 2018]. Obtenido en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2527/21.pdf>, p. 845.

<sup>678</sup> BLANCAS, *Derecho Electoral Peruano*, Op. Cit., p. 277.

*consiguientemente, delimitar la competencia del Jurado Nacional de Elecciones circunscribiéndola a la justicia electoral, con excepción de la función de llevar el Registro de Partidos Políticos*<sup>679</sup>; según lo dispuesto en el artículo 177<sup>680</sup> de la Constitución. Dentro del modelo dualista, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), ocupa una actividad accesorio en los procesos electorales, esto debido a que la entidad institucional solo crea y actualiza constantemente el registro de las personas habilitantes para participar en el derecho de sufragio; a diferencia de las actividades que cumple la ONPE y el JNE. En consecuencia: *“las razones que abonan a favor del dualismo descansan, básicamente, en el criterio de especialización, el cual recomienda distinguir entre funciones predominantemente administrativas, de carácter organizativo y operativo, destinadas a garantizar, de modo efectivo, el acto de sufragio y el de escrutinio, de aquellas funciones esencialmente jurisdiccionales, en ejercicio de las cuales se resuelven los conflictos jurídicos-electorales*<sup>681</sup>, conservando cada uno su competencia y naturaleza en los procesos electorales; aunque en algunas circunstancias el Jurado Nacional de Elecciones toma un función administrativa que jurisdiccional como en el caso de la inscripción de candidatos en comicios.

Cuando hablamos de la Oficina Nacional de Procesos Electorales nos hacemos referencia al: *“organismo autónomo que cuenta con personería jurídica de derecho público interno y que goza de atribuciones en materia técnica, administrativa, económica y financiera*<sup>682</sup>, asimismo también de ser: *“la autoridad máxima en la organización y ejecución de los procesos electorales, de referéndum u otras*

---

<sup>679</sup> BLANCAS, *Derecho Electoral Peruano*, Op. Cit., p. 278; Otro autor que hace referencia a nuestro sistema electoral en: TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. *Reforma Política en Perú* [ubicado el 22.VIII 2018]. Obtenido en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2527/21.pdf>, p. 846.

<sup>680</sup> Que establece que: *“el sistema electoral está conformado por el Jurado Nacional de Elecciones; la oficina Nacional de Procesos Electorales; y el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil. Actúan con autonomía y mantienen entre si relaciones de coordinación, de acuerdo con sus atribuciones”*. Cfr. CHANAMÉ, *La Constitución de todos los peruanos*, Op. Cit., p. 275.

<sup>681</sup> BLANCAS, *Derecho Electoral Peruano*, Op. Cit., p. 282. Agrega el autor que: *“La diferencia de funciones determina, igualmente, la selección de personas con formación profesional distinta para conformar cada uno de esos organismos, pues resulta evidente que los miembros del JNE deben poseer conocimientos jurídicos y procesales que los califiquen para resolver conflictos de derechos, mientras que la ONPE requerirá autoridades y funcionarios versados en disciplinas próximas a la función que esta entidad debe realizar”*. Cfr. BLANCAS, *Derecho Electoral Peruano*, Op. Cit., p. 283.

<sup>682</sup> Artículo 1º segundo verso de la Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (Ley N° 26487).

*consultas populares*<sup>683</sup>; como son las elecciones periódicas (que se realizan cada cinco años) para elegir al presidente de la república, congresistas, y representantes del parlamento andino; entre otros. Todas estas elecciones y consultas populares de conformidad con el artículo 182º segundo párrafo<sup>684</sup> de la Constitución Política y de la Ley Orgánica de la ONPE (Ley N° 26487). Sus principales funciones y estructura la podemos encontrar en la misma Ley.

Cuando hablamos del Jurado Nacional de Elecciones nos hacemos referencia al: *“organismo autónomo que cuenta con personería jurídica de derecho público encargado de administrar justicia en materia electoral (...)”*<sup>685</sup>; cuyo fin supremo es: *“velar por el respeto y cumplimiento de la voluntad manifestada en los procesos electorales”*<sup>686</sup>. El JNE está conformado por un órgano colegiado o Pleno, que está integrado por cinco miembros según el artículo 279º<sup>687</sup> de la Constitución; desde su creación ha sido el único organismo que imparte justicia en materia electoral, pues es el Pleno en última instancia, el encargado de garantizar el libre ejercicio de la participación democrática de los ciudadanos; entre sus principales funciones por lo dispuesto en el artículo 178º de la Constitución política es: *“1) fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales (...); 2) mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas; 3) velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones sobre materia electoral; 4) administrar justicia en materia electoral; 5) proclamar a los candidatos elegidos (...)”*<sup>688</sup>. Asimismo el tribunal constitucional ha establecido que estas funciones pueden estar separadas en dos grupos: por un lado, los incisos

---

<sup>683</sup> Artículo 1º primer verso de la Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (Ley N° 26487).

<sup>684</sup> Que establece que: *“Le corresponde organizar todos los procesos electorales, de referéndum y los de otros tipos de consulta popular, incluido su presupuesto, así como la elaboración y el diseño de la cedula de sufragio. Le corresponde asimismo la entrega de actas y demás material necesario para los escrutinios y la difusión de sus resultados (...). Ejerce las demás funciones que la ley le señale”*. Cfr. CHANAMÉ, *La Constitución de todos los peruanos*, Op. Cit., p. 281.

<sup>685</sup> Artículo 1º de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (Ley N° 26486).

<sup>686</sup> Artículo 2º de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, (Ley N° 26486).

<sup>687</sup> Un representante de la Corte Superior de Justicia quien preside el pleno; un representante de la Junta de Fiscales Superiores; un representante del Colegio de Abogados de Lima; un representante de las facultades de Derecho de las universidades públicas, y otro por las universidades privadas; los cinco integrantes del pleno son elegidos por un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelegidos. Cfr. CHANAMÉ, *La Constitución de todos los peruanos*, Op. Cit., p. 277.

<sup>688</sup> CHANAMÉ, *La Constitución de todos los peruanos*, Op. Cit., p. 276.

1 y 3 son funciones administrativas de carácter indirecto o de supervisión; por otro lado, los incisos 2 y 5 son funciones de carácter ejecutivo; y para nosotros, el inciso 4 estaría en la única función jurisdiccional.

Otra de las principales funciones que cumple el JNE en los procesos electorales (y que son figuras jurídicas de mucha relevancia para el desarrollo la situación jurídica del partido político Todos por el Perú y la candidatura del Sr. Julio Guzmán Cáceres en el presente trabajo), es la de resolver impugnaciones contra los candidatos que participan en las elecciones: como es en el caso de la figura jurídica de la “*tacha*”<sup>689</sup> de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5º párrafo “t”<sup>690</sup> de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (Ley N° 26486) y del artículo 110<sup>691</sup> de la Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859); así también como en el caso de la figura jurídica de la “*exclusión*”<sup>692</sup> regulado en el artículo 39º inciso 39.1<sup>693</sup> y siguientes de la Resolución N° 0082-2018-JNE. Ambas figuras deberán ser resueltas en primera instancia por el Jurado Electoral Especial (JEE), y en última instancia por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), de acuerdo a lo establecido en el artículo 321<sup>694</sup> de la Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859). Además, ambos pronunciamientos tanto del JEE y del Pleno del JNE, por tener las mismas atribuciones y funciones

---

<sup>689</sup> Que significa: “*Cuestionamiento por escrito que formula cualquier ciudadano inscrito ante el Reniec y con sus derechos vigentes, en contra de la lista o cualquiera de los candidatos a cargos municipales, presentadas por las organizaciones políticas ante el JEE*”. Cfr. Párrafo “aa” del artículo 5º de la Resolución N° 0082-2018-JNE.

<sup>690</sup> Que establece que tiene que: “*Resolver, en última instancia, las tachas contra la inscripción de candidatos u opciones*”. Cfr. Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (Ley N° 26486).

<sup>691</sup> Que establece que: “*Dentro de los (2) días naturales siguientes a la publicación a que se refiere el artículo anterior, cualquier ciudadano inscrito, y con sus derechos vigentes (...), puede formular tacha contra cualquiera de los candidatos, fundada sólo en la infracción de los artículos 106, 107 y 108 de la presente Ley. La tacha es resuelta por el Jurado Nacional de Elecciones dentro del término de tres (3) días naturales. (...) De declararse fundada una tacha, las organizaciones políticas podrán reemplazar al candidato tachado, siempre que dicho remplazo no exceda del plazo establecido en el artículo anterior*”. Cfr. Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859). Asimismo, en concordancia con lo establecido en los artículos 120º y 123 de la presente ley.

<sup>692</sup> Que significa: “*Procedimiento de oficio mediante el cual se determina que una o más candidaturas sean apartadas del proceso electoral por alguna de las causales establecida en el presente reglamento*”. Cfr. Párrafo “i” del artículo 5º de la Resolución N° 0082-JNE.

<sup>693</sup> Que establece que: “*El JEE dispone de la exclusión de un candidato hasta treinta (30) días calendario antes de la fecha fijada para las elección, cuando advierta la omisión de la información prevista en los numerales 5, 6 y 8 del párrafo 23.3 del artículo 23 de la LOP o la incorporación de información falsa en la Declaración Jurada de Hoja de Vida*”. Cfr. Resolución N° 0082-JNE.

<sup>694</sup> Que establece que: “*En forma inmediata y en periodo no mayor de tres días desde el momento de su recepción, el Jurado Nacional de Elecciones procede, en sesiones públicas, a resolver los recursos de nulidad o apelación interpuestos ante los Jurados Electorales Especiales o ante el propio Jurado Nacional de Elecciones*”. Cfr. Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859).

que le atribuye los artículos 35<sup>695</sup> y 36<sup>o</sup> de la LO-JNE, deberán: “*aprecia(r) los hechos con criterio de conciencia*”<sup>696</sup>, así como de “*resolver con arreglo a ley y los principios generales de derecho*”<sup>697</sup>, según lo establecido por el artículo 181<sup>o</sup> de la Constitución, y en el artículo 23<sup>o</sup> de la LO-JNE (Ley N<sup>o</sup> 26486). Esto significaría que las decisiones tomadas por los organismos jurisdiccionales electorales: en primer lugar, deben ser a criterio de conciencia; y en segundo lugar, con arreglo a la ley y a los principios del derecho. Para nosotros este criterio recogido en el primer verso de la Constitución y la LO-JNE, es algo muy discutible y podría decirse hasta peligroso para la administración de justicia en materia electoral; debido a que coloca la labor del magistrado en una posición relativa al momento de resolver o “apreciar los hechos a criterio de conciencia”; y podríamos indicarlo por dos razones: la primera, por tener un defecto en su significado; y la segunda, por tener un defecto en su interpretación. Estas razones son sustentadas a continuación:

Por un lado, ¿Por qué decimos que tiene un defecto en su significado? porque si empezamos analizar el primer verso del artículo 181<sup>o</sup> de la Constitución política: “*aprecia los hechos con criterio de conciencia*”<sup>698</sup>; podemos apreciar que no tiene un solo significado sino dos criterios muy opuestos en la norma. Para entender lo que acabamos de decir, haremos las siguientes distinciones. Primero, ¿qué es el criterio de conciencia? En nuestro sistema jurídico electoral peruano, el criterio de conciencia no tiene un significado, ni en la ley y ni la jurisprudencia electoral; es más, *no existen parámetros* cuándo se está ante un criterio de conciencia, por lo que sólo los magistrados recurren a su “propia conciencia”, “percepción”, o “conocimiento” para resolver los casos electorales. Si bien es cierto, la conciencia o conocimiento<sup>699</sup> es uno de los bienes humanos básicos de la naturaleza humana que es aceptado de manera universal, y por lo tanto, constituye un valor irreductible

---

<sup>695</sup> Que establece que: “A efecto de la normatividad que rige a los Jurados Electorales Especiales, se aplicarán las mismas reglas que rigen para el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en lo concerniente a obligaciones, impedimentos, quórum, sesiones, acuerdos, fallos, deliberaciones, nulidades y votaciones”. Cfr. Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (Ley N<sup>o</sup> 26486).

<sup>696</sup> CHANAMÉ, *La Constitución de todos los peruanos*, Op. Cit., p. 280. Primer verso del artículo 181<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú.

<sup>697</sup> CHANAMÉ, *La Constitución de todos los peruanos*, Op. Cit., p. 280. Segundo verso del artículo 181<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú.

<sup>698</sup> CHANAMÉ, *La Constitución de todos los peruanos*, Op. Cit., p. 280. Primer verso del artículo 181<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú.

<sup>699</sup> FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit., p. 117-121.

del hombre, pues esta debe ser dirigida o formada en una especialidad para tomar buenas decisiones. Pero en el presente caso, no ocurre eso, el verso de la norma no se dirige a nada, sino más bien es muy general y ambigua que se presta para muchos significados; entre uno de ellos podría significar que actuar con conciencia es actuar con “moralidad”, es decir, que podríamos moralizar el derecho en los casos electorales, para buscar una solución; el cual sería muy peligroso porque estaríamos entrando a una de las entidades del neoconstitucionalismo que traería consecuencias negativas. Segundo, ¿qué debe entenderse por apreciar los hechos? Apreciar los “hechos” o las circunstancias del caso, ocurre cuando uno evalúa o valora el ambiente donde sucede algún hecho social, político, jurídico, etc., y tomar una posición sobre el caso, es decir, calificar los hechos entorno a nuestra percepción; pero el defecto que ocurre aquí, es que la Constitución propone al magistrado a calificar los problemas electorales *sobre la base de los hechos* y no sobre la base del derecho electorales, es decir, el magistrado van a preferir los hechos en vez del Derecho. Posición muy discutida que ponen en peligro la labor del magistrado cuando administra justicia en materia electoral. Son estas razones, lo que nos motiva a expresar, que el primer verso de la norma constitucional tiene un defecto en su significado, porque en lugar de darnos un claro significado, obtenemos dos perspectivas desconectadas que llevan al magistrado a colocarse en una posición ambigua, y ser influenciado por el neoconstitucionalismo.

Por otro lado, ¿Por qué decimos que tiene un defecto en su interpretación? Porque el magistrado electoral está sometido a interpretar de conformidad con lo que indica la norma constitucional, aunque esté sujeta a diversas ambigüedades. En el caso de la competencia del Jurado Nacional de Elecciones como órgano de segunda instancia<sup>700</sup>; interpretar conforme a lo que establece la Constitución: “apreciar los hechos con criterio de conciencia”, nos lleva a diferenciar dos tipos de escenarios: por un lado, interpretar la norma objetivamente, y por otro lado, interpretar la norma

---

<sup>700</sup> Según el artículo 34 de la Ley Orgánica de Elecciones, que establece: “*El Jurado Nacional de Elecciones resuelve, en instancia definitiva, los recursos que interpongan contra las resoluciones expedidas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en cuanto tales se refieran a asuntos electorales, de referéndum u otros tipo de consultas populares. Resolver también las apelaciones o los recursos de nulidad que se interpongan contra las resoluciones de los Jurados Electorales Especiales*”.

subjetivamente. Pero nuestro lector se preguntará ¿Por qué se interpretaría de manera subjetiva? ¿Acaso los magistrados del JNE no son objetivos al momento de resolver los caso? ¿Están facultados para hacer ese tipo de interpretación? debemos decirle que sí, porque la Constitución se lo permite, el magistrado puede apartarse del derecho y resolver el problema haciéndole caso a su conciencia, pues esta, no será objeto de explicación ni de cuestionamiento; en otras palabras, el magistrado tiene un margen de discrecionalidad que al fin de cuenta no es la norma o la ley la que prevalece sino la conciencia del magistrado su condición subjetiva. Ahora bien, nuestro lector se preguntará: si el magistrado electoral pasa de hacer una interpretación subjetiva al de realizar una interpretación objetivo ¿Entonces se interpretará conforme a la ley y al Derecho? pues debemos de decirle que es una respuesta relativa, porque va depender de “la posición” donde se coloque el magistrado; puede optar una interpretación subsuntiva, es decir, de subsumir la norma electoral al caso en concreto; o puede optar una interpretación ponderativa, es decir, de ponderar directamente derechos o normas subjetivas que establece la constitución al caso en concreto. Esta última opción, es una posición muy peligrosa para la justicia ordinaria (como se explicó en el capítulo anterior) como también para la justicia electoral, por no corresponderle a la propia naturaleza del sistema jurídico electoral; de manera que, realizar interpretaciones objetiva de la conciencia también acarra consecuencias subjetivas. Por otro lado, el segundo escenario que lleva al pleno del JNE a interpretar conforme a lo que establece la constitución de “apreciar los hechos con criterio de conciencia”, conlleva a que el magistrado solo aprecie hechos y no al Derecho, a valorar las circunstancias de los casos y no lo que establece la ley, la norma o la jurisprudencia; el magistrado es el sabio de los hechos porque su conciencia se lo dice, más no es sabio en el Derecho porque su constitución se lo impide. En ese sentido, creemos que lo establecido en el artículo 181º de la Constitución debe ser objeto de aclaración por el mismo JNE, ya sea mediante la jurisprudencia o mediante reforma constitucional; porque si se sigue interpretando “a criterio de conciencia o apreciando los hechos”, no existiría límite alguno a la discrecionalidad judicial.

En el caso de la competencia del Jurado Electoral Especial como órgano de primera instancia<sup>701</sup>; interpretar conforme a lo que establece la Constitución: “apreciar los hechos con criterio de conciencia”, nos lleva a diferenciar dos tipos de escenarios (como en el JNE), pero con distintos personajes. Nuestro lector se preguntará ¿Por decimos qué son personajes distintos? Porque es un jurado de carácter temporal<sup>702</sup> en base a la participación popular, cuya integración es por un juez (abogado) y dos ciudadanos (que no son abogados); según el artículo 45° de la LOE establece que: *“Los Jurados Electorales Especiales están constituidos por (3) miembros: a) Un (1) miembro nombrado por la Corte Superior (...); b) Dos (2) miembros designados por el Jurado Nacional de Elecciones mediante sorteo en acto público de una lista de veinticinco (25) ciudadanos que residan en la sede del Jurado Electoral Especial (...)”*<sup>703</sup>; en ese sentido, estaremos hablando dos personajes distintos por no tener la misma condición profesional de ser abogados. Volviendo como iniciamos, para el JEE existen dos tipos de escenario al interpretar el primer verso del artículo 181° de la Constitución: por un lado, interpretar la norma objetivamente, y por otro lado, interpretar la norma subjetivamente. El lector nos diría ¿Por qué habría otra vez una interpretación subjetiva? Pues por dos razones: la primera es, porque el magistrado que es abogado caería en las mismas tentaciones como la de un miembro del JNE al sostenerse del criterio de conciencia; y la segunda es, porque los ciudadanos que ostentan el cargo de magistrados solo interpretaría en base a su conciencia, ya que para ellos: *“una decisión de conciencia es toda decisión seria, moral, orientada en las categorías de los “bueno” y lo “malo” (nada más), que las personas experimentan internamente en una determinada situación que les obliga en forma vinculante e incondicional (...)* (BVerfGE 12, 45 {55})<sup>704</sup>; en otras palabras, los

<sup>701</sup> Que establece que: *“El JNE a delegado competencia en primera instancia al JEE de Lima, el de recibir y procesar las solicitudes de inscripción de candidatos a la presidencia de la república; así como para resolver tachas que se presentan contra los candidatos. De esta manera el JNE interviene en estos actos sólo como órgano de segunda instancia”* Cfr. Resolución N° 307-2005-JNE de fecha 23 de octubre del 2005.

<sup>702</sup> Según el artículo 5° del literal “p” resolución N° 0082-2018-JNE establece que el JEE es un *“órgano de carácter temporal, instalado para un determinado proceso electoral o consulta popular. Las funciones y atribuciones del JEE están establecidas en las LOJNE, la LOE y demás normas pertinentes”*; asimismo, de conformidad con el artículo 31° de la Ley del JNE (Le N° 26486).

<sup>703</sup> Artículo 45 de la Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859).

<sup>704</sup> Sentencia de la Segunda Sala, del 7 de marzo, 1968. (Sentencia BVerfGE 23, 191 {Negativa a prestar servicio civil}). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürger Schwabe*, traducido por Marcela Anzola Gil y

buenos ciudadanos que se guían de la conciencia solo resolverían los casos de acuerdo a lo que es moralmente bueno o moralmente malo. Ahora bien, nuestro lector se preguntará: si existen dos clases de magistrado, uno formado en derecho y los dos no ¿Entonces no podrá ver una interpretación objetiva de la norma? y por lo tanto ¿El colegiado de primera instancia emitiría resoluciones subjetivas? pues debemos de decirle que también es una respuesta relativa, porque va depender de “la condición” en que se encuentre el magistrado. En el caso de los magistrados que no tienen la condición de abogados, cómo se les puede exigir que razonen en derecho o que haga una interpretación jurídica si nunca han tenido una formación jurídica; a lo mucho se le puede exigir que haga uso de su conciencia, que escuche su voz interior, como “*haz el bien y evita el mal*”<sup>705</sup>, norma universal que permite a todo ser humano a obrar bien acuerdo a su conciencia. Por ello, a los ciudadanos elegidos para el cargo de magistrados solo se le puede exigir que actúen con criterio de conciencia pero no con criterio a derecho, porque más no se le puede exigir. Entonces podríamos decir que es justificable que los ciudadanos que ocupan el cargo de magistrado ¿Puedan hacer uso de su conciencia? la respuesta es clara, porque es la única salida para sostenerse y sustentar su resoluciones que emitirá en el despacho del JEE. ¿Y qué pasa con el magistrado que tiene la condición de abogado? ¿Deberíamos exigirle que cumpla con su función en impartir justicia en materia electoral? También la respuesta es clara, porque es la única persona del colegiado de primera instancia que tiene una formación jurídica y que además es especialista en la materia; solamente tendremos que rogar a que no sea tentado o influenciado por las figuras atractivas del neoconstitucionalismo; y solamente use la razón práctica y la interpretación de acuerdo a la ley y a la jurisprudencia electoral para aplicar el Derecho electoral, y no use su conciencia o los hechos de acuerdo a su criterio, porque su camino es la razón (prudencia) y el Derecho (lo justo).

En fin, para terminar con el discusión sobre el primer verso del artículo 181º de la Constitución política de “apreciar los hechos a criterio de conciencia”, podríamos reafirmar que efectivamente, se ha creado un ambiente de subjetivismo y no solo

---

Emilio Maus Ratz, Konrad Adenauer Stiftung. México, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2009, 552-554, 554.

<sup>705</sup> DE AQUINO, Santo Tomás. *SUMA TEOLÓGICA*, I-IIa, q. 94, a.2.

por el magistrado que interpreta la norma electoral, sino por causas de la misma norma constitucional que lleva al personaje elegido (JEE) o designado por las entidades del sector público o privado (JNE), a resolver por percepciones “sin sentido” del ordenamiento jurídico electoral; es más dejando de lado lo que pregona el segundo verso del artículo 181º de la constitución: *“resolver con arreglo a ley y los principios generales de derecho”*<sup>706</sup>, y pasándolo a un segundo plano. Por ello, son estos motivos, lo que nos lleva a realizar esta breve reflexión, y darnos cuenta que siempre estaremos sujetos a las ambigüedades de lo que indica la Constitución o las diferentes leyes, no tanto en el sistema electoral sino también en todo nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, con respecto a las decisiones que emite el pleno del Jurado Nacional de Elecciones, según la Constitución política y las leyes *“(...) sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables”*<sup>707</sup>, es decir, que sus resoluciones no procede ningún recurso por tener la calidad de cosa juzgada. De manera similar, el artículo 142º de la Constitución establece que *“no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral (...)”*<sup>708</sup>, pues es la única instancia final donde se resuelven los recursos e impugnaciones, y no en sede judicial. Y de acuerdo al artículo 2º párrafo segundo de la Ley Orgánica JNE (Ley Nº 26486), establece que: *“no existe ni puede instituirse jurisdicción electoral alguna independiente a la del Jurado Nacional de Elecciones”*<sup>709</sup>. En ese sentido, el mandato constitucional y el legal son los que le otorgan al JNE autonomía propia al momento de resolver, pues las apelaciones que están dirigidos al poder judicial son irrevisables, y por lo tanto no existe revisión alguna, por el siempre hecho en que *“el pronunciamiento de la justicia electoral y el de la justicia ordinaria, son total y absolutamente distintos e independientes (...)”*<sup>710</sup>.

---

<sup>706</sup> CHANAMÉ, *La Constitución de todos los peruanos*, Op. Cit., p. 280. Segundo verso del artículo 181º de la Constitución Política del Perú.

<sup>707</sup> CHANAMÉ, *La Constitución de todos los peruanos*, Op. Cit., p. 280. Como también en el artículo 23º de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (Ley Nº 26486)

<sup>708</sup> CHANAMÉ, *La Constitución de todos los peruanos*, Op. Cit., p. 231.

<sup>709</sup> Artículo 2º segundo párrafo y verso de Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (Ley Nº 26486). Asimismo, en el artículo 23º segundo verso de la presente ley.

<sup>710</sup> PENCO, Wilfredo. “La Corte electoral, máximo Órgano rector en el Sistema electoral Uruguayo”, *Revista de Derecho Electoral*, Nº 0, 2007, 15-22, 18. De igual modo, Francisco Javier Díaz Revorio expresa que: *“en los casos en que exista jurisdicción electoral, ésta puede configurarse como autónomo e independiente de la jurisdicción ordinaria y de la constitución, o bien como orden*

A diferencia de otros países, en el Perú las decisiones del JNE no puede ser materia de acciones o procesos en la justicia ordinaria, esta medida consagra al JNE como un auténtico Jurado electoral. No obstante a lo establecido por la Constitución y las leyes, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este asunto, indicando que se puede proceder una acción de amparo contra las resoluciones del JNE, pero siempre y cuando se haya vulnerado los derechos fundamentales, es decir *“si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no solo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo”*<sup>711</sup>, o más conocido como el amparo electoral<sup>712</sup>. Pero la alternativa del amparo que proporcionaría el tribunal constitucional no resultaría tan viable después de todo, dado a que *“no puede hablarse de un “amparo electoral” como características distintas al regulado por el Código Procesal Constitucional. A diferencia del Derecho argentino y español, nuestros textos legales no han previsto un procedimiento especial en éstos casos”*<sup>713</sup>. Si se daría el caso en plantear un recurso de amparo en pleno procesos de elecciones, éste recurso no afectaría el normal funcionamiento de las actividades electorales, es decir *“(…) en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable”*<sup>714</sup>; y si luego de revisar el recurso de amparo existiese algún tipo de responsabilidad, se determinará de conformidad al artículo 1º del Código Procesal Constitucional. En nuestro país, la mayoría de especialistas en materia electoral, están a favor de que no sean revisables las resoluciones que emite el JNE porque esto brindaría seguridad jurídica, no solo del sistema electoral sino a todo el ordenamiento jurídico; otros piensan lo contrario<sup>715</sup>,

---

*jurisdiccional que forme parte de aquella”*. Cfr. DÍAZ REVORIO, Francisco J. “Justicia constitucional y justicia electoral: un examen comparado México-España”, *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, Nº 13, Madrid, 2009, 223-266, 232.

<sup>711</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 2386-2003-AA/TC.

<sup>712</sup> DONAYRE MONTESINOS, Christian. *En defensa del amparo electoral*, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2010.

<sup>713</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p 535.

<sup>714</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 5854-2005-AA/TC.

<sup>715</sup> Tal es el caso de los Profesores Samuel B. Abad Yupanqui y Cesar Landa Arrollo. El primero manifiesta que: *“Si tomamos en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico ha desechado tanto el sistema judicial, el parlamento y el mixto, otorgando el control de la validez de las elecciones al JNE,*

porque se estaría cerrando las puertas a los derechos fundamentales de los electores para sean garantizados

En conclusión, podemos decir que el derecho electoral es el acto primero de la justicia electoral; por la simple razón de que se fundan todos los derechos políticos en el ciudadano, quien es el titular por naturaleza humana de elegir y ser elegido en democracia. La justicia electoral es el acto segundo, por la simple razón que debe proteger cualquier derecho político que se encuentre en peligro o haya sido vulnerado, mediante los mecanismos del sistema de justicia electoral y órganos jurisdiccionales. Asimismo, es de vital relevancia la variedad de interpretaciones que puede tener el primero verso del artículo 181º de la Constitución; solo queda en manos de los magistrados que su interpretación sea acorde a las disposiciones electorales y constitucionales, y no se aparte del Derecho. Además gran problema se generaría, si se admitiría el recurso de amparo contra las resoluciones emitidas por el JNE, porque se le encomendaría a jueces ordinarios no especializados el trabajo de impartir justicia en materia electoral, el cual es preocupante porque atentaría con la justicia electoral y democracia de las instituciones.

---

*se evidencia que a dicho órgano le corresponde garantizar las posibles vulneraciones al derecho de sufragio. Ello, a nuestro juicio, no debe cerrar la puerta al proceso de amparo sino que exige encontrar una vía de control excepcional que, por un lado, evite el eterno cuestionamiento de las decisiones electorales que impida la culminación de las elecciones y que, por otro, salvaguarde aspectos básicos que garanticen un proceso electoral legítimo y evite la impugnación".* Cfr. ABAD YUPANQUI, Samuel B. "El proceso de amparo en materia electoral: Un instrumento para la tutela de los derechos fundamentales", *Elecciones*, N° 1, Lima, 2002, 189-223, 207. Y el segundo autor manifiesta que: "una salida óptima para generar un equilibrio entre los bienes constitucionales en juego consistiría en plasmar un amparo electoral sumario, más breve aún que el amparo configurado actualmente en el Código Procesal Constitucional". Cfr. LANDA ARROYO, Cesar. "Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones", *Elecciones*, N° 7, Lima, 2007, 119-137, 136.

**CAPÍTULO IV**

**LA HERMENÉUTICA JURÍDICA COMO EL ARTE DE SOLUCIONAR  
CONFLICTOS EN LA JUSTICIA ELECTORAL**

## **CAPÍTULO IV**

### **LA HERMENÉUTICA JURÍDICA COMO EL ARTE DE SOLUCIONAR CONFLICTOS EN LA JUSTICIA ELECTORAL**

En el presente capítulo analizaremos las resoluciones de los órganos que imparten justicia en materia electoral: dos de ellos del Jurado Nacional de Elecciones y dos de ellos del Jurado Electoral Especial, referentes a la situación jurídica del partido político Todos por el Perú y a la candidatura del Sr. Julio Guzmán Cáceres. Además se explicará porque tales resoluciones emitidas por los magistrados electorales, tienen influencia en la corriente neoconstitucionalista. Y para finalizar, aplicaremos lo explicado en los anteriores capítulos como es: el de interpretar y argumentar desde el punto de vista del jurista (iusnaturalista), y desde el punto de vista del intérprete (neopositivista), sin alterar el contenido de la ley (o regla) o competencia del legislador; porque el objetivo no es caer en la teoría del neoconstitucionalismo ni mucho menos en sus demonios, sino es estandarizar los procesos a través del principio de unidad de las normas jurídicas y de la metodología de la interpretación iusnaturalista/subsuntiva; garantizando el derecho y la justicia sin recurrir a método ponderativos o de valoración.

#### **4.1.- Una breve síntesis a las decisiones electorales en el caso del partido político Todos por el Perú y la candidatura de la fórmula presidencial.**

#### **4.1.1.- Cuestiones previas al caso.**

El caso del partido político de todos por el Perú (TPP) y de la candidatura del señor Julio Guzmán Cáceres, son dos situaciones jurídicas muy importantes de analizar, porque en su momento los jurados electorales no supieron resolver e interpretar la norma electoral, incluso los mismo juristas y constitucionalistas a nivel nacional no sabían cómo resolver las situaciones, por las diferentes posiciones que había. Por esas razones, detallaremos los hechos ocurridos en ambas situaciones, después explicaremos la interpretación que hicieron el JNE y el JEE, y para terminar explicaremos porque sus decisiones emitidas se apartan de la justicia y del derecho electoral; pudiendo el lector entender claramente los motivos de nuestra crítica.

Antes de resumir y analizar las resoluciones electorales del Jurado Nacional de Elecciones y el Jurado Electoral Especial, debemos advertir a nuestro lector que la gran mayoría de palabras que se utilizará en el presente subcapítulo será de los textos fiel de las resoluciones; dicha aclaración lo hacemos con la intención de no generar dudas o abrir suspicacias del desarrollo del presente trabajo. Aclarado este punto empezaremos a continuación:

#### **4.1.2.- Un breve síntesis a la situación jurídica del partido político TPP en las elecciones presidenciales del año 2016.**

Según el pleno del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), mediante la resolución N° 093-2016-JNE<sup>716</sup>, el punto de partida de fue el día 18 de diciembre de 2015, cuando el personero legal del partido político solicitó a la Dirección Nacional de Registro de Organización Políticas (DNROP) que inscriba en la partida electrónica de la agrupación política: la modificación del estatuto acordada en Asamblea General Extraordinaria (AGE) del día 10 de octubre del 2015. Luego, con fecha 21 de diciembre del 2015, el mismo personero del partido político solicitó a la DNROP que procediera a inscribir en la partida electrónica a la organización política a los nuevos miembros del Tribunal Nacional Electoral (TNE) que fueron nombrados por el Comité Ejecutivo Nacional (CEN) del partido político, mediante resolución N° 005-

---

<sup>716</sup> De fecha 15 de febrero del 2016.

2015/CE/TPP del 11 de noviembre del 2015, con fecha 22 de diciembre del 2015; además solicitando, la inscripción de la modificación del símbolo partidario.

El DNROP al momento de calificar las solicitudes presentadas por el partido político TPP, hizo algunas observaciones: a) La primera observación, estaba referida en cuanto a la solicitud de inscripción de modificación del estatuto, donde la DNROP señaló que la revisión del nuevo estatuto había sufrido una serie de cambios, entre otros, referidos a la democracia interna del partido político, por lo que teniendo en cuenta el artículo 19 de la Ley N° 28094 de la Ley de Organizaciones Políticas<sup>717</sup> (en adelante LOP): *“no se pueden realizar modificaciones a las normas de democracia interna de las agrupaciones políticas una vez convocado el proceso electoral”*<sup>718</sup>, toda vez que el pedido había sido presentado el 18 de diciembre del 2015. Es decir, que fue presentado con fecha posterior a la convocatoria de las elecciones generales 2016; convocatoria que fue hecha el 14 de noviembre de 2015, del cual la calificación de este pedido queda totalmente suspendida hasta que culmine el proceso electoral; b) La segunda observación, estaba referida en cuanto a la solicitud de inscripción de los nuevos miembros del TNE, donde el DNROP señaló que, en la revisión se había observado que los nuevos integrantes del citado tribunal, fueron elegidos por un CEN y *“un estatuto no inscrito”*, esto es, del estatuto modificado; por lo que, teniendo en cuenta el principio de tracto sucesivo reconocido en el artículo VII literal d) del título preliminar del reglamento del Registro de Organizaciones Políticas aprobado por la Resolución N° 208-2015-JNE<sup>719</sup> (en adelante Reglamento del ROP), la calificación de este pedido quedaba totalmente suspendida hasta que se inscriba la nueva versión del estatuto partidario y los nuevos miembros del CEN; c) La tercera observación, estaba referida en cuanto a la solicitud de inscripción de los nuevos miembros del CEN, donde el DNROP señaló, que en la revisión del acta de la asamblea del eleccionaria, se había advertido que las elecciones de los nuevos miembros de dicho comité fueron realizadas aplicando las disposiciones contenidas en el estatuto aún no inscrito; dado que la calificación del estatuto interno se encontraba suspendida; por lo que,

---

<sup>717</sup> Ley N° 28094 publicada el 01 de Noviembre del 2003.

<sup>718</sup> Resoluciones N° 093-2016-JNE, véase la p. 02.

<sup>719</sup> Resolución N° 0208-2015-JNE, aprobada el 06 de Agosto del 2015.

también les correspondía suspender la calificación de éste pedido hasta que se inscriba el nuevo estatuto; y por último, d) La cuarta observación, estaba referida en cuanto a la solicitud de modificación del símbolo partidario, donde el DNROP realizó otras observaciones, como: el no presentar una relación de los ciudadanos que ocupan los cargos, el no presentar la documentación donde acredite que se haya convocado a todos los miembros de la AGE, el instalar una AGE donde solo hayan asistido 5 directivos de los 55 directivos inscritos en la partida electrónica. Es decir, se instalaron sin el quórum establecido por el estatuto inscrito; el haber suscrito la relación de asistencia a la AGE personas que no contaban con la calidad de afiliados; y el no adjuntar el reglamento de la asamblea referido a los artículos de su estatuto inscrito y vigente. Todas estas cuatro observaciones mencionadas, fueron observadas y notificadas el día 29 de diciembre del 2015.

Después de estas observaciones hechas por la DNROP, el partido político TPP procedió a subsanar las observaciones advertidas mediante escrito de fecha 06 de enero del 2016, en la que contenía: la relación de los miembros con sus respectivos cargos de la AGE de fecha 10 de octubre del año 2015, la relación de los integrantes que fueron notificadas para la convocatoria de la AGE, la relación del quórum con respecto a los asistentes a la AGE, y la relación de las exigencias del reglamento a cada asamblea.

El día 06 de enero del año 2016 el personero legal del partido político, interpuso un recurso de apelación contra el pronunciamiento de la DNROP, oficio N° 1957-2015 DNROP/JNE. Después de esa fecha, el día 14 de enero del año 2016 mediante resolución N° 010-2016-DNROP/JNE, la DNROP se pronunció acerca de las subsanaciones observadas y advertidas en el oficio N° 1965-2015-DNROP, documentación que fue presentada por el partido político TPP; declarándolo improcedente la solicitud de cambio de símbolo, al considerar que no se habían subsanado las observaciones indicadas. Luego, el 19 de enero del año 2016, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones (JNE en adelante, como también Pleno o Colegiado) se pronunció mediante resolución N° 42-2016-JNE, sobre el recurso de apelación en contra del oficio N° 1957-2015 DNROP/JNE; declarándolo nulo el acto administrativo contenido en el oficio, devolviendo los actuados a la DNROP a fin

que emita un nuevo pronunciamiento sobre el fondo; asimismo se dispuso que el órgano encargado evalué si existió conexión entre las solicitudes de inscripción para una posible acumulación de pretensiones mediante R. N° 42-2016-JNE.

El día 25 de enero del 2016, el personero legal del partido político interpuso un recurso de apelación en contra la resolución N° 010-2016-DNROP/JNE, señalando lo siguiente: a) La inaplicación del inciso 1.11 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, con referencia al principio de verdad material (los cuales se refirieron a el símbolo del partido); b) La interpretación errónea del literal a) del artículo VII del Título Preliminar del Reglamento de ROP; por lo que, según el apelante, el artículo debía interpretarse con el tercer párrafo del artículo 92° del Código Civil, aplicable supletoriamente a los partidos políticos por ser considerado asociaciones; y c) La interpretación errónea del primer párrafo del artículo 121° del reglamento, donde expresa que se toma como acto constitutivo la situación jurídica del afiliado de un partido político, su incorporación en el ROP; cuando dicho acto es declarativo.

El día 28 de enero del 2016, la DNROP mediante Resolución N° 017-2016-DNROP/JNE, consideró que la documentación presentada no subsana las observaciones indicadas; por lo que declaró improcedente las solicitudes de modificación de partida electrónica sobre estatuto, y la inscripción de los miembros del CEN y del TNE.

El día 05 de febrero del 2016, el personero legal del partido político, interpuso un recurso de apelación en contra la resolución N° 017-2016-DNROP/JNE, con los fundamentos de hecho y de derecho que vulneraba el Derecho fundamental a la participación política, en concordancia según el artículo 19° de la LOP; donde señalan que: *“es Derecho Fundamental de toda persona a participar en la vida política, económica, social y cultural, y posee reconocimiento constitucional cuya esencia misma es la democracia, si bien es cierto que el comité de Derechos Humanos de las naciones unidas ha señalado que puede existir condiciones aplicables al ejercicio de este derecho, estos deben basarse en “criterios objetivos y razonables”;* Asimismo señala que, en el estatuto no existe una determinada forma de realizar el acto de notificación a efectos de poder solicitar la convocatoria

*a una asamblea general ordinaria o extraordinaria; señalan también, que los actos y acuerdos inscribibles no han sido cuestionados ni afectan derechos de terceros; y por último, el recurrente señala que todos aquellos actos observados por la DNROP han sido convalidados (confirmados) y ratificados mediante AGE del 20 de Enero del 2016, convocada el 28 de Diciembre del 2015<sup>720</sup>; argumento declarado en escrito y tomado en la resolución N° 093-2016-JNE.*

Ahora bien, con relación a esta situación jurídica, el JNE se pronunció sobre lo que era materia de apelación; respecto de la Resolución N° 010-2016-DNROP/JNE, que declaraba improcedente la solicitud de inscripción de modificación de símbolo partidario; y la resolución N° 017-2016-DNROP/JNE, que declaraba improcedentes las solicitudes de inscripción de modificación de estatuto, y que contenían la inscripción de nuevos miembros del TNE, e inscripción de nuevos miembros del CEN; de la siguiente forma:

**A) Sobre el pronunciamiento del voto en mayoría<sup>721</sup> en la situación jurídica del partido político TPP:**

En primer lugar, respecto al Acta de la Asamblea General Extraordinaria del 20 de enero del 2016, el Colegiado en su momento manifestó que la asamblea no generó convicción acerca de su realización; por lo que no resulta admisible, que con tan solo la interposición del recurso de apelación de fecha 5 de febrero del 2016, el personero legal de la agrupación política introduzca un nuevo documento o medio de prueba, con la finalidad de subsanar los defectos que fueron advertidos por la DNROP en la calificación de los títulos presentados. Además, que dicha dirección le cedió un plazo para su subsanación las observaciones, dado que la organización pudo haber presentado dicho documento con su recurso de apelación de fecha 25 de enero del 2015, o haber puesto de conocimiento a la DNROP, o al Colegiado Electoral. También manifestó el Colegiado, que en la LOP y el en reglamento del ROP (mediante reglas previas y ciertas), se establecieron procedimientos que debieron regirse para modificar la partida electrónica de la organización política. Asimismo expresó, que ese procedimiento define actos y formas, que a partir de

<sup>720</sup> Resoluciones N° 093-2016-JNE, véase la pp. 10 -13.

<sup>721</sup> Conformado por los Magistrados Fernández Alarcón, Ayvar Carrasco y Rodríguez Vélez.

los cuales se establecen cargas para la organización política interesada en inscribir un asiento registral en el ROP; que no son de libre disposición, y que deben ejercerse en el tiempo, forma y modo que la normativa lo establecían. Por lo contrario, ante la inacción o acción defectuosa por parte de la agrupación política, se podría producir una respuesta negativa a la solicitud de inscripción en dicho registro. Pero en el presente caso, de conformidad con el artículo 4º de la LOP, la DNROP al calificar las solicitudes de modificación de partida electrónica, procedió a verificar que los actos que se pretendió inscribir, habían sido válidamente adoptados y emitidos por el órgano competente. Bajo esta premisa, la DNROP formuló observaciones a los acuerdos partidarios presentados por el partido político. Es más la organización política, al no haber cumplido con subsanar las observaciones advertidas por la DNROP, con documentos idóneos en las diferentes oportunidades que tuvo mientras el trámite de sus solicitudes se encontraba en sede administrativa, intentó suplir dicha omisión presentando en el recurso de apelación del 5 de febrero de 2016; el acta de la AGE del 20 de enero de 2016, con el que pretendió convalidar los defectos antes mencionados, medio probatorio que como se había señalado no puede ser valorado. Y es que, en el presente caso, no se trata de un error que realizó la DNROP al efectuar las observaciones, que pudiera ameritar que el colegiado declarase la nulidad de los procedimientos de calificación de los títulos presentados. Por el contrario, la DNROP correctamente observó los pedidos presentados, y la organización política no presentó los documentos necesarios para levantar dichas observaciones.

Por último, el Colegiado hizo recordar que, la decisión de un grupo de personas de participar en la vida política de un país a través de una organización política, es una cuestión que depende enteramente de la voluntad de los participantes. Sin embargo, una vez que estas toman la decisión de fundar una organización política y superados los procedimientos correspondientes (el partido político, movimiento regional o alianza electoral que han constituido logra su inscripción en el ROP), su actuación en el seno de dicha agrupación política deja de depender enteramente de su voluntad, y pasa a estar sometida a determinadas reglas y procedimientos establecidos, ya sea en la Constitución, en la LOP, en el Reglamento del ROP, en el propio estatuto de la organización y en otras normas que resulten aplicables.

En segundo lugar, respecto a la supuesta vulneración del Derecho a la participación política, el Colegiado manifestó que el Derecho a la participación en la vida política de un país, no puede presentarse limitaciones que no se enmarquen dentro de criterios objetivos y razonables. Al respecto, el colegiado fundamentó en la Resolución N.º 54-2016-JNE del día 22 de enero del 2016, que; *“el Derecho a la participación política se encuentra sujeta a determinada reglamentación a través de la normatividad correspondiente, encontrándose, entre otras, la LOP. Es así que esta reglamentación tiene por finalidad el salvaguardar los principios de igualdad y equidad reconocidos en la Constitución. Esto se traduce en materia electoral en que los actores electorales o quienes expresen sus intenciones de competir en el proceso electoral tengan un tratamiento igualitario, debiendo exigírseles, en consecuencia, los mismos requisitos legales y formales. Por lo que menciona el colegiado, que mal haría si a otros partidos políticos les exige el cumplimiento de requisitos y procedimientos establecidos en la normativa electoral para el trámite de modificación de asientos registrales y, en el presente caso, flexibilice su posición a fin de que la organización política recurrente pueda inscribir las modificaciones solicitadas, teniendo como único sustento el derecho a la participación política al que alude, tanto más si los requisitos que la LOP y el Reglamento del ROP imponen para dicho trámite no son irrazonables o desproporcionados. Por el contrario, una extrema permisibilidad vaciaría de contenido constitucional del derecho de participación política, y conllevaría un trato desigual con relación al resto de organizaciones políticas”*<sup>722</sup>. Al respecto de esta argumentación, el JNE ya había sostenido por unanimidad el porqué de las exigencias expuestas en la resolución N° 421-2013-JNE<sup>723</sup>.

---

<sup>722</sup> Resolución N° 093-2016-JNE, véase la p. 20.

<sup>723</sup> Donde señala en las consideraciones 5 y 6, lo siguiente: *“5. La cuestión relevante en democracias endebles y en proceso de consolidación, y en sociedades que históricamente, antes que por organizaciones políticas, han optado por el caudillismo antes que por la institucionalidad, no pasa por el número de organizaciones políticas inscritas, sino por la calidad de las mismas, en su cercanía con la población y en la claridad y coherencia de sus propuestas. En nada aportan a la reafirmación del sistema democrático organizaciones políticas cuyas decisiones son adoptadas únicamente por un grupo de sus directivos, sin tomar en cuenta la opinión de sus afiliados, que solo se mantienen activas durante un proceso electoral. Una organización política cumple un fin constitucional en sí mismo, no se limita a erigirse en un “trampolín” para que un grupo de personas acceda a un cargo de elección popular; 6. En ese sentido, contrariamente a lo que sostiene el recurrente, la optimización de los derechos a la participación política no se logra con la “irrazonable flexibilización” en la regulación de los requisitos para la inscripción de una organización política ni en los*

En tercer lugar, respecto a los actos previos y convocatoria a la AGE del día 10 de octubre de 2015, el colegiado manifestó que el día 27 de agosto de 2015 como acto previo a la AGE del 10 de octubre de 2015, se había convocado a una sesión extraordinaria de la Comisión Nacional de Política (CNP). La agenda para la sesión fue declarar la reorganización a los Comité Ejecutivos de todas las regiones y encargar al Presidente del Comité Ejecutivo, el nombramiento de una comisión para llevar a cabo la reorganización acordada. Asimismo, la convocatoria realizada por el Presidente del CEN, fue notificada el 22 de agosto del 2015 únicamente a seis de los miembros de la comisión, pese a que se encontraba conformada por dieciocho miembros que ocupan cargos directivos dentro de la organización política, sin tomar en cuenta los cuatro miembros elegidos por la asamblea general. En consecuencia, la convocatoria no pudo considerarse como válida, además de no contar con el quórum necesario para instalar la Sesión Extraordinaria de la CNP del 27 de agosto de 2015. De ahí, que el presidente del TNE a partir de la atribución encomendada por la Sesión Extraordinaria de la CNP del día 27 de agosto de 2015, emitió cuatro resoluciones que fueron suscritas por el presidente del TNE, a pesar que de acuerdo al artículo 59º del estatuto inscrito al tratarse de un colegiado, debían contar con la firma de los tres miembros titulares (presidente, secretario y vocal), pudiendo incluso intervenir el miembro suplente para el caso.

Por otro lado, el Colegiado resaltó que la conformación de la AGE del 10 de octubre, se encuentra establecido en el artículo 28º del estatuto inscrito del partido político TPP; en ese sentido, la AGE debió ser conformada solo por los dirigentes inscritos en el ROP al momento de su realización. Esto, porque la convocatoria se remitió vía correo electrónico a 23 direcciones electrónicas el 01 de octubre de 2015, pero únicamente solo a 06 se pudieron determinar que pertenecían a directivos inscritos que conforman la AGE. Según el DNROP había señalado que los directivos a la AGE del 10 de octubre de 2015 fueron cincuenta y cinco; pero el Pleno revisando la partida registral de la organización, obtuvo que los directivos inscritos en el ROP

---

*procedimientos de supervisión de su funcionamiento y de cumplimiento de las normas sobre democracia interna. Los derechos a la participación política, por el contrario, se optimizan a través de la constitución de organizaciones políticas sólidas, activas, inclusivas y con un respaldo social real reflejado no solo en afiliados sino también en actividad partidaria, sobre todo, en etapa no electoral". Cfr. Resolución N° 421-2013-JNE, de fecha 14 de mayo del 2013.*

que debían ser convocados y participar en la Asamblea, eran treinta y seis y no los veintitrés convocados por correo electrónico. Por lo tanto, para tener quórum, debieron contar con la asistencia de no menos del 20%, que se materializa en un mínimo de ocho directivos; pero únicamente asistieron cinco directivos.

Por su parte, el recurrente adujo que la convocatoria fue de conocimiento público porque se difundió a través de la página web de la organización. Pero el Colegiado pudo corroborar que se presentó inconsistencias en la fecha de la convocatoria, ya que en la página web se señalaba como fecha de realización: el 20 de setiembre y no el 10 de octubre del 2015. En ese sentido, tampoco se pudo considerar que la convocatoria realizada en el sitio web del partido político para conocimiento público, pueda convalidar la falta de notificación personal a cada uno de sus directivos, por lo que esta presentó imprecisiones.

Por lo tanto, el Colegiado al analizar los fundamentos facticos y jurídicos en su voto en mayoría; resolvió declarar Infundados los recurso de apelación interpuestos por el personero legal del partido político Todos por el Perú; y en consecuencia, confirmó la resolución N° 010-2016-DNROP/JNE, “que declaraba improcedente la solicitud de modificación del símbolo partidario”; y la resolución N° 017-2016-DNROP/JNE, “que declaraba improcedente la solicitud de medición de estatuto, la inscripción del nuevo TNE y la inscripción del nuevo CEN”, ambas expedidas por la DNROP.

#### **B) Sobre el pronunciamiento del voto en minoría<sup>724</sup> en la situación jurídica del partido político TPP:**

En primer lugar, los magistrados que suscribieron el voto en minoría se centraron en dos puntos relevantes: a) Si la DNROP actuó conforme a Derecho, al denegar la inscripción de la modificación de la partida registral del partido TPP; y b) Si se pudo subsanar las irregularidades que había incurrido el partido político TPP, con el acta de la AGE del 20 de enero del 2016; por lo que, se determinaría si la DNROP debía inscribir los acuerdos adoptados por la AGE y los acuerdos partidarios

---

<sup>724</sup> Conformado por los Magistrados Cornejo Guerrero y Francisco Távora Córdova, éste último, con el cargo de Presidente del pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

vinculados a ella. Agregó también, que debería tenerse en cuenta las diferencias en las decisiones de la DNROP (que son de naturaleza administrativa) y las expedidas por el Jurado Electoral Especial (en adelante JEE, Órgano electoral en primera instancia), por lo que manifestaron que, “*solo le corresponderá valorar las decisiones en el ámbito administrativo de inscripción de modificación de la partida registral que se ha solicitado a la DNROP, dejando a salvo las competencias del Jurado Electoral Especial para calificar las solicitudes de inscripción de la fórmula presidencial, vicepresidencial, las lista al congreso y al parlamento Andino*”<sup>725</sup>. Un argumento relevante para el siguiente pronunciamiento del JEE.

Por su parte, los magistrados del voto en minoría manifestaron que en este caso al igual que todos los que son sometidos al conocimiento de la justicia electoral, requieren contar con una motivación idónea, es decir, “presentar las razones que le permita arribar a la conclusión y al sentido del fallo”. Y por tal motivo, invocan la filosofía del italiano Gustavo Zagrebelsky para recordar una importante reflexión:

“En el proceso de interpretación del derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección. Partiendo del caso, se acude al derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta. A partir del caso, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular (el llamado “círculo interpretativo”) de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas.

Cuando el resultado interpretativo no violenta ni unas ni otras puede decirse que se ha “logrado” la interpretación. Pero cuando eso no sucede, se ponen de manifiesto las diferencias entre la concepción actual del derecho y la dominante en la época del Estado de derecho decimonónico. Allí era la ley la regla jurídica que contrastaba con las exigencias de regulación y nada podía impedir su aplicación. Operaba la máxima *dura lex sed lex*, que es la quintaesencia del positivismo acrítico. Hoy, por el contrario, la imposibilidad de alcanzar aquella

---

<sup>725</sup> Resoluciones N° 093-2016-JNE, véase la p. 28.

composición abre una cuestión que no afecta ya la interpretación de la ley, sino a su validez. Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, 10° edición. Madrid, Trotta, 2011, pp. 133-134). (énfasis agregado)<sup>726</sup>.

Esta reflexión transcrita, según los magistrados, resulta transversal a todo órgano jurisdiccional, pero a la vez reviste mayor complejidad cuando se imparte justicia en materia electoral, dado que en diversos panoramas que enfrentan, a veces dificulta la labor de la jurisdicción electoral, que debe resolver casos dentro del ámbito de su competencia: *“esto se agrava, cuando estos revisten real o aparente complejidad y cuando pueden tener incidencia directa en la participación o no de un partido político, de manera que, sin importar el sentido de la decisión, esta va a generar expresiones de apoyo y crítica por parte de la opinión pública. Ello en vista que, al discernir sobre una controversia, donde hay dos posiciones contrapuestas, la decisión que se adopte nunca puede ser de aceptación unánime para la población. Es más la dificultad de la tarea del juzgador, es mucho más rigurosa en el caso de la justicia electoral, en la que no solo hay expectativas de las partes, sino intereses de los otros partidos políticos presentes en la contienda, así también sentimientos y pasiones, más acendradas que en la jurisdicción ordinaria y, tal vez, en la propiamente constitucional o jurisdicción de la libertad, Agregando a todo esto la obligación de resolver con celeridad, pues el calendario electoral es apretado y perentorio, y a la vez preclusivo”*<sup>727</sup>. Expresaron también, que aquí se pone a prueba: la independencia, la imparcialidad y todos los principios que caracterizan la difícil tarea del juez; que no es más que buscar una decisión más que legal, justa o equitativa; privilegiando en su *iter* argumentativo “una orientación teleológica que priorice la cautela del ejercicio de los derechos fundamentales de participación

---

<sup>726</sup> Gustavo Zagrebelsky es citado en el voto en minoría por la Resoluciones N° 093-2016-JNE, véase la p. 29.

<sup>727</sup> Resoluciones N° 093-2016-JNE, véase la p. 30.

política”, tal cual están incorporados en la Constitución y en los correspondientes tratados internacionales a los que se encuentra adscrito el país.

En segundo lugar, manifestaron la gran importancia de los partidos políticos en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Pues, explicaron que el derecho a la participación política consagrado en el artículo 2º inciso 7 de la Constitución, es un derecho de todo ciudadano, pero este derecho fundamental no es absoluto, sino que puede ser limitado en atención a otros derechos fundamentales o a bienes de relevancia constitucional; ya que este derecho se manifiesta con la posibilidad de elegir (dimensión activa), pero también la de ser elegido (dimensión pasiva). Se trata, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia N.º 00030-2005-PI/TC (fundamento 24), y a lo indicado por el JNE en la Resolución N.º 0054-2016-JNE; de un derecho de configuración legal, es decir, uno cuyo contenido no viene delimitado únicamente por la Constitución Política, sino por las leyes que desarrollan lo establecido en la Carta Fundamental. Asimismo mencionaron, que el artículo 35º de la Constitución Política del Perú, prevé que los ciudadanos pueden ejercer este derecho de manera individual, pero también a través de organizaciones políticas, las que cumplen un rol trascendental en la formación y manifestación de la voluntad popular. Esto lo reconoce el Tribunal Constitucional, pues constituye una forma de materializar el principio democrático<sup>728</sup>; que en tal sentido, se reconoce que las organizaciones políticas (incluidos los partidos políticos) son actores indispensables para el funcionamiento de un sistema democrático. De igual forma, mencionan que el texto constitucional reconoce la importancia de los partidos políticos como vehículos del pluralismo político del sistema democrático, en tanto concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Por ello, al voto en minoría, les resulta razonable que la Constitución política exija que las organizaciones no difieran de los principios del sistema al que sirve, esto es, a la democracia. Por lo tanto, manifiestan que a diferencia de lo que alegó la defensa

---

<sup>728</sup> STC. N.º 00030-2005- PI/TC, FJ 23); “(...) el principio democrático se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35º de la Constitución (...)”.

del recurrente, los partidos políticos no pueden ser considerados como simples “asociaciones privadas”, sino que al ser vehículos del pluralismo político, se exige conforme a lo dispuesto en la norma fundamental, que tengan una organización y funcionamiento democrático. Por ese motivo, el legislador desarrolló los requisitos (mediante la LOP) que deben ser exigidos y cumplidos para su inscripción en el Registro de Organizaciones Políticas; pues el cumplimiento de las normas, les otorga personería jurídica para poder participar en el proceso electoral.

En tercer lugar, con referencia al reconocimiento constitucional y legal del ROP, el colegiado partió de la noción, que el JNE tiene diversas funciones vinculadas a lo que le atribuye la Constitución en su artículo 178, como también sus funciones jurisdiccionales y atribuciones de índole administrativa (directa e indirecta), incluso reconocido por el Tribunal Constitucional (Sentencia N.º 0002-2011-PCC/TC). Pero lo más resaltante de este artículo, es que se le atribuye la competencia al JNE de “mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas”, artículo 178º numeral 2 en concordancia con el artículo 35<sup>729</sup>. Pues, mediante este artículo se aprecia las exigencias que debe cumplir una organización política para que pueda otorgársele *la calidad de personería jurídica* y pueda participar en un proceso electoral otorgado por el registro correspondiente, concordante con el artículo 04<sup>730</sup> de la LOP del ROP. Dicho esto, la existencia del ROP cuenta con un sustento no solo legal sino también constitucional, porque reconoce su trascendencia para el otorgamiento de personería jurídica a los partidos y otras organizaciones políticas que se registren en él. Cabe reiterar que, dicha personería no solo está vinculada con la posibilidad de presentar candidatos en un proceso electoral, sino que también “*los legitima para participar en los procesos de toma de decisiones*”, que incumben a la sociedad y al Estado. Por lo que, se considera a los partidos políticos como asociaciones

---

<sup>729</sup> Artículo 35.- Organizaciones Políticas:

Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individuales o a través de organizaciones políticas como partidos políticos, movimientos o alianzas, conforme a la ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personería jurídica.

<sup>730</sup> Artículo 4.- Registro de Organizaciones Políticas

El Registro de Organizaciones Políticas está a cargo del Jurado Nacional de Elecciones, de acuerdo a ley. Es de carácter público y está abierto permanentemente, excepto en el plazo que corre entre el cierre de las inscripciones de candidatos y un mes después de cualquier proceso electoral.

privadas, pero que tienen un fin público; pues ésta atribución última, por ser de interés nacional.

En consecuencia, según el voto, el ROP se encarga en decidir si procede o no la inscripción de un determinado acto, sobre la base de lo que prevé la Constitución política, la ley y el estatuto de la organización política que solicita la inscripción. Actuar conforme a ello, no implicaría en ceñirse a parámetros puramente formales, sino que justamente es un mecanismo también para dar cobertura al derecho de participación política, especialmente de quienes son afiliados o de quienes participan en los actos cuya inscripción se promueve conforme a la normativa interna vigente y las pautas democráticas al interior de las organizaciones políticas (en adelante OP); dado que esta función va de la mano con las competencias constitucionales del JNE, pues es el órgano constitucional autónomo de contribuir con la consolidación del Estado Constitucional del país, a velar por la realización de un proceso electoral con pleno respeto de la Constitución y las leyes, buscando reforzar la legalidad y constitucionalidad, desterrando progresivamente la anomia y la inobservancia que aún están presentes en nuestra colectividad.

Ahora bien, entrando a una valoración constitucional por parte de los magistrados del voto en minoría, señalaron que debería determinarse si la AGE del 20 de enero de 2016, recogida en el acta presentada con el recurso de apelación del 05 de febrero de 2016, permitió convalidar las decisiones adoptadas en la AGE del 10 de octubre de 2015 y otros actos relacionados con esta. Los magistrados se indicaron que, antes de analizar la suficiencia del nuevo elemento presentado, se tuvo que evaluar si se debió admitir y valorar dicho documento, en tanto que se trataría de un acto posterior a cualquiera de los actos observados por la DNROP:

Por un lado, los magistrados, consideraron si era necesariamente posible valorar un nuevo documento en esta etapa del proceso, y admitir medios probatorios presentados en el recurso de apelación interpuesto el 5 de febrero del 2016 (en el que se presentó copia legalizada notarialmente del acta de la AGE del 20 de enero de 2016); donde por unanimidad, dicho órgano partidario adoptó una serie de nuevos acuerdos dirigidos a convalidar los actos anteriores, y cuyas inscripciones habían sido rechazadas. Pues, esto se habría desprendió del contenido del acta,

donde se señaló que dicha AGE buscaba que se *“subsane diversas observaciones formales realizadas por la DNROP del JNE, respecto de las solicitudes de inscripción (...)”*. Y al no haber contado con una posibilidad previa de subsanar, a los magistrados, les resultaba indispensable que se valore dicho medio probatorio en esa instancia; porque en el caso de la modificación de un elemento del símbolo (color), de la revisión del estatuto partidario inscrito en su artículo 85, se puede constatar que debió observarse un plazo no menor de quince días hábiles entre la convocatoria y la realización de una AGE del partido político; en ese sentido, fue el cumplimiento de esa previsión estatutaria lo que impedía la subsanación de la circunstancia dentro del plazo de subsanación de diez días hábiles, previsto en el Reglamento del ROP antes citado. Otra cuestión que también se valoró, es el cierre del ROP desde el 10 de febrero de 2016 hasta un mes después de finalizado el proceso de Elecciones Generales y de Representantes; debido a que, el artículo 04º del Reglamento del ROP, de conformidad con el artículo 04º de la LOP, establece el cierre del ROP; lo que implicaría, que las organizaciones políticas que participan en el proceso electoral están impedidas de modificar su símbolo, estructura orgánica y las normas de democracia interna contenidas en su estatuto. Este artículo de orden legal, según el voto en minoría, conllevó a que lo dispuesto por la DNROP en las Resoluciones N.º 010- 2016-DNROP/JNE y N.º 017-2016-DNROP/JNE, (respecto de que *“el partido político tiene derecho de presentar nuevas solicitudes de modificación”*, como lo ya mencionados), *sea a la fecha irrealizable*; pues el partido político se encontraba dentro del ámbito de aquellos que no podrían modificar dichos actos partidarios. La jurisprudencia del JNE ya había señalado que *“los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones emitidas por los JEE, no se admiten ni se valoran nuevas pruebas. En el ámbito de la justicia electoral, esta posición no debe ser entendida como la manifestación de una rígida defensa del principio de preclusión en el ofrecimiento de pruebas, sino más bien como la proscripción de prácticas antidemocráticas y que vulneran los derechos de participación política de los candidatos y afiliados de las propias organizaciones políticas, y como tal no puede ser interpretada para restringir tales derechos”*<sup>731</sup>. En el caso concreto, sería distinto a lo establecido por el JNE, pues

---

<sup>731</sup> Resoluciones N° 093-2016-JNE, véase la p. 37.

se trataría de un procedimiento administrativo de inscripción en el que la DNROP; donde se advirtió defectos en la forma -en los títulos materia de solicitud-, ante lo cual, requirieron a la organización política la subsanación correspondiente en el plazo perentorio de diez días hábiles. Por lo que, el colegiado en minoría, dadas las circunstancias anotadas, llegó a admitir y valorar los documentos sustentatorios presentados en el recurso de apelación del 5 de febrero de 2016, como las referidas: al plazo que debe mediar entre la convocatoria y la sesión de la AGE, la imposibilidad de su modificación con posterioridad, y la relevancia para el ejercicio del derecho de participación política del recurrente.

Por estas razones, el colegiado llegó a concluir que, no puede limitarse a sostener que la presentación del acta de la asamblea general extraordinaria del 20 de enero de 2016, se realizó de manera extemporánea; sin considerar que su celebración tuvo como propósito expreso legitimar los acuerdos cuya inscripción rechazó la DNROP, declarándolos improcedentes las solicitudes (del partido), sin previamente comunicar las observaciones al partido político ni concederle el plazo para la subsanación. En tal sentido, se consideró que no se puede desconocer el derecho de toda organización política a participar en un proceso electoral con arreglo a sus propias normas internas, y que implique entre otros aspectos: “la posibilidad de establecer libremente su estructura y funcionamiento, las reglas democráticas para elegir autoridades y candidatos, y los derechos y obligaciones de los afiliados, con arreglo a lo que establece la Constitución y el sistema democrático de gobierno”. Por tales motivos, los magistrados del voto en minoría, consideraron que era necesario admitir y valorar la documentación presentada por el ppTPP con su recurso de apelación del 5 de febrero de 2016. Tal decisión se justificaría en aras de adoptar una decisión que valore integralmente las decisiones adoptadas por el partido político y evitar algún tipo de afectación irrazonable y desproporcionada.

Por otro lado, respecto al acta de la AGE del 20 de enero del 2016, los magistrados consideraron que habiendo valorado la documentación aportada con el recurso de apelación, correspondería también verificar si también resultaba idónea subsanar las observaciones efectuadas por la DNROP: “sobre el incumplimiento de las propias normas partidarias en la convocatoria y *quórum*, para la adopción de

acuerdos”. Esto es, si toda modificación de la partida registral debe producirse en mérito de la copia certificada del acta (en la que consta el acuerdo de modificación), esto implicaría que la modificación debería responder al cumplimiento de dos importantes requisitos: (a) que la modificación haya sido adoptada por el órgano partidario competente y, (b) que la modificación haya sido válidamente adoptada. En cuanto al caso, según el voto, se pudo verificar que en el acta de la AGE del 20 de enero de 2016, se registró la asistencia de todos los integrantes de dicho órgano partidario, a excepción de los renunciantes y los fallecidos, lo que equivaldría a 43 miembros. Sin embargo, de una verificación de la información que obró en la partida registral del partido político, se advirtió que el total de personas que habían acudir a la AGE era de 34 personas, que según el acta habrían asistido 29 porque firmaron la lista de asistencia, y de cinco que no asistieron; respecto de dos de ellos no se acredita en la convocatoria (miembro del consejo consultivo regional y presidente del TNE); pero la presencia de casi la totalidad de los miembros que acudieron, convalida cualquier eventual incumplimiento (en la convocatoria o realización de la AGE del 20 de enero de 2016), es más se aprobó por unanimidad la ratificación, la convalidación y la subsanación de una serie de actos dándole legitimidad a los actos partidarios. Agregan los magistrados, que las observaciones formuladas por la DNROP: estuvieron referidas por el incumplimiento de requisitos formales para la instalación y conformación de los órganos partidarios; pero la DNROP al calificar, no advirtió el incumplimiento de alguna norma contenida en la Constitución, la LOP, la LOE, o el contenido de los acuerdos adoptados -por el órgano partidario- que fuesen contrarios a los principios y valores de la Constitución, donde se vulneren los derechos fundamentales de los afiliados; solo advirtió la DNROP que se trató del incumplimiento de las propias normas estatutarias sobre convocatoria, plazos y *quórum*. En tal sentido, la AGE del 10 de octubre del 2015 estaba excepcionalmente legitimada para convalidar las actuaciones y acuerdos de los demás órganos partidarios; a excepción de los atribuibles al TNE, por cuanto el artículo 19º de la LOP reconoce a los órganos electorales de las organizaciones políticas “autonomía” respecto de los demás órganos internos; por lo que sus actuaciones y decisiones no pueden ser desconocidas, y dejadas sin efecto o convalidadas por órganos distintos. Los magistrados aclaran, que la DNROP, en ningún momento ha

emitido pronunciamiento sobre la actuación del TNE del ppTPP; lo cual es correcto señalar (o señaló), que dicha autoridad administrativa “*no es competente para evaluar el cumplimiento de las normas sobre la elección interna de los candidatos*”, a cargos de elección popular. Asimismo, la DNROP al emitir las resoluciones materia de apelación, no tuvo a la vista el acta de la AGE del 20 de enero de 2016, por lo que, al emitir sus pronunciamientos lo hizo calificando los documentos hasta la fecha presentada, conforme a su criterio e interpretación; pues debió atenderse, que la jurisdicción del JNE se ubica en “un escenario de proceso electoral convocado”, es decir, en curso en el que por disposición del artículo 04º de la LOP, desde el 10 de febrero de 2016 hasta un mes después de la finalización del proceso electoral: ningún partido ni organización política participante podrá presentar solicitudes referidas a la modificación de artículos del estatuto sobre democracia interna o símbolo.

En consecuencia, la confirmación que hace la DNROP, en declarar improcedente la solicitud de modificar del estatuto con sus adherentes: “coloca al partido político en una situación de incertidumbre”; por cuanto no podría participar en el proceso de Elecciones Generales con apego a sus propias normas internas; vulnerándose sus derechos de “autoorganización y autodeterminación”. Ello, sin duda, generaría que (por “su contextos no cuestionado por alguno integrante afiliado”, en el marco fáctico, estatutario y legal en concreto), se deniegue un derecho fundamental, como es el de participación política. Bajo estas circunstancias, y ante el cierre del ROP, los magistrados que suscribieron el presente voto; no consideraron que en este caso, “se podría rechazar la valoración de los documentos que se presentó en el recurso de apelación, y limitarse a dejar suelto el derecho del partido político, de presentar nuevas solicitudes de modificación de partida electrónica”. Ello en mayor medida, cuando del contenido del documento aportado (acta de la AGE del 20 de enero de 2016) se logra subsanar las irregularidades sobre convocatoria, quórum y plazos; advertidos oportunamente por la DNROP, en la Resolución N.º 010-2016-DNROP/JNE.

Por estos hechos, el voto llega a concluir, que toda vez que “a) la asamblea general, es el órgano máximo de toda asociación y partido político; b) los militantes, no han

expresado agravios alguno, ni han cuestionado la validez de los acuerdos adoptados en la asamblea del 20 de enero de 2016; y c) los acuerdos adoptados por la comisión política nacional (en adelante CPN), la asamblea electoral (en adelante AE) y el CEN, estaban directamente relacionados con las decisiones adoptada por la AGE del 10 de octubre de 2015, y con los acuerdos adoptados por la AGE del 20 de enero de 2016”; procede declarar, que los actos gozan de validez y eficacia. Sin embargo, agrega el voto, debería resaltarse que esta convalidación procede únicamente debido a que los actos y las modificaciones al estatuto que se buscan inscribir, no son contrarias a la Constitución Política y ni a las leyes del país, sino que se trata de modificaciones que buscan permitir, o en todo caso de optimizar la organización interna al partido político. En el caso en concreto, esta decisión, no implicaría desautorizar la actuación de la DNROP, ni transgredir la regularidad de procedimientos en su cargo. Por ello, para la modificación de la partida electrónica “referida a un elemento del símbolo partidario (color)”; la DNROP debería continuar con el trámite que correspondiera, para determinar si procede o no la inscripción de dicha modificación, y el símbolo de la referida organización política. Por lo expuesto, los dos magistrados del voto en minoría, resolvieron declarar fundados los recursos de apelación, esto es, que la DNROP proceda a inscribir los actos referidos a la modificación del estatuto partidario, la designación de los miembros del TNE y el CEN; y en consecuencia, revocaron las Resoluciones: N.º 010-2016-DNROP/JNE, del 14 de enero de 2016, y N.º 017-2016-DNROP/JNE, del 28 de enero de 2016, emitidas por la DNROP.

#### **4.1.3.- Un breve síntesis a la situación jurídica de la candidatura de la fórmula presidencial del partido político TPP en las elecciones presidenciales del año 2016.**

##### **A) Sobre el pronunciamiento emitido por el Jurado Electoral Especial.**

Después de haberse emitido el pronunciamiento del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, mediante resolución N° 93-2016-JNE que confirmaba: la resolución N° 010-2016-DNROP/JNE, sobre la improcedencia de modificar el símbolo del partido; y la resolución N° 017-2016-DNROP/JNE, sobre la improcedencia de modificación del estatuto interno, la inscripción del nuevo Tribunal Nacional Electoral y del nuevo

Comité Ejecutivo Nacional; y que posteriormente, todo lo actuado haya bajado al despacho del Jurado Electoral Especial para que se resuelva conforme a las atribuciones que les corresponde. Esta entidad se pronunció en dos oportunidades.

El primer pronunciamiento que emitió el colegiado del Jurado Electoral Especial, mediante resolución N° 002-2016-JEE-LC1/JNE de fecha 24 de febrero del 2016, respecto de la situación jurídica de la candidatura del Sr. Julio Guzmán Cáceres: es declarar procedente la solicitud de inscripción de la fórmula presidencial; por los motivos a continuación. En primer lugar, porque el día 19 de febrero del año 2016, mediante resolución N° 001-2016-JEE-LC1/JNE, que declaraba el JEE inadmisibles la solicitud de inscripción de la fórmula de candidatos; por haberse encontrado dos observaciones (el primero, porque “el acta de elecciones interna que fueron suscrita por los miembros del TNE no se encontraban suscritos en el ROP”; y segundo, porque “el vocal del TNE no se encontraba afiliado en el ROP”), éstas fueron subsanadas por el escrito presentado por el personero legal, el día 21 de febrero del 2016. En segundo lugar, porque los argumentos en que se sostiene el JEE para admitir la solicitud de la fórmula presidencial: están basados en el artículo 186° de la Constitución “apreciar los hechos con criterio de conciencia” (en el considerando 2.1.3); criterio que trae como argumentos: el que se “debe ponderar cada caso en concreto” citando el artículo 31° de la constitución (en el considerando 2.1.4); el que se puede aplicar “el principios de presunción de veracidad, el principio de presunción de privilegio de control posterior, y el principio de verdad material” (en el considerando 2.1.5); el que se tiene “la posibilidad de subsanar el acto jurídico a través de la confirmación expresa o tácita, que disponen los artículos 230° y 231° del código civil” (en el considerando 2.3.8); el que se pueda entender, que “el acuerdo de los fundadores del partido político plasmado en el acta de fundación (con los requisitos del artículo 5° de la LOP), se pueda materializar con la voluntad de los asociados”, ya que el registro de organizaciones políticas “se presenta con carácter constitutivo sólo para determinar la existencia jurídica del partido político”, de esta manera que: “dicho acto de constitución se perfecciona solo con el registro, pues a partir del registro, nace la asociación ya constituida” (en el considerando 2.4.8); el de considerar que: “si la ley otorga carácter constitutivo al registro en cuanto a la inscripción de la organización política (...) su reconocimiento jurídico y

los actos celebrados con anterioridad, se encuentran condicionados a su inscripción, es decir que reconoce los actos anteriores previa inscripción” (en el considerando 2.4.9). En tercer lugar, el JEE hace un análisis del caso, en base a la definición de partidos políticos en la LOP<sup>732</sup>; considerando el JEE, que *“la voluntad libremente expresada de sus asociados (afiliados), en tanto factor gravitante para la adopción de acuerdos válidos, puede ser convalidada por el acuerdo en tanto en el que se materializó no adolezca de los requisitos esenciales para su validez”*, (en el considerando 3.4); De igual manera, el JEE mediante el expediente N° 00886-2013-PA/TC considera que: *“estando ad portas de un proceso electoral, tiene la obligación de privilegiar este derecho fundamental frente a las formas, en cumplimiento del principio de interpretación pro homine, puesto que resulta de vital importancia que un proceso electoral participen el mayor número de actores políticos y no se privilegie a nadie de su participación, tanto más, si aspiramos a un estado democrático y constitucional de derecho”* (en el considerando 3.4.8). Para terminar, el órgano de primera instancia, subraya dos argumentos centrales en su primera resolución N° 002-2016-JEE-LC1/JNE: primero: *“que se presume que los documentos y declaraciones presentados por los interesados son veraces y guardan perfecta relación con los hechos u otros que ellos contienen. Esta presunción admite prueba en contrario”*, (en el considerando 2.1.5); y segundo: advierte que dentro de “los dos días naturales siguientes a la publicación, cualquier ciudadano inscrito en RENIEC, podría formular tacha contra cualquier candidato”, sostenidas en las infracciones del artículo 106 al 108 de la LOE, según lo previsto en el numeral 1 del artículo 40° del reglamento (en el considerando 3.4.12).

El segundo pronunciamiento que emite el colegiado del Jurado Electoral Especial, mediante la resolución N° 019-2016-JEE-LC1/JNE de fecha 03 de marzo del 2016, respecto de la situación jurídica de la candidatura del Sr. Julio Guzmán Cáceres, es declarar improcedente la solicitud de inscripción de la fórmula presidencial: “por haberse presentado diez tachas en su contra, y que en consecuencia, le declaraban nula la resolución que admitida su candidatura”. Esta decisión se tomó por cuatro motivos. En primer lugar, porque se presentaron 10 tachas al partido político “por

---

<sup>732</sup> Artículo 01° de la Ley Organizaciones Políticas (Ley N° 28094).

incumplimiento de las normas sobre democracia interna”; y que posteriormente, el personero legal del partido político se pronunció sobre esta situación, alegando que “las tachas interpuestas deberían ser admitidas conforme a las infracciones establecidas en los artículos 106º, 107º y 108º de la LOE”, conforme a lo dispone el artículo 110º de LOE. En segundo lugar, porque el Jurado Electoral Especial se amparó en diversas resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, para admitir las tachas que llevaban como causal “el incumplimiento de las normas sobre democracia interna”; estas resoluciones son: la resolución 0101-2011-JNE de fecha 4 de marzo del 2011, la resolución 0101-2011-JNE de fecha 9 de marzo del 2011, y la resolución 305-2015-JNE de fecha 21 de octubre de 2015. En tercer lugar, porque se sostuvo (que la resolución N° 93-2016-JNE, que declaró improcedente la medicación del estatuto interno, la inscripción del nuevo TNE y del nuevo CEN) “que las reglas del procedimiento administrativo no pueden ser aplicables; pese a los procesos electorales, regulado por principios y reglas particulares sea de distinta naturaleza”. Y en cuarto lugar, por sostenerse de la resolución N° 114-2016-JNE del 23 de febrero de 2016, donde se *“determinó de modo definitivo que ni la ley ni su propio estatuto facultan a la Asamblea General del partido político Todos por el Perú a convalidar las actuaciones de otros órganos partidarios (...) de esta manera, confirmando la decisión de la Dirección Nacional de Registro de organizaciones políticas que declaró improcedente la inscripción del Tribunal Nacional Electoral y el estatuto del que derivo su designación”* (considerando 19). Para finalizar, el JEE, no reconoce que haya existido un error en la primera resolución emitida; puesto que, solo se han admitido principios del procedimiento administrativo, tales como el de presunción de veracidad, privilegio de controles posteriores y verdad material; es más, mencionan que no se puede desconocer los fundamentos internos de las organizaciones políticas como asociaciones, por lo que es un ejercicio de la libertad de asociarse y del derecho de participación política.

#### **B) Sobre el pronunciamiento emitido por el Jurado Nacional de Elecciones.**

Luego de haberse pronunciado el Jurado Electoral Especial, mediante la resolución N° 019-2016-JEE-LC1/JNE, sobre la improcedencia la solicitud de inscripción de la fórmula presidencial por presentarse diez tachas en su contra. El pleno del Jurado

Nacional de Elecciones mediante resolución N° 197-2016-JNE de fecha 08 de marzo, se pronunció de la siguiente manera:

El pleno del Jurado Nacional de Elecciones en su voto en mayoría, precisó que los ciudadanos tienen derecho a participar “*conforme ley*” determinado en el artículo 2° numeral 17 de la Constitución. De igual manera, agregó que “*(...) tienen el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica*”; en otros términos, el derecho al sufragio está reservado para el ciudadano, y para que el derecho, cuyo ejercicio se realice conforme a la ley. Según los magistrados, el proceso electoral está conformado por actos y etapas, respecto de los cuales opera el principio de preclusión y la función registral, que no solo le corresponde a la DNROP sino también al JNE; además, el revisar y verificar el cumplimiento de las normas de democracia interna de cualquier otro partido, “es un mandato constitucional”, ya que, su procedimiento al inscribir la fórmula presidencial debe estar sujeta a dos etapas: “una es la calificación, y la otra es el periodo de tachas”. Asimismo, indican que, las tachas que fueron presentadas no estaban sustentadas en los supuestos de los artículos previstos en la LOE, sino más bien se trató de cuestiones relativas a la infracción de las normas internas de la fórmula presidencial; reiterando, que debe recordarse no solo como una exigencia legal sino también sobretodo constitucional. Por lo que, en la Constitución política, el constituyente “*ha puesto de manifiesto la condición de valor fundamental que tiene el principio democrático en el funcionamiento interno de dichas agrupaciones políticas*” (considerando 22); y en la LOP, se establece en los artículos 19° y 20°. El voto también expresó, que “*una vez que esta normativa interna partidaria entra en vigencia, pasa a formar parte de las llamadas <normas de democracia interna> y, por tanto, su cumplimiento también deviene en obligatorio*” (considerando 24); por ello, la norma del artículo 110° de la LOE, debe ser interpretada en forma conjunta y unitaria con el resto del marco normativo electoral, con la Constitución y las leyes del LOE y LOP. Agregan además, que en el procedimiento para la elección de la fórmula presidencial, existen por un lado, los denominados “requisitos de candidatos”, y por otro lado, los denominados “requisitos de la fórmula o lista”; pues, cuando se tiene clara la existencia de estos dos tipos de requisitos: “*resulta válido que vía su interposición*

*se pueda cuestionar el incumplimiento de las normas que regulan la democracia interna” (considerando 29). Por otra parte, citan varias jurisprudencias, como la resolución N° 101-2011-JNE y la resolución N° 118-2011-JNE, para poder controlar “el incumplimiento de algún requisito estatutario o reglamento en el proceso de democracia interna ante la autoridad jurisdiccional electoral”, ya que como ellos mencionan: es el pleno del JNE como órgano máximo de la justicia electoral, “quien conoce y absuelve las discusiones sobre “el proceso de democracia interna” de cualquier organización política”, y solo es en vía de apelación, durante la etapa de inscripción de listas de candidatura. Citan además la resolución N° 0317-2015-JNE, de fecha 2 de noviembre del año 2015, como resolución central para evaluar el incumplimiento mencionado. Deja establecido el JNE dos cosas: primero, “que vía la interposición de una tacha si es posible denunciar el incumplimiento de las normas de la democracia interna internas”, y segundo, “que la tarea de cautelar el cumplimiento de las normas de democracia interna corresponde tanto a los Jurados Electorales Especiales (...), como al Jurado Nacional de Elecciones (...)” (en el considerando 33); puesto que se verificó en por la autoridad competente, que en el proceso de elecciones internas el ppTPP; “optó por no permitir que este organismo electoral ejecutara, en su momento, los procedimientos de fiscalización regulados por el reglamento para la fiscalización del ejercicio de la democracia interna para las elecciones” (en el considerando 37), según lo establecido en la resolución N° 0285-2015-JNE. Por último, los magistrados del voto en mayoría, indicaron que cuando se presentó el escrito de subsanación, el partido político ppTPP manifestó que “la designación del TNE se realizó de acuerdo a los procedimientos del nuevo estatuto aprobados en la AGE del 10 de octubre de 2015”; y como también se sabe, la DNROP le declaró improcedente la inscripción de los acuerdos adoptados, al constatar que el ppTPP había vulnerado su propio reglamento interno en materia de quórum y mayoría. Esta situación, le dio a entender a los magistrados, que la fórmula presidencial no fue elegida con apego a la ley electoral, sino más bien era el resultado de un procedimiento incongruente: con autoridades descalificadas, y un estatuto que no es organizado. En base a estas razones, el voto en mayoría, concluyó que el ppTPP vulneró grave e irreparablemente sus propias normas;*

declarando infundado el recurso de apelación; y en consecuencia, confirmó la resolución N° 019-2016-JEE-LC1/JNE del 3 de marzo de 2016.

El pleno del Jurado Nacional de Elecciones en su voto en minoría, partió en analizar la “diferencia sustancial” que existe entre el estatuto inscrito en el ROP, y aquel que se modificó en el AGE del 10 de octubre del 2015 (que fue convalidada en AGE del 20 de enero del 2016). Verificó que “no existió diferencia sustancial en el contenido material de las normas, sobre democracia interna”; eso es: entre el título quinto del estatuto inscrito y el mismo título del estatuto que fue denegado en su inscripción. Los magistrados indicaron, que cuando se realiza una adecuada elección en la fórmula presidencial, es porque se utiliza uno de dos caminos electorales, como es: en base a las “modalidades de elección interna”, o al de la “asamblea electoral”. En base a estos dos caminos, el voto hizo dos aclaraciones: el primero, con respecto a las modalidades, el artículo 109° del estatuto inscrito establecía que la elección de candidatos, se realizaran bajo la modalidad prevista en el artículo 24°, literal b) y c) de la LOP; y en tanto al estatuto, cuya inscripción que fue denegada por el voto en mayoría, añadía una modalidad adicional de elección “que no fue utilizada en el proceso donde es elegida la fórmula presidencial, por lo que fueron elegidos por la modalidad de delegados o elección indirecta”, establecida en el estatuto escrito por la ROP. Añaden que, el artículo 24° de la LOP habilita tres modalidades de elección interna, en la que algunas de ellas, debe procederse para la elección de fórmula presidencial. Advirtieron, que en el estatuto inscrito si se ha previsto la modalidad de elección habilitada (y con la legalidad requerida); es más, en el acta (verificada en auto), se pudo observar que la modalidad que se utilizó para elegir la fórmula presidencial, fueron bajo la modalidad de delegados; y en tal sentido, no se comprende el incumplimiento de la democracia interna. El segundo, con respecto a la asamblea electoral, el voto manifestó que no se realizó mayores cambios en la naturaleza del órgano partidario, solo se trató de un cambio de ubicación de los artículos; por lo que, su contenido central de conformación y competencia, se mantiene. Un tema de mucha relevancia, fue que en la posición del TNE, la LOP en su artículo 20°, estableció que *“la elección de los candidatos a cargos públicos de elección popular se realiza por un órgano electoral central conformado por un mínimo de tres (3) miembros”*; y en el estatuto inscrito se prevé, en el artículo 59°,

que los integrantes deben ser afiliados al partido político; y según la información del ROP, dos de ellos son afiliados pero uno de ellos no figura como tal, aunque luego se subsanó con la presentación del escrito presentado ante el JEE. Al respecto, el voto en minoría estimó, que en aplicación al artículo 18° de la LOP, *“es posible considerar afiliado a un ciudadano que no obre como tal en el ROP, siempre que lo acredite con un documento de fecha cierta”* (considerando 25), tal como se acreditó en este caso; y que por tanto, se aceptó la inclusión del nuevo afiliado como miembro del TNE, en la medida que si se afilió al partido político; en consecuencia, señalaron que si se cumplió con *“las exigencias de la democracia interna”* que establece la LOP y la Constitución. Por último, indicaron que *“si bien es cierto que el partido político TPP, al tramitar la inscripción de su candidatura presidencial, ha incurrido en irregularidades administrativas relacionadas al incumplimiento de normas estatutarias vinculadas a los mecanismos de democracia interna, ello no debe implicar como consecuencia necesaria e ineludible la improcedencia de la inscripción de la inscripción de la candidatura”* (considerando 29). Según el voto, la restricción de un derecho fundamental como es el de participación política, debe ser evaluada con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, es decir: *“debe efectuarse una ponderación entre el bien jurídico que se busca proteger por medio de dicha restricción, la democracia interna de los partidos políticos y el derecho fundamental de participación política. Lo que debe evaluarse en estricto es si el grado de protección que se otorga a la democracia interna de los partidos políticos, a través de la declaración de improcedencia de la inscripción de una candidatura presidencial, es superior en intensidad al grado de restricción que se impone al derecho fundamental a la participación política, especialmente al derecho a ser elegido”* (considerando 31). Puesto que, se considera que, la sanción dada es la imposibilidad en participar en el proceso electoral, lo que resulta desproporcionado al impedirse en su totalidad el ejercicio de tal derecho, e incluso se podría formular de la siguiente manera: *“el grado de protección que se obtiene a la democracia interna del partido político apelante es de intensidad menor en tanto finalmente se respetan las normas estatutarias (...)”* (considerando 33). El voto consideran, que mantener esta posición, es impedir que el partido político cumpla con uno de los objetivos sociales, que es la participación política; por lo que, para ellos le *“resulta*

irrazonable y desproporcionado declarar improcedente la inscripción la inscripción de la candidatura presidencial del partido apelante” (considerando 33). Y por estas razones, declararon fundado el recurso de apelación, y que revóquese la resolución N° 019-2016-JEE-LC1/JNE; en consecuencia, nulas las diez tachas.

#### **4.2.- La hermenéutica jurídica como el arte de interpretar: ¿cómo debieron resolver los magistrados electorales?**

##### **4.2.1.- La hermenéutica Jurídica como el arte de interpretar la norma jurídica: el jurista-intérprete.**

Una técnica jurídica que es utilizada por los juristas en tiempos contemporáneos, es la técnica de la “hermenéutica”<sup>733</sup>, del griego *epunveviv* (interpretación). Pues en esta técnica: “la interpretación se muestra operante en todas las actividades humanas y en todas las necesidades por las que el hombre es hombre (...) El hombre es un animal hermenéutico, porque habla: por eso la filosofía hermenéutica reencuentra la unidad del hombre consigo mismo y con el mundo”<sup>734</sup>. En el mundo del derecho, “el Derecho es racional porque el hombre lo es; la racionalidad es una propiedad humana que, en cuanto tal, emana necesariamente de la naturaleza humana, de su esencia específica; a su vez, el Derecho es racional en cuanto es una realidad práctica, pues la conducta humana -o praxis- es racional”<sup>735</sup>. En la tesis central de la tradición clásica platónico-aristotélica: “la naturaleza y la razón humana son la regla y medida inmanente del obrar del hombre y, por lo tanto, del Derecho”<sup>736</sup>, así como “Dios es la medida de todas las cosas”<sup>737</sup>. Según Kelly Alflen de acuerdo a los escritos de Gadamer, la expresión hermenéutica se encuentra registrada por primera vez en los manuscritos del autor alemán Heinrich Seume y

<sup>733</sup> ALFLEN DA SILVA, Kelly S. *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, traducido por Humberto Orduz Maldonado, Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 7; El término que significa: “descubrir, revelar, traer a la luz algo oculto, y surgió con un carácter complementario de la “techne”, como una disciplina auxiliar, un canon de reglas cuya finalidad era el conocimiento de los textos”. Cfr. IBID, p. 7.

<sup>734</sup> MATHIEU, V. “Manifiesto di un movimiento hermenéutico universale” en *Filosofía*, 1992, p. 213. Es esta actividad racional, la que convierte al hombre en un ser hermenéutico.

<sup>735</sup> LAMAS ADOLFO, Félix. *Los principios y el Derecho natural. En la metodología de las ciencias prácticas*, Buenos Aires, Editorial Educa, 2002, p. 12.

<sup>736</sup> PLATÓN, *Las leyes*, Instituto de Estudios Políticos, 1960, IV 716, a-2 y d-3.

<sup>737</sup> Platón, *Las leyes*, IV 716, c-4-5; CONTRERAS, Sebastián. “Justo por naturaleza y justo convencional en Platón. A propósito de la refutación platónica a la doctrina del homo mensura”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 43, N° 119, enero-junio 2013, 503-532, 518.

de Johann Peter Hebel<sup>738</sup>, que significaba *“la transferencia de un mundo a otro, del mundo de los dioses al mundo de los hombres”*<sup>739</sup>; y que luego del surgimiento de la conciencia metodológica este término hermenéutico: *“se resume en una relación de conocimiento entre sujeto y objeto (S → O), propia de la teoría del conocimiento. La cuestión central pasa a ser de carácter normativo (...) como objeto de buscar la correcta interpretación de los textos”*<sup>740</sup>, ya que en la edad media se utilizaban un sin número de clases hermenéuticas, sin aspiraciones objetivas y de *“rendirse al sin sentido: es decir, frente a la posibilidad de vaciar la actividad del jurista de toda objetividad, de debilitarla hasta transformarla, (...) sólo en un juego”*<sup>741</sup>; cayendo en una mera actividad del decisionismo (o liberalismo), considerado por muchos, como una doctrina negativa que se sostiene de las decisiones política y morales.

La hermenéutica jurídica desde la perspectiva del jurista (o conocimiento jurídico), *“consiste en saber o establecer qué es lo justo o lo debido en los casos concretos, es decir, qué es aquello que se debe a cada persona en una relación jurídica.”*<sup>742</sup>. Esta operación está dirigida a encontrar la solución justa del caso en concreto, puesto que, la actividad del jurista no es una actividad pasiva sino es una actividad creativa y normativa: *“aun cuando el jurista se proponga como único objetivo el de esclarecer el significado implícito en los enunciados legislativos producidos por el legislador, este inevitable intervendrá atribuyéndoles un significado”*<sup>743</sup>, que partirá del *“conocimiento de las realidades jurídicas”*<sup>744</sup> sin caer en las tentaciones de los fenómenos jurídicos del relativismo o nihilismo. O peor en los casos, si éste cae en

<sup>738</sup> ALFLEN DA SILVA, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, Op. Cit., p. 9.

<sup>739</sup> ALFLEN DA SILVA, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, Op. Cit., p. 9; Sobre este significado, para Gadamer: *“La expresión hermenéutica parece conservar una conexión semántica con Hermes, quien le da publicidad al mensaje de los dioses del olimpo, transmitiéndolos a los mortales, esto quiere decir que no solo los anunciaba textualmente sino que también actuaba como intérprete, tornando inteligibles y significativas las palabras. Es la transferencia del mundo de una lengua extraña al mundo de una lengua propia”*. IBID, p. 9-10.

<sup>740</sup> ALFLEN DA SILVA, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, Op. Cit., p. 10.

<sup>741</sup> D`AGOSTINO, Francesco. “HERMENÉUTICA Y DERECHO NATURAL. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica” en *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo*, 1º edición, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2000, 301-314, 308.

<sup>742</sup> MORA RESTREPO, Gabriel. *Ciencia jurídica y arte del Derecho: Estudio sobre el oficio del jurista*, Bogotá, Universidad de la Sabana: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 187.

<sup>743</sup> D`AGOSTINO, “HERMENÉUTICA Y DERECHO NATURAL. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica”, Op. Cit., p. 307-308.

<sup>744</sup> MORA, Gabriel. *Ciencia jurídica y arte del Derecho: Estudio sobre el oficio del jurista*, Op. Cit., p. 193.

los aspectos negativos del principialismo o no positivismo<sup>745</sup> de Robert Alexy, o de los argumentos negativos neoconstitucionalistas<sup>746</sup> de la escuela genovesa; y que influyen al juez constitucional a concebir el dilema, de que el juez se convierte en tecnócrata por solo aplicar la norma, ya que incurriría en una *“aplicación fría y mecánica del dogma legal”*<sup>747</sup>; o por concebir el dilema en que el juez debe buscar en la Constitución la respuesta correcta, convirtiéndose en *“un servidor y guardián leal de ella; indagando cuanto puede desprenderse de sus valores, principios y normas para resolver las controversias”*<sup>748</sup>. Dos modelos de jueces y argumentos que no deben servir de inspiración para ningún jurista y para el que se encuentra identificado como el respeto del Derecho natural, por lo que: *“el principio, a partir del cual el jurista le dará vida hermenéutica al derecho positivo, no será otro que el que la tradición occidental ha designado con la expresión derecho natural”*<sup>749</sup>, y no otros fenómenos jurídicos extraños como los ya mencionados.

En la hermenéutica jurídica existen una variedad de estructuras y metodologías que proponen diversos ensayos filosóficos-hermenéuticos, pero según Massini, pueden ser caracterizados en cuatro notas principales<sup>750</sup>: la primera nota, es en determinar

<sup>745</sup> Que según Rodolfo Vigo, se puede encontrar cinco aspectos de esta naturaleza en Alexy: *“1) La asunción de una razón práctica procedimental (...); 2) La pérdida de la historicidad (...); 3) Una confianza excesiva en la razón y en su desarrollo (...); 4) Una teoría jurídica que distingue de modo demasiado decimonónico la creación de la aplicación del derecho (...); 5) El riesgo de una absorción de la moral por el derecho (...).”* Cfr. VIGO, Rodolfo L. *“La teoría discursiva dialógica de Robert Alexy y su confrontación con el realismo jurídico clásico”* en *IV Jornada Internacional de Derecho Natural. Ley natural y legítima laicidad*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Educa, 2010, 371-398, 391-398.

<sup>746</sup> Que se diferencia del iusnaturalismo, por ser un conjunto de tesis activistas. Para Rodolfo Vigo, existen seis claras diferencias entre el neoconstitucionalismo no positivista y el iusnaturalismo: *“3.1. Antropología (...); 3.2. La gnoseología (...); 3.3. El concepto de derecho (...); 3.4. Fundamentos de la moral (...); 3.5. Prudencia y Retórica (...); 3.6. Bien común y libertad individual (...).”* Cfr. VIGO, Rodolfo L. *“Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”* en *Derecho Natural y Iusnaturalismos. VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de filosofía del Derecho*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2014, 187-218, 204-217.

<sup>747</sup> PORTELA R. Jorge G. *La justicia y el derecho natural*, segunda Edición, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2006, p. 158.

<sup>748</sup> CAE EGAÑA, José Luis. *“Los jueces en el Estado constitucional y democrático a la luz del derecho natural y del neoconstitucionalismo”* en *Jornada Internacionales de Derecho Natural Chile 2005-2007*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Educa, 2009, 497-511, 509; Asimismo de concebir la idea que: *“La constitución tiene fuerza normativa propia y no suspendida ni subordinada a lo que preceptúa la ley; supremacía cuya imperatividad se irradia, (...) sobre todo el sistema jurídico”*. IBID, p. 509.

<sup>749</sup> D'AGOSTINO, *“HERMENÉUTICA Y DERECHO NATURAL. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica”*, Op. Cit., p. 307-308.

<sup>750</sup> MASSINI CORREAS, Carlos I. *“Entre la analítica y la hermenéutica: La filosofía jurídica como filosofía práctica”* en *Jornada Internacionales de Derecho Natural Chile 2005-2007*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Educa, 2009, 107-137, 120-123.

una breve noción de hermenéutica filosófica, que en este caso es iusnaturalista; la segunda nota, se centra en el derecho vivido como acción o práctica social, que en este caso el jurista debe partir de la experiencia práctica; la tercera nota, es que la hermenéutica debe mover en una dimensión principalmente pragmática social, y no en una dimensión semántica-referencial de la propuesta analítica; la cuarta nota, se refiere a la teoría de la interpretación jurídica, interpretación que, según F. Viola citado por Massini Correas, es *“un movimiento circular entre las expectativas o anticipaciones del interprete y los significados animados en el texto”*<sup>751</sup>; y la quinta nota, referida a la problemática del naturalismo, esto quiere decir, aunque haya una negativa por un conocimiento intencional de la realidad natural, la mayoría de sus detractores reconocen al derecho natural, como un conocimiento racional para la actividad hermenéutica.

Ahora bien, ¿En qué consiste el arte de interpretar? Consiste en cumplir tres etapas transcendentales: la primera es *de orientar al jurista* de cuáles son los riegos de las diversas teorías, la segunda es que *cumplan criterios hermenéuticos* donde no se trasgreda el derecho natural y el derecho positivo, y la tercera es de asumir *una función de jurista-intérprete* que le permita elegir una solución justa.

Con respecto a la primera etapa, el de *orientar al jurista* ¿Cómo podrá el jurista orientarse para una adecuada interpretación? o ¿Cómo podrá encontrar alguna vez una orientación segura, sin caer en las dudosas interpretaciones? En primer lugar, el jurista no debe caer en las tentaciones de las múltiples formas del *sin sentido*, como las tesis o teorías expuestas en el presente trabajo. En segundo lugar, el jurista debe tener conciencia que la virtud de la prudencia es también el *arte de vivir* que: *“requiere del conocimiento de verdades universales -principios y conclusiones inmediatas-, pero sobre todo necesita el conocimiento de las circunstancias en medio de las cuales se escoge y se impera una de las conductas posibles (incluso el Aquinate –Ethicorum, VI, lect. 6, n. 1194- destaca la mayor importancia del conocimiento particular sobre el universal), y para ello resulta indispensable la experiencia de la vida y de los hombres”*<sup>752</sup>, en otras palabras, *“la prudencia radica*

---

<sup>751</sup> IBID, p. 122.

<sup>752</sup> VIGO, *“La teoría discursiva dialógica de Robert Alexy y su confrontación con el realismo jurídico clásico”*, Op. Cit., p. 395.

y perfecciona al intelecto práctico, o sea, por una parte perfecciona el conocimiento, pero por otra, su finalidad no es solo cognoscitiva sino práctica, pues rectifica el obrar en orden a la acción. Por ello se la ha calificado como “hábito especial” pues es intelectual y moral a la vez (...)”<sup>753</sup>. Por ello, el jurista para resolver problemas sociales debe ser tener un hábito *prudente* y no concebir un aptitud de matemático, aritmético, algorítmico, o geométrico, como pregona Robert Alexy en su teoría de la ponderación; pues como advierte el jurista norteamericano Laurence Henry Tribe: “El Derecho no se parece a las matemáticas”<sup>754</sup>, porque “la prueba matemática. (...) solamente refuerza la conclusión de que especificar un nivel de abstracción apropiado para caracterizar a los precedentes no puede lograrse sin realizar elecciones valorativas”<sup>755</sup>; es más según el filósofo Aristóteles, menciona que: “los jóvenes pueden ser excelentes matemáticos pero no prudentes dado que no cuentan con la expresión de vida suficiente”<sup>756</sup>. Y en tercer lugar, el respeto estricto del principio de unidad de la norma jurídica, por ser una propuesta que respeta el iusnaturalismo (en la postura clásica del realismo jurídico) y el positivismo moderno (o neopositivismo), con la finalidad de proteger la naturaleza de la persona humana.

Con respecto a la segunda etapa, el de *cumplir criterios hermenéuticos* ¿El jurista puede sostenerse de criterios prudentes para sustraer el saber jurídico y alejarse de la tentación del “sin sentido” o del método matemático (o ponderativo)? Claro que sí, y esto es parte de la nueva *conciencia hermenéutica*<sup>757</sup> que ha creado un nuevo horizonte filosófico que nos impone: “retematizar (...) nuestra relación con la verdad, renunciar a las ilusiones de poder elaborar un método para captarla y dominarla; nos impone reconocer que “el conocer y el interpretar son inescindibles”; nos impone retematizar todo nuestro modo de pensar la filosofía del conocimiento

---

<sup>753</sup> MARTÍN QUINTANA, Eduardo. *Notas sobre el Derecho en el Iusnaturalismo*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Educa, 2013, p. 187.

<sup>754</sup> TRIBE Laurence. “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the legal Process” en *Harvard Law Review*, N° 84, 1971, p. 1329.

<sup>755</sup> TRIBE, Laurence H. y DORF, Michael C. *Interpretando la Constitución*, traducido por Jimena Aliaga Gamarra, 2da edición, Lima, Palestra Editores, 2017, p. 165.

<sup>756</sup> RAMÍREZ, Santiago M. *La prudencia*, Madrid, Editorial Palabra, 1979, p. 47.

<sup>757</sup> Que ha puesto en crisis: “el pensamiento objetivante y demostrativo que pretende extender el conocimiento con la pura demostración y concibe la verdad como un objeto que se ofrece a una mirada total y que no podemos conocer en un Sistema concluido y definitivo”. Cfr. D’AGOSTINO, Francesco. *Filosofía del Derecho*, traducido por José Rodríguez Iturbe, Bogotá, Editorial Temis, 2007, p. 147

y la filosofía misma en general, que viene, de tal modo, a adquirir un radical carácter hermenéutico<sup>758</sup>; es decir, la nueva conciencia hermenéutica nos obliga a repensar y reformular las teorías tradicionales de la interpretación, para encontrar la certeza del derecho. En esta etapa, la nueva conciencia hermenéutica le convierte al jurista en un verdadero agente al servicio de la justicia y del Derecho, y también el de cumplir -según Javier Hervada- siete presupuestos mínimos para una auténtica interpretación de la norma jurídica, estos serían:

*“1) El derecho positivo (como los actos de la autonomía) debe interpretarse según el derecho natural (...); 2) El derecho natural que éste recogido en normas de derecho positivo permanece siendo derecho natural y debe interpretarse conforme a su índole propia (...); 3) Cuando se observa un posible contraste entre los términos de la ley positiva (o de un negocio jurídico) y el derecho natural, la norma positiva (o en su caso el negocio jurídico) debe interpretarse de acuerdo con el derecho natural, en los términos de la norma positiva (...); 4) A veces el posible contraste entre el derecho positivo (o un acto de autonomía privada) y el derecho natural puede salvarse mediante una correcta conceptualización (...); 5) Si las dos reglas anteriores no pueden aplicarse, la interpretación del derecho debe hacerse con prevalencia de la norma natural sobre la positiva dentro de los límites de la formalización y la positivación (...); 6) Cuando una situación injusta se debe a que el legislador no ha ejercido una función de su exclusiva competencia, se produce un vacío que no puede ser colmado por el jurista (aunque sea juez). Hay vacíos y lagunas del ordenamiento que pueden ser llenados por el juez o por la doctrina; no nos referimos a estos supuestos, sino a aquellos que dependen de una competencia exclusiva del legislador (...); 7) Cuando una ley positiva discordante con la ley natural no puede ser reconducida al derecho natural mediante las reglas expuestas*

---

<sup>758</sup> D'AGOSTINO, Francesco. *Filosofía del Derecho*, Op. Cit., p. 147-148.

*(imposibilidad que sólo puede suceder en los casos extremos), debe tenerse por nula (...)*<sup>759</sup>.

Estos presupuestos ofrecidos por el profesor Hervada, deben ser interpretados respetando a ambos derechos, es decir, al derecho propio; buscando una correcta conceptualización con parámetros de contenido, formalización y positivización, sin que se altere la naturaleza de ambos derechos porque conducirían a su nulidad. La única objeción que nosotros hacemos a estos siete presupuestos, es solamente al número seis, quien el autor no pone límites a la actividad interpretativa del juez sino más bien incentiva en suplantar la competencia del legislador en aras de una (supuesta) situación injusta. Nosotros compartimos los presupuestos del profesor español, pero exceptuamos el presupuesto número seis.

Y por último, con respecto a la tercera etapa, que es la de asumir *una función de "jurista-intérprete"*<sup>760</sup> que le permita elegir una solución justa; esto quiere decir, que el operador del derecho no solo deberá identificar la forma del derecho positivo, sino también deberá identificar las expectativas de justicia -que se encuentran en la historia y la sociedad- para constituir -como deudor en la administración de justicia- un eficaz criterio que determine el significado final que se le atribuirá a la norma jurídica. Para el profesor italiano D'Agostino, existen tres criterios que debe reconocer el jurista-intérprete para formar la hermenéutica: a) el primer criterio, involucra a tomar en serio *la teoría heideggeriana del círculo hermenéutico*, esto significa que: *"este círculo tienen un significado ontológico positivo (...), -puesto que- el punto de partida hermenéutico está vinculado no a la proctología del pensar, sino a la deuteromicidad del reconocer"*<sup>761</sup>; es decir, que el jurista-interpretador al momento de interpretar la norma, debe identificar no solo con las expectativas de justicia (criterio de horizonte de expectativas generales, no subjetiva), sino debe identificarse con el derecho positivo entendido en su materialidad de sistema normativo; b) el segundo criterio, hace referencia a la *aplicación del derecho*, esto significa que el jurista-intérprete deberá conocer la realidad y modificarla, pero no

<sup>759</sup> HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Op. Cit., p. 199-202.

<sup>760</sup> D'AGOSTINO, "HERMENÉUTICA Y DERECHO NATURAL. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica", Op. Cit., p. 311.

<sup>761</sup> D'AGOSTINO, "HERMENÉUTICA Y DERECHO NATURAL. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica", Op. Cit., p. 311.

actuando de manera arbitraria: “el juez, en particular, tendrá que dar al enunciado del legislador esa interpretación que, adecuándose más que cualquier otra a la realidad, tendrá fuerza incisiva sobre ella, para ordenarla, para pacificarla, para salvarla”<sup>762</sup>, comprendiendo sus exigencias y líneas de desarrollo; c) y el tercer criterio, es porque la hermenéutica apela a la *fidelidad*, esto “*implica la renuncia a las sugerencias del pensamiento calculante; es una fidelidad radical y exigente, una fidelidad al ser (...)* –según la profunda institución heideggeriana- *el pensamiento tiene siempre un inagotable deber de gratitud en relación al ser: Denken ist danken, pensar es agradecer*”<sup>763</sup>, es decir, que se debe tener fidelidad no al pensamiento abstracto y calculable de la persona humana, sino debe haber fidelidad al “*ser*” por pertenecer al espacio de la existencia humana, a la dimensión que manifiesta la libertad de la persona, al Derecho por ser expresado y por exigir fidelidad, a ello se debe el jurista-interprete fidelidad.

Posteriormente, una vez identificado las tres transcendentales etapas: la *de orientar al jurista* de cuáles son los riegos de las diversas teorías, la *de cumplir criterios hermenéuticos* donde no se trasgreda el derecho natural y el derecho positivo, y la *de asumir una función de jurista-intérprete* que le permita elegir una solución justa. Entonces podemos regirnos por el principio adquirido de la nueva conciencia hermenéutica, esto es: “*a) que en su actividad el jurista-intérprete individualiza no la norma sino una norma, entre las muchas posibles (o, mayor implícitas) en el enunciado normativa que él está llamado a interpretar, y b) Que tal individuación implica de parte suya una actitud de intervención activa sobre el texto que debe interpretarse*”<sup>764</sup>. Una vez agotado las etapas transcendentales y el principio de la nueva conciencia, podemos asegurar que nos encontramos ante la ubicación de una solución justa, que nos permitirá solucionar cualquier caso en concreto; sin caer en alguna influencia<sup>765</sup> o intromisión subjetiva que este tentado a practicar el operador del derecho.

<sup>762</sup> D'AGOSTINO, “HERMENÉUTICA Y DERECHO NATURAL. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica”, Op. Cit., p. 312.

<sup>763</sup> D'AGOSTINO, “HERMENÉUTICA Y DERECHO NATURAL. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica”, Op. Cit., p. 313.

<sup>764</sup> D'AGOSTINO, Francesco. *Filosofía del Derecho*, Op. Cit., p. 150.

<sup>765</sup> Como es el neoconstitucionalismo y sus entidades que se explicó en el segundo capítulo.

#### **4.2.2.- Por qué señalamos que las decisiones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones y el Jurado Electoral Especial están influenciadas por teorías neoconstitucionalistas: un debate en torno a figuras valorativas.**

Antes que empezáramos a desarrollar el presente trabajo; nosotros observamos en el campo jurídico nacional, que se estaba presentando una influencia muy fuerte en el ámbito jurídico del derecho civil, administrativo, laboral y constitucional; esta influencia a la que nos referimos es la “neoconstitucionalista”, que al parecer (ya lo está logrando) estaría tratando de inmiscuirse en todas las ramas del Derecho y del ordenamiento jurídico peruano. La situación donde más resaltó su presencia sin duda alguna (sin que los abogados o juristas se den cuenta de su presencia) fue en el campo del sistema jurídico electoral, especialmente en las resoluciones del año 2016 del Jurado Nacional de Elecciones y Jurado Electoral Especial. Por ello, propusimos como tema central: “La influencia neoconstitucionalista en la justicia electoral”, con previo estudio y análisis crítico al “razonamiento jurídico de los filósofos del derecho desde la perspectiva neopositivista y iusnaturalista”, para que pudiera ser explicada y criticada sus oscuras consecuencia jurídicas. Por estas razones, y después de una breve reflexión, señalaremos: por qué las decisiones de los órganos electorales están influenciadas por teorías neoconstitucionalistas.

En primer lugar, con respecto a la resolución N° 093-2016-JNE del Jurado Nacional de Elecciones, que declaraba improcedente la modificación del símbolo del partido, la modificación del estatuto interno, la inscripción del Tribunal Nacional Electoral y del Comité Ejecutivo Nacional. Debemos advertir que la decisión tomada por el JNE en la presente resolución, es una decisión por mayoría de tres contra dos, y por lo tanto, es discutible que eso fuese la verdad. Nuestro lector nos diría que eso es la verdad, porque la decisión puede ser por uno por dos o por tres votos, es resolución, y por lo tanto es la decisión que adopta la mayoría. Nosotros le diríamos claro, pero eso no impide analizar que es un tres contra dos, es decir, que el propio JNE no tenía una posición definida y unánime respecto del tema; el cuarenta por ciento de los magistrados pensaron que si se podría convalidar la inscripción del partido político de todos por el Perú, y por lo tanto, el Sr. Julio Guzmán Cáceres podría postular a las elecciones presidenciales del 2016. Nuestro lector se preguntará ¿Y

por qué sucede eso? Es porque eso, va depender de la posición del intérprete (en este caso del magistrado); si el intérprete concibe una posición positivista, neo positivista, nopositivista, o neoconstitucionalista<sup>766</sup>, podrá resolver de acuerdo a esos criterios (aunque en el ámbito constitucional se hable de resolver entre forma y el fondo) ¿Y cuál es la posición de la ley? Su posición siempre va ser una sola: *la de respetar el Derecho*. El problema no siempre es por la aplicación de la ley sino de la manera cómo se interpreta, y en este caso no es la excepción; dado que los magistrados del “voto en mayoría”, en su momento interpretaron que el *principio de la igualdad* y el *principio de la equidad* tenían un peso mayor que cualquier otro principio; y de igual modo, los magistrados del “voto en minoría” interpretaron en su momento que el *principio de la participación política* tenía un peso mayor que cualquier otro principio. Es esta situación, la que pone a los magistrados del JNE (y luego al JEE) en una posición neoconstitucionalista, porque en el fondo lo que hacen, es hacer uso de una balanza para jugar con los principios constitucionales (como otras disposiciones para justificar sus decisiones) para resolver el caso; es más, ejerciendo el uso del activismo judicial para suplantar el derecho, tal como lo realizaron los magistrados del voto en minoría, en los siguientes puntos:

#### **A) Juicios de valoración**

Como: cuando se pretendió subsanar las irregularidades que incurrió el partido TPP, admitiendo medios probatorios para su “valoración” en el recurso de apelación interpuesto el 05 de febrero del 2016; dejando de lado las cuatro observaciones hecha por la DNROP, entre ellas la del estatuto no escrito. Por la simple razón, que los magistrados interpretaron en este caso, que se debió proceder a convalidar los actos y las modificaciones del estatuto, ya que no eran contrarias a la Constitución, ni a las leyes, sino más bien que se trataría de modificaciones que buscaban permitir, o en todo caso “optimizar” la organización interna del partido TPP. En otras palabras, lo que se pretendían, es hacer un juicio de valoración al principio de la participación política, y que se optimice (como en la teoría alexyana) las pruebas presentadas fuera del plazo, para subsanar la democracia interna. Ante esta situación, creemos que, los magistrados debieron colocarse en una posición de

---

<sup>766</sup> Como son las posiciones estudiadas en el primer y segundo Capítulo.

garantes -de la democracia y de la voluntad popular-; y no tomar decisiones que desnaturalicen el derecho electoral, ni el buen desarrollo del proceso electoral, con criterios interpretativos basados en el neoconstitucionalismo.

En el presente caso, cuando el colegiado afirmaba que se había convalidado las decisiones adoptadas en la AGE junto con sus acuerdo; es porque sostuvieron que se había subsanado las observaciones hechas por la DNROP, al momento de presentar la apelación, pues en dichos documentos, se verificaron que si se había realizado una asamblea posterior a la AGE para levantar toda observación; dado que resultaba indispensable que se valore los medios probatorios presentados en la apelación. Esta decisión es lo que nos llama poderosamente la atención, porque son los mismos magistrados que se apartan de su misma jurisprudencia, cuando se había decreta con anterioridad que “en los recursos de apelación no se admiten ni se valoran nuevas pruebas”, pero en el presente caso era todo lo contrario; esto es señal que la jurisprudencia puede ser excepcionada, e incluso derrotada a “criterio de la conciencia” en cualquier momento por el intérprete. Es decir, que se puede tomar una posición activista (y no activa) en el sistema de justicia electoral respecto de los casos (amparándose por lo permitido del primer verso del artículo 181º de la Constitución) e incluso pudiendo disponer en sus manos, que se deje sin efecto cualquier fuente del derecho, solo porque a la voz de su conciencia le parece. Por otro lado, creemos que las observaciones hecha por la DNROP, pudieron haberse evitado en dos oportunidades: en primer lugar; porque se debió hacer los trámites correspondientes a la DNROP, antes (y dentro del plazo de ley) que el presidente de la republica convoque a elecciones presidenciales y parlamentarias, y se evite de observaciones, ya que las organizaciones políticas están impedidas de hacer modificaciones al contenido de su estatuto; y en segundo lugar; porque la DNROP les dio la oportunidad de subsanar las observaciones, pero la organización política no cumplieron con presentar la subsanación en el plazo sugerido, que es dentro de los diez días hábiles, por lo que, fue rechazado su pedido, cuestión muy aparte de lo que establece el estatuto de la organización, con referencia al plazo de convocar a una AGE en un plazo no menor de quince días para su realización, el cual el plazo de su estatuto fue cumplido pero no el plazo que les dio la DNROP.

## **B) Neoconstitucionalismo y las circunstancias del caso**

Cuando se pretendía buscar una motivación idónea citando la filosofía del neoconstitucionalista Gustavo Zagrebelsky, aludiendo al Estado Constitucional de Derecho como “el mejor de los Estados”, sin tomar en cuenta que nos encontramos en un Estado de Derecho, donde se respeta el *Derecho*. Al respecto de esta cita, cabe indicar que en su momento, algunos académicos peruanos se pronunciaron al respecto<sup>767</sup>, pero son opiniones que no compartimos porque no se toma en serio las interpretaciones a la que alude el italiano, ni mucho menos a las interpretaciones que quieren llegar los magistrados. En estos dos párrafos lo que trata de explicar Gustavo Zagrebelsky, es que la interpretación debe centrarse exclusivamente en el “caso”, es decir, que el intérprete debe partir del caso para buscar la regla y de ahí volver a ella (el caso); y aquí pueden suceder dos caminos: la primera es, que el intérprete puede encontrar satisfactoriamente la regla que satisfacen al caso; y la segunda es, que el intérprete al no encontrar una regla, tiene dos opciones: la de sacrificar la ley o las exigencias del caso; mencionando Gustavo Zagrebelsky que *“las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla”*<sup>768</sup>. Nosotros nos preguntamos ¿Sería posible esto? ¿Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa? Es decir ¿Las exigencias del caso “pesan” más que establece el derecho? pues estamos seguros que no (como ya se explicó en el segundo capítulo), por la simple razón que: *“ni los principios pesan en sí ni las circunstancias del caso pesan en sí; el respectivo peso lo damos nosotros, al “sopesarlos”*<sup>769</sup>; en este caso, lo que pretende Zagrebelsky, es que el intérprete coloque en un lado de la balanza las exigencias del caso, y en el otro lado la voluntad legislativa, y pueda elegir entre uno de ellos; que en este caso el predilecto para que triunfe son las exigencias del caso, sin tomar en cuenta que la propia ley pueda ser clara, determinable y subsumible, pues lo que importa para el

<sup>767</sup> Como Herber Joel Campos Bernal y David Aníbal Ortiz Gaspar, ver: LEGIS.PE. *Caso Julio Guzmán: Voto en minoría citó a Zagrebelsky en la Resolución N° 003-2016-JNE* [ubicado el 08.IX 2018]. Obtenido en <https://legis.pe/caso-julio-guzman-voto-en-minoria-cito-a-zagrebelsky-en-la-resolucion-n-093-2016-jne/>; Asimismo, como Gorki Gonzales Mantilla, ver: LEGIS.PE. *No sabemos qué diría Zagrebelsky si se llegara a enterar que ha sido citado en la resolución del JNE* [ubicado el 08.IX 2018]. Obtenido en <https://legis.pe/no-sabemos-que-diria-zagrebelsky-si-se-llegara-a-enterar-de-que-ha-sido-citado-en-la-resolucion-del-jne-2/>

<sup>768</sup> Resoluciones N° 093-2016-JNE, véase la p. 29.

<sup>769</sup> ATIENZA y GARCIA, *Un debate sobre la ponderación*, Op. Cit., p. 52.

operador del derecho son las exigencias del caso, las exigencias de la prensa, las exigencias del pueblo (o masas) y complacer al público mediante el juego del peso.

En el presente caso, si queremos resolver de acuerdo a lo que manifiesta Gustavo Zagrebelsky, estaríamos ante el primer camino de interpretación, porque no es un caso que revista de complejidad dentro de sus competencias, ni mucho menos existe una interpretación extensiva. Si bien es cierto, el derecho a la participación política es un derecho fundamental consagrada en la Constitución política, esta debe de ser orientada desde un punto de vista de un Estado de Derecho, más no desde un punto de vista del Estado Constitucional de Derecho con elementos del neoconstitucionalismo, ya que nos llevaría a creer que el Derecho a la participación política, es un principio optimizador y absoluto que podría estar por encima de cualquier otro principio. Por ello, no solo con el hecho de expresarlo sin revestir formalidades, uno puede participar en la contienda política. La ley electoral no se ha creado con la intención de obstaculizar la participación política de las personas o agrupación político, sino se ha creado con la intención de proteger el sistema democrático y la manifestación de la voluntad popular. Es por eso que, resulta razonable, que las leyes electorales que obviamente son claras, justas y validas, se le exija a cualquier participante o agrupación política, a que sean cumplidas y se sujeten a las normas del sistema electoral; puesto que, si no se les exige, se estaría vulnerando el derecho de igualdad y equidad de los participantes en la contienda electoral; y el solo hecho de privilegiar una situación o circunstancia en particular, rompe las reglas del Estado democrático de Derecho. Tener de referencia un argumento del iusfilósofo italiano Gustavo Zagrebelsky para lograr una adecuada motivación y así poder llegar a una conclusión razonable del fallo: no nos parece lo más apropiado, porque (como ya se explicó) es uno de los máximo referentes del neoconstitucionalismo, y tiene como filosofía jurídica todos los elementos necesario para influenciar a un juez al activismo judicial, como una prueba de ello, es el citado texto del voto en minoría.

### **C) Moralizando el Derecho**

Cuando manifiestaban que, “(...) *solo le corresponderá valorar las decisiones en el ámbito administrativo de inscripción de modificación de la partida registral que se*

*ha solicitado a la DNROP, pero dejando a salvo las competencias del JEE para calificar las solicitudes de inscripción de la fórmula presidencial (...)*<sup>770</sup>. Ante este pronunciamiento, se levantaron dos interpretaciones (por parte de los recurrentes), como es: la de separar las competencias y responsabilidades que tenía en su momento tanto el JNE y el JEE. Es decir, que lo que iban a resolver en el órgano jurisdiccional, es solo las decisiones que tomó el órgano administrativo sobre la inscripción de modificación de la partida registral, pero dejando a salvo la solicitud de inscripción de la fórmula presidencial al inferior órgano jurisdiccional. Éste último, se entendió como si se dejara una puerta abierta para que proceda su inscripción. Para nosotros no se podría interpretar de esa manera, porque un tribunal de apelaciones solo resuelve lo que es materia de apelación; lo que han expresado los magistrados, es que ellos no pueden ver si la inscripción de la fórmula presidencial está bien realizada o no, porque no es materia de apelación; la materia de apelación es si está bien registrado o no, la inscripción de modificación de la partida registral. Pero aquí viene el problema, si el voto en mayoría nunca mencionó la competencia que tenía el JEE en la materia de la inscripción de la fórmula presidencial, ya que era lógico cual era sus atribuciones ¿Por qué el voto en minoría se pronunció sobre esa competencia si ya era obvio? Lugar de crearse un ambiente claro, en la toma de decisiones del pleno del JNE (en su conjunto), más bien se habría creado un ambiente denso, donde lo único que se habría logrado es moralizar el derecho y dilatar el tiempo para exigir justicia electoral; y confundir sobre todo, a las partes del proceso y a los electorados, manteniéndose una incertidumbre jurídica electoral.

#### **D) Privilegio del derecho fundamental frente a las forma**

En segundo lugar, con respecto a la resolución N° 002-2016-JEE-LC1/JNE del Jurado Electoral Especial que declaraba procedente la solicitud de inscripción de la fórmula presidencial por haberse subsanado las observaciones. En esta resolución lo que hace el JEE es resolver en una línea contraria a lo que antes había señalado expresamente el JNE, es decir, si el JNE había resuelto que la inscripción de modificación de la partida registral del ppTPP no procedía, y por lo tanto, los actos del estatuto del partido político no contaban con efectos jurídicos para designar al

---

<sup>770</sup> Resoluciones N° 093-2016-JNE, véase la p. 28.

candidato; lo lógico era que la solicitud de la inscripción de la fórmula presidencial caiga como consecuencia natural de la resolución del JNE. (Antes de continuar con la explicación, debemos dejar en claro que nosotros creemos en la independencia judicial y en la autonomía de los órganos electorales -tanto administrativas como jurisdiccionales-, pero en este caso la decisión ya estaba anunciada y no se tenía por qué resolver de otra manera). Por el contrario, no se resolvió con los parámetros del pleno del JNE, sino más bien se utilizaron criterios principialistas para beneficiar el *principio de la participación política* como son: el de identificar a los principios por el contenido y no por su forma; el de dotar a los principios con valores de moralidad; el de darle mayor importancia a los principios que a las reglas (y por lo tanto, desentenderse de las normas jurídicas); el de usar excesivamente el método de la ponderación, para privilegiar el principio de su preferencia; y el de poseer un interés, por llegar a la *única respuesta correcta*. Esta explicación está justificada cuando el JEE argumenta en su resolución N° 002-2016-JEE-LC1/JNE en base: 1) a que se *“debe ponderar cada caso en concreto”* (considerando 2.1.4); 2) a los principios de presunción de veracidad, el de presunción de privilegio de control posterior y el de verdad material (considerando 2.1.5); 3) a la posibilidad de subsanar el acto jurídico a través de la confirmación expresa o tácita que disponen el artículo 230° y 231° del código civil (considerando 2.3.8); 4) a la sobre interpretación de la ley electoral, cuando reconocen que el acto de inscripción de la fórmula presidencial no es un constitutivo sino un acto declarativo (considerando 2.4.9); 5) a lo que establece el expediente N° 00886-2013-PA/TC donde indica que se *“tiene la obligación de privilegiar el derecho fundamental frente a las forma, en cumplimiento del principio pro homine”* (considerando 3.4.8). En otras palabras, lo que está resolviendo el JEE es en base a los preceptos neoconstitucionales (de nuestro capítulo II) de la teoría de la ponderación, de los principios y métodos que no tienen nada que ver con el derecho electoral, ni mucho menos con la justicia electoral (de nuestro capítulo III). No solo basto con que entren al “juego de la balanza y de la moralidad”, los magistrados del pleno del JNE sino también se incluyeron los magistrados del JEE.

### **E) Sobre-interpretación de la ley electoral**

En tercer lugar, con respecto a la resolución N° 019-2016-JEE-LC1/JNE del Jurado Electoral Especial, que declaraba improcedente la solicitud de inscripción de la fórmula presidencial por presentarse diez tachas en su contra, y por ende, nula la resolución N° 002-2016-JEE-LC1/JNE que declaraba admitida su candidatura. En esta resolución, lo que hace el Jurado Electoral Especial es cambiar totalmente su decisión, amparándose en dos argumentos que no estaban respaldadas por el sistema de justicia electoral, estos serían: en primera lugar, por *la aplicación de una sobre-interpretación de la ley electoral*; pues para que se acepte como causal de la tacha: “el incumplimiento de las normas sobre democracia interna”, tienen que estar al menos prevista en la LOE; es decir, tienen que estar regulada en un artículo de la ley (ejemplo: si “<A> infringe las normas de la democracia interna” entonces “debe ser retirado”), respetándose siempre el principio de legalidad y de las formas. Pero en este caso, cuando el JEE toma su decisión para tachar al candidato político de TPP, no lo hace; lo que realiza, es más bien *un estiramiento* de la ley electoral para que encaje una causal no prevista por el legislador. En este argumento, los magistrados del JEE, sólo hacen uso de la LOP para justificar su decisión, que no tiene nada que ver con las causales de la tacha. Nuestro lector nos preguntará ¿Acaso la aplicación de la ley electoral no debe ser aplicada en su conjunto? Claro que sí, pero debe respetarse el principio de legalidad y el debido proceso, y aquí los magistrados se han olvidado su posición de *garantes en la justicia electoral*. Por un lado, si partimos de la posición de lo que nos dice la ley electoral (es decir, la del Derecho), aplicando el artículo 102º de la LOE que rige las tachas, donde establece: *“La tacha debe presentarse ante el Jurado Nacional de Elecciones, fundarse en la infracción de lo dispuesto en este Título (...)”*<sup>771</sup>; existe una clara posición de la ley en su formalidad para que se exija la aplicación de las tachas, y en este caso el JEE no aplica este artículo. Por otro lado, si partimos de la posición de lo que nos dice el JEE (es decir, aplicando su sobre-interpretación) aplicando el artículo 19º de la LOP sobre elecciones internas; sólo nos dice que: *“La elección de las autoridades y de los candidatos de las organizaciones políticas y alianzas*

---

<sup>771</sup> Artículo 102º de la Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859).

*electorales se rigen por las normas sobre elección internas establecidas en la ley, el estatuto y el reglamento electoral de la agrupación política*<sup>772</sup>; en ningún momento el artículo nos menciona que se rigen por las tachas, es decir, no tiene una posición definida sobre ellas; solo y únicamente en el mejor de los casos, te menciona para su aplicación, el artículo 23.5 de la LOP, donde establece bien claro, que: *“la omisión de la información prevista en los numerales 5, 6 y 8 del párrafo 23.3 o la incorporación de información falsa dan lugar al retiro de dicho candidato por el JNE (...)”*<sup>773</sup>, nada más y nada menos te menciona; es decir, si “<A> omite información” entonces “debe ser retirado”. Por último, en las elecciones generales del 2016, cuando se aplicaron las reglas de la LOE y de la LOP tanto por el JEE y el JNE, tuvieron que hacer uso de la sobre-interpretación para solucionar el problema, esto debido a que la leyes electorales no les eran suficiente para hacer una adecuada *interpretación en sentido estricto*, es decir, subsumir la norma por los hechos. Cabe advertir que, en la actualidad el pleno del JNE ha aprobado una resolución “Nº 008-2018-JNE”, donde facilita ahora formalmente, al JEE y al JNE aplicar “cualquier causal” para la inserción de la tacha, según el artículo 31º segundo párrafo que establece: *“Las tachas deben fundamentarse en el escrito respectivo, señalar las infracciones a la Constitución y a las normas electorales (...)”*<sup>774</sup>, es decir, no solo se está incorporando a la LOE y la LOP para la aplicación de futuras tachas, sino también a otras normas electorales, para que sean protagonistas en futuras elecciones. En otras palabras, y como ya lo habíamos explicado, en el año 2016 no existía la posibilidad de que el JEE se pronuncie de una manera distinta sobre las causales de la tacha, dado que no se había establecido como causal “el incumplimiento de las normas sobre democracia interna”; recién y después de 02 años, los magistrados del actual JNE, han incluido a todas las normas electorales, para que se trabaje con las tachas. Con esta situación no nos cabe duda, que la resolución Nº 019-2016-JEE-LC1/JNE emitida por el Jurado Electoral Especial, en su momento, violó el debido proceso de los

---

<sup>772</sup> Artículo 19º de la Ley de Organizaciones políticas (Ley Nº 28094).

<sup>773</sup> Artículo 23.5º de la Ley de Organizaciones políticas (Ley Nº 28094).

<sup>774</sup> Artículo 31º segundo párrafo de la resolución Nº 0082-2018-JNE, fecha 07 de febrero del 2018.

comicios del año 2016; al sobre-interpretar la ley electoral, sin que exista alguna causal de tacha en el sistema de justicia electoral.

#### **F) Excesiva aplicación de jurisprudencias**

Ahora bien, en segundo lugar, el siguiente argumento en el que se amparaba el JEE, para pronunciarse sobre la procedencia de la tacha; es por *una excesiva aplicación de jurisprudencia electoral*. Si bien es cierto, una de las fuentes del Derecho es la jurisprudencia (en este caso resoluciones) para resolver los casos excepcionales no previstos por la ley en general. En el presente caso, el Jurado Electoral Especial, resuelve solo y exclusivamente con jurisprudencias, como son: la resolución 0101-2011-JNE de fecha 4 de marzo del 2011, la resolución 0101-2011-JNE de fecha 9 de marzo del 2011, la resolución 305-2015-JNE de fecha 21 de octubre de 2015; la resolución N° 93-2016-JNE de fecha 15 de febrero del 2016; y la resolución N° 114-2016-JNE del 23 de febrero de 2016; en otras palabras, la regla general que aplica el JEE no es la aplicación de la ley (es más nunca lo aplica), sino *un exceso uso de la jurisprudencia por la ley*. Esta ilustración se puede traducir, como Kart Larenz la denominó en su momento la *jurisprudencia de los valores*, porque es donde reina la ontología idealista y moralista del juez (o del magistrado); para el profesor Juan García Amado: *“un (...) precedente muy importante del neoconstitucionalismo lo encontramos en aquella dirección de la metodológica jurídica alemana que se conoce con el nombre de jurisprudencia de valores (Wertungsjurisprudenz)”*<sup>775</sup>; es decir, la jurisprudencia donde orbita un orden de valores, la duda, la indefinición, y que insiste en todo momento en que se debe ir un paso más allá, donde el derecho nunca ha llegado. Este argumentación nos hace recordar a la Alemania Nazi, donde muchos entusiastas juristas alemanes como Carl Schmitt<sup>776</sup>, Hermann Weinkauff y Kart Larenz, entre otro; contribuyeron

<sup>775</sup> GARCIA, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, Op. Cit., p. 57.

<sup>776</sup> Quien es reconocido como: *“el pensador del Estado del Tercer Reich, en 1927, en su obra titulada Der Begriff des Politischen (El Concepto de lo Político), fue el primero en lograr que se respetara la actitud polarizada de “amigo o enemigo” en los círculos académicos”*. Cfr. MULLER, Ingo. *Los juristas del horror. La “Justicia” de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás*, traducido por Carlos Armando Figueredo, primera edición, Caracas, Editorial ACTUM, 2006, p. 55. Asimismo, contribuyo con la ciencia jurídica nazi, de la siguiente manera: *“La totalidad del derecho alemán hoy en día... debe regirse sólo y exclusivamente por el espíritu del nacionalsocialismo... Cada interpretación debe ser una interpretación según el nacionalsocialismo”*. IBID, p. 92.

con vergonzosas propuestas y criterios para la interpretación y aplicación de las normas e incluso: *“la mayoría de ellos habían contribuido con la mayor entrega a construir la teoría jurídica nazi y habían escritos páginas vergonzosas de exaltación de la voluntad del Führer como suprema fuente del derecho (...)”*<sup>777</sup>. Actualmente esos criterios son considerados muy aterradores, para el Derecho y para el ordenamiento jurídico justo; pero numerosos abogados desconocen que en las fuentes del derecho (en el fondo) descansan los preceptos morales del juez -en la jurisprudencia-, del abogado -en la doctrina-, hasta del propio gobernante de turno. Ahora, volviendo con el tema central de la excesiva aplicación de jurisprudencia electoral por parte de los magistrados, nos volvemos a la preguntar ¿Acaso la regla general para aplicar el Derecho, siempre es la fuente del derecho? por supuesto que no, y no siempre debe ser de esa manera. El intérprete en este caso: primero debió interrogarse sobre la *“función” práctica* que tenía la norma en el caso, y luego debió de guiar su interpretación tomando atención a la *“razón de ser”* de cada norma; de tal manera que el criterio concebido cobrará una importancia central para la técnica de aplicación, debiendo el magistrado en elegir entre el significado de los enunciados de la norma (del Derecho), o entre el propósito que le quiere otorgar a la norma (con criterio subjetivo de consciencia). Por lo tanto, los magistrados del Jurado Electoral Especial, no debieron abusar de la aplicación de la jurisprudencia para solucionar el caso, debieron ser acompañadas siempre con la ley electoral (o norma electoral). Los magistrados debieron conocer que las normas han sido dictadas con un fin práctico y adquiriente -de carácter instrumental-, pues su fin es, resolver los problemas mediante el Derecho, y no al margen de criterios (aunque estén establecidos) que comprometan la labor de los mismos magistrados y la finalidad del derecho.

### **G) Interpretación extensiva y elástica**

En cuarto lugar, con respecto a la resolución N° 197-2016-JNE del Jurado Nacional de Elecciones, que declaraba infundado el recursos de apelación interpuesto por el

---

<sup>777</sup> GARCIA, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, Op. Cit., p. 60.

partido político Todos por el Perú, y en consecuencia, confirmar la resolución N° 019-2016-JEE-LC1/JNE del Jurado Electoral Especial:

Por un lado, los magistrados del voto en mayoría, a diferencia de su primera resolución N° 093-2016-JNE, resolvieron fuera de los parámetros electorales; y esto se debe al “aplicar una causal de tacha” sin que la ley electoral lo haya establecido. En esta aplicación relativa, los magistrados reconocen que las tachas presentadas con la causal: “el incumplimiento de las normas sobre democracia interna”, no estaban sustentadas en los artículos (106º, 107º y 108ª) de la Ley Orgánica de Elecciones; sin embargo, mencionan que “debe ser interpretada de forma conjunta y unitaria con el resto del marco electoral”, y en este caso, con la Ley de Organizaciones Políticas. Ahora bien, nosotros nos preguntamos en este caso ¿Los magistrados pudieron hacer una interpretación de forma conjunta y unitaria? Pues creemos que no, porque lo que estaban realizando: es una interpretación extensiva y elástica de las normas electorales, para buscar una causal de la tacha y encajar en la circunstancia del caso de la fórmula presidencial. Si en su primera resolución, los magistrados del voto en mayoría, resolvieron centrándose en la norma electoral, sin aplicar la mencionada “interpretación conjunta y unitaria” ¿Por qué en este caso ocurre todo lo contrario? Si aplicamos el mismo criterio, entonces ¿Por qué no aplicaron la misma interpretación conjunta y unitaria con el segundo párrafo del artículo 1º de la Ley de Organizaciones Políticas? Donde los propios magistrados le negaron al partido político la calidad de asociación para poder subsanar los defectos administrativos de la AGE del 20 de Enero del 2016 ¿O acaso los magistrados se dejaron llevar por las circunstancias del caso y no por las exigencias de la ley? Si fuera elegida la primera opción, entonces el segundo párrafo del artículo 1º de la LOP, se estiraría hasta poder subsanar las observaciones hechas por la DNROP, mediante una interpretación extensiva al tercer párrafo del artículo 92º del Código Civil, por lo que le resultaría aplicable de manera supletoria al partido político por ser considerado una asociación, dando la posibilidad a que proceda la participación política del candidato del ppTPP; y si fuera elegida la segunda opción (en base a las exigencias de la ley), entonces no se hubieran resuelto fuera de la ley electoral, sino dentro de las causales de las tacha establecidas sustentadas en los artículos 106º, 107º y 108ª de la Ley Orgánica de Elecciones. En síntesis, son

estas razones lo que nos llevan a considerar que la causal de la tacha alegada por el voto en minoría, resultaría infundada: primero, en base a que no se centran expresamente en la ley electoral, a pesar de ser claras, determinadas y justas; segundo, en base a que se atenta el derecho a la participación política cuando se desarrolla métodos interpretativos que no le corresponde a la justicia electoral; y peor aún si se llega al extremo de sobre-interpretar<sup>778</sup> la ley electoral, es decir, de saltarse la norma para ampararse en elementos neoconstitucionales, y cayendo en un profundo activismo judicial. Por lo tanto, estamos ante el mismo escenario del JEE, ante un procedimiento que se ha violado el debido proceso, y no nos referimos en cuanto al resultado sino en cuanto a *la vulneración de las normas establecidas en el sistema de justicia electoral*; cosa distinta (y como ya lo habíamos advertido) que no ocurrió con lo resuelto en su primer pronunciamiento.

#### **H) Ley de la ponderación**

Por otro lado, los magistrados del voto en minoría, a diferencia de su primera resolución N° 093-2016-JNE, ya no solo resolvieron a favor de criterios y elementos del nuevo constitucionales, sino también en base a criterios del mismo Derecho electoral; es decir, resolvieron con criterios formales (norma electoral) y de nuevo con criterio neoconstitucionales (ley de la ponderación). En primer lugar, en base al criterio formal, los magistrados hicieron una diferencia del contenido material del estatuto inscrito (en el ROP) y el estatuto que se modificó (en la AGE del 10 de octubre del 2015 y que se convalidado en la AGE del 20 de enero del 2016), sobre las normas de democracia interna; teniendo como resultado que en ambos estatutos no existía diferencia. Es más no existiría diferencia porque la fórmula presidencial del ppTPP fue elegida en base a la “modalidad de elección interna” previsto en el artículo 109º del estatuto inscrito, y en base a la “modalidad de delegados o elección indirecta” previsto en el artículo 24º literal b) y c) de la LOP. En otras palabras, fue elegido la fórmula presidencial con las modalidades de elecciones habilitadas, cumpliendo con lo dispuesto en el estatuto inscrito y por el

---

<sup>778</sup> GUASTINI, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, Op. Cit., p. 50-58. Actualmente, la sobre-interpretación es utilizado por algunos jueces para desconocer la norma jurídica, a través de diversas teorías que no tienen nada que ver con la naturaleza y autonomía de las entidades que imparten justicia (como Indecopi, sunat, registros públicos, etc.).

ROP. De igual manera, esto ocurrió con la formación de la asamblea electoral, por ser simplemente un cambio de artículos entre ambos estatuto; y la elección de los miembros del TNE, porque a pesar de que uno de sus miembros no se encontraba afiliado, se pudo subsanar esa situación, pero teniendo en cuenta la acreditación de fecha cierta en aplicación del artículo 18º de la LOP. Es decir, la interpretación jurídica que realizó el voto en minoría (en esta parte de su resolución), es en base a las exigencias de la norma electoral, y esto se plasma cuando tratan de subsumir o encajar la norma a los hechos materia de controversia; en ninguna parte se refieren a la constitución o principios constitucionales, solo se centran en las normas electorales establecidas para resolver el caso. En segundo lugar, en base al criterio neoconstitucionales, los magistrados en la parte final de su resolución (especialmente en los considerandos 31 y 33), utilizaron el método de interpretación de la teoría alexyana, esto es, “*ley de la ponderación*”<sup>779</sup>. Y esto se observa cuando determinan *ponderar* el bien jurídico de la participación política y el bien jurídico de la democracia interna del partido político, realizando el siguiente razonamiento: “*si el grado de protección que se otorga a la democracia interna de los partidos políticos, a través de la declaración de improcedencia de la inscripción de una candidatura presidencial, es superior en intensidad al grado de restricción que se impone al derecho fundamental a la participación política, especialmente al derecho a ser elegido*”<sup>780</sup>; teniendo como solución por parte de los magistrados:

*“el grado de protección que se obtiene a la democracia interna del partido político apelante es de intensidad menor en tanto finalmente se respetan las normas estatutarias pero se impide que el partido político cumpla con uno de sus objetivos sociales, como lo es la participación en la contienda electoral. Por tanto, resulta irrazonable y desproporcionado declarar improcedente la inscripción la inscripción de la candidatura presidencial del partido apelante”*<sup>781</sup>.

Sin duda alguna, en esta formulación (al igual que los anteriores) claramente se nota la influencia neoconstitucionalista por parte de los magistrados. Por un lado,

<sup>779</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 161.

<sup>780</sup> Considerando 31 de la resolución N° 019-2016-JEE-LC1/JNE.

<sup>781</sup> Considerando 33 de la resolución N° 019-2016-JEE-LC1/JNE.

al pretender aplicar una formulación que no tiene nada que ver con la naturaleza de interpretación y aplicación de las normas electorales. Y por otro lado, al preferir y jugar con los derechos en una balanza, lo que es lo mismo: *en dotarle un grado de protección -o intensidad superior- a la participación política, y en dotarle un grado de restricción -o intensidad menor- a la democracia interna*. En otras palabras, lo que realizan los magistrados en esta formulación: *“es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto qué es lo que en concreto se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de ese pesaje o ponderación”*<sup>782</sup>; saltándose claramente la norma legal que es constitucional, que son las establecidas por la leyes electorales. Ahora nos preguntamos, declarar infundado la solicitud de inscripción de la fórmula presidencial ¿Es impedir que el partido político cumpla con uno de sus objetivos sociales? Retóricamente formulada la pregunta sería *¿Exigir que cumpla el Derecho (la ley electoral) el partido político TPP, es impedir que cumpla con uno de sus objetivos sociales (como es el participar en elecciones)?* La respuesta es no. Si el derecho de la democracia interna le ha sido exigido a todos, y casi todos han cumplido las reglas de sus estatutos internos para alcanzar su objetivo social, que es la de “ser elegidos” *¿Por qué debería flexibilizarse la ley para unos, si el Derecho es de Todos? ¿Estaríamos ante un proceso de igualdad y equidad, si se le permite participar en las elecciones al ppTPP?* Claro que no, es más existiría “un extrema permisibilidad” que vaciaría el contenido del derecho de participación política, y que conllevaría a un trato desigual con el resto de partidos políticos; pues mal se haría si se flexibiliza para algunos las reglas, “teniendo como simple sustento el uso de la participación política”, sin tener un trato igualitario frente a los demás. Es más se correría el riesgo que esta situación sea un precedente, y ocurra algo similar o peor para excepcionar la regla electoral, perjudicando el diseño del sistema de justicia electoral.

#### **4.2.3.- Algunas consideraciones críticas a las decisiones electorales.**

Si bien es cierto, el Jurado Electoral Especial debió seguir la misma línea de decisión en el que se pronunció el Jurado Nacional de Elecciones acerca de la

---

<sup>782</sup> GARCÍA, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, Op. Cit., p. 291-252.

improcedencia<sup>783</sup> de la inscripción del partido político, por ser su mayor jerárquico. Esto no impide a que se tome una diferente decisión por parte del JEE para la solución del caso, ni mucho menos que debamos entender dos pronunciamientos tanto del JEE y del JNE como si fueran dos entidades diferentes; dado que cuando uno habla de una resolución jurisdiccional, esta habla de una institución. Por ejemplo, si estuviera en el Poder judicial, yo puedo diseccionar la sentencia de primera instancia, la corte superior, la corte suprema, pero para efectos jurídicos es una sola, es la posición del Poder judicial frente a mi caso. Ahora bien, en el caso del sistema electoral, las resoluciones del JEE son una primar parte que son complementadas con la resolución final del JNE, pero el sistema electoral, la justicia electoral está compuesta por las dos entidades, por lo tanto, los dos interpretan la ley, los dos interpretan los hechos, los dos interpretan la Constitución. Pero aquí viene el detalle, tanto el JNE (como el voto en mayoría y el voto en minoría) y el JEE *no son consecuentes con sus propias decisiones*. Por un lado, mientras en la primera resolución emitida por el JNE, el voto en minoría justificaba su decisión aplicando la norma y ley electoral; en su segunda resolución el voto justificaba su decisión aplicando una sobre-interpretación y principios constitucionales. Por otro lado, mientras en la primera resolución emitida por el JNE, el voto en minoría justificaba sus decisiones aplicando valoraciones y doctrinas neoconstitucionales; en su segunda resolución el voto justificaba su decisión aplicando la ley electoral y las reglas del estatuto interno del partido político. Y por último, cuando el JEE emitía su primera resolución, justificaba su decisión aplicando la ponderación, la sobre-interpretación y los principios; y en su segunda resolución el JEE justificaba su decisión aplicando una excesiva aplicación de jurisprudencias. En resumen, se puede señalar que, en el razonamiento jurídico de los magistrados electorales, no existen *criterios estables* para decidir y solucionar los casos, pese a que son asistidos por las leyes y reglamentos electorales; lo que deja en la incertidumbre, *cuáles es la posición del sistema de justicia electoral, frente a los casos que se susciten por infracción de las reglas electorales contra los principios*.

---

<sup>783</sup> Por haberse declarado improcedente: la modificación del símbolo del partido, la medicación del estatuto interno, la inscripción del Tribunal Nacional Electoral y la del Comité Ejecutivo Nacional, en la resolución N° 093-2016-JNE.

Creemos también que la principal causa de no ser consecuente con sus propias decisiones, es debido al defecto textual presentado en el primer verso del artículo 181º de la Constitución; pues como ya se explicó en el tercer capítulo, “*apreciar los hechos con criterio de conciencia*”, le permite al magistrado tener un alto grado de discrecionalidad, de incluso llegar a la dimensión del activismo judicial. Podríamos entender la utilización de este criterio -a los miembros del JEE-, especialmente a los ciudadanos que son elegidos para asumir el cargo de magistrados electorales, pero que sea utilizado por los miembros del JNE, donde todos tienen la calidad de abogados, no podría exigírseles el uso de su *criterio de conciencia*, sino el uso de *un criterio en Derecho*; pues quien mejor ellos -los abogados miembros del JNE-, para resolver los conflictos sobre la base de parámetros legales y constitucionales, e interpretar (y no sobre-interpretar) la norma de acuerdo al Derecho.

Un tema muy discutible también al caso; es si se debió admitir o no un documento o medio de prueba por parte del partido político todos por el Perú, con la finalidad de subsanar los defectos que el DNROP advirtió al momento de calificar los títulos presentados. Puesto que, si bien la jurisprudencia electoral indicó que: “*los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones emitidas por los JEE, no se admiten ni se valoran nuevas pruebas*”<sup>784</sup>. En el presente caso, el recurso de apelación no se interpuso contra la resolución del JEE, sino fue dirigida en contra de la resolución de la DNROP, es decir, dos entidades totalmente distintas, una que es administrativa y la otra jurisdiccional como la señala la jurisprudencia. Por lo tanto, esclareciendo esta situación jurídica, creemos que si se debió admitir los nuevos medios de prueba -por parte del JNE- para subsanar la AGE. En el caso contrario, si se siguiera manteniendo la opción de no admitir un nuevo medio de prueba, entonces, existirán dos lógicas distintas: la primera, sería que nosotros estaríamos mal interpretando la jurisprudencia, pese a su *claridad e indicación que el órgano alude*; y la segunda, sería que los magistrados estarían realizando un ejercicio abusivo de sus facultades, *al no diferenciar las competencias*; y sobre todo, al sobre-interpretar decisiones que no se ajustarían a la jurisprudencia.

---

<sup>784</sup> Resoluciones N° 093-2016-JNE, véase la p. 37.

Otro tema también discutible, es haber citado la doctrina neoconstitucionalista de Gustavo Zagrebelsky, para motivar la resolución del JNE. Pues como ya se explicó, se prestó para resolver el caso fuera de los parámetros de la ley hasta de la misma constitución. Para nosotros, lo mejor que hubieran hecho los magistrados del voto en minoría, es a ver citado otro párrafo de su obra, cuyo tenor es el siguiente: *“Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del Derecho, desconocida en los ordenamientos del Estado Legislativo de Derecho. Pero los jueces no son los señores del Derecho en el mismo sentido en que lo era el legislativo en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesidad y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”*<sup>785</sup>. Este párrafo, representa la condición mesurada (en el mayor de los casos) que deberían asumir los magistrados electorales como garantes de la ley, el derecho y la justicia; frente a las arbitrariedades que puedan cometerse en los procesos electorales.

Finalmente, consideramos que la situación jurídica del partido político TPP y de la fórmula presidencial, no debió ser muy compleja al momento de aplicar el Derecho electoral, porque el texto de la ley fue claro. Y como sugiere el ex-Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Antonin Scalia; *“cuando el texto de una ley es claro es el fin de la cuestión”*<sup>786</sup>; o como señala profesor italiano Francesco D`Agostino: *“In Claris non fit interpretation [en lo claro no debe haber interpretación]”*<sup>787</sup>. Y en el presente caso fue todo lo contrario, porque los magistrados de ambos órganos no aplicaron la norma determinada, sino más bien sobre-interpretaron la norma jurídica constitucionalmente clara, para poder ir más allá del derecho; desconociendo que *“el intérprete, en cuanto tal, debe atenerse a las leyes tal como son y no tal como debían ser con arreglo a los puros principios”*<sup>788</sup>; puesto que, de ser lo contrario, se destruiría el sistema jurídico positivo si no fuese aplicado jurídicamente. La mayoría de juristas conocen que el derecho a la participación política es de configuración legal y esta materializada con lo que establece la ley, ya que está sujeta a una serie

<sup>785</sup> ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Op. Cit., p. 153.

<sup>786</sup> SCALIA, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, Op. Cit., p. 78.

<sup>787</sup> D`AGOSTINO, *Filosofía del Derecho*, Op. Cit., p. 145.

<sup>788</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*, Novena edición española - corregida y aumentada, Barcelona, Casa Editorial Bosch - Comte d`Urgell, 1991, p. 532.

de condicionamientos que lo materializa la ley, es decir, que en las formalidades está el contenido de la democracia interna, y por lo tanto, al no ser cumplidas el resultado iba ser adverso a la solicitudes del recurrente (del partido TPP). Pero también somos consiente, que toda la responsabilidad en los procesos electorales, no necesariamente debe recaer en los organismos electorales; puesto que también son los partidos políticos los grandes responsables de su desorganización, y de las consecuencias que pudiera arrastrar producto de su desorden. A este síntoma se le conoce como la *falta de institucionalidad*. Si bien es cierto, *la institucionalidad* de los partidos políticos, ayudan a que éstos se encuentren más organizados para el periodo de procesos electorales; también se le debería exigir a las instituciones del partido político, que cumplan con sus normas estatutarias. Son estos hechos, los que deberían: *“ser asimilado por los partidos políticos en sus instancias internas de solución de conflictos, tanto de sus militantes entre sí como de los militantes contra sus órganos partidarios, así como entre estos mismos órganos partidarios”*<sup>789</sup>. Por lo que, si se efectuaría un control estatutario -que debe dotar los órganos del partido político- se asentarían las bases de la justicia electoral, y serian inmunes a las observaciones que les podría realizar la DNROP, o hasta los mismos órganos de las instancias jurisdiccionales.

#### **4.2.4.- La propuesta de una interpretación iusnaturalista/subsuntiva del principio de unidad de la norma jurídica (IUS).**

En la actualidad, las doctrinas tradicionales y modernas de la argumentación<sup>790</sup> y la interpretación, han ocupado un espacio propio y específico en el ámbito jurídico. Pero es la doctrina de la interpretación jurídica la que ha sabido desarrollar una variedad de metodologías, sin obtener buenos resultados. Pues, esto se debe que, en la mayoría de casos, el operador del derecho siempre se ha encontrado en *desacuerdo*<sup>791</sup> con diversas interpretaciones jurídicas; llegando a preguntarse qué

<sup>789</sup> FIGUEROA ÁVILA, Enrique. “La justicia partidaria en el nuevo modelo de impartición de la justicia electoral”, *Revista Justicia Electoral*, Vol. 1, Nº 10, julio-diciembre 2012, 127-170, 131.

<sup>790</sup> Como podemos leer en la propuesta de “*un método para la construcción de la argumentación jurídica*” de: MONEBHURRUN, Nitish. *Técnicas para la argumentación de textos jurídicos*, traducido por Renzo Cavani y Brian Ragas, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2018, p. 33-74.

<sup>791</sup> Aunque en la mayoría de actividades interpretativas siempre se le conoce como interpretaciones en “*duda*” u “*oscuras*”, aquí mejor es preferible usar la palabra “*desacuerdo*”. Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las relaciones judiciales*, primera edición, Lima, Palestra

metodología aplicar para interpretar la norma jurídica. Si bien, la interpretación se ha considerado siempre una actividad peligrosa, y que debería ser entendida bajo estrecho control por parte del operador del derecho ¿Cómo podría controlar la interpretación el jurista-intérprete? ¿Cuál sería la metodología o método adecuado para llegar a una solución justa? Bueno, nosotros creemos que en estos casos, debería utilizar el jurista-intérprete una metodología que engloba las dos doctrinas jurídicas que compartimos: la del *iusnaturalismo* y del *neopositivismo*. Si partimos de lo explicado (por el profesor Javier Hervada -en el tercer capítulo-), que una norma jurídica es parte natural y parte positiva; entonces la interpretación debería seguir esa línea de explicación, también debería ser parte natural y parte positiva; es decir: *la norma jurídica -por ser parte del principio de unidad- al momento de ser interpretada por el jurista-intérprete, debe reconocer el derecho natural -con las etapas del arte de interpretar<sup>792</sup>-, y luego subsumirla con el derecho positivo bajo las formalidades que establece la ley del ordenamiento jurídico. A este método sistemático de interpretación la hemos denominado: el método de la interpretación iusnaturalista/subsuntiva del principio de unidad de la norma jurídica<sup>793</sup>; pues es un método que nos permitirá a elegir la “norma jurídica justa” para ser aplicada al caso en concreto, evitando que el jurista-intérprete sea influenciado por las entidades del neoconstitucionalismo, al momento de resolver el conflicto constitucional con el legal. En ese sentido, es el método de la interpretación iusnaturalista/subsuntiva, el apto para cumplir los requisitos que exige la argumentación jurídica, basados en el respeto del *derecho natural* y *el derecho positivo*; cuyo uso puede ser formulado por las diferentes instancias electorales, como constitucionales u ordinarios.*

Pero bien, se preguntará el lector ¿Cómo podré aplicar, -el método de interpretación iusnaturalista/subsuntiva del principio de unidad de la norma jurídica-, al caso del partido político Todos por el Perú? Para empezar, 1) debo saber que entiendo por

---

Editores y Editorial Temis, 2009, p. 39. Por otro parte, según el autor manifiesta que cuando exista desacuerdos en la interpretación, éstos deben llegar a un convenio o a un acto convencional; es decir, donde “*se admite que el nexo entre palabras y significados es por entero convencional (...) y que las convenciones que determinan el significado de las palabras son no sólo de índole lingüística sino también textual (...)*”. IBID, p. 38.

<sup>792</sup> Que fue explicado en subcapítulo 4.2.1 “La hermenéutica jurídica como el arte de interpretar la norma jurídica: el jurista-intérprete”.

<sup>793</sup> Como también puede denominársele: método de interpretación iusnaturalismo/ subsuntivo.

derecho a la participación política y cumplimiento de normas sobre democracia interna; por ello, debo leer lo que dice la Constitución política en su artículo 2º inciso 7, la Ley de organizaciones políticas (LOP) artículo 19º, y del estatuto interno del partido política. Luego, 2) constato si las actividades de la AGE fueron conformes a lo establecido por la Constitución y las leyes electorales. Y finalmente, 3) aplicar el *método interpretativo iusnaturalismo/subsuntivo* (IUS). ¿Y cómo lo llevamos a la práctica? Primer paso, entiendo que el derecho a la participación política no es un derecho absoluto que lo establezca la Constitución, puesto que, está condicionado a ciertos requisitos que lo establece la ley electoral. Segundo paso, constato que, la agrupación política TPP no cumplió con las normas de democracia interna; además, que “no fueron elegidos los miembros de la fórmula presidencial con el estatuto interno inscrito en el DNROP”, sino más bien con un estatuto que fue modificado y sin inscripción; y por último, que el partido subsanó las observaciones fuera de los plazos que establece la ley electoral. Y tercer paso, realizo una interpretación si se ha infringido la norma jurídica, “que en este caso es las normas de democracia interna”, asumiendo la condición de jurista-intérprete. Para esto, debo reconocer si la norma jurídica tiene contenido en derecho natural; que en este caso, si lo tiene, porque es un derecho propio de la naturaleza humana, el hombre en cuanto ser sociable, tiene derecho a reunirse con los demás hombres y establecer sus propias reglas, pero siempre y cuando no atente con los derechos de los demás y mucho menos con los derechos de la organización que la conforma. Después, debo ser prudente, y verificar si existen formalidades previstas en la ley y en el ordenamiento jurídico justo, para el cumplimiento de la norma jurídica (es decir, normas de la democracia interna); que en este caso lo establece la LOP artículo 19º y su mismo estatuto interno inscrito. Y finalmente, debo subsumir la norma jurídica a los hechos (sin ponderación); que en este caso, no se cumplieron con las disposiciones para el desarrollo de la democracia interna; por lo tanto, esto nos llevaría a pronunciarnos por declarar improcedente la modificación del estatuto interno y la candidatura de la fórmula presidencial. Pronunciamiento sencillo, sin hacer complejo el caso y respetando el debido proceso. En conclusión, creemos que, éste método de interpretación es más seguro, que colocar a un lado de la balanza los derechos de cada individuo, y empezar a jugar con ellos.

#### **4.2.5.- Reflexiones finales: volvamos al Derecho.**

En la actualidad la abogacía, la práctica del derecho y el sistema de justicia, están en una profunda crisis; y las causas de esta crisis, son por dos razones: la primera, son por causas sociales y circunstanciales; y la segunda, son por causas de la evolución del derecho. Pero, nosotros queremos centrarnos en esta última, de qué manera afecta a los operadores jurídicos la evolución actual del derecho, y por qué estamos ante un proceso decreciente y acelerada difuminación del derecho.

Debemos mencionar que, tanto en Europa como en Latinoamérica, existe una gran oscuridad teórica y práctica del derecho, pues en la actualidad, ya no hay abogado, que en el caso más sencillo sepa qué norma se debe aplicar y qué norma no; y esto se debe, a la aparición de diversas etiquetas y teorías que estarían seduciendo a los operadores del derecho, para que puedan ser tomados en cuenta, cayendo en un error de interpretación y aplicación del derecho. Dos de las principales causas de estos síntomas: es porque estamos ante la permanente *omnipresencia de la Constitución* y ante una *ultra-constitucionalización* del sistema de justicia. Cabe aclarar a nuestro lector, que nosotros no estamos en contra de las Constituciones, sino más bien estamos en contra de que la Constitución se convierta en la única fuente del derecho, y que desplace a todas las demás fuentes. Porque estos en tiempos, en que cualquier cosa lo que diga la norma infraconstitucional solo valdrá a condición que sea compatible con la Constitución (y no nos referimos al control de constitucionalidad, que sirve para invalidar la norma infraconstitucional de la norma constitucional, por ser antinómica). En cuanto a la ultra-constitucionalización del sistema de justicia, esto lleva al operador jurídico a decidir que la norma jurídica, en su condición perfectamente constitucional, legal, admitida, determinada, y sancionadora, sea excepcionada en aplicación a las circunstancias del caso en concreto; en otras palabras, cuando se estime la norma jurídicamente clara para solucionar el caso, la norma jurídica será incompatible con la constitución. Entonces no estamos ante un control de constitucionalidad, sino *estamos ante la permanente excepción de la norma infraconstitucional en nombre de la Constitución*. El lector nos preguntará ¿Esto es grave o no es grave? La clave está, en cuál es la norma constitucional que usamos para excepcionar, si usamos una norma constitucional

precisa, está claro. Pero si para excepcionar la aplicación de la norma legalmente clara, es decir, para justificar una decisión contra legis, nos valdrá una cláusula constitucional de contenido semántico perfectamente indeterminado, como es la que alude a la libertad de participación política, para saltarnos la ley. Pues, toda decisión de cualquier caso es posible, porque quedará la decisión del caso, siempre diga lo que diga la constitución política, a merced de la concepción de libertad de participación política, que se tenga en ese caso. Luego el abogado lo que necesita, no es saber qué es la libertad de participación política, porque él tendrá su idea, lo que necesita es saber cómo piensa el magistrado. Y si la norma dicen algo; eso ata al aplicador del derecho y cuando el abogado va tener que hacer su alegato, va tener que atenerse como interpreta o poner a su favor lo que dice la norma. Si bien, el juez es libre en su esfera discrecional, esto marca los significados posibles de la norma; pero una visión optimista y predominante de la idea de constitución, esto “obliga” al intérprete a querer hacer muchos auxilios metodológicos que pongamos a la interpretación, como es el acto o actividad del activismo judicial ¿Y cuál sería el problema? el problema sería que el intérprete, entraría a lo que conocemos (y ya identificamos) como el neoconstitucionalismo.

Ahora con éste fenómeno jurídico, asistimos a nuestro modo de ver un renacer del *uso alternativo del derecho* ¿Qué nos estarían diciendo los neoconstitucionalistas? Que el código civil, el código penal, y hasta la propia letra de la Constitución, apliquémoslo pero según y cómo, o a beneficio de quién. Es decir, si me genera beneficios aplicamos la norma jurídica, y si me genera problemas no lo aplicamos. Ósea, si sale negativo, no le aplico ¿Y por qué no lo aplico? Bueno hay toda una escala de respuestas interrelacionadas; entre ellas, la teoría del derecho que ahora está de moda, es hablar de la derrotabilidad de las normas jurídicas. Antes cuando una norma jurídica no se aplicaba ¿Qué se decía de esa norma? Que no se aplicó ¿Y por qué no se aplicó? Porque el aplicador, detecto que la norma era ineficaz. Ahora una aparente teoría, indica que las normas jurídicas son derrotables, aunque el caso sea claramente subsumible; es decir, una norma que es derrotable fue derrotada por otra norma jurídica ¿Y esta última norma dónde estaba? Pues, nos dirían los neoconstitucionalistas que en el ordenamiento jurídico; y nuestro lector se preguntaría, si estuvo en el ordenamiento jurídico ¿Cómo fue que no se aplicó

antes? Los neoconstitucionalistas nos responderían, es porque existen normas sin ser vistas, que están en los ordenamientos implícitamente. Y nuestro lector, les preguntaría a los neoconstitucionalistas ¿Y usted de dónde sacaron esa norma? ¿Qué no lo veíamos venir y derrotó a la que creíamos todos que venía al caso para aplicarla? Bueno en estas situaciones, nos encontraríamos con las famosas teorías de los principios, valores, directrices y las demás entidades que se encuentren en la dimensión de la Constitución. Entonces, siempre habrá un principio dispuesto a derrotar una norma ¿Y cuándo va ser derrotada esa norma? Cuando el aplicador quiera que sea derrotada, y cuando no quiera no lo será. Para esta situación, según los neoconstitucionalistas, existen dos salidas: el primero, invocar a la ponderación para que la norma no derrotada que era derrotable gane; y el segundo, nombrar a una norma inderrotable. Esta misma situación, también, sucede con los principios constitucionales: toda regla puede ser derrotada por un principio y todo principio a su vez puede ser derrotado por otro principio; con lo cual, todas las normas pueden ser derrotadas en cualquier momento. Y nuestro lector se preguntará, ¿Entonces qué deberá ser el abogado para que la norma jurídica que invoque al caso, no sea derrotada? Bueno, no lo sabemos, y esto porque nunca se sabrá cómo resolverán los jueces o magistrados neoconstitucionalistas en los casos; solo tendremos que cruzar los dedos -coloquialmente hablando- para que no sea derrotado el derecho que a uno le asiste (o ampara); porque resulta, que no existe norma inferior o norma suprema *estable*; nunca sabremos cual será la interpretación jurídica del juez o magistrado, y a dónde nos pueda llevar su razonamiento.

Una situación que nos preocupa en la práctica del derecho, es la incorporación del objetivismo moral<sup>794</sup>. Pues, todo juez o magistrado que siguen una corriente tienen convicciones morales, como lo tiene cualquier persona; además, pueden creer y

---

<sup>794</sup> Cuya figura, es uno de los criterios del iusmoralismo. Según García Amado: *“es perfectamente congruente que el iusmoralismo ofrezca para la decisiones judiciales métodos de razón práctica que son, en todo o en parte, comunes con los métodos de la decisión moral, pues el iusmoralismo piensa que una parte esencial y suprema del sistema jurídico está formada por normas que son, al tiempo, morales y que integran el Derecho aunque no estén positivadas o desarrolladas en ese sistema (...)*. Lo bueno, para el iusmoralismo, y aun bajo el punto de vista del Derecho, pesa más que lo legal, lo justo es condición de los jurídicos”. Cfr. GARCIA AMADO, Juan A. “Sobre formalismo y antiformalismo en la Teoría del Derecho”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 3, febrero 2013, 13-43, 20. Debemos tener en cuenta también, que el iusmoralismo es la contra cara del positivismo jurídico, como por ejemplo: el nopositivismo, el post-positivismo, el principialismo, el neoconstitucionalismo, etc.; que incluso pueden concebirse al absolutismo moral en estas etiquetas.

argumentar en el plano moral que son las objetivamente correctas. Lo que pasa es que a veces no dan el paso en decir que esas convicciones morales casualmente tuyas -las objetivamente correctas-, también forman parte de todo derecho posible. Plantando un ejemplo a esta argumentación diríamos: si nosotros tenemos una convicción moral y creemos firmemente, que nuestras convicciones morales son las objetivamente correctas, las verdaderas, y además otros nos dan la razón; si esto es así, y si el derecho de mi país contradice esas convicciones morales, el derecho de mi país no es derecho. Si existe una norma en la ley electoral, que ha sido legislada, que ha sido pronunciada por el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal constitucional sobre su legalidad y constitucionalidad, pero se enfrenta a nuestras convicciones moralmente y de las personas ajenas que nos dan la razón; entonces diremos que contradice la verdad, por ir en contra de nuestra convicción moral que se pretende verdadera y objetiva. Entonces, el problema del objetivismo moral, es que existen varios objetivismos morales como morales individuales; lo que no existe son personas y operadores del derecho que digan: uno, yo tengo esta serie de convicciones morales; dos, es posiblemente que caigamos en el error. Afortunadamente, vivimos en un Estado democrático pluralista, donde existe un derecho a la libertad de expresión, y esto nos lleva a pensar que nadie tiene un "derecho" -su moral- a proclamar, por considerarse como moral objetiva. El juez o magistrado, puede considerar que nuestras convicciones morales están muy bien, pero puede admitir que el derecho a diferencia de la moral no es nuestra, sino que es de todos; y si el derecho es de todos, es también de los que piensan distintos de nosotros; como pueden ser neoconstitucionalista o no. En nuestro país, muchos creemos que el aborto es un crimen, otros creen que no moralmente hablando. Es más, en las elecciones generales del 2016 muchos creyeron moralmente que la participación política de la organización política todos por el Perú era legal y constitucional, pero otros creyeron que no. Entonces, si el derecho es de todos, el derecho es algo común que no puede tener como característica definitoria el que coincida con contenidos morales de nadie. Y la pregunta retóricamente formulada sería ¿Quién soy yo para decir que no es jurídico lo que no coincida con nuestra moral? Y si nosotros fuéramos magistrados del JNE o del JEE, la pregunta sería lo

mismo ¿Quién somos nosotros para saltarnos la norma de todos, en nombre de algunas creencias morales? Bueno, la respuesta se las dejamos a nuestro lector.

Otra de las situaciones que nos preocupa, es que *se ha perdido* el derecho al debido proceso, en los procedimientos electorales, judiciales hasta constitucionales. Y esto ocurre cuando somos juzgados no por el Derecho, sino por la ideología del juez o magistrado. Tal situación nos lleva a pensar que el juez en la mayoría de veces, no siempre se sienta sobre el común de los mortales para resolver los casos de acuerdo al derecho, sino más bien, direcciona el derecho al ideario que concibe. Pero ¿Cuál sería los límites para frenar esa ideología o ideario del juez en los procesos de su competencia? Bueno, creemos que otros de los límites (aparte del derecho natural) donde se podría sostener los juristas, es también en *La Rule of Law*, que significa: el gobierno de la ley o gobierno del derecho. Para el profesor Francesco Viola, la fórmula de *La Rule of Law* debe ser entendido: *“como un conjunto de condiciones de aplicabilidad del derecho antes que como las cualidades formales de las normas jurídicas”*<sup>795</sup>; agrega además que: *“desde esta óptica se puede bien decir que la rule of law, y con esto el derecho en cuanto tal, contiene en sí una promesa de justicia que exige ser de alguna manera satisfecha. La rule of law es el inicio o el punto de partida del camino del derecho hacia la justicia, pero también su punto de llegada obligado”*<sup>796</sup>. En otras palabras, *“La rule of law es una fórmula creada para sustituir la “justicia animada”, esto es, aquella de los pocos hombres sabios. La dificultad principal no consiste tanto en la escasez de los hombres sabios o en poner en discusión su capacidad de liberarse en el juicio de las pasiones. El hecho es que, si un pueblo está en capacidad de elegir sus propios representantes y sus propios magistrados, es un pueblo libre, y esto es preferible frente a un pueblo que es constreñido a hacerse gobernar por unos pocos hombres sabios. Si existe la libertad de elegir a los propios gobernantes, esto pueden no ser virtuosos, y pocas veces lo son, y entonces el hecho de que estén vinculados al respeto de la rule of law es una garantía necesaria frente al arbitrio del poder”*<sup>797</sup>. De esta manera, se le exige al juez que su obrar sea guiado en base al derecho, y

---

<sup>795</sup> VIOLA, Francesco. *Rule of Law. El gobierno de la ley, ayer y hoy*, traducido por Yuri Tornero Cruzatt, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2017, p. 07.

<sup>796</sup> IBID, p. 20.

<sup>797</sup> IBD, p. 96-97.

no a la ideología personal, con cualidades de creación judicial. Retóricamente hablando, nosotros queremos un juez o magistrado que se siente (en el tribunal o en la sala), sobre el común de los mortales y nos juzgue de acuerdo al derecho; sin que me esté creando en cada proceso algún principio, regla o excepcionando la norma; vulnerando lo que conocemos todos, como “el debido proceso”. Es más, nosotros necesitamos confianza; es decir, lo que yo entienda como derecho, debe ser entendido por todos, y lo que todos entendamos, lo entienda también el juez y que me lo respete. En fin, nosotros tenemos la esperanza, que el derecho al debido proceso sea un derecho que deberá ser respetado por cada uno de los organismo autónomo en cada proceso; porque si no ocurriera esto, entonces, estaríamos muy de cerca y en el momento en el cual, ningún ciudadano acudiría a los tribunales, porque los tribunales serán los lugares donde se decide para los pobres y contra los pobres.

Actualmente, para los abogados ser crítico ya no está de moda, porque según los neoconstitucionalistas vivimos en el mejor de los mundos jurídicos posibles, donde no hay nada que criticar, ni mucho menos dar lugar a la crítica; solo nos sirve extasiarnos en las teorías e influencias del neoconstitucionalismo ¿Pero por qué decimos esto? Porque los operadores del derecho viven obsesionados por convertir el derecho en una rama de la moral, por buscar las esencias de lo jurídico en puros valores morales, siendo concluidos o suplantados por una única preocupación, que es la preocupación axiológica. Por eso, hacemos un llamado final, que es tiempo que volvamos al Derecho, tenemos que volver al derecho. Hay que reivindicar el papel del derecho. El derecho tiene que volver hacer considerado como un elemento central en la configuración de las sociedades, y además como la salvaguarda de nuestras libertades. El derecho no es solo forma, no hay que ser un absurdo formalista, pero no hay derecho sin forma. El derecho no es solo lógica también es semántica, pero no hay derecho donde se consideren que las palabras de la Constitución y la ley, no signifiquen nada frente a los verdaderos contenidos que son metafísicos. Por ello, el derecho es de todos, la constitución es de todos, no es la del jurado electoral o tribunal (de justicia). Porque en el momento en que lleguemos todos a la conclusión, de que nos han hurtado la constitución, tendremos que levantarnos todos los que defendemos el derecho, y será una mejor ocasión

de que hablemos de revolución o reforma en el derecho. Que por cierto ¿Cuándo volveremos hablar de revolución o reforma en el derecho? Pero de una revolución del derecho en serio; que por cierto según Del Vecchio: *“muy a menudo, el “espíritu revolucionario” ha abusado del nombre sagrado de la justicia para cubrir pasiones impuras e intereses unilaterales”*<sup>798</sup>; esta clase de revolución a nosotros no nos interesa ¿Cuándo volveremos hablar de reformas en serio? ¿Cuándo volveremos a reivindicación el papel del derecho? Por estas razones, hablamos que deberíamos ser críticos en el derecho y no conformistas, como si estuviéramos en el mejor de los mundos posibles.

Para concluir, quizá esto no sea una idea tanto exagerada, creemos que hemos vuelto a la Escuela de la exegesis, pero con otro discurso ¿Acaso nuestro lector no se acuerda que es lo que sucedía con el Código civil francés? Pensaban aquellos franceses de 1804, que el verbo se había hecho carne, esto es, que la suprema razón humana se había hecho razón jurídica, y de que una vez por todas había quedado plasmada en el texto o letra de ley. Entonces, el Código era aquella obra contingente coyuntural e históricamente explicable de un legislador humano con sus defectos y capacidades, era la “razón jurídica”, si había algo que resultaba completamente inimaginable era criticar al Código; porque era criticar a la razón y el Código era la expresión de la voluntad de la nación, la voluntad general. En aquel entonces, cómo uno podría ponerse a criticar o a cuestionar, aunque fuera un detalle, aquel Código civil que era racional por definición y que además era la esencia de la voluntad del pueblo. Hizo falta Kelsen, hizo falta Ross, hizo falta Bobbio, hizo falta Hart, hizo falta una variedad de filósofos contemporáneos, para romper con aquel mito textual, hasta que de nuevo volvemos a lo mismo con las constituciones. Ahora estamos otra vez, ante un derecho que se ha presentado como la obra definitiva de una razón humana, que ahora no es razón legisladora, sino que es “razón moral” de los jueces. Si antes el Código civil era la luz y el espíritu de la ley, ahora la Constitución es la luz y el espíritu de los principios. La constitución se ha convertido en el camino y la verdad; volvemos a una consideración cuasi religiosa de un determinado texto jurídico, solo con el matiz que ahora ya no importa

---

<sup>798</sup> DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, Op. Cit., p. 531.

tanto el texto sino el subtexto (lo que no está escrito). Entonces, formulando algunas preguntas retóricas ¿Cómo iban a criticar aquel Código civil francés? ¿Cómo vamos a criticar a estas constituciones si ya son perfectas? Bueno, la analogía se sigue manteniendo, porque en aquellos tiempos los franceses decían que el código era perfecto, solo lo único que necesitaban era el método para que el juez extraiga la única solución correcta del texto del Código, y ese método se llamó el método del silogismo, que era una operación mecánica que consiste en encajar la ley. Con el transcurso del tiempo, salieron a decir muchos filósofos del derecho, que la Escuela de la exégesis y el método del silogismo, era una doctrina absurda porque negaba la discrecionalidad judicial y la existencia de una solución correcta para cada caso. Ahora en la actualidad, ¿Quién niega la discrecionalidad judicial? Pues, Dworkin y Alexy, este último le da un papel secundario a la discrecionalidad, porque según su teoría (como ya se explicó), cuando colisionan dos derechos la solución correcta ¿Cuál es para Robert Alexy? ¿Cómo se llama el proceder mecánico que tenemos hoy para fingir como antes se fingía con el silogismo? ¿Para fingir que desde la Constitución de manera puramente mecánica, con un razonamiento jurídico que excluye la discrecionalidad, y que el magistrado constitucional pueda ser cualquier mortal, porque al fin y al cabo se trata de hacer una pequeña operación? Eso se llama el método de la ponderación. Ahora ya no es el Código sino la Constitución axiológicamente perfecta que los jueces aplican. Esto reafirmaría, que hemos vuelto al principio del derecho moderno, al de la escuela de la Exégesis, estamos en la misma época, pero con diferentes palabras; donde los sistemas jurídicos son tildados de perfectos, donde los jueces tienen la obligación moral de aplicar la Constitución, al igual que en los tiempos del Código, donde los jueces tenían la obligación moral de aplicar la ley. Estas situaciones, es gran parte también de la frivolidad a la hora de seleccionar a los jueces; porque si la persona profesional que se encuentra en las mejores condiciones para asumir el cargo de juez (por su aptitud a la hora de resolver casos), no es seleccionado; y si por el contrario, es seleccionado la persona que es mediamente formado profesionalmente, y si se trata de manejar una balanza que eso lo puede hacer cualquiera; entonces, los designados a eligen a los jueces, habrá degenerado al derecho, de tener en sus filas a *un verdadero jurista*. Bueno, terminamos como comenzamos, *volvamos al*

*Derecho*, debemos de construir un derecho mejor para alcanzar sociedades más justas, porque si hay que hablar de justicia donde sea ¡debemos hacerlo ya!

Por todas estas razones, no podíamos dejar pasar por alto esta reflexión, para que nuestro lector entienda a qué nos enfrentemos en la actualidad, y cuál debería ser nuestro rol ante las adversidades presentadas. Gracias por su atención.

## **CONCLUSIONES**

Después de desarrollar un completo análisis aproximativo a nuestro tema de tesis, podemos formular algunas breves consideraciones conclusivas:

Podemos mencionar, que los principales fenómenos jurídicos que resaltaron sustancialmente en la historia del derecho: fueron el positivismo jurídico, el neopositivismo, el principialismo, el nopositivismo y el iusnaturalismo; todos ellos con diferentes modos de concebir la naturaleza y la forma del Derecho. Entre los filósofos que más destacaron por sus teorías e interpretaciones para el estudio científico del Derecho, fueron: Augusto Comte, Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Alf Ross, Norberto Bobbio, Adolphus Hart y Ronald Dworkin. Históricamente se pudo apreciar también como otros fenómenos jurídicos, como la Escuela de la Exegesis, pero sobre todo el del derecho Nazi, como llegó a degradar el fundamento último del Derecho (que es la naturaleza humana). Este acontecimiento se logró por el gran apoyo de entusiastas pensadores de la época, como Carl Schmitt, Hermann Weinkauff y Kart Larenz, que contribuyeron con vergonzosas propuestas para interpretar y aplicar la teoría jurídica nazi, como pudo demostrarse en el juicio de Nüremberg, al declarárseles responsables algunos juristas por tal barbarie. Estos hechos fueron motivo, para que muchos positivistas se reúnan en la ciudad de Bellagio, con la finalidad de afrontar los altos cargos que se le acusaba, por haber promovido la obediencia a las normas en los regímenes nacionalista, surgiendo de

esta manera, los pensadores que conocemos como los neopositivistas, corriente filosófica que ha contribuido con teorías, argumentaciones e interpretaciones de manera crítica y analítica.

Uno de los fenómenos jurídicos que se encuentra desarrollando sus teorías fuera de los límites del derecho: es el neoconstitucionalismo. Y esto se debe porque sus partidarios, los integrantes de la Escuela Genovesa, le dieron una aptitud activista a las diversas teorías que recopilaban otras corrientes filosóficas, tales como: la propuesta tríadica del italiano Norberto Bobbio, quien Paolo Comanducci la utiliza para hacer su teoría del neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico, variando el significado positivista; y como la propuesta de la textura abierta de Adolphus Hart, quien los partidarios postulaban que la Constituciones se convertían en textos abiertos. De la misma manera, la contribución al neoconstitucionalismo la tuvieron los precursores como: Robert Alexy con su teoría la ponderación de principios; a Gustavo Zagrebelsky con su teoría de la ductilidad; y a Riccardo Guastini con su teoría de la reconstrucción jurídica. Asimismo, existen una variedad de etiquetas que componen este fenómeno, como son: la omnipresencia de la Constitución, los principios constitucionales, los valores jurídicos, la derrotabilidad de las normas jurídica, la ponderación, el activismo judicial, entre otros. Todas estas teorías como etiquetas, se pasearían en los llamados Estados Constitucionales de Derecho, para poder influenciar a los operadores del derecho, y lograr alejarlos del derecho y de la justicia.

La justicia electoral es una virtud que debe ser entendida y administrada con la mayor prudencia posible por los órganos jurisdiccionales; en el caso peruano por el Jurado Nacional de Elecciones y por el Jurado Electoral Especial. Asimismo, es de mucha relevancia que los magistrados conozcan el significado de justicia y derecho que le otorga el iusnaturalismo, pues mediante su significado podrá lograr discernir lo que es justo e injusto; además de poder lograr un mejor discernimiento al momento de interpretar la norma electoral. Si bien es cierto, a veces a la norma se le podría calificar de formalista, pero esta situación no sería impedimento para ser aplicada; pues solo si fuese una norma injusta donde se atente contra el derecho

natural y el derecho positivo, se le podría objetar su aplicación; pero mientras esto no ocurra y sea cumplida por la mayoría de ciudadanos, la norma será siendo aplicada por ser exigible. Una interpretación que ha sido utilizada en la mayoría de casos por los magistrados electorales, es el denominado: "criterio de conciencia"; cuyo criterio le ha otorgado al magistrado, un mayor grado de discrecionalidad, corriendo el riesgo de resolver los problemas electorales por intermedio de su conciencia (teniendo como parámetros lo que es bueno y malo), y no por intermedio de la razón jurídica de lo justo e injusto; pues mediante este criterio, se podría alejar del derecho por otros criterios aparentemente normativos, e incluso podría llegar a predicar con el neoconstitucionalismo. Por ello, es importante interpretar el derecho electoral desde una perspectiva iusnaturalista y neopositivista, para aplicar la norma desde su contenido y desde su forma, sin alterar el orden de las cosas.

En las resoluciones electorales emitidas por el JNE y por JEE, se pudo detectar una varias de elementos neoconstitucionales, entre ellos: los juicios de valoración, el neoconstitucionalismo y las circunstancias del caso, la moralización del derecho, el privilegio del derecho fundamental frente a las forma, la sobre-interpretación de la ley, la excesiva aplicación de jurisprudencias, la interpretación extensiva y elástica y la ley de la ponderación. Con este resultado crítico, queremos dejar de manifiesto, que el neoconstitucionalismo está en los pasillos del JNE y JEE; pues tratan de ser tomados en cuenta, para resolver los problemas electorales, pese a que exista reglas constitucionalmente claras, determinadas y subsumibles al caso. Advertimos que en estas situaciones, la aptitud del magistrado, es la de no dejarse influenciar por ninguna teoría neoconstitucionalista, por más atractiva que le parezca, porque se corre el riesgo de que empiece a jugar con nuestros derechos en los platillos de la balanza, y se afecte los derechos de la persona y del sistema de justicia electoral. La hermenéutica jurídica es el arte que pocos juristas conocen y practican, pues no debe ser dejada de lado y mucho menos ser remplazados por métodos no adecuado para solucionar el caso; en el presente trabajo, nosotros propusimos el método de una interpretación iusnaturalista/subsuntiva del principio de unidad de la norma jurídica, con la finalidad de llegar a una solución más justa.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS:**

- 01.-** ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2008.
- 02.-** ADOLPHUS HART, Herbert L. *Law, Liberty and Moarlity*, New york, Oxford University Press, 1963.
- 03.-** ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudio de Derecho Constitucional*, tercera edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- 04.-** ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. *Teoría del Derecho*, Primera edición, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2013, p. 210.
- 05.-** ALEXY, Robert. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, 1ª edición, Lima, Palestra Editores, 2019.
- 06.-** AMUNÁTEGUI, Gabriel. *Principios generales del Derecho Constitucional*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1953.
- 07.-** ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013.
- 08.-** ATIENZA, Manuel. *Interpretación Constitucional*, Bogotá, Universidad Libre, 2016.
- 09.-** ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Tercera edición, Lima, Palestra Editores, 2015.
- 10.-** ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2º ed. 4º impresión, Barcelona, Editorial Ariel, año 2007.

- 11.- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Primera edición, primera reimpresión, Lima, Palestra Editores, 2018.
- 12.- ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel y GARCIA AMADO, Juan A. *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Palestra Editores, 2012.
- 13.- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Primera edición, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011.
- 14.- BADENES GASSET, Ramón. *Metodología del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1959.
- 15.- BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, tercera edición, reimpresión, Bogotá, Editorial Temis, 2012.
- 16.- B. FLORES, Imer. *Ronald Dworkin (1931-2013): Vida y obra*, México, UNAM, 2016.
- 17.- BARBERIS, Mauro. *Introducción al estudio del derecho*, primera edición, Lima Palestra Editores, 2015.
- 18.- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 3ª edición, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007.
- 19.- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derecho Electoral Peruano*, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2016.
- 20.- BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducido por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Méndez, 1ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- 21.- CARPINTERO LÓPEZ, Francisco, *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Editorial Actas, Madrid, 1993.
- 22.- CARRIO, Genaro. *Dworkin y el positivismo jurídico*, México, Instituto de la Investigaciones Filosóficas, 1981.
- 23.- CARRUITERO LECCA, Francisco. *Filosofía del Derecho. Selección de Lecturas*. Primera Edición, Lima, editorial Jurista Editores, 2004.
- 24.- CARRUITERO LECCA, Francisco y LUJÁN TÚPEZ, Manuel E. *Filosofía del Derecho: Positivismo Jurídico*, Primera edición, Buenos Aires, Ediciones jurídicas, 2015.
- 25.- CASTILLOS CÓRDOVA, Luis. *El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal*, Trujillo, Doxa: tendencias modernas del derecho, 2004.

- 26.- CHANAMÉ ORBE, Raúl. *La Constitución de todos los peruanos*, Lima, Fondo Editorial Cultura Peruana, 2011.
- 27.- CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.
- 28.- CLÉRICO, María L. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2009.
- 29.- COMANDUCCI, Paolo. *Constitución y teoría del derecho*, Primera edición, México, Distribuciones Fontamara, 2007.
- 30.- COMANDUCCI, Paolo. *Estudios sobre Constitución y Derechos Fundamentales*, Primera edición, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- 31.- COMANDUCCI, Paolo. *Hacia una teoría analítica del derecho: ensayos escogidos*, 1ª edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2010.
- 32.- COMANDUCCI, Paolo y otros. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009.
- 33.- DE ASÍS, Rafael. *Norberto Bobbio en castellano*, Madrid, HURI-AGE, 2009.
- 34.- DE AQUINO, Santo Tomás. *SUMA TEOLÓGICA, Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España*, Cuarta Edición, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.
- 35.- DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*, Novena edición española - corregida y aumentada, Barcelona, Casa Editorial Bosch - Comte d'Urgell, 1991.
- 36.- DONAYRE MONTESINOS, Christian. *En defensa del amparo electoral*, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2010.
- 37.- DREIER, Ralf. *Gustav Radbruch, Hans Kelsen y Carl Schmitt. Estado y Derecho*, Editorial Springer, 1998.
- 38.- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. 1ª edición 5ª reimpresión, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2002.
- 39.- ESCRIVÁS IVARS, Javier. *RELECTURA DE LA OBRA CIENTÍFICA DE JAVIER HERVADA. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. Parte II, Derecho natural y filosofía del derecho*. Volumen II, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2008.
- 40.- FARRALLI, Carla. *La Filosofía del Derecho Contemporáneo*, 1ª edición, Madrid, Hispania Libros, 2007.
- 41.- FERNÁNDEZ POSTIGO, José Ch. *Persona humana y Derecho. Un dialogo con la filosofía jurídica de Javier Hervada*, México Editorial Porrúa - UCSP, 2014.

- 42.- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cuarta edición, Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- 43.- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cuarta edición, Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- 44.- FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan. *Un debate sobre principios constitucionales*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2014.
- 45.- FINNIS, John. *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998.
- 46.- FINNIS, John. *Estudios de teoría del Derecho natural*, Primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- 47.- FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la Sociedad Institucional*, Madrid, Editorial Institutos de estudios políticos, 1975.
- 48.- FULLER, Lon. *The Morality of Law*, Ed. Yale Univ. Press, New Haven, 1964.
- 49.- GARCÍA AMADO, Juan A. *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Editorial Temis, 2003.
- 50.- GARCIA AMADO, Juan A. *Ponderación Judicial. Estudios críticos*, 1ª edición, Puno, Editorial Zela, 2019.
- 51.- GARCIA AMADO, Juan A. *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, Primera edición, Puno, Editorial Zela, 2017.
- 52.- GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, primera edición, Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- 53.- GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.
- 54.- GARCIA FIGUEROA, Alonso. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Primera edición, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, año 1998.
- 55.- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el derecho*, 2da edición corregida, Lima, Palestra Editores, año 2005.
- 56.- GAVARA DE CARA, Juan C. y VALLÈS VIVES, Francesc. *Los regímenes electorales territoriales en los Estados compuestos. Alemania, Estados Unidos e Italia*, primera edición, Madrid, Editorial Congreso de los Diputados, 2007.
- 57.- GÓMEZ PÉREZ, Javier. *Los 13 Juicios de Núremberg. Un análisis completo de los 13 juicios celebrados en Núremberg*. Edición Kindle Libro electrónico, 2013.

- 58.- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Juan C. *Derecho Electoral Español. Normas y procedimiento*, Madrid, Editorial Técnos, p. 19
- 59.- GUASTINI, Riccardo. *Estudio de teoría constitucional*, Primera edición, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001.
- 60.- HEINRICH, Rommen. *Dei ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Köbel, München, 1947.
- 61.- HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología del Derecho: Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.
- 62.- HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008.
- 63.- HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Cuarta edición, Pamplona, EUNSA, 2008.
- 64.- HERVADA, Javier. *¿Qué es el Derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Bogotá, Editorial Temis, 2005.
- 65.- HERVADA, Javier. *Síntesis de Historia de la ciencia del Derecho natural*, Primera edición, Pamplona, Editorial Eunsa, 2006.
- 66.- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las relaciones judiciales*, primera edición, Lima, Palestra Editores y Editorial Temis, 2009.
- 67.- J. LAPORTA. Francisco. *El imperio de la ley. Una visión actual*, 1º ed., Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- 68.- LAMAS ADOLFO, Félix. *Los principios y el Derecho natural. En la metodología de las ciencias prácticas*, Buenos Aires, Editorial Educa, 2002.
- 69.- LAMSDORFF, Wladimir. *Historia sencilla de las ideas jurídicas*. Primera edición, Madrid, editorial COLEX, 2003.
- 70.- MANTILLA PINEDA, Benigno. *Filosofía del Derecho*. Primera edición, reimpresión, Bogotá, Editorial Temis, 2003.
- 71.- MARTÍN QUINTANA, Eduardo. *Notas sobre el Derecho en el lusnaturalismo*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Educa, 2013.
- 72.- MASSINI CORREAS, Carlos I. *El derecho natural y sus dimensiones actual*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- 73.- MASSINI CORREAS, Carlos I. *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, segunda edición, Buenos Aires, editorial Abeledo-Perrot, 1994.
- 74.- MATHIEU, V. "Manifiesto di un movimento hermenéutico universale" en *Filosofía*, 1992, p. 213.

- 75.-** M. VILAJOSANA, Josep. *Identificación y justificación del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- 76.-** MEDINA ECHAVARRIA, José. *La situación presente de la filosofía jurídica*, Madrid, Editorial revista del derecho privado, 1935.
- 77.-** MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial McGraw-Hill Interamericana de España, 1999.
- 78.-** MONTERO, Alberto J. *Derecho y moral. Estudio introductorio: tres autores Hart, Dworkin y Raz*, primera edición, México, UNAM, 2011.
- 79.-** MORA RESTREPO, Gabriel. *Ciencia jurídica y arte del Derecho: Estudio sobre el oficio del jurista*, Bogotá, Universidad de la Sabana: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- 80.-** NAVARRO, Pablo E. *Los Límites del Derecho; Estudios sobre los Compromisos Conceptuales del Positivismo Jurídico*. Primera Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2005.
- 81.-** OLIVER ARAUJO, Joan. *Los sistemas electorales autónomos*, primera edición, Catalunya, Generalitat de Catalunya. Departamento de Governació, i Relacions Institucionals, Institut d'Estudis Autònoms, 2011.
- 82.-** ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *H.L.A. Hart. Abogado del Positivismo Jurídico*. Primera edición, Pamplona, Editorial EUNSA, 1997.
- 83.-** ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*, México, Editorial La Guillotina, 2010, p. 233.
- 84.-** PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Primera edición, Lima, editorial Jurista Editores, 2008.
- 85.-** PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. Cuarta edición, Lima, Editorial Palestra, 2005.
- 86.-** PESTALARDO, Silvio P. *Justicia, Derecho y Ley*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Educa, 2010.
- 87.-** PORTELA R. Jorge G. *La justicia y el derecho natural*, segunda Edición, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2006.
- 88.-** PLATÓN, *Las leyes*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1960.
- 89.-** POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2011.
- 90.-** POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Palestra Editores, 2011.

- 91.-** PRIETO SANCHÍS, Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2018.
- 92.-** PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, 1º ed., Lima, Palestra Editores, 2002.
- 93.-** PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 1º ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- 94.-** PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*. 1º ed. 1º reimpresión, Madrid, Editorial TECNOS, 1987.
- 95.-** PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, primera edición, Lima, Palestra Editores y TEMIS, 2018.
- 96.-** RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. *Teoría del Derecho*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009.
- 97.-** RADBRUCH, G., *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes. En la obra colectiva Derecho Injusto y Derecho Nulo*, Madrid, Editorial Aguilar, 1971.
- 98.-** RAMÍREZ, Santiago M. *La prudencia*, Madrid, Editorial Palabra, 1979.
- 99.-** RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, Segunda edición, México, Fondo de cultura económica, 1995.
- 100.-** RECASÉNS SICHES, Luis. *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Barcelona, Labor, 1929.
- 101.-** RODRÍGUEZ, Cesar O. *La Decisión Judicial. El Debate de Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- 102.-** RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. *Introducción a la ciencia del Derecho*, cuarta edición, reimpresión, Salamanca, Librería Cervantes, 1999.
- 103.-** ROMERO MARTÍNEZ, Juan M. *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, Primera edición, segunda reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- 104.-** ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Distribuciones Fontamara, 2014.
- 105.-** ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2005.
- 106.-** ROSSI, Abelardo. *Misión del Derecho Positivo en la vida de los pueblos*, tomo III, Buenos Aires, Editorial El Derecho.
- 107.-** RUIZ MANERO, Juan. *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Buygin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini*. Primera edición, Lima-Bogotá, Palestra Editores, 2014.

**108.-** SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. *Pensado el Derecho en el Siglo XX*. Primera edición, Madrid, editorial Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003.

**109.-** SANTIAGO, Carlos N. *Derecho, moral y política: Una revisión de la teoría general del derecho*, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2014.

**110.-** SANTIAGO, Carlos N. *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.

**111.-** SANTIAGO, Carlos N. *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición, 12 reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003.

**112.-** SANTOS JIMÉNEZ, Rafael. *Tratado de Derecho Electoral*, La Habana, 1946.

**113.-** VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCIA BARZELLATO, Ana María. *Manual de derecho político: Instituciones políticas*, 1º ed. 4º reimpresión, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2010.

**114.-** VIGO, Rodolfo L. *El iusnaturalismo actual de M. Villey a J. Finnis*, México, Editorial Distribuciones Fontamara, 2003.

**115.-** VIGO, Rodolfo L. *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas. Ross - Hart - Bobbio - Dworkin - Villey - Alexy - Finnis*, Segundo edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

### **LIBROS TRADUCIDOS:**

**116.-** ADOLPHUS HART, Herbert L. *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, traducido por Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1962.

**117.-** ADOLPHUS HART, Herbert L. *El Concepto de Derecho*, traducido por Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

**118.-** ALEINIKOFF, T. Alexander. *El Derecho constitucional en la era de la ponderación*, traducido por Jimena Aliaga Gamarra, primera edición, primera reimpresión, Lima, Palestra Editores, 2015.

**119.-** ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, traducido por Jorge M. Seña, Segunda edición, Barcelona, Editorial Gedisa, 2004.

**120.-** ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

**121.-** ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducido por Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

**122.-** ALFLEN DA SILVA, Kelly S. *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, traducido por Humberto Orduz Maldonado, Bogotá, Editorial Temis, 2006.

- 123.-** BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, traducido por Ernesto Garzón Valdés, Primera edición, México, Distribuciones Fontamara, 1991.
- 124.-** CELANO, Bruno. *Derecho, justicia, razones*, traducido por José Juan Moreso, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- 125.-** D`ÁGOSTINO, Francesco. *Filosofía del Derecho*, traducido por José Rodríguez Iturbe, Bogotá, Editorial Temis, 2007.
- 126.-** DWORKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*, traducido por Claudia Ferrari, Segunda edición, Barcelona, Editorial Gedisa, 2012.
- 127.-** FINNIS, John. *Ley Natural y Derechos Naturales*, traducido por Cristóbal Orrego Sánchez, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- 128.-** FULLER, Lon. *La moral del derecho*, traducido por Fernando Contreras S., Primera edición, Santiago de Chile, Editorial Instituto de Estudios de la Sociedad, 2019.
- 129.-** GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*, traducido por Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- 130.-** GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del Derecho*, traducido por Álvaro Núñez Vaquero, 1º edición, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- 131.-** GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, traducido por César E. Moreno More, Luis Cárdenas Rodríguez, Primera edición, Lima, Editorial Científica Peruana, 2015.
- 132.-** HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, traducido por M. Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- 133.-** HABERMAS, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa*, traducido por R. García Cotarelo, Barcelona, Editorial Península, 1991.
- 134.-** KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, traducido por Luis Villar Borda, Bogotá, Editorial Temis, 2007.
- 135.-** KELSEN, Hans. *Introducción a la Teoría pura del derecho*, traducido por Emilio O. Rabasa, 3º edición, Lima, 2001.
- 136.-** KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, traducido por Moisés Nilve, 4º ed. 9º reimpresión, Buenos Aires, editorial Eudeba, 2009.
- 137.-** KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho*, traducido por Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santafé Bogotá, Ediciones Uniandes, 1990.
- 138.-** LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *¿Cómo funciona el Tribunal Constitucional Federal alemán?*, traducido por Jorge Luis León Vásquez, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2019.

**139.-** MONEBHURRUN, Nitish. *Técnicas para la argumentación de textos jurídicos*, traducido por Renzo Cavani y Brian Ragas, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2018.

**140.-** MULLER, Ingo. *Los juristas del horror. La "Justicia" de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás*, traducido por Carlos Armando Figueredo, primera edición, Caracas, Editorial ACTUM, 2006.

**141.-** PORCIELLO, Andrea. *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller*, traducido por Celia Díez Huertas, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2019.

**142.-** RADBRUCH, Gustav. *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho*, traducido por Aníbal del Campo, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1980.

**143.-** RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*, traducido por J. Medina Echevarría, Cuarta Edición, Granada, Editorial Comares S. L. Granada, 2008.

**144.-** RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducido por Wenceslao Roces, 4ta Edición, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1974.

**145.-** SCALIA, Antonin. *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, traducido por Gonzalo Villa Rosas, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2015.

**146.-** SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*, traducido por Sebastián Abad, 1º ed., Buenos Aires, editorial Hydra, 2009.

**147.-** TAHAN, Malba. *El hombre que calculaba*, traducido por Francisco Martín Arribas, Barcelona, RBA LIBROS, 2010.

**148.-** TRIBE, Laurence H. y DORF, Michael C. *Interpretando la Constitución*, traducido por Jimena Aliaga Gamarra, 2da edición, Lima, Palestra Editores, 2017.

**149.-** VIOLA, Francesco. *Rule of Law. El gobierno de la ley, ayer y hoy*, traducido por Yuri Tornero Cruzatt, primera edición, Lima, Palestra editores, 2017.

**150.-** WEBER, Max. *Ensayos sobre metodología sociológica*, traducido por José Luis Etcheverry, 1a ed., 1a reimp., Buenos Aires, Amorrortu editores, 2001.

**151.-** ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducido por Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

#### **OBRAS PUBLICADAS POR UNA INSTITUCIÓN:**

**152.-** INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA DEMOCRACIA Y LA ASISTENCIA ELECTORAL Y OTROS. *Justicia electoral: El manual de IDEA Internacional*, traducido por Jesús Orozco-Henríquez y Ana Victoria Soto, Suecia, IDEA Internacional, TEPJF, UNAM, 2010.

**153.-** INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA DEMOCRACIA Y LA ASISTENCIA ELECTORAL. *Justicia electoral: Una introducción al manual de IDEA Internacional*, Suecia, IDEA Internacional, 2011.

**ARTÍCULOS PUBLICADOS EN OBRAS COLECTIVAS O ENCICLOPEDIAS:**

**154.-** ALEXY, Robert. “Sobre los derechos constitucionales a protección” en *Robert Alexy, Derechos Sociales y ponderación*, 2ª edición, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 45-84.

**155.-** ANCHALUISA SHIVE, Christian. “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho internacional de los Derechos Humanos” en *LíneaSur5*, Vol. II, Nº 5, Quito, Revista de política exterior, mayo - agosto 2013, 115-133.

**156.-** ARAGÓN, Manuel. “Derecho Electoral: Sufragio activo y pasivo” en *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*, 2ª edición, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International Idea, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Fondo de Cultura Económica, 2007, 178-197.

**157.-** BARBERIS, Mauro. “El neoconstitucionalismo, Third Theory of Law, en *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*”, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2011, 249-269.

**158.-** BARBERIS, Mauro. “El realismo jurídico europeo-continental”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Volumen uno, Primera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, 227-240.

**159.-** BERNAL PULIDO, Carlos. “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, 17-35.

**160.-** CAE EGAÑA, José Luis. “Los jueces en el Estado constitucional y democrático a la luz del derecho natural y del neoconstitucionalismo” en *Jornada Internacionales de Derecho Natural Chile 2005-2007*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Educa, 2009, 497-511.

**161.-** CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, 09-28.

**162.-** CARBONELL, Miguel. “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, 09-10.

**163.-** COMANDUCCI, Paolo. “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009, 85-12.

**164.-** COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico” en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, 75-98.

- 165.-** COMANDUCCI, Paolo. “Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2010, 93-145.
- 166.-** COMANDUCCI, Paolo. “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, en *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, 105-118.
- 167.-** CORIPUNA, Javier A. “El concepto de derecho en el Estado Constitucional. Crítica a la tesis neoconstitucionalista” en *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2013, 161-187.
- 168.-** D'AGOSTINO, Francesco. “HERMENÉUTICA Y DERECHO NATURAL. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica” en *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo*, 1º edición, Buenos Aires, Editorial Àbaco de Rodolfo de Palma, 2000, 301-314.
- 169.-** DURÁN PÉREZ, Ángel y RAMOS VÁZQUEZ, Eréndira N. “La reforma constitucional de derechos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia” en *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Vol. 1, núm. 10, México, Cuarta Época, Julio-diciembre 2012, 171-196.
- 170.-** FINNIS, John. “Sobre la incoherencia del positivismo jurídico” en *Estudios de Teoría del derecho natural*, N° 312, Primera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, 17-38.
- 171.-** FINNIS, John. “Sobre los caminos de Hart: El Derecho como razón y como hecho” en *El Legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, traducido por Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, 29-58.
- 172.-** FLORES GARCIA, Fernando. “El Derecho Electoral Mexicano. Breve panorama y reflexión” en *Tendencias Contemporáneas del Derecho Electoral en el Mundo. Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral*, N° 25, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, 635-675.
- 173.-** GALVÁN RIVERA, Flavio. “El principio de legalidad en materia electoral” en *Tendencias Contemporáneas del Derecho Electoral en el Mundo. Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral*, N° 25, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, 677-702.
- 174.-** GARCIA AMANDO, Juan A. “Sobre el neocosntitucionalismo y sus precursores” en *Controversias constitucionales*, Primera edición, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009, 24-69.
- 175.-** GARCÍA AMADO, Juan A. “Sobre la derrotabilidad de las normas Jurídicas” en *Teoría del derecho y decisión judicial*, primera edición, Madrid, Editorial Bubok Publishing, 2010, 179-204.

**176.-** GARCÍA AMADO, Juan A. “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica” en *Robert Alexy, Derechos Sociales y ponderación*, 2ª edición, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 249-331.

**177.-** GARCIA FIGUEROA, Alfonso. “Derrotabilidad normativa y antipositivismo externo. Dos aspectos esenciales del neoconstitucionalismo” en *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2013, 161-187.

**178.-** GARCÍA HIGUERA, Rúben. “La Regla de Reconocimiento de H.L.A. Hart” en *Papeles de teoría y filosofía del derecho*, Nº 08, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2010, 01-25.

**179.-** GARRORENA MORALES, Ángel. “Reforma y rigidez de la ley electoral en las Comunidades Autónomas” en *Nuevas expectativas democráticas y elecciones*, Madrid, editorial lus-tel, 2008, 19-71.

**180.-** GUASTINI, Riccardo. “Justicia constitucional v. reforma”, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpio*, Tomo III, Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2015, 337-342.

**181.-** GUASTINI, Riccardo. “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, 49-73.

**182.-** GUASTINI, Riccardo. “La interpretación de la Constitución”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Volumen tres, Primera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, 2011-2086.

**183.-** GUASTINI, Riccardo. “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, en *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2010, 71-79.

**184.-** HERVADA, Javier. “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico” en *Escritos de derecho natural*, Segunda edición, Pamplona, Editorial Eunsa, 1993, 759-782, 761-762.

**185.-** HERRERA, Daniel A. “Ley Natural y Multiculturalismo: verdad y diálogo” en *PRUDENTIA IURIS. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires*, Nº 62/63, Buenos Aires, Editorial Educa, 2007, 217-246.

**186.-** HOYOS CASTAÑEDA, Ilva M. “ENTRE LA NATURALEZA Y LA DIGNIDAD. Reflexiones sobre el fundamento de los derechos humanos” en *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo*, 1º edición, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2000, 173-211.

**187.-** JARAMILLO, Juan “Los Organismos electorales supremos” en *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*, 2ª edición, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International

Idea, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Fondo de Cultura Económica, 2007, 371-587.

**188.-** LEGARRE, Santiago. “Apuntes para una biografía intelectual de John Finnis” en *LEY, MORAL Y RAZÓN. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de la Ley natural y derechos naturales*, Primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, 233-247.

**189.-** MASSINI CORREAS, Carlos I. “Entre la analítica y la hermenéutica: La filosofía jurídica como filosofía práctica” en *Jornada Internacionales de Derecho Natural Chile 2005-2007*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Educa, 2009, 107-137.

**190.-** MASSINI CORREAS, Carlos I. “Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del derecho natural” en *Estudios de Teoría del derecho natural*, N° 312, Primera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, XXI-LXIII.

**191.-** MASSINI CORREAS, Carlos I. “La nueva escuela anglosajona de Derecho natural” en *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo*, 1º edición, Buenos Aires, Editorial Àbaco de Rodolfo de Palma, 2000, 253-277.

**192.-** MORALES LUNA, Félix. De Bellagio a Pavía. “Auge y crisis del positivismo jurídico italiano”, en *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2013, 27-54.

**193.-** MORESO, José J. “Alexy y la aritmética de la ponderación” en *Robert Alexy, Derechos Sociales y ponderación*, 2ª edición, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 223-248.

**194.-** MORESO, José J. “Conflictos entre principios constitucionales”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, 99-122.

MORESO, José J. “La incorporación de la moral en el derecho de las democracias constitucionales” en *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2013, 161-187.

**195.-** NOHLEN, Dieter y SABSAY, Daniel. “Derecho Electoral” en *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*, 2ª edición, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International Idea, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Fondo de Cultura Económica, 2007, 27-38.

**196.-** NOHLEN, Dieter. “Justicia electoral y sus desafíos actuales en América Latina” en *Estudios de Justicia Electoral*, Quito, Editorial Tribunal Contencioso Electoral, 2009, 23-38.

**197.-** OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. “Nuevas tendencias de la justicia electoral en Iberoamérica” en *Memoria del siglo X congreso Iberoamericano de Derecho constitucional*, Tomo I, primera edición, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de

Investigaciones Jurídicas UNAM, Maestría en Derecho Constitucional PUCP, IDEMSA, 2009, 347-366.

**198.-** OROZCO HERNRÍQUEZ, Jesús. “Sistema de Justicia electoral: en el derecho comparado” en *Sistemas de Justicia Electoral: Evaluación y Perspectiva*, primera edición, México, IFE, PNUD, UNAM, IJ, IFES, IDEA Internacional y TEPJF, 2001, 45-58.

**199.-** PEREIRA SÁEZ, Carolina. “Sobre la inconmensurabilidad de los bienes básicos en J. Finnis”, en *LEY, MORAL Y RAZÓN. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de la Ley natural y derechos naturales*, Primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, 43-56.

**200.-** PICADO, Sonia. “Derechos Políticos como Derechos Humanos” en *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*, 2ª edición, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International Idea, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Fondo de Cultura Económica, 2007, 48-59.

**201.-** PINTO FONTANILLO, José A. “Robert Alexy: Una teoría de la argumentación jurídica para un derecho universal” en *Pensando el Derecho en el siglo XX*, Madrid, Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, 2003, 323-345.

**202.-** POZZOLO, Susanna. “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Volumen uno, Primera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, 363-405.

**203.-** POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo” en *Neoconstitucionalismo(s)*, 1ª edición, Madrid, Editorial Trota, 2003, 187-210.

**204.-** PRESNO LINERA, Miguel Á. “Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales” en *Liber Amicorum: Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2016, 575-587.

**205.-** PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional” en *El Principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2010, 81-113.

**206.-** PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Derecho y Proceso*, Nº 5, Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001, 201-228.

**207.-** PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos)” en *Un panorama de filosofía jurídica y política*, Nº 44, Madrid, Anuario de la Cátedra Francisco Suárez, 2011, 461-506.

**208.-** SÁNCHEZ NAVARRO, Jesús. “Las matemáticas del siglo XX. Una mirada en 101 artículos” en *Sociedad Canaria Isaac Newton de Profesores de Matemáticas*, España, Nivola, 2000, 215-218.

**209.-** SCHOUPPE, Jean-Pierre. “El realismo Jurídico de Javier Hervada” en RIVAS, Pedro. *NATURA, IUS, RATIO. Escritos sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Lima, Ara Editores & Universidad de Piura, 2005, 35-55.

**210.-** SERNA, Pedro. “Sobre las respuestas al positivismo jurídico” en *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo*, 1º edición, Buenos Aires, Editorial Àbaco de Rodolfo de Palma, 2000, 55-86.

**211.-** TOMPSON, José. “Participación, democracia y derechos humanos. Un enfoque a partir de los dilemas de América Latina” en *Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 34-35, San José, Instituto interamericano de Derechos Humanos, 1995, 79-103.

**212.-** TRIBE, Laurence. “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the legal Process” en *Harvard Law Review*, N° 84, 1971, 1329-1393.

**213.-** VIGO, Rodolfo, “Consideraciones sobre la visión de John Finnis acerca de la tesis <la ley injusta no es ley>” en *LEY, MORAL Y RAZÓN. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de la Ley natural y derechos naturales*, Primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, 119-140.

**214.-** VIGO, Rodolfo. “Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo (Un alegato iusnaturalista)”, en *II Jornadas internacionales de Derecho natural. Ley natural y multiculturalismo*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Educa, 2008, 261-314.

**215.-** VIGO, Rodolfo L. “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias” en *Derecho Natural y Iusnaturalismos. VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de filosofía del Derecho*, Primera edición, Lima, Palestra Editores, 2014, 187-218.

**216.-** VIGO, Rodolfo L. “La teoría discursiva dialógica de Robert Alexy y su confrontación con el realismo jurídico clásico” en *IV Jornada Internacional de Derecho Natural. Ley natural y legítima laicidad*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Educa, 2010, 371-398.

#### **ARTÍCULO DE REVISTAS:**

**217.-** ABAD YUPANQUI, Samuel B. “El proceso de amparo en materia electoral: Un instrumento para la tutela de los derechos fundamentales”, *Elecciones*, N° 1, Lima, 2002, 189-223.

**218.-** AGUILÓ REGLA, Josep. “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30, 2007, 665-675.

**219.-** ARAGÓN REYES, Manuel. “Dos problemas falsos y uno verdadero: “Neoconstitucionalismo”, “Garantismo” y aplicación judicial de la Constitución”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 29, julio-diciembre, 2013, 03-25.

- 220.-** ALEXY, Robert. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 11, enero-junio 2009, 03-14.
- 221.-** ALEXY, Robert. "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", traducido por Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, setiembre-diciembre 2002, 13-64.
- 222.-** ALEXY, Robert. "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", traducido por A. D. Oliver-Lalana, *DOXA*, N° 32, marzo 2009, 67-84.
- 223.-** ALEXY, Robert. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 5, 1988, 139-151.
- 224.-** ANDREU GÁLVEZ, Manuel. "Una breve aproximación histórica a la escuela de la exégesis y conclusiones a las que nos ha llevado la codificación", *Revista del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM*, 2016, 9-22.
- 225.-** ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. "Constitución y argumentación", *Anuario de filosofía del derecho*, N° 24, 2007, 197-228.
- 226.-** ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *ISONOMÍA*, N° 27, octubre 2007, 7-28.
- 227.-** ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. "Entrevista a Riccardo Guastini", *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 27, 2004, 457-473.
- 228.-** ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. "Entrevista a Robert Alexy", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 24, 2001, 05-40.
- 229.-** ATIENZA, Manuel. "Imperio de la ley y constitucionalismo. Un dialogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta", *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 31, octubre 2009, 205-223.
- 230.-** BÄCKER, Carsten. "Reglas, principios y derrotabilidad", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 37, 2014, 31-44.
- 231.-** BARBERIS, Mauro. "¿Existe el neoconstitucionalismo?", *Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones jurídicas*, 2015, 459-482.
- 232.-** BARBERIS, Mauro. "Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34, 2011, 89-93.
- 233.-** BARBERIS, Mauro. "¿Imperialismo de la argumentación? Comentario al curso de argumentación jurídica de Manuel Atienza", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 37, 2014, 325-335.
- 234.-** BARBERIS, Mauro. "Los Derechos humanos como adquisición evolutiva", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°36, 2013, 25-40.

- 235.-** BARBERIS, Mauro. "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", *Jurídica anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana*, N° 31, 2001, 325-340.
- 236.-** BARBERIS, Mauro. "Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 39, octubre 2016, 265-288.
- 237.-** BARNES, Javier. "Introducción al principio de Proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario". *Revista de Administración Pública*, N° 135, Setiembre-diciembre 1994, 495-522.
- 238.-** BAYÓN, Juan C. "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 13, 2000, 87-117.
- 239.-** BELLOSO MARTÍN, Nuria. "El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad", *Revista da faculdade de Direito – UFPR*, Vol. 59, N° 1, Curitiba, 2014, 145-178.
- 240.-** BERNAL PULIDO, Carlos. "La racionalidad de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 77, mayo-agosto, 2006, 51-75, 53-55.
- 241.-** BERNAL PULIDO, Carlos. "Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 74, mayo-agosto, 2005, 417-444.
- 242.-** BULYGIN, Eugenio. "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *DOXA*, N° 09, 1991, 257-279.
- 243.-** CABRA APALATEGUI, José M. "La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy", *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 22, enero 2005, 133-142.
- 244.-** CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. "Postpositivismo", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 21, 1998, 209-220.
- 245.-** CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. "¿Por qué es importante Dworkin?", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 2, 1985, 159-166.
- 246.-** CALVO GONZÁLEZ, José. "Reseña de "Gustavo Radbruch. Juriste de gauche sous la République de Weimar" de Le Bouedec, Nathalie". *Revista de Estudios Históricos-jurídicos*, N° XXXIII, 2011, 711-718.
- 247.-** CARBONELL, Miguel. "Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina", *Precedente. Revista Jurídica*, 2010, 207-225.
- 248.-** CARBONELL, Miguel y SÁNCHEZ, Gil. "¿Qué es la constitucionalización del derecho?", *Quid Iuris*, N° 15, 2011, 33-55.
- 249.-** CARRIÓ, Genaro R. "Nota sobre la entrevista de Afl Ross", *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 7, N° 13, 2009, 187-205.

- 250.-** COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. "Modelo de juez complejo y Estado Constitucional de Derecho", *Revista de Investigación (Arequipa)*, Volumen 7, setiembre 2016, 93-121.
- 251.-** COMANDUCCI, Paolo. "Constitución y teoría del derecho", *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 23 de agosto, 2005, 1-18.
- 252.-** COMANDUCCI, Paolo. "<Constitucionalismo>: Problemas de definición y tipología", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 34, 2011, 95-100.
- 253.-** COMANDUCCI, Paolo. "Derechos humanos y minorías: Un acercamiento analítico neoilustrado", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, Nº3, 1995, 21-42.
- 254.-** COMANDUCCI, Paolo. "El abuso del derecho y la interpretación jurídica", *Revista de Derecho Privado*, Nº 12, julio-diciembre 2011, 107-118.
- 255.-** COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, Nº 16, abril 2002, 89-112.
- 256.-** COMANDUCCI, Paolo. "Las conexiones entre el Derecho y la moral", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 12, 2003, 15-26.
- 257.-** COMANDUCCI, Paolo. "La irrelevancia moral de la diversidad cultural", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 30, 2007, 89-94.
- 258.-** COMANDUCCI, Paolo. "Principios jurídicos e indeterminación del Derecho", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 21, 1998, 89-104.
- 259.-** COMANDUCCI, Paolo. "Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales", *Revista Jurídica: Facultad de jurisprudencia*, enero 2004, 355-371.
- 260.-** CONTRERAS, Sebastián. "Justo por naturaleza y justo convencional en Platón. A propósito de la refutación platónica a la doctrina del homo mensura", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 43, Nº 119, enero-junio 2013, 503-532, 518.
- 261.-** CRUZ, Luis M. "La Constitución como orden de valores Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo", *Díkaion*, Año 23, Nº 18, diciembre 2009, 11-31, 17-25.
- 262.-** DABOVE, María I. "El Concepto de derecho en la teoría de H.L.A. Hart perspectiva tridimensional", *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho*, Vol. 36, 2003, 33-53.
- 263.-** DÍAZ REVORIO, Francisco J. "Justicia constitucional y justicia electoral: un examen comparado México-España", *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, Nº 13, Madrid, 2009, 223-266.

- 264.-** DIAZ RICARDO, Tatiana. "Validez del derecho: análisis conceptual a partir de los modelos teóricos de Kelsen y Alexy", *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, enero 2011, 105-111.
- 265.-** ESTRADA GALLEGO, Fernando. "John Langshaw Austin: Evolución, comunicación y lenguaje cotidiano", *Revista Anagramas*, enero-julio 2006, 77-101.
- 266.-** ETCHEVERRY, Juan B. "Entrevista a John M. Finnis", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 35, 2012, 859-867.
- 267.-** ETCHEVERRY, Juan B. "El ocaso del positivismo jurídico incluyente", *Revista Persona y Derecho*, VOL. 67, agosto-setiembre, 2012, 411-447.
- 268.-** FARALLI, Carla. "La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX", *Anuario de derechos humanos*, N° 3, 2002, 133-216.
- 269.-** FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34, noviembre 2011, 15-53, 18-19.
- 270.-** FERRAJOLI, Luigi. "El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34, julio 2011.
- 271.-** FERRAJOLI, Luigi. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, 2006.
- 272.-** FIGUEROA ÁVILA, Enrique. "La justicia partidaria en el nuevo modelo de impartición de la justicia electoral", *Revista Justicia Electoral*, Vol. 1, N° 10, julio-diciembre 2012, 127-170.
- 273.-** GARCIA AMADO, Juan A. "La interpretación constitucional", *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 2, febrero 2004, 35-72.
- 274.-** GARCIA AMADO, Juan A. "Sobre formalismo y antiformalismo en la Teoría del Derecho", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 3, febrero 2013, 13-43.
- 275.-** GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky", *Anuario de filosofía del derecho XIII*, 1996, 87-109.
- 276.-** GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho", *Diritto & Questioni pubbliche*, N° 03, 2003, 197-227.
- 277.-** GARCIA FIGUEROA, Alfonso. "Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivo de Luigi Ferrajoli", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34, 2011, 121-137.
- 278.-** GARCÍA FIGUEROA, Alonso. "Neoconstitucionalismo y argumentación", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N° 79, 2017, 09-32.

- 279.-** GARCÍA FIGUEROA, Alonso. "Norma y valor en el Neoconstitucionalismo", *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Vol. 2, Nº 7, Jan./Jun., 2006, 108-121.
- 280.-** GARCIA MANRIQUE, Ricardo. "Radbruch y el valor de la seguridad jurídica". *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 21, 2004, 261-286.
- 281.-** GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Algo más acerca del coto vedado", *DOXA*, Nº 06, 1989, 209-213.
- 282.-** GUASTINI, Riccardo. "A propósito del neoconstitucionalismo", *Gaceta Constitucional*, Nº 65, 231-240.
- 283.-** GUASTINI, Riccardo. "Dos concepciones de las normas", *REVUS*, Nº 35, abril 2018, 01-10.
- 284.-** GUASTINI, Riccardo. "En torno a las normas jurídicas sobre la producción jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, Nº 89, mayo-agosto 1997, 547-557.
- 285.-** GUASTINI, Riccardo. "Interpretación y construcción jurídica", *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Nº 43, octubre 2015, 11-48.
- 286.-** GUASTINI, Riccardo, "La constitución como límite a la actividad legislativa", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 8, 2000, 241-252.
- 287.-** GUASTINI, Riccardo. "Normas Supremas", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº17-18, 1995, 257-270.
- 288.-** GUASTINI, Riccardo. "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", *Jueces para la democracia*, Nº 34, 1999, 39-46.
- 289.-** GUASTINI, Riccardo. "Problemas de indeterminación", *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Nº 7, octubre 1997, 121-131.
- 290.-** GUASTINI, Riccardo. "Sobre el concepto de Constitución", *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nº 01, Julio-Diciembre 1999, 161-176.
- 291.-** GUASTINI, Riccardo. "Un ejercicio de realismo jurídico", *Derechos & Sociedades*, Nº 51, octubre 2018, 223-232.
- 292.-** GUASTINI, Ricardo. "Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 31, 2008, 143-156.
- 293.-** GUTIÉRREZ CHÁVEZ, Jorge E. "Norberto Bobbio y el positivismo jurídico", *Crítica jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. Año V, Nº 8, 1988, 59-72.
- 294.-** HALPÉRIN, J. L. "Exégesis (escuela)", traducido por Andrés Botero, *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, Nº48, enero 2017, 263-277.

- 295.-** HERNANDO NIETO, Eduardo. "Constitucionalismo en el siglo XXI: ¿Neoconstitucionalismo o constitucionalismo popular?", *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 10, N° 38, noviembre 2016, 47-59.
- 296.-** HERNANDO NIETO, Eduardo. "Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿Son realmente proyectos convergentes?", *Ius la revista*, N° 36, 2008, 328-338.
- 297.-** HESSE, Konrad. "El Tribunal Constitucional Federal en la Ley Fundamental de Bonn", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 09, Madrid, 2005, 141-151.
- 298.-** HINESTROZA CUESTA, Lisneider. "El concepto de validez del Derecho. Una aproximación finnisiana", *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, N° 42, febrero 2014, 186-204.
- 299.-** JIMÉNEZ CANO, Roberto M. "Problemas abiertos de las reglas de reconocimiento", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 10, julio 2009, 79-128.
- 300.-** JIMÉNEZ CANO, Roberto M. "Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)", *ISONOMÍAS*, N° 39, octubre 2013, 83-126.
- 301.-** KELSEN, Hans. "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", *Revista sobre enseñanza del derecho*, Numero 12, 2008, 183-198.
- 302.-** LANDA ARROYO, Cesar. "Derecho electoral: Aspectos jurídicos y técnicos", *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 48, diciembre 1994, 171-190.
- 303.-** LANDA ARROYO, César. "Entrevista a Robert Alexy", *Justicia Constitucional. Revista de Justicia Doctrinal*, Año V, N° 8, julio 2008 - diciembre 2009, 235-242.
- 304.-** LANDA ARROYO, Cesar. "Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones", *Elecciones*, N° 7, Lima, 2007, 119-137.
- 305.-** LETELIER WARTENBERG, Raúl. "La Justicia Constitucional en el pensamiento de Jürgen Habermas", *Revista Estudios Constitucionales*, N° 2, 2011, 377-394.
- 306.-** LÓPEZ HIDALGO, Sebastián. "Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del derecho?", *Foro: Revista de Derecho*, N° 23, 2015, 53-68.
- 307.-** MARSHALL BARBERÁN, Pablo. "Los derechos fundamentales como valores", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 10, 2007, 207-228.
- 308.-** MARTÍNEZ IDÁRRAGA, Jairo A. "Positivismo, vigencia y eficacia en el pensamiento de H. L. A. Hart, Ensayo Doctoral", *Memorando de Derecho*, Universidad Libre Seccional Pereira, 2013, 139-152.
- 309.-** MASSINI CORREAS, Carlos I. "Ciencia práctica y prudencia en John Finnis. Aproximaciones preliminares", *Ambiente Jurídico. Centro de Investigaciones Sociojurídicas*, Abril-Julio 2007, 19-39.

- 310.-** MEDINA GUERRERO, Manuel. “Escritos sobre derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 41, mayo-agosto 1994, 323-331.
- 311.-** MORA SIFUENTES, Francisco M. “Biografía Mínima de H.L.A. HART”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 9, noviembre 2017, 337-364.
- 312.-** MORA SIFUENTES, Francisco M. “Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios entrevista a Juan Antonio García Amado”, *Ciencia jurídica*, Nº 10, 2016, 259-276.
- 313.-** MORESO, José J. “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, *Isonomia*, Nº 19, octubre 2003, 267-282.
- 314.-** MORESO, José J. “Jeremy Bentham: Luces y sombras”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 47, Mayo-Julio 2013, 221-248.
- 315.-** NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge. “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”, *ISONOMÍA*, Nº 13, octubre 2000, 61-85.
- 316.-** NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio. “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, *Centros de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, Nº 02, Julio 2012, 511-532.
- 317.-** NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio. “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: Black holes & Revelations”, *Revista Ius et Praxis*, Nº 01, 2015, 315-344.
- 318.-** ORREGO, SÁNCHEZ, Cristóbal. “John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la teoría de la ley natural”, *Acta Philosophica*, Vol. 10, 2001, 73-92, 73-74
- 319.-** ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. “La “gramática de los derechos” y el concepto de derechos humanos en John Finnis”, *Persona y derechos: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Nº 59, 2008, 135-157, 141.
- 320.-** ORREGO S. Cristóbal. “El valor científico del positivismo jurídico. Un argumento de H.L.A. Hart”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, Nº 1, 1995, 23-40.
- 321.-** OLIVEIRA, Felipe. “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: Notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, *Lecciones y Ensayos*, Nº 88, 2010, 101-135.
- 322.-** OST, Francisco. “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 4, Nº 8, 2007, 101-130.

- 323.-** PENCO, Wilfredo. "La Corte electoral, máximo Órgano rector en el Sistema electoral Uruguayo", *Revista de Derecho Electoral*, Nº 0, 2007, 15-22.
- 324.-** PEÑA FREIRE, Antonio M. "Positivismo Vs. Iusnaturalismo. Próxima salida: Neoconstitucionalismo", *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Nº 45, 2011, 461-465.
- 325.-** PORTOCARRERO QUISPE, Jorge A. "¿Peligro de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales", *VOX JURIS*, (31) Nº 1, diciembre, 2015, 81-97.
- 326.-** POZZOLO, Susanna. "El constitucionalismo de los Derechos y la Justicia", *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Nº 9, julio-diciembre 2017, 39-54.
- 327.-** POZZOLO, "Neoconstitucionalismo", *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, Nº 11, octubre 2016 - marzo 2017, 142-151.
- 328.-** POZZOLO, Susanna. "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 21, Volumen II, 1998, 339-353.
- 329.-** POZZOLO, Susanna. "Robert Alexy, derechos fundamentales, discurso jurídico y racionalidad práctica. ¿Una lectura realista?", *Revista Derecho & Sociedad*, Nº 48, enero 2017, 213-223.
- 330.-** PRIETO SANCHÍS, Luis. "El constitucionalismo de los derechos", *Revista española de derechos constitucional*, Año 24, Nº 71, mayo-agosto 2004, 47-72.
- 331.-** PRIETO SANCHÍS, Luis. "La limitación de los Derechos fundamentales y la norma de cláusulas del sistema de libertades", *Derecho y libertades: Revista de instituto Bartolomé de las Casas*, Año Nº 5, Nº 08, 2000, 429-468.
- 332.-** PRIETO SANCHÍS, Luis. "Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 5, Nº 14, mayo-agosto 1985, 353-377.
- 334.-** PRIETO SANCHÍS, Luis. "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 23, 2000, 161-196.
- 335.-** RAINER, Arnold; MARTÍNEZ ESTAY, José I. y ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "El principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Estudios Constitucionales*, año 10, Nº 1, 2012, 65-116.
- 336.-** RAMOS PASCUA José A. "Teoría positivista del Derecho y derechos naturales en H. L. A. Hart", *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 12, 2011, 331-364.
- 337.-** REYES MOSSOS, Marcela. "La fórmula de Radbruch: una cuestión de iusnaturalismo", *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, VOL. VII, Nº 13, Enero-Junio 2016, 7-26.

- 338.-** RIOFRÍO MARTINÉZ VILLALBA, Juan C. “De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida”, *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, Vol. 2, Nº 2, Jul.dez, 2013, 436-461.
- 339.-** ROJAS AMANDI, Víctor M. “El concepto de Derecho de Ronald Dworkin”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Nº 246, 2006, 355-412.
- 340.-** S. NINO, Carlos. “Sobre los derechos morales”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 7, 1990, 21-34.
- 341.-** SALAZAR UGAZ, Pedro. “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 32, 2011, 289-310.
- 342.-** SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan J. “Una visión institucional del proceso electoral”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 39, 1993, 63-80.
- 343.-** SERNA, Pedro y CRUZ, Luis M. “El Juicio de Ponderación: Reflexiones en torno a su naturaleza”, *Instituto de investigaciones jurídicas UNAM*, 2010, 353-367.
- 344.-** SOBREVILLA, David. “La concepción habermasiana del derecho. Comentarios críticos”, *DOXA*, Nº 30, 2007, 563-579.
- 345.-** SOSA SACIO, Juan M., TITO PUCA, Yolanda S., “Entrevista a Robert Alexy: preguntas introductorias y dudas desde América Latina”, *Doctrina Constitucional*, Nº 39, agosto 2010, 347-352.
- 346.-** TÉLLEZ YÁÑEZ, Mariana. “La justicia electoral en el estado de Nuevo León desde una perspectiva ciudadana”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Vol. 1, Nº 10, Julio-diciembre 2012, 421-460.
- 347.-** TORRES DEL MORAL, Antonio. “Democracia y representación en los orígenes del Estado constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Nº 203, 1975, 145-212.
- 348.-** TORRES DEL MORAL, Antonio. “La reforma del sistema electoral a la cuadratura del círculo”, *Revista de Derecho Político*, Nº 74, enero-abril 2009, 49-111.
- 349.-** TOUBES MUÑIZ, Joaquin R. “El iusnaturalismo de John Finnis”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 10, 1993, 375-406.
- 350.-** VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “El positivismo científico de Augusto Comte y lo utilizado de él por la ciencia del derecho en el siglo XX”. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 83, 2006, 361-384.
- 351.-** VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime. “El Neoconstitucionalismo en la mira”, *Iuris Dictio. Revista*, Vol 13, Nº 15, Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2013, 41-48.

**352.-** WALTER, Robert. "Hans Kelsen vida y obra. Una introducción", traducido por Carlos E. Pettoruti, *ANUALES. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales*, U.N.L.P N° 41, 2011, 332-337.

**353.-** ZAGREBELSKY, Gustavo. "Constitucionalismo", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 17, N° 29, 2013, 19-38.

**354.-** GUASTINI, Riccardo. "Derecho dúctil, Derecho incierto", *Anuario de filosofía del Derecho*, N° 13, 1996, 111-123.

**355.-** ZAGREBELSKY, Gustavo. "El juez constitucional en el siglo XXI", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, julio-diciembre 2008, 249-268.

**356.-** ZAGREBELSKY, Gustavo. "Jueces constitucionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXIX, núm. 117, setiembre-diciembre 2006, 1135-1151.

**357.-** ZAGREBELSKY, Gustavo. "Las paradojas de la reforma constitucional en Italia", *Revista Derecho del Estado*, N 10, junio 2001, 07-23.

### **RECURSOS ELECTRÓNICOS:**

**358.-** ATIENZA, Manuel. *Ponderación y Sentido común jurídico* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/ponderacion-y-sentido-comun.pdf?noCache=1415615082659>, p. 06.

**359.-** ATIENZA, Manuel. *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*. 2014 [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>, p. 02.

**360.-** ATIENZA, Manuel. *Siete tesis sobre el activismo judicial* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?noCache=1540204326938>

**361.-** EXORDIO LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. *Juez Roland Freisler*, 2015 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://www.exordio.com/1939-1945/personajes/freisler-roland.html>

**362.-** Biblioteca de Cultura Jurídica. *Riccardo Guastini* [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <http://bibliotecaculturajuridica.com/ES/3037/riccardo-guastini.html>

**363.-** Biblioteca de la Junta General del Principado de Asturias. *Registros bibliográficos y obras disponibles de Luigi Ferrajoli*, 2017 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en [https://www.jgpa.es/documents/11156/26794/Bibliograf%C3%ADa\\_Ferrajoli.pdf/1c6bcb21-bf87-46a9-bc89-1381064eefcb](https://www.jgpa.es/documents/11156/26794/Bibliograf%C3%ADa_Ferrajoli.pdf/1c6bcb21-bf87-46a9-bc89-1381064eefcb)

- 364.-** Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. *Obras de Alexy, Robert, 1945* [ubicado el 17.IX 2017]. Obtenido en <http://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/alexys-robert-1945-8206/0>
- 365.-** BIOGRAFÍAS Y VIDAS. *Norberto Bobbio, 2004* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en: <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/bobbio.htm>
- 366.-** CARBONELL, Miguel. *Robert Alexy, un autor indispensable*. 2013 [ubicado el 17.IX 2017]. Obtenido en [http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Robert\\_Alexy.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Robert_Alexy.shtml)
- 367.-** COMANDUCCI, Paolo. *Curriculum vitae*. 2010 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en: <https://www.fd.unl.pt/anexos/cvspagnolostrutturatoconopere.pdf>
- 368.-** COMANDUCCI, Paolo. *Estado constitucional de derecho y democracia* [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Comanducci..pdf>, p. 01.
- 369.-** COMANDUCCI, Paolo. *Igualdad liberal*, 1995 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en: [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n3N2-October1998/032Juridica03.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica03.pdf)
- 370.-** DÍAZ, Elías. *Norberto Bobbio: Memoria española*, 2004 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en: <http://www.revistas culturales.com/articulos/83/sistema/133/1/norberto-bobbio-memoria-esp-ola.html>
- 371.-** FILDER, Josicu. *De las escuelas* [Ubicado el 06.IX 2017]. Obtenido en <http://www.galeon.com/josicu/filder/escuelas.pdf>
- 372.-** FILOSOFIA CONTEMPORANEA. [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en [http://yoloseduco.com/biblioteca/contenidos/decimo/grado/profundi/filo/fil\\_11\\_0005.htm](http://yoloseduco.com/biblioteca/contenidos/decimo/grado/profundi/filo/fil_11_0005.htm)
- 373.-** FRITZ LOOS, Gotinga. *Habermas, Facticidad y validez*, 2008 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009\\_5\\_318.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_5_318.pdf)
- 374.-** GARCIA AMADO, Juan A., *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponderacio%CC%81n.%20Garci%CC%81a%20Amado.%20Ponencia%20Alicante.pdf>, p. 02-03.
- 375.-** GARCIA CUARTANGO, Pedro. *Roland Freisler, El veredicto de Dios*, 2018 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en [https://www.abc.es/historia/abci-roland-freisler-veredicto-dios-201801291030\\_noticia.html](https://www.abc.es/historia/abci-roland-freisler-veredicto-dios-201801291030_noticia.html)

**376.-** GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "Neoconstitucionalismo y Derrotabilidad", 2009 [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://studylib.es/doc/7467162/neoconstitucionalismo-y-derrotabilidad>, p.03-05

**377.-** GUASTINI, Riccardo. *Dipartimento di Giurisprudenza - Unige* [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://giurisprudenza.unige.it/sites/giurisprudenza.unige.it/files/doc/curricula/guastini.pdf>

**378.-** HERNÁNDEZ ARTEAGA, Rachel, *La crisis del positivismo jurídico* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15192&revista\\_caderno=15](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15192&revista_caderno=15)

**379.-** HERNANDO NIETO, Eduardo. *Que es el neoconstitucionalismo*. 2008 [ubicado el 03.IX 2017]. Obtenido en <http://eduardohernandonieto.blogspot.pe/2008/07/qu-es-el-neoconstitucionalismo.html>

**380.-** HERVADA, Javier. *Javier Hervada. Obras* [ubicado el 03.IX 2017]. Obtenido: <http://www.javier.hervada.org>

**381.-** JOURDAN MARKIEWICZ, Eduardo J. *La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. La crisis del Positivismo* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Eduardo-Javier-Jourdan-Markewicz-Argentina.pdf>

**382.-** KURIOSO. *Roland Freisler. Probablemente el peor juez de la Historia*. 2011 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://kuriioso.es/2011/10/25/roland-freisler-probablemente-el-peor-juez-de-la-historia/>

**383.-** LEDESMA MENA, Jhon. *Derecho constitucional neoconstitucionalismo*, 24-08-2014 [ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <http://jhonledesmamena.blogspot.es/1408913348/derecho-constitucional-neoconstitucionalismo/>

**384.-** LEGIS.PE. *Caso Julio Guzmán: Voto en minoría citó a Zagrebelsky en la Resolución N° 003-2016-JNE* [ubicado el 08.IX 2018]. Obtenido en <https://legis.pe/caso-julio-guzman-voto-en-minoria-cito-a-zagrebelsky-en-la-resolucion-n-093-2016-jne/>

**385.-** LEGIS.PE. *No sabemos qué diría Zagrebelsky si se llegara a enterar que ha sido citado en la resolución del JNE* [ubicado el 08.IX 2018]. Obtenido en <https://legis.pe/no-sabemos-que-diria-zagrebelsky-si-se-llegara-a-enterar-de-que-ha-sido-citado-en-la-resolucion-del-jne-2/>

**386.-** RADBRUCH, Gustav. *El derecho como justicia. Pensamiento y cultura*. 2012. [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://estebanlopezgonzalez.com/2012/09/09/gustav-radbruch-el-derecho-como-justicia/>

**387.-** ROMMEL, Erwin. *La Rosa Blanca*, 2011 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://www.lasegundaguerra.com/viewtopic.php?t=9190>.

**388.-** SANCHEZ, Ana. *Alf Ross*, 2015 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://prezi.com/6o8zmzks4qye/alf-ross/>; y en <https://es.scribd.com/doc/310392465/Alf-Ross>

**389.-** SEMBLANZA FILOSÓFICA. *Isidoro Augusto María Francisco Javier Comte* [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <http://cibernous.com/autores/comte/teoria/biografia.html>

**390.-** SOBRE MÍ. *Juan Antonio Gracia Amado*, [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://www.garciamado.es/sobre-mi/>

**391.-** TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. *Reforma Política en Perú* [ubicado el 22.VIII 2018]. Obtenido en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2527/21.pdf>, p. 845.

**392.-** UNIVERSIDAD ALICANTE. *Manuel Atienza Rodríguez*, 2010 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <https://web.ua.es/es/argumentacionjuridica/informacion-academica/curriculos-profesorado/manuel-atienza-rodriguez.html>

**393.-** VISIÓN BETA. *Tres Jóvenes Contra Hitler*. 2008 [ubicado el 22.VIII 2017]. Obtenido en <http://matiascallone.blogspot.com/2008/12/tres-jvenes-contra-hitler.html>

## **JURISPRUDENCIA**

**394.-** Resolución N° 093-2016-JNE.

**395.-** Resolución N° 114-2016-JNE.

**396.-** Resolución N° 197-2016-JNE.

**397.-** Resolución N° 002-2016-JEE-LC1/JNE.

**398.-** Resolución N° 019-2016-JEE-LC1/JNE.

**399.-** Resolución N° 0082-2018-JNE.

**400.-** Sentencia BVerfGE 7, 198 (205), promovido por Erich Lüth.

**401.-** Sentencia de la Segunda Sala, del 7 de marzo, 1968. (Sentencia BVerfGE 23, 191 {Negativa a prestar servicio civil}). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürger Schwabe*, traducido por Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, Konrad Adenauer Stiftung. México, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2009, 552-554.

**402.-** Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 0045-2004-AI/TC.

**403.-** Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 0045-2005-PI/TC.

**404.-** Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 0012-2006-PI/TC.

**405.-** Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 579-2008-PA/TC.

**LEYES ELECTORALES:**

**406.-** Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales – Ley 26487.

**407.-** Ley Orgánica de Elecciones – Ley 26859.

**408.-** Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones – Ley N° 26486.

**409.-** Ley de Organizaciones Políticas – Ley N° 28094.