

# ¿TEORÍA NOVEDOSA O REGRESO AL ORIGEN? EL NEOCONSTITUCIONALISMO VISTO DESDE LA PERSPECTIVA IUSNATURALISTA CLÁSICA \* \*\*

FERNANDO ROBERTO ZÚÑIGA TAPIA \*\*\*

EMILIANO OAXACA PATERNA \*\*\*\*

Y si me creéis a mí, teniendo al alma por inmortal y capaz de mantenerse firme ante todos los males y todos los bienes, nos atenderemos siempre al camino que va hacia arriba y practicaremos en todo sentido la justicia acompañada de sabiduría, para que seamos amigos entre nosotros y con los dioses, mientras permanezcamos aquí y cuando nos llevemos los premios de la justicia, tal como los recogen los vencedores. Y, tanto aquí como en el viaje de mil años que hemos descrito, seremos dichosos.

Platón, *Libro X República*, “parte *in fine*”

La justicia no es un ideal irracional... no una noción de algo, sino una noción para algo.

Manuel Atienza, *Tras la Justicia*

---

\* Fecha de recepción: mayo, 2019. Aceptado para su publicación: junio, 2019.

\*\* Debe advertirse al lector que el presente ensayo se inspira en la lectura del libro de Rodolfo Luis Vigo, *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, en particular en el contenido de su Capítulo X denominado “Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: Coincidencias y Diferencias”, México, Ed. Porrúa, 2016, pp. 239-273.

\*\*\* Doctorando en Derecho y Maestro en Derecho Económico con Mención Honorífica y Maestro en Derecho Administrativo por la Universidad Panamericana, Licenciado en Derecho con Mención Honorífica por el Centro de Investigación y Docencia Económicas. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Panamericana.

\*\*\*\* Estudiante de la Licenciatura en Derecho de la Universidad La Salle (México).

Inmersos en una realidad en la que gran parte del esfuerzo doctrinal, legislativo y judicial (como formantes del mundo jurídico) tienen como propósito la protección, promoción y ampliación de los derechos humanos, en la que la dimensión material del Estado de Derecho (ahora llamado Estado Constitucional de Derecho) sobrepasa aquella forma diseñada por el Estado Legal de Derecho (de la mano de la Teoría Pura Kelseniana) que dominó el pensamiento jurídico hasta la culminación de la Segunda Guerra Mundial, realizar una verdadera taxonomía de las diversas corrientes de pensamiento jurídico resulta una encomienda sumamente relevante para determinar su solidez teórica y utilidad práctica.

Una de las corrientes de pensamiento con mayor auge y polémica doctrinal en esta nuestra época es, sin duda, el denominado “*neoconstitucionalismo*”, el cual ha sido capaz de ganar adeptos de las más variadas escuelas iusfilosóficas, cada una de las cuales ha aportado en él una visión que le enriquece en pluralidad pero que al mismo tiempo le complejiza en entendimiento y definiciones; sobre todo, si lo que se busca en su construcción teórica es coherencia, solidez y verdad.<sup>1</sup>

En este sentido, vale la pena analizar si el neoconstitucionalismo representa una verdadera (y novedosa) teoría o si se trata, simplemente, de una reinterpretación de las antiguas corrientes iusfilosóficas que, si bien pueden actualizarse en cuanto a alcances, objetivos y contenidos, lejos se encuentra de apartarse lo suficiente de su escuela originaria como para gozar de autonomía e independencia doctrinal y pragmática:

No son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera.<sup>2</sup>

Por ello, en el presente artículo buscaremos demostrar que el neoconstitucionalismo no puede ser entendido como una corriente de pensamiento novedosa (menos aun como teoría o como dogma), sino como una distinta forma de explicar determinados fenómenos contemporáneos desde las perspectivas iusnaturalistas ya desarrolladas. En esta concepción, el neoconstitucionalismo tendría que delimitar su construcción y desarrollo a los postulados de la escuela que le da origen: el iusnaturalismo, dejando fuera de su construcción de principios a otras perspectivas que

---

<sup>1</sup> Como señala en este tema Rodolfo Luis Vigo, *op. cit.*, p. 273.

<sup>2</sup> Miguel Carbonell, “El Neoconstitucionalismo en su laberinto” en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (Editor), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, Trotta, 2007, p. 9.

han sido objeto de interminables debates teóricos (a saber: las raíces del positivismo jurídico).

En otras palabras, el neoconstitucionalismo debe ser comprendido como un esfuerzo, escueto, de creación de una nueva teoría que explique, dentro del derecho constitucional, los textos constitucionales contemporáneos bajo una óptica de pensamiento jurídico novedosa. Por el contrario, consideramos que se trata de una aproximación que carece de una exclusiva y sólida fuente filosófica, así como de una importante construcción analítica, y que más bien intenta (con gradaciones en el grado de éxito) ser una reformulación (hasta cierto punto ecléctica) del iusnaturalismo.

## I. Un punto de partida: ¿Qué es el neoconstitucionalismo?

Resulta fundamental contar con determinado punto de partida conceptual que nos permita delimitar las diversas definiciones que explican lo que se entiende por neoconstitucionalismo; para, a partir de ello, enfocar nuestro análisis cuyo fin se encuentra encaminado a determinar si éste es una teoría novedosa o una simple reconsideración filosófica.

Una primera aproximación teórica nos obliga a estudiar cuándo se acuña el término “neoconstitucionalismo” y cómo éste se entiende, al menos en su génesis; esto sucede en un artículo académico escrito por Susanna Pozzolo, en el año de 1998:

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. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, sólo en parte, Carlos S. Nino. Probablemente estos iusfilósofos no se reconocen dentro de un movimiento unitario, pero, en favor de mi tesis, en sus argumentaciones es posible encontrar el uso de algunas nociones peculiares que posibilita que sean agrupados dentro de una única corriente iusfilosófica.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Susanna Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación de Filosofía Jurídica y Social, número 21, Vol II, 1998, pp. 339-353. Disponible en file:///Users/fernando-

Como puede desprenderse de la cita anterior, el término se utiliza por vez primera como una propuesta de integración o clasificación de autores que en principio no se reconocen en un movimiento unitario pero que, al menos a criterio de la autora, comparten nociones peculiares. Estas cuestiones pueden resumirse en:<sup>4</sup>

1. Principios *versus* normas. Se sostiene que las tesis —de los autores en comento— aceptan que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios.
2. Ponderación *versus* subsunción. En este sentido, la coincidencia doctrinal se identifica en que se reconoce que los principios se ponderan o balancean.
3. Constitución *versus* independencia del legislador. El punto de encuentro en este tema consiste en entender que el objeto de la Constitución, en los Estados, no tiene por objeto únicamente la distribución y la organización de poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales.
4. Jueces *versus* libertad del legislador. En este punto se establece una coincidencia respecto de que la tesis común favorece la interpretación creativa de la jurisprudencia.

Dicho esto, parece que el término neoconstitucionalismo se acuña en torno al encuentro de coincidencias doctrinales, más que de una creación doctrinal propia. Además, vale la pena preguntarse ¿si estas coincidencias son capaces de justificar la creación de una nueva teoría del derecho o más bien de una nueva corriente dentro de las teorías iusfilosóficas existentes, sobre todo de la iusnaturalista?

Ahora bien, con el desarrollo de la corriente doctrinal, el llamado neoconstitucionalismo se ha entendido como una concepción del derecho constitucional (del Estado de Derecho Democrático y Constitucional) que nace a raíz del estudio de las constituciones surgidas a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, que entiende a nuestra ciencia a partir de principios y de valores fundamentados en la dignidad humana, y no más a partir de reglas y sistemas de creación normativa.

---

zuniga/Downloads/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0.pdf, (consultado el 23 de abril de 2019).

<sup>4</sup> Paráfrasis realizada de: Pozzolo Susanna, *op. cit.*

Sirvan de ilustración las siguientes citas:

El neoconstitucionalismo, entendido como término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores ...

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX.<sup>5</sup>

La doctrina especializada mayoritariamente ha reconocido la existencia de un grupo de autores que en buena medida están vinculados en su reflexión teórica y propuestas al Estado de Derecho constitucional, a los que ha llamado “neoconstitucionalistas”...

En primer lugar, el neoconstitucionalismo propone una filosofía jurídica que utiliza en buena medida como banco de prueba o respaldo de sus tesis a la misma realidad del Estado de Derecho Constitucional (EDC), de modo que terminan explicando, avalando y auspiciándolo...

En segundo lugar, los neoconstitucionalistas no asimilan el derecho a sólo reglas o normas..., sino que también le reconocen al derecho contenido en derechos humanos, principios o valores...

En tercer lugar, se rehabilita la razón práctica en tanto se confía que es posible valorar racionalmente las soluciones jurídicas autoritativas e identificar las mejores respuestas para los casos jurídicos. Así los autores neoconstitucionalistas confían en la argumentación...

En cuarto lugar, la democracia deja de ser meramente “procedimental” para exigiré también “sustancialidad”, en tanto es posible que decisiones que cuenten con el respaldo mayoritario no resulten válidas jurídicamente a tenor de su contenido descalificable axiológicamente...

En quinto lugar, la soberanía estatal como poder absoluto y perpetuo (Bodino) con capacidad de definir raigalmente y sin condicionamiento alguno a todo el derecho que regirá a la ciudadanía, es puesto en crisis por los neoconstitucionalistas.<sup>6</sup>

Esta última [Estado Constitucional de Derecho] tiene por objeto aquel modelo institucional y se caracteriza por una concepción de la validez de las leyes como dependiente no sólo de los requisitos procedurales, sino también de los sustanciales, vale decir, de la conformidad de los contenidos de las leyes a los contenidos de la Constitución. El constitucionalismo en su acepción jurídica, recomprendería dos concepciones distintas: una de corte iusnaturalista, la otra de corte iuspositivista. La primera se opone al positivismo jurídico, la segunda en cambio trata de

---

<sup>5</sup> Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis” en *El canon neoconstitucional*, Ed. Miguel Carbonell (Editor), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM Madrid, Ed. Trotta, 2010, pp. 153-154.

<sup>6</sup> Rodolfo Luis Vigo, *op. cit.*, pp. 226-227.

completarlo y perfeccionarlo. El constitucionalismo iusnaturalista, en la reconstrucción de Ferrajoli, sería el que hoy muchos autores denominan neoconstitucionalismo. El positivismo jurídico, al igual que el constitucionalismo, designaría no sólo una teoría sino también un modelo institucional, el Estado Legislativo de Derecho.<sup>7</sup>

No se trata de nada parecido a un movimiento, pero en sus obras puede detectarse una serie de coincidencias y de tendencias comunes con las que podría caracterizarse una concepción del Derecho, quizás aún *in statu nascendi*. Sus bases filosóficas son bastante eclécticas (además de la filosofía analítica se puede detectar —y a veces en el mismo autor— la influencia de la filosofía hermenéutica o de la teoría del discurso habermasiana), como ocurre también con su posición de cara a la teoría del Derecho (de alguna forma, se trata de una combinación de —ciertos— aspectos del realismo, del positivismo y del iusnaturalismo); sin embargo, desde el punto de vista político es claro que se trataría de una concepción que pretende dar cuenta de (y de servir para) el Derecho de los Estados Constitucionales.<sup>8</sup>

De su análisis, obtenemos tres conclusiones generales: la primera, que el neoconstitucionalismo no se define en una acepción teórica o doctrinal *per se*, sino que ocupa, para definirse, referencias a corrientes iusfilosóficas anteriores a éste; la segunda, es que parece centrar su definición, de forma casi exclusiva, en su razón práctica o en sus utilidades y fines; la tercera, es que el neoconstitucionalismo se construye de posiciones de múltiples autores, sin tener, bajo esta perspectiva una guía teórica referencial, sino una multiplicidad de matices, matices que muchas veces se contraponen (como lo sugiere la última disertación) y que provocan que la coherencia y solidez teórica de éste se vean comprometidas.

En este tenor conceptual, podemos también afirmar que el neoconstitucionalismo, se nutre de variopintas posiciones iusfilosóficas, que lo dotan de una muy ecléctica y explorada concepción del derecho. También, notamos que su utilidad práctica se fundamenta en los cambios que han sufrido los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo, y que esta corriente de pensamiento busca describirlos y etiquetarlos en una misma cosmovisión:

No faltará quien diga que ninguno de esos tres elementos es, en rigor, novedoso y que no hacía falta inventar una nueva etiqueta para identificarlos, pues ya estaban bien analizados bajo las coordenadas teóricas

---

<sup>7</sup> Paolo Comanducci, *Apuntes sobre la teoría del Derecho contemporánea*, César E. Moreno (Trad.), More, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, México, 2017, pp.211-212.

<sup>8</sup> Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, 6ª edición, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 2017, pp. 321-322.

tradicionales... lo cierto es que no es difícil observar que, en la práctica, los ordenamientos jurídicos contemporáneos han sido modificados por una serie de cambios que guardan cierta relación con un fenómeno que ha sido denominado como “constitucionalización del ordenamiento jurídico”.<sup>9</sup>

Así pues, pareciera que la dialéctica que debería practicarse entorno al neoconstitucionalismo tendría cabida si se hace, desde un plano práctico, teleológico y hasta funcionalista, más que desde una posición epistemológica o teórico-doctrinal. Ello —colocándonos en la postura que defiende esta corriente de pensamiento— con el objetivo de sostener que el neoconstitucionalismo, como construcción teórica, tiene la solidez y la coherencia para erigirse como una teoría novedosa que se aparte y haga un camino independiente frente a posiciones iusfilosóficas clásicas como el iusnaturalismo o el propio iuspositivismo.

## II. El regreso al origen: la esencia permanece... Iusnaturalismo

Para comenzar a escribir respecto del iusnaturalismo, debe aclararse con seguridad que faltarán líneas para explicar sus alcances, su historia e incluso sus principales postulados o argumentos. En el presente apartado, no se desarrollará un análisis exhaustivo de lo que es el iusnaturalismo, sino que se elucidarán las razones por las cuales se sostiene que el neoconstitucionalismo es en realidad una nueva etiqueta para una antañña solución: la iusnaturalista.

El iusnaturalismo no ha dejado nunca de renacer... ¿Dónde queremos ir a parar? Ante una doctrina que no para de renacer, las explicaciones posibles son dos: 1. renace continuamente porque siempre está viva; 2. renace continuamente porque no consigue crecer. La primera es la tesis que podría llamarse, y así se ha hecho, el eterno retorno del derecho natural; la segunda es la tesis que podría definirse como la eterna crisis del derecho natural. Personalmente, me inclino por la segunda.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Carbonell, Miguel “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, *op. cit.*, pp. 158-159.

<sup>10</sup> Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*, 1ª reimp., Madrid, Ed. Trotta, 2018, pp. 169-170.

Se ha decidido comenzar con esta cita para discrepar de la posición personal de su autor: Norberto Bobbio, rescatando lo valioso de su dicho “*El iusnaturalismo no ha dejado nunca de renacer...*” y no lo ha hecho porque su propia ontología es explicar la norma jurídica a través de la naturaleza humana, a través de la ética y principios que constantemente han sido reconceptualizados y serán por siempre estudiados. Desde su origen (y debido a éste) resulta una teoría, vigente y pronta para retornar a la necesidad de explicar realidades y fenómenos contemporáneos, a veces, con nuevas etiquetas —adelantando parte de las conclusiones como el neoconstitucionalismo.

Es cierto, que al hablar del iusnaturalismo subyace, al menos, un problema de origen: “¿puede hablarse del iusnaturalismo como de una posición teórica unitaria, en el sentido en que hablamos de una postura antitética?”<sup>11</sup> La realidad es que no existe unanimidad, sino pluralidad en los postulados iusnaturalistas, que, sin embargo, son unidos por un conjunto de rasgos comunes que permiten estudiarle como una teoría coherente y sólida:

Caracteriza a las posiciones iusnaturalistas el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido.<sup>12</sup>

La corriente del derecho natural se podría definir como el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe ser conforme a la justicia.<sup>13</sup>

Uno de los autores iusnaturalistas más influyentes en el siglo XX, Giorgio del Vecchio, entendía (y con ello reflejaba una opinión ampliamente —por no decir unánimemente— compartida por ese tipo de iusnaturalismo) que la positividad no es una nota esencial del concepto de derecho; lo esencial sería únicamente la noción de justicia.<sup>14</sup>

Esta característica no debe dejarse de lado pues es, en principio, un rasgo común con el neoconstitucionalismo: la pluralidad; sin embargo, subyace una diferencia: el iusnaturalismo, como postulado teórico cuenta con rasgos comunes que le dan coherencia y solidez, mientras que el neoconstitucionalismo (al menos como lo hemos visto definido y desa-

---

<sup>11</sup> García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 10ª Edición, 1ª reimp., México, Ed. Fontamara, 2019, p. 111.

<sup>12</sup> Ídem.

<sup>13</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 5ª Edición, Jorge Guerrero (trad.), Argentina, Ed. Temis, 2017, p. 26.

<sup>14</sup> Manuel Atienza, Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2017, p. 48.



rollado) presenta una pluralidad tan basta que llega a la contradicción; esa donde parecen “convivir” posturas antagónicas y con bases filosóficas irreconciliables (bastaría ejemplificar el caso de Luigi Ferrajoli tratando de reconocerse como un neoconstitucionalista positivista crítico).

Ahora bien, es importante notar que este rasgo común, que pareciera —al menos de principio— extremadamente teórico, ha encontrado sentido práctico histórico por lo que hace a la explicación del origen del “sistema jurídico occidental”, en la propia construcción del sistema romano cuna del derecho occidental:

Entonces en el punto de conjunción entre la tradición retórica-filosófica y el trabajo de los juristas: el paradigma iusnaturalista, con frecuencia filtrado a través de la idea de la equidad, y en todo caso siempre reducido a un horizonte de operatividad prescriptiva, se habría convertido de allí en más —incluso sin haber sido teorizado nunca por ellos— en uno de los hilos de la trama de su reflexión, hasta la definitiva consagración Ulpiana, y en uno de los elementos fundadores de aquella prospectiva universalista que, durante el principado, la jurisprudencia habría seguido cada vez con mayor coherencia, como definitiva legitimación de las propias decisiones y del propio obrar.<sup>15</sup>

En este orden de ideas, vale la pena señalar que se coincide con Rodolfo Luis Vigo cuando señala las coincidencias existentes entre el iusnaturalismo y el neoconstitucionalismo tal y como se expone a continuación:<sup>16</sup>

- a) Ambos admiten la existencia de un límite moral para el derecho o la presencia en el mismo de exigencias que rigen jurídicamente, aunque no hayan sido dispuestas autoritariamente.
- b) Admiten una razón idónea para pronunciarse en el terreno de lo bueno o de lo justo.
- c) No tienen una visión normativista del derecho, sino que incluyen en el mismo a exigencias o respuestas jurídicas contenidas implícitamente en principios, valores, bienes o fines.
- d) Apelan a la argumentación para despejar las dudas por medio de razones que respalden las respuestas.
- e) Ambos recurren en abundancia a la filosofía jurídica o, mejor dicho, a la filosofía práctica en general, abarcativa de la filosofía moral, política y jurídica.

---

<sup>15</sup> Schiavone, Aldo, *IUS. La invención del derecho en Occidente*, Germán Prósperi (Trad.), Adriana Hidalgo (Editora), Argentina, 2009, pp. 354-355.

<sup>16</sup> Paráfrasis realizada a partir de lo contenido en: Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, pp. 241-256.

- f) Se hacen cargo de los “casos difíciles” respecto de los cuales corresponde apartarse de las respuestas contenidas en las normas cuando resultan claramente irracionales o absurdas axiológicamente.<sup>17</sup>
- g) Se coincide en que los sistemas jurídicos, compatibles con ambas corrientes, deben ser “abiertos”, “dinámicos” y hasta “problemáticos” pues éste se pone a prueba en cada caso.
- h) Se establece como finalidad del Derecho el de conseguir el triunfo de la justicia o el bien común, y a esos efectos la tarea judicial es insustituible y necesaria. Está en manos de los jueces el respeto a la equidad como justicia del caso y excepción a la regla general consagrada en la ley.
- i) Se acentúa un debilitamiento de las soberanías de los Estados. Desde el iusnaturalismo clásico, toda la elaboración en torno al *Ius Gentium* o *Ius Cogens* excluye pretensiones de voluntades soberanas ilimitadas o infalibles.<sup>18</sup>
- j) Se respalda una teoría respecto de las fuentes del derecho donde tienen lugar los principios, los Derechos Humanos, las fuentes supra nacionales y sobre todo el uso de la argumentación de acuerdo a cada caso. Se considera que las fuentes son lugares donde está el derecho y, por ende, no es decisivo su carácter general o universal.
- k) Se acepta la posibilidad de que exista desobediencia y objeción de conciencia respecto de aquellas normas que formen parte del sistema jurídico; la premisa, es que existen casos donde se justifican (mediante la argumentación) ciertos incumplimientos de las normas jurídicas, en función de razones morales que pueden invocar sus destinatarios.
- l) No existe duda respecto de la relevancia que tiene la conciencia ética del juzgador.

---

<sup>17</sup> En la opinión de quien escribe el presente texto, el iusnaturalismo realiza este análisis para todos los casos y no sólo para los difíciles pues reconoce que cada solución debe ser acorde a las exigencias de lo bueno y de lo justo. Desde Platón este análisis se hacía presente y era condición necesaria: “Cuando nosotros calificamos algo de “malo” queremos decir con frecuencia que es “injusto”, pero cuando Platón decía que nadie escoge voluntariamente hacer lo que sabe que es malo, no quería decir que nadie escoge hacer lo que sabe que es injusto, sino que nadie hará deliberadamente lo que sepa que en todos los aspectos le ha de perjudicar.” Tomado de: Frederick Copleston, *Historia de la filosofía*, Volumen 1 De la Grecia Antigua al mundo cristiano, Juan Manuel García de la Mora (Trad.), Ed. Ariel, Barcelona, 2011, p. I-191.

<sup>18</sup> En este sentido se recomienda ampliamente la lectura del libro: Max Kaser, *Ius Gentium*, trad. Francisco A. Santos (Trad.), Granada, Ed. Comares, 2004.

- m) Y tal vez una de las más importantes, es que se coincide como tesis inequívoca la superación del iuspositivismo, o de aquella visión típicamente iuspositivista, que pretendía conocer derecho sin consideraciones ni a lo moral, ni a lo político.

Enumeradas todas estas coincidencias, vale la pena ahora analizar si las diferencias —en seguimiento al mismo Luis Vigo—<sup>19</sup> son razones suficientes para sostener válidamente que nos encontramos frente a dicotomías nucleares de pensamiento jurídico que dan con teorías jurídicas distintas o si, como sería el objetivo fundamental en este artículo, el neoconstitucionalismo es en realidad un iusnaturalismo disfrazado con una nueva etiqueta que intenta explicar nuevos fenómenos sociales a través del derecho.

1. Respecto de la gnoseología de ambas corrientes resulta claro que el neoconstitucionalismo se nutre del iusnaturalismo; en tanto que éste reconoce de aquél, la necesidad de conocer las cosas con saberes acumulados (a los que denomina experiencias). Sobre todo, acepta y asume las concepciones iusnaturalistas clásicas de lo bueno y de lo justo. Es cierto que el derecho se trata de un orden práctico, pero no es menos cierto que el orden práctico también puede conocerse a partir de concepciones puras o innatas. La tendencia al bien y a lo justo toma sentido en la aplicación práctica pero contenido y esencia en la parte teórica. Por ello no se encuentra en este razonamiento una diferencia esencial, sino a lo sumo accidental.
2. Por lo que hace al concepto de Derecho, es evidente que éste se nutre de saberes que datan de múltiples fuentes, que no se circunscriben a la norma positiva, sino que por el contrario surgen de la moral, de los principios, de los derechos humanos y hasta de los casos mismos. Por ello, es difícil encontrar definiciones acabadas o incluso acusar a las existentes de ser postulados vacíos o carentes de significado (piénsese en la asimilación del derecho a la justicia y en el concepto de Ulpiano respecto de ésta). En ello, el neoconstitucionalismo también coincide con el iusnaturalismo, pues en el fondo reconocen que el concepto de Derecho más que una definición implica un recordatorio incluyente nutrido de múltiples fuentes y diversos orígenes, ambos rechazan conceptos unívocos. Ambos aceptan que su estática es la estática de principios y valores intrínsecos como la justicia.

---

<sup>19</sup> Paráfrasis realizada a partir de lo contenido en: Rodolfo Luis Vigo, *op. cit.*, pp. 257-272.

3. Resulta incuestionable que la moral es parte fundacional de una y otra teoría; su reconocimiento y la relación con el derecho no sólo no se cuestiona, sino que se nutre. Por tanto, aunque sus alcances y límites puedan representarse en matices diferenciados, estos matices no representan una diferencia esencial, sino accidental; que bien pudiera nombrarse como corrientes dentro de una misma teoría.
4. En el tema de la prudencia; se considera que más que una diferencia lo que ha hecho el neoconstitucionalismo, respecto del iusnaturalismo clásico, es modular que para el servicio de ésta (clásicamente reconocida virtud) se apele a la argumentación y no sólo a la retórica, lo cual no puede ser visto como una diferencia esencial sino como una riqueza teórica accidental y una adecuación a realidades —incluso— contemporáneas.

Finalmente, por lo que hace al bien común y la libertad individual lo que parece existir entre el neoconstitucionalismo y el iusnaturalismo es, de nuevo, un ajuste o desarrollo de ambos saberes, que se encuentran presentes desde el origen (en los textos iusnaturalistas), pero mucho más desarrollados por autores o desde visiones neoconstitucionalistas, lo cual no implica en sí mismo una diferencia esencial, sino una continuación teórica que enriquece la visión de la teoría naturalista del derecho, sin separarse de ésta.

De las consideraciones expuestas, podemos afirmar que Rodolfo Luis Vigo, uno de los pocos autores que se autodenominan “*neoconstitucionalistas*” aborda en estas diferencias aquellas que no son necesariamente esenciales, significan en algunos de los casos diferencias accidentales o desarrollos teóricos de saberes que, aunque ya habrían sido tratados por la corriente iusnaturalista, no habrían sido lo suficientemente desarrollados al caso de realidades contemporáneas.

### III. Conclusiones

Como punto de partida para el debate y nunca como punto final de éste, es dable concluir de lo expuesto en este artículo que el neoconstitucionalismo puede entenderse como una concepción del derecho —y sólo eso— que nace del iusnaturalismo, pero que no se desprende enteramente de él. Se explica como una nueva forma de desarrollar determinados fenómenos contemporáneos desde la muy explorada perspectiva clásica del iusnaturalismo.

El neoconstitucionalismo, analizado desde su génesis, se gestó a través de las coincidencias que comparten diversos postulados teóricos modernos que —aunque entendemos como teorías dicotómicas con simples coincidencias— autores como Rodolfo Luis Vigo y Susana Pozzolo visibilizaron en ellos lo necesario para considerar tales disertaciones como fuente de una posible nueva teoría del derecho.

Se advierte además nuestra consideración consistente en que el neoconstitucionalismo no se aparta ni del iusnaturalismo, como tampoco lo hace del constitucionalismo; teoría del derecho que explica las constituciones, sus elementos, presupuestos y principios. Ello es así, tal y como lo vislumbra Maurizio Fioravanti, en razón de que el estudio del Constitucionalismo implica necesariamente el estudio de valores y principios como la igualdad y la justicia, tal y como se afirma en el neoconstitucionalismo:

Hoy, nuestro tiempo histórico que comenzó con las constituciones democráticas del siglo XX, es usual asociar de manera estrecha igualdad y Constitución. Por una parte, una Constitución democrática no puede considerarse como tal sin un principio de igualdad fuerte y definido, por otra, la propia igualdad asume necesariamente el aspecto de principio de la Constitución”.<sup>20</sup>

Tal y como se adelantó, el planteamiento a desarrollar —como propuesta de una nueva tesis de trabajo— es que la construcción del neoconstitucionalismo deberá delimitarse a los postulados y, principios del iusnaturalismo, —reconociéndolo como la misma doctrina— dejando fuera de su desarrollo las raíces del positivismo jurídico que son precisamente gran fuente de su refutación como teoría.

---

<sup>20</sup> Maurizio Fioravanti, *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Ed.Trotta, 2014, p.105.

Desde luego, el planteamiento de esta tesis y sus argumentos para sostenerla pueden ser objeto de valiosa dialéctica como parte de la discusión académica. Sin embargo, se considera que encontrar la ubicación filosófica adecuada al neoconstitucionalismo permitirá evitar contener en él posiciones —e incluso autores— antagónicas que lejos de construir coherencia puedan causar confusiones innecesarias.

Así pues, es dable afirmar que localizar en términos iusfilosóficos a las corrientes de pensamiento jurídico novedosas es una tarea asignada a los estudiosos de nuestra ciencia al mismo tiempo que implica una gran responsabilidad social y doctrinaria. En este sentido, consideramos que el neoconstitucionalismo es una concepción del derecho carente de elementos suficientes para ser considerada como doctrina inédita, y que su estudio debe dirigirse a comprenderse como una adaptación del iusnaturalismo en nuestra era.