

LAS DIVERGENCIAS DOCTRINARIAS EN EL ANÁLISIS EVOLUTIVO DEL CONSTITUCIONALISMO

THE DOCTRINAL DIVERGENCES IN THE EVOLUTIONARY ANALYSIS OF CONSTITUTIONALISM

Pablo Darío Villalba Bernié¹

Profesor de Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Constitucional en Facultad de Ciencias Jurídicas (Universidad Católica “Ntra. Sra. de la Asunción”, Campus Itapúa, Encarnación, Paraguay)

AREA(S): derecho constitucional.

RESUMEN: La presente investigación tiene como objetivo realizar un análisis exhaustivo de la evolución del constitucionalismo en las distintas épocas históricas que han impactado sobre Latinoamérica, siendo fundante de los cimientos con que se ha concebido el constitucionalismo. En tal sentido, profundizar sobre las divergencias doctrinarias que surgen a partir de

las distintas concepciones, intentando descifrar la situación presentada en el sub-continente latinoamericano que precisa de ajustes serios para avanzar hacia saltos de calidad. Denota un compromiso con el reflector filosófico, generalmente abandonado y al que se le presta poca atención, para evidenciar la imperiosidad de dejar atrás antiguos moldes teóricos con el fin de construir un modelo propio adecuado a las necesidades de esta región.

¹ Doctor, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica “Ntra. Sra. de la Asunción”, Campus Itapúa, Encarnación, Paraguay, Profesor de la Escuela Judicial del Paraguay; Profesor de posgrado en varias universidades nacionales e internacionales; Vicepresidente para Sudamérica de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Secretario General del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos; Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional; Miembro de la Red Interamericana sobre Derechos Fundamentales y Democracia RED-IDD; Investigador nivel candidato en el Conacyt-Paraguay; Conferencista internacional; Autor de varios libros jurídicos, libros colectivos y artículos científicos e indexados. *E-mail:* villalbabernie@gmail.com. Currículo: <https://cv.conacyt.gov.py/publicar/cv?id=95b6aab6cd3fcf35ad15967baac80cac>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-5142-4801>.

ABSTRACT: *This research aims to carry out an exhaustive analysis of the evolution of constitutionalism in the different historical periods that have impacted Latin America, being the foundation of the foundations with which constitutionalism has been conceived. In this sense, to deepen on the doctrinal divergences that arise from the different conceptions, trying to decipher the situation presented in the Latin American sub-continent that requires serious adjustments to move towards quality leaps. It denotes a commitment to the philosophical reflector, generally abandoned and to which little attention is paid, to demonstrate the imperative of leaving behind olde theoretical molds in order to build a model appropriate to the needs of this region.*

PALABRAS CLAVE: constitucionalismo; exégesis; legalismo; tribunal constitucional; dinamicidad jurídica; mutación.

KEYWORDS: *constitutionalism; exegesis; legalism; constitutional court; legal dynamism; mutation.*

SUMARIO: 1 Preludio introductorio; 2 Génesis helénica y posterior bifurcación; 3 El contrato social; 4 El constitucionalismo; 5 La exégesis y la supremacía de la ley; 6 Origen del tribunal constitucional; 7 La pos guerra: nuevos vientos; 8 Dejando atrás antiguos moldes; 9 Una estela jurídica sustentada en la dinamicidad; 10 Visión latinoamericana; 11 Resumen evolutivo; Referencias.

SUMMARY: *1 Introductory prelude; 2 Hellenic genesis and subsequent bifurcation; 3 The social contract; 4 Constitutionalism; 5 Exegesis and the supremacy of law; 6 Origin of the constitutional court; 7 The post-war period: new winds; 8 Leaving behind old molds; 9 A legal trail based on dynamism; 10 Latin American vision; 11 Evolutionary summary; References.*

1 PRELUDIO INTRODUCTORIO

La resonancia progresiva del Constitucionalismo obliga a examinar las consonantes de su secuela evolutiva en el derrotero del razonamiento organizacional del Estado, con el objetivo de diagnosticar la repercusión que ha tenido la irradiación de efectos la historicidad constitucional en la conformación de orden jurídico interno, adentrándonos en un análisis puntual del constitucionalismo con el objeto de poder comprender la realidad actual.

Un constitucionalismo que ha pasado por varios estadios evidenciando como fue evolucionando la idea constitucional, que no era la misma en el Siglo XVIII que en la actualidad, así como no era similar la concepción de Estado de Derecho de la Revolución Francesa en comparación con la idea de Estado

Social y Constitucional de Derecho de este tiempo moderno, solo por citar algún parangón para conjeturar el proceso de propagación que tenido dicha idealización.

Incluso constatar cómo han conjugado en las distintas épocas históricas los modelos iusfilosófico vigentes en cada momento del recorrido, para así poder comprender el proceso de transformación permanente que ha evidenciado, casi como una cuestión natural afín con el contorno de dinamicidad del derecho.

El proceso evolutivo emerge con las formas de difundir al pensamiento humano, donde el *ius* naturalismo de origen ya no es el mismo que aquel del Siglo XXI; en similar sesgo comparativo se asemeja el positivismo que sustentara al Estado de Derecho basado en un legalismo intenso, teniendo en cuenta que en el presente se vislumbra colapsado por la falta de respuesta hacia el desenvolvimiento social, que invariablemente muda de urgencias como de exigencias.

En consonancia deviene indudable que pensar en Democracia soportada en el derecho natural parecería inaplicable, como también resultaría impropio entender que el mismo concepto democrático pueda avalarse en un positivismo meramente legalista, pues se alejaría de las soluciones consideradas justas en nuestro tiempo.

No se pierda de vista que el apego estricto a la ley trasciende anacrónico, porque la ciencia jurídica se construye sobre principios, sin embargo, el fin consiste en lograr equilibrios, porque la ley aun con defectos resulta necesaria. Ahora bien, eso no significa volver al *dura lex sed lex*, sino que sobre la base de la equidad, la ponderación y la argumentación propiciar aquellos desenlaces que la comunidad requiere.

Si algo ha enseñado el devenir histórico radica en vislumbrar que no conviene sostener la convivencia social solo en soportes legales, porque hay otros factores que inciden, salud, educación, políticas públicas adecuadas, un Estado comprometido con la idea del bienestar de los ciudadanos.

El objetivo constituye en graficar un repaso evolutivo, con el objeto que el lector pueda percatarse de la problemática esgrimida, con el fin de transparentar las turbias aguas interpretativas con que generalmente se afronta el diagnóstico. Partiendo de los inicios helénicos, pasar por el contrato social, los inicios del constitucionalismo, el impacto de la exegesis, la visión

kelseniana, la irradiación de secuelas de la posguerra, para concluir con la descriptiva del modernismo constitucional.

2 GÉNESIS HELÉNICA Y POSTERIOR BIFURCACIÓN

a) El primer constitucionalismo fue el helénico, aunque siendo puristas cavilar que proviene de pueblos más antiguos aún, sin embargo, fueron los griegos los que originalmente referencian a Constitución.

La voz “constitución” tiene sus raíces etimológicas en el latín “*politeia*” que técnicamente no tiene una traducción al español, pero fue utilizada en las obras de Platón y Aristóteles como explicativos de organización estatal. Obviamente representaba una visión limitada de lo que hoy se considera como Constitución, exteriorizando una gran confusión de conceptos.

Mediante la visión aristotélica se asume graficar a una Constitución del Estado, señalando que ejecuta la labor es el organizador de la comunidad al regular las magistraturas siendo dueña y soberana de todo, identificando a Constitución con el gobierno de la ciudad.

Conviene recordar que por aquel entonces (510-322 a.c.) se vivenciaba el esplendor de la democracia ateniense, evidenciándose la idea de Constitución como un estímulo organizativo de fuste que garantizaba la grandeza de Atenas. La idea constitucional helénica se asemejaba a facultades eminentemente humanas, induciendo a sustituir a una especie de persona superior inexistente (el Estado), por la fuerza superior de la ley que debía ser respetada en una idealización platónica. No urdieron una Constitución como forma de estructura del Estado, buscando más bien la limitación del poder de los hombres y su ejercicio arbitrario.

b) Luego de la conquista griega por los Romanos (178 a.c.) la sociedad helénica muda de aires, borrándose la visión constitucional humanista, para incorporarla y equipararla a los Edictos del Emperador. Merece razonarse que los Edictos eran las constituciones romanas de la época.

c) Moldura que a su vez fue remplazada en la Edad Media al fusionarse Iglesia-Estado, donde los marcos legales no se exteriorizaban como Constitución, sino más bien como leyes emanadas del clero católico, dejando de provenir del emperador o de las autoridades romanas.

La primera etapa antigua, donde comienza pálidamente a observarse una especie de constitucionalismo era más bien primitiva, sin destellos que merezcan narrarse ni detallar a profundidad, pues no se solidificaron como marcos constitucionales propiamente dichos, que a partir del Siglo XVII en adelante, se fueron robusteciendo.

3 EL CONTRATO SOCIAL

El racionalismo rompe con la secularización desembocando en la idea del contrato social rousseoniana, imponiendo la noción que a partir del racionalismo humano tiene que construirse para la convivencia social.

La idea contractualista desplegaba en tela de juicio la forma en que debía comportarse el Estado con inusitada trascendencia práctica. Sus orientaciones adquieren relevancia para la futura Constitución Francesa que se ve influenciada por las ideas del contractualismo.

Incluso Locke, que cuestionó históricamente al contrato social, sostiene que los hombres libres, iguales e independientes podrían ser arrancados de su posición por el poder político sin que medie su consentimiento².

De este modo, el Derecho Natural termina arribando a la teoría del contrato social, erigiendo las reglas para la convivencia dentro de la sociedad. Hilvana recordar que el contrato precisaba del *consensus* que representaba la esencia contractual, planteando un acuerdo de voluntades de los individuos para confirmar las reglas de juego de una sociedad determinada.

A partir de la idea de igualdad los individuos pactan la existencia de una autoridad (el Estado), confirmando que la soberanía residía en el pueblo. La eventualidad de aquel contexto asiente constatar que se inicia el desarrollo de la legitimidad del Moderno Estado Liberal, propio de dicha época histórica.

Para que el contrato social sea efectivo, se concibieron leyes obligándose a respetarlas como a obedecerlas, pues la concreción de estas normativas se prevenen a través de un pacto social que no puede ser violentado. La supremacía de la ley alcanza grados de absolutismo mediante la legalidad, con un legislador omnisciente que indaga incansablemente consolidar el triunfo de la libertad. El contrato social fue el propiciador del legicentrismo posterior, al

² LOCKE, J. *Ensayo sobre el gobierno civil* (2º Ensayo de 1960). Madrid, España: Editorial Aguilar, p. 39, año 1969.

considerar que la absoluta confianza en la razón del legislador supone concretar los imperativos de la ley natural³, sin embargo su consecuencia, derivó en lo contrario fecundando la antípoda denominada exégesis en una distorsión de la visión originaria.

4 EL CONSTITUCIONALISMO

Sin vueltas, el constitucionalismo democrático fue la idea que saliera victoriosa como forma de organización social contemporánea a partir de los Siglos XVII al XX, trasladada hasta nuestros días, luego de pasar por un lógico proceso de evolución.

La historia constitucional, se encuentra marcada a fuego por cuatro revoluciones, cual hitos históricos han incidido en la idealización de la humanidad. La referencia parte de la Revolución Inglesa (1689) poco reconocida por haber sido una revolución paulatina no violenta; la segunda la Revolución Norteamericana, que se concreta en la Constitución de 1787; en tercer lugar, la Revolución Francesa que sienta sus bases en la Constitución escrita de 1791; los tres primeros de incidencia neoliberal; y, finalmente, el manifiesto comunista de 1848, sin tapujos de corte izquierdista.

Las mencionadas revoluciones tuvieron como virtud ubicar en el centro de la escena a la Constitución, eje del sistema político, con distintas connotaciones y alternativas. Para el mundo occidental, las tres primeras tuvieron una gran irradiación de efectos, sin embargo, la Constitución comunista, diseminó gran influencia sobre un tercio de la humanidad, (Europa oriental y Asia), depositando gran parte de su fe organizacional en el Partido, no tanto en la Constitución.

4.1 REVOLUCIÓN INGLESA: *BILL OF RIGHTS*

Se reveló como el primer fenómeno contemporáneo tendiente a forjar un constitucionalismo normativo. La *Bill of Rights* de 1689 (Carta de Derechos o Declaración de Derechos), fue un documento escrito impulsado por el Parlamento inglés que se impuso a William III (Ghillermo de Orange) como condición para acceder al trono en remplazo de Jacobo II.

³ PRIETO S., L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, España: Editorial Trotta, p. 71, año 2003.

La declaración de derechos le recordaba al Rey que tenía determinados derechos y obligaciones que respetar, aplicables tanto al Rey como al Parlamento, en donde se concedía la libertad religiosa entre protestantes y católicos, libertad de culto público, derecho a la educación y acceso a las funciones públicas.

Las limitaciones de derechos al monarca, constituyen el primer hito pre-constitucionalista estampando ascendencia de indudable influencia para los acontecimientos futuros. Aprobaba las bases de un modelo de organización política que inspiraría a Occidente por siglos, garantizando a Inglaterra evitar una sangrienta revolución, e incluso, avalando la prescindencia de una Constitución escrita.

El constitucionalismo inglés tuvo un hito revolucionario de tinte conservador, que si bien pretendía cambios, los mismos no fueran radicalizados. No aspiraba dejar atrás el pasado, sino aprender de los errores, variando las coordenadas con el objetivo de confirmar y consolidar los derechos de los ingleses, en especial de la nobleza, haciéndolos valer contra del monarca.

Sintetizando las características de la transformación pacífica inglesa, en tres aspectos: a) Retroceso de los poderes despóticos de la monarquía; b) Gran relevancia de la nobleza parlamentaria; y, c) Confianza en los jueces (que sin ser reconocidos aun como poder estatal, cumplirían la misión de aplicar las leyes provenientes del Parlamento), no acreditando la necesidad de cerrar los grifos interpretativos mediante códigos, en contrapartida otorgando realce al precedente vinculante (idea que se consolida con el *stare decisis* consagrado en la Cámara de los Loes en 1898).

De modo que implicó un sometimiento del monarca a la ley, vencer al absolutismo, basado en el respeto al orden legal impuesto. A partir de aquel momento comienza el derrotero inglés en la construcción del sistema del *common law*, con sólidas bases que asintieron prescindir de una Constitución escrita.

4.2 CONSTITUCIONALISMO NORTEAMERICANO

El constitucionalismo norteamericano tuvo su basamento teórico en el contractualismo liberal de Locke⁴, defendiendo el pacto social de paz y libertad

⁴ BARROSO, L. R. *El neoconstitucionalismo y las transformaciones de la interpretación en el derecho contemporáneo*, p. 19, Universidad Libre, Bogotá, Colombia, año 2015.

entre los hombres, sobre la idea de un derecho natural prominente esbozado en la Constitución. De hecho, entendían a la Constitución como un documento jurídico que estaba dotado de supremacía y fuerza normativa que era custodiado por el Poder Judicial. Se aprueba la Constitución de Estados Unidos de América el 17 de Septiembre de 1787 por la Convención Constitucional de Filadelfia, luego ratificada por cada uno de los Estados integrantes de la Unión.

La idea judicializante de defensa constitucional se observa expresada en el caso *Marbury vs Madison* (1803), habiéndose aceptado hasta con cierta soltura y sencillez que eran los jueces del Poder Judicial quienes ejercían la defensa de la Constitución.

Tuvo sus fuentes en la Petición de Derechos (1628) en el caso Tomas Bonham (1610) y en las *Bill of Rihts* (1689), asimismo cimentada en la base teórica de Adams, Hamilton y Jefferson, de donde forjan sus fundamentos. Se distingue de la inglesa, porque corresponde señalar que el constitucionalismo americano fluye del movimiento independiente de las colonias de la metrópoli inglesa, surgiendo como una protesta en contra de las leyes del Parlamento británico.

Reseñar que la instauración revolucionaria de los americanos del norte, tiene como objetivo una restauración de derechos, como también consistió en un acto fundacional⁵ de una nueva nación independiente. Es decir, las connotaciones de su nacimiento constitucional son particularísimas y distintivas de las demás naciones, por cuanto su función fue cimentar una organización política independiente.

Edificaron una cultura jurídica propia apartada de su antecedente británico, creando una nación independiente alejada del antiguo régimen, sin que se removiera el orden social (distinto a lo ocurrido en Francia), la noción fue confirmar un nuevo modelo de sociedad. Nótese que la revolución norteamericana, fue un desagravio contra las leyes del Parlamento Británico, por ende, tomaron nota de no cometer ese mismo error, de ahí la gran trascendencia adquirida por los jueces, hasta se podría confirmar que los jueces fueron los verdaderos arquitectos de aquel sistema democrático.

La Constitución fue rápidamente complementada por Enmiendas conocidas como *Bill of Rights* (1791); también por un compendio doctrinario

⁵ PRIETO S., L. *Justicia constitucional...*, Ob. cit., p. 48.

de 85 artículos, publicados en “*El federalista*”, donde se apostaba por el control en mano de los jueces y el Poder Judicial, considerado el más débil de los tres poderes. En el caso *Marbury vs Madison* (21 de febrero 1803)⁶, se crea el control de constitucionalidad difuso, cimentando un verdadero Poder Judicial.

Convalida la idea de Derecho Superior forjada a la luz del Derecho Natural, tal como un documento jurídico dotado de supremacía y fuerza normativa, propia de la tendencia *iusnaturalista* de aquella época. Lo cual puede advertirse con gran obviedad mediante los explicativos dados por Hamilton al concluir el Capítulo 78 del *Federalista*⁷.

Resumiendo, la Constitución americana, reposa en los siguientes arbotantes: a) dimana con motivo de un proceso independentista; b) sobre la base de un connotado *iusnaturalismo* propio de la época; c) no otorga excesivas facultades al Parlamento, sino que busca equilibrar los Poderes estatales; y, d) dio preminencia a los jueces como controladores del marco constitucional.

4.3 REVOLUCIÓN FRANCESA

Se proyecta en la historia del constitucionalismo la Revolución Francesa que fuera consolidada jurídicamente mediante la Constitución escrita de 1791, que tuvo como característica haber enlazado connotaciones totalmente diferentes a su homónimo constitucional norteamericano.

La revolución francesa fue violenta y radical, producto de una verdadera lucha de clases, la burguesía triunfante en detrimento de la monarquía absolutista integrada por el Rey y la nobleza que lo arropaba, es decir, fue la reacción de una clase oprimida que se revela agresivamente con el objetivo del reconocimiento de sus derechos fundamentales. Desde esta perspectiva se alcanza a comprender que el texto constitucional revolucionario esté lleno de consagraciones de derechos no de deberes.

⁶ Fue el juez Marshall quien sostuvo los argumentos de la sentencia. La Lógica Marshall se dividió en 3 preguntas básicas: a) ¿tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda?; b) Si lo tiene, si ese derecho ha sido violado ¿proveen las leyes del país un remedio para la solución?; c) si lo proveen ¿es dicho remedio un mandamiento que esta Corte deba emitir?

⁷ EL FEDERALISTA, Cap. 78: “Todo acto de autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante”.

Con una clara esencia *ius* naturalista que resulta innegable, enfoque que proliferaba en las postrimerías de la revolución francesa, la reacción en contra del absolutismo encontraría su esencia en tópicos del derecho natural como su justificación ideológica. El vértigo de inclinación hacia esta concepción deviene de su propio Preámbulo como de los primeros artículos de la misma, evidenciando una aguda repercusión de las ideas de la concepción *iusnaturalista*. Auguraba la declaración de un Derecho Natural racionalista, sobre principios simples e irrefutables, los que eran expuestos y sostenidos como las verdades de las ciencias⁸ plasmadas en aquel periodo histórico.

Los derechos razón de ser de la sociedad política, debían ser concretados por la voluntad legislativa, de otro modo serían nada más que mera intencionalidad sin la mínima garantía jurisdiccional. Se esbozaba así una extraordinaria fe en la justicia legal, base del mito de la ley. Solo así se explica que intente ponerse bajo el manto de la protección de la ley al Derecho Natural (situación de aparente contradicción).

A renglón seguido, obra obvio reconocer que la ecuación pura de Montesquieu sobre la división de poderes no se viera plasmada en la Revolución Francesa, debido a la gran desconfianza evidenciada en los jueces, los que habían sido brazos ejecutores del rey (togas al servicio de la corona), avalando todas las injusticias de la monarquía. Derivando en una situación lógica que los revolucionarios franceses no confiaran en los jueces como custodios de sus derechos, al extremo de decantarse por privar de poderes al juez (evitaron el gobierno de los jueces), posicionándose en favor de un “legicentrismo” de gran omnipresencia del legislador, en contra del control judicial de la ley. Proponía amarrar al juez a la ley (*juge bouche de la loi*), donde el intérprete de la ley era el Parlamento, propio de una visceral tradición antijudicialista.

De modo que el movimiento revolucionario francés, reposó en una mudanza drástica de clases, donde se rompió el absolutismo monárquico, trastocando el poder absoluto del Rey por otro parlamentario, que al principio no fue concebido como un poder absoluto, pero que con el tiempo se convirtió en un símil idéntico a aquello que había revocado, propiciando un Parlamento de connotaciones absolutistas.

⁸ PRIETO S., L. *Justicia constitucional...*, Ob. cit., p. 53.

A consecuencia de estos postulados de legalidad intensa rápidamente se pierde el objetivo inicial justificando la transmutación posterior, donde el origen *ius naturalista* prontamente se convierte explicitándose como una materialización exegética legalista con un gran predicamento positivista. Así las cosas, no se previó ningún espacio para la justicia constitucional, de hecho no se comprometió en propiciar su desarrollo.

Merece concentrar los efectos de la Revolución Francesa, en los siguientes: a) estaba sostenida en el Derecho Natural; b) fue un cambio violento, sobre base de la lucha de clases (burguesía por sobre nobleza monárquica); c) no se creó nada parecido a una justicia constitucional; d) evitó el control jurisdiccional de las leyes por parte de los jueces (no confió en los jueces), limitado meramente a aplicar la ley, impidiendo que la justicia ordinaria pueda zanjar cuestiones de disputa constitucional; e) se otorgó al Parlamento toda la potestad interpretativa de la Constitución y la ley, apostándose por el control parlamentario; y f) posteriormente, a consecuencia de la desnaturalización de sus orígenes teóricos, deriva en el modelo exegético.

4.4 MANIFIESTO COMUNISTA

Generalmente poco estudiado como parte del desarrollo constitucionalista, parece prudente ofrendar unas líneas a la incidencia de la Revolución Comunista, que tuviera repercusión en prácticamente un tercio de los países del mundo. En especial, porque ha tenido influencia sobre la visión estatalista y de Estado Social de Derechos, que actualmente se impone en el Constitucionalismo universal.

Afloró como una apuesta alternativa a lo que ocurría en Europa Occidental y en América, dando una respuesta contraria a la visión burguesa-capitalista de occidente, mediante un contorno de izquierda socialista. El socialismo científico esbozado en el Manifiesto Comunista de 1848, luego fue profundizada por la labor doctrinaria de Marx y Engels, cimentando la construcción de un socialismo ideológico en Rusia y sus países satélites, sobre la base del Estado como postulado de consolidación de derechos, donde parecería olvidar al individualismo de la persona humana.

La vivencia constitucional socialista depositaba su fe en la implementación de valores custodiado por el Partido Comunista, no en la Constitución, como

pieza esencial del funcionamiento de las instituciones públicas, económicas y sociales.

Se planteaba que el Derecho no era una institución autónoma, sino producto de una clase dominante económicamente fuerte, contraria al positivismo liberal burgués, que surge del movimiento obrero mundial, que debe cimentar una estructura para el proletariado mayoritario en contra de la burguesía. Una especie de réplica de la clase obrera explotada en contra de sus explotadores, en una herramienta que daba respuestas de los obreros a sus explotadores, evitando la desalienación por la que deberá pasar la clase trabajadora⁹.

Basado en el método dialéctico naturalista, se opone al positivismo filosófico y jurídico, propio de una teoría que alentaba la lucha de clases como fundamento de su posición ideológica, dando trascendencia al derecho, pero solo en función de la economía y el determinismo de sucesos. Defiende al monismo no asintiendo la existencia de otros derechos que no sea el emanado del Estado.

Emergen como peculiaridades de la Revolución comunista: a) que estaba sustentada en el derecho natural; b) de características violentas (comienza a concretarse con la Revolución Bolchevique de 1917); c) con gran preponderancia del Partido Comunista y el Estado; d) la supresión de derechos individuales; e) sin mayores miramientos al desarrollo de la justicia Constitucional, al contrario escasa proliferación del constitucionalismo; f) posicionamiento de la cosa pública por sobre el particular, restringiendo los poderes individuales en favor del Estado; y, g) apostó por el control del Partido Comunista de todo el quehacer constitucional, incluso con un Poder Judicial sometido a los intereses partidarios.

5 LA EXÉGESIS Y LA SUPREMACÍA DE LA LEY

La École de l'Exegese francesa tiene como fuente directa la Constitución Francesa de 1789, pero fundamentalmente el Código de Napoleón, de gran auge entre los años 1804 a 1900 aproximadamente, cuyos autores emblemáticos fueron Demolombe, Aubry y Rau, Bonnet, Bougnet.

⁹ HERNÁNDEZ A., R. *La crisis del positivismo jurídico*, p. 17, publicado en la Revista *Ámbito Jurídico*, San Pablo, Brasil, año 2014.

El constitucionalismo francés si bien originalmente surge en un ámbito de ius naturalismo racionalista propia del Siglo XVII, que incluso se traslada a los primeros cuerpos codificados (Códigos Napoleónicos), con una clara apuesta hacia el Derecho Natural, hallándose en dichas codificaciones numerosas huellas del pensamiento *ius* naturalista.

Consistía en una apuesta decisiva de otorgar una preeminencia llamativa al valor de la ley, en una persistente invocación a la Ley, significando en el Art. 6: “La ley es la expresión de la voluntad general”, en suma una gran alusión a la Ley y no a la Constitución, o bien a la Ley por delegación de la Constitución¹⁰.

Esta visión hacia la legalidad y su valor preponderante constituye el inicio de una posterior escisión con el Derecho Natural para surgir un legalismo intenso y abrasador que se desarrolla con la escuela de la exégesis. Se creía que mediante el cumplimiento de la Ley se garantizaría libertad, atribuyéndole dotes casi mágicos, que para aquel tiempo era la solución a tantas opresiones que había sufrido el pueblo francés.

Repárese, como prácticamente no se dejaba nada para la justicia constitucional, todo estaba en la Ley, no existió espacio alguno para la interpretación y control de constitucionalidad, habiéndose extendido la idea que la ley era sagrada, no la Constitución, debiendo ser obedecida sin condiciones aun cuando sea injusta.

En este contexto surge la escuela de la exégesis sobre la base del positivismo y del liberalismo burgués, propio de la cultura de aquella época histórica. Lógicamente conllevó a una inaplicabilidad del incipiente constitucionalismo, como de sus bemoles proteccionistas, proliferando el estatalismo, el legalismo y el formalismo exagerado. Esto hizo que el Constitucionalismo se haya retrasado en Europa durante el Siglo XIX, lo más grave fue que dichas concepciones llegaron a América Latina en la etapa independentista y, luego, en la codificadora que la adoptó, con las secuelas negativas que acarreo para la ciencia jurídica.

Corresponde describir como característica de la escuela exegética la manera superficial con que se analizó el fenómeno histórico y jurídico, donde la discusión giraba en torno al textualismo o literalismo hermenéutico basado

¹⁰ PRIETO S., L. *Justicia constitucional...*, Ob. cit., p. 65.

en gran medida en el texto de la ley, que había nacido en Francia derivado del mandato constitucional y a la luz del Código Civil.

Consistió en una época de reinado del yugo reduccionista y la relación pragmática, donde la posición interpretativa era casi nula o inexistente, debiendo el juez conformarse con ser un mero aplicador de la norma, basado en las ideas liberales y en un posicionamiento contundente de positivismo jurídico, cuyo principal adagio estaba plasmado en la valoración de Montesquieu, al señalar “*el juge bouche de la loi*”, juez boca de la ley, no intérprete de la misma.

Un derecho que debía ser cumplido implacablemente, expresado en el aforismo “*dura lex sed lex*”, no siendo más que el reflejo de la doctrina que impedía al juez interpretar la ley limitado solo a aplicarla, idealización que surgiera por la necesidad de disciplinar al juez evitando que la interprete, planteada como un postulado triunfalista de las codificaciones napoleónicas.

Denotaba la consagración del valor seguridad jurídica por sobre los demás, que no era otra que una visión burguesa *ius positivista*, que preveía un juez encorsetado en el marco de legalidad, en pos del sometimiento de éste a la ley.

Con el correr del tiempo esta concepción fue entrando en crisis, a consecuencia de las injusticias cometidas, puesto que el apotegma de legalidad extrema no ha servido para calmar los reclamos del ciudadano a sus problemas comunes. Sin embargo, el brocárdico “*la ley es la ley*” ha valido para justificar las opresiones más aberrantes.

6 ORIGEN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6.1 KELSEN

Al conjugar los factores que se ciñen sobre el Tribunal Constitucional Austríaco, no puede eludirse la referencia a Kelsen (1881-1973), sin equivocación afirmar que fue el *ius* teórico y constitucionalista europeo que ha tenido mayor trascendencia y predicamento en Latinoamérica, apuntando que por largas décadas el estudio del derecho se ha basado en sus postulados¹¹.

¹¹ VILLALBA B., P. *Convencionalidad y Derecho Procesal, incidencias y vinculaciones*, Editorial Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, año 2020. Se aborda en forma idéntica al tratamiento dado en el Capítulo 3, parágrafo 4.2.

El insuperable positivista normativo Hans Kelsen, nació en el seno de una familia judía en Praga en 1881, que por aquel entonces integraba el Imperio Austro-Húngaro, cuando Checoslovaquia era parte de este imperio.

Conocido como “el Maestro de Viena”, sin ser originario de allí, estuvo muy influenciado por el *Círculo de Viena*¹², aunque nunca fue parte de esta organización, sin embargo, recibió toda su influencia en una Viena esplendorosa, que no acertaba visualizar aun su futura e inminente ruina.

Su obra cumbre fue la “Teoría Pura del Derecho”¹³, donde describe su posición iusfilosófica sistematizando la estructura lógica del derecho, reinterpretando los postulados de Kant. Con el correr del tiempo ya cuando vivía en Estados Unidos, reconoce en 1960 a Merkl¹⁴ (1890-1970) como cofundador de la misma, e incluso calificándolo como genio del pensamiento jurídico.

Partiendo de una visión kantiana, separado entre los mundos del ser y el deber ser, entre las ciencias naturales y ciencias sociales normativas, entre ciencia del Derecho y Sociología, entre Derecho y Moral, construye su cosmovisión jurídica. Refleja así la intención de retratar una panorámica de la ciencia del derecho a través del método trascendental kantiano, intentando establecer las condiciones de posibilidad de la ciencia jurídica, y nada más, como también idealizar un concepto absolutamente relativista del derecho, de la idea de humanidad, de ética y de moralidad. Así niega a los principios absolutos en el ámbito de la justicia, como una restricción o camisas de fuerza que lo limitaba.

Corona la idea en presupuestos medulares: a) muestra a la Teoría Pura del Derecho constituyendo una ciencia que tenía por objeto único al Derecho, ignorando todo lo que no responda estrictamente a su definición, así plantea apartarse de otras ciencias como la psicología, la moral, la teología, la historia,

¹² El *Círculo de Viena* integrado por Ernst Mach (1838-1916, mentor del grupo) y Luis Boltzman (1844-1904) en física; Antonio Bruckner (1824-1896), Gustav Malher (1860-1911) y Arnold Schönberg (1874-1951) en música; Sigmund Freud (1856-1939) y Alfred Adler (1870-1937) en psicología.

¹³ KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*. México: Editorial Porrúa, p. 134, año 1993.

¹⁴ Adolf Merkl, fue conocido por su decisiva contribución con la Teoría Pura del Derecho, el mismo Kelsen así lo reconoce teniendo gran incidencia sobre la construcción gradual o jerárquica del derecho. Algunos sostienen que en puridad debe hablarse de la pirámide merklina y no kelseniana. Afirmó sobre la teoría de la construcción escalonada, como teoría estructural del orden jurídico explicativa del derecho positivo. Por falta de traducción no ha llegado a Latinoamérica la profusa labor de este investigador.

la sociología y la economía; b) por Derecho solo debe entenderse el Derecho Positivo, sin importar como debería formarse, únicamente resulta objeto de percepción lo vigente; c) Propone estudiar solamente las normas jurídicas, por lo que excluye los contenidos de las normas, lo propio del derecho será el deber jurídico expresado en las normas, el derecho se considera como una ciencia normativa.

Todas las entidades jurídicas son normas jurídicas y todas las normas jurídicas son positivas, por tanto, todas las entidades jurídicas son positivas¹⁵, de lo que se desprende que no hay Derecho Natural, sino doctrinas de Derecho Natural¹⁶. Todo derecho es Derecho Positivo. En cuanto a la visión subjetiva filosófica, Kelsen es concreto al establecer que “*la justicia absoluta es un ideal irracional o lo que viene a ser lo mismo, una ilusión, una de las eternas ilusiones de la humanidad*”¹⁷.

En el ámbito donde con inusitada incandescencia se ha perpetuado la visión kelseniana en Latinoamérica, fue en la concepción escalonada del derecho, que constituye una de las tesis características de la Escuela de Viena, al concretar que las normas jurídicas no están en un mismo plano, son escalonadas, jerarquizadas, formando una pirámide¹⁸. De acuerdo a esta forma de graficar el mundo jurídico, unas normas jerárquicas son superiores a otra; la norma fundamental es la Constitución; esta es superior a las leyes formales ordinarias; estas últimas son superiores a los reglamentos, etc.¹⁹.

Por largos años la *ius* teoría latinoamericana (si puede reconocerse alguna) ha mantenido un largo y complejo romance con la Teoría Pura del Derecho²⁰, llegando a influenciar no solo a los juristas teóricos, sino a los que practican el derecho (abogado, jueces, auxiliares). Permitió que a través de la recepción del positivismo kelseniano, el contorno positivista local se transformara, mutando

¹⁵ HERNÁNDEZ M., R. Ob. cit., p. 130.

¹⁶ Citando las afirmaciones de Kelsen, Hernández Marín, Rafael, ob. cit., p. 130.

¹⁷ KELSEN, H. *What is justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Universidad de California, Berkeley, Los Ángeles, Estados Unidos, año 1957.

¹⁸ Como fuera referenciado, algunos le atribuyen a Merkl la creación piramidal.

¹⁹ HERNÁNDEZ M., R. Ob. cit., p. 159.

²⁰ LÓPEZ M., D. E. *Teoría impura del derecho*. 4ª impresión. Bogotá, Colombia: Editorial Legis, p. 341, año 2008.

los modelos que ya venían con una gran influencia clásica de exégesis francesa, visión también positivista.

6.2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO

La idea de un Tribunal Constitucional como tal, que controlara el constitucionalismo fue una creación de principios del Siglo XX, ocasionado por la necesidad de una correcta aplicabilidad del control constitucional como consecuencia de la conformación de los Estados modernos.

El modelo europeo de Tribunal Constitucional tuvo sus orígenes en Austria (1920), derivada de la visión kelseniana, adquiriendo gran repercusión Hans Kelsen verdadero ideólogo del constitucionalismo universal.

El sistema concentrado se caracterizaba por la existencia de un tribunal con poder jurisdiccional para fiscalizar la constitucionalidad de las leyes, con la característica que dicha potestad dimanara concentrada o centralizada en un órgano en concreto para conocer, especial y exclusivamente los conflictos constitucionales, con la característica de estar situados fuera del aparato jurisdiccional clásico, es decir, de forma autónoma al Poder Judicial.

7 LA POS GUERRA: NUEVOS VIENTOS

La desavenencia con el legalismo exacerbado e inclusive con la teoría del *ius* positivismo se produce en Europa luego de la terminación de la II Guerra Mundial, en cambio en Latinoamérica esto no ocurrió al proseguir proliferando dicha tendencia, incluso, como argumento para gobiernos totalitarios que por doquier se dispararon en todo el continente, salvo honrosas excepciones.

Fue expandida la visión *ius* positivista hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial, donde a consecuencia de los juicios de Nüremberg de 1946, se origina la discusión sobre la validez de la ley cuando fluye en contra del Derecho. Valga recordar, que conforme al régimen jurídico del nazismo²¹ las conductas ilícitas de sus personeros estaban respaldadas por leyes vigentes y válidas, por lo que se podría producir el infortunio de la imposibilidad de juzgar a los que habían cometido crímenes de *lesa* humanidad. Avalando el absurdo de no poder enjuiciar a los que habían cumplido la ley vigente y válida

²¹ Régimen jurídico del Nazismo referenciaba al derecho y a la práctica judicial del nacionalsocialismo hitleriano, que incluye a toda legislación de aquel momento histórico

por aquel entonces, propia de un *ius positivismo* a ultranza. Diáfananamente se apreciaban que estas leyes no eran justas, siendo agudamente injustas e ilegítimas.

Resulta harto conocido que a partir de la culminación de la 2^o Guerra Mundial, con la caída del nazismo, se generó una de las discusiones más álgidas de la iusfilosofía, el cuestionamiento durísimo que comenzó a realizarse en contra del *ius positivismo* reinante en esta época, polemizando con la facción *ius* naturalista que recupera credibilidad a partir de estos hechos, en una especie de resurgimiento volviendo a reverdecer parte del prestigio perdido.

En una de los más célebres posicionamientos teóricos de la modernidad, utilizando la fórmula de Radbruch²², bajo el rótulo de ser violatoria de principios del derecho natural y atentatoria de los derechos humanos, fue cuestionada la juridicidad positiva de las leyes nazis, debido a su abierta inmoralidad y carencia de racionalidad, considerándola como inexistente *ab-intio*, dada su inmoralidad inexcusable. Una injusticia mayúscula, aunque sea legal no puede constituir un derecho²³.

Constituyen calificativos rutilantes las aportaciones radbruchianos posteriores a la Alemania nazi, donde pueden leerse acusaciones al positivismo jurídico, en especial por causar insensibilidad a la conciencia de juristas que apadrinaron la injusticia extrema, posicionando una dimensión ética para superar dicha postura radical de ilegitimidad normativa²⁴. Desde ese entonces comienza un lento derrotero, que hoy día impone el deber de aceptar la vigencia del derecho por sobre la ley.

Los juicios de Núremberg²⁵ constituyen un antes y un después en la historia del renacimiento de los derechos humanos (por aquel entonces aun

²² Radbruch, Gustav, al término de la 2^o Guerra Mundial, luego de haber padecido los rigores del régimen nacionalsocialista de Hitler, revisa los postulados que había sostenido hasta entonces, dejando de lado su inicial postura positivista, replanteando la vinculación entre derecho y justicia, señalando al *ius positivismo* como responsable de haber apuntalado al nazismo. Sostuvo que el nacionalsocialismo “supo maniar a sus secuaces, por una parte soldados, por la otra juristas, por medio de dos principios ‘órdenes son órdenes’ y ‘la ley es la ley’”.

²³ RADBRUCH, G. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 37, año 1962.

²⁴ WELZEL, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 259, Madrid, España, Ed. Aguilar, año 1971.

²⁵ En los juicios de Núremberg se juzgaron a 24 personas, condenándose a la pena de muerte a 12 de ellas; 3 fueron sentenciados a cadena perpetua; 4 con sentencia que oscilaban entre los 10 y 20 años; absolviéndose a 3 de los acusados.

no reconocidos) y de los derechos fundamentales del hombre. A partir de dichos juicios derivados de la conflagración mundial se criticó agudamente al positivismo, porque según la visión *ius naturalista*, el *ius positivismo* justificó y permitió la perpetración de delitos de lesa humanidad. Se rescata la idea que fue el derecho natural que tuvo un papel importante, al haber sido el mecanismo utilizado para condenar a los acusados. En especial, porque a partir del *ius positivismo* sostener que los jueces estaban obligados a interpretar basados en el poder estatal que autorizaba a los juzgados a cumplir las normativas vigentes del nacional socialismo nazi.

Las turbulentas corrientes se exhibían enfrentadas, en una vereda la idea argüida por los defensores de los acusados (genocidas nazis) que alegaban que estos solo se limitaron a cumplir el orden legal, que no era su responsabilidad la existencia de un derecho con normas injustas, porque en definitiva era el derecho existente en aquella época y que su incumplimiento conllevaba al delito de traición a la patria. En la acera contraria, los *ius naturalistas* que sostenían la existencia de una ley superior, una ley suprallegal, que implicaba que una ley irracional no podía ser parte del Derecho por injusta e inmoral, resurgiendo así el Derecho Natural.

La paradoja jurídica indicaba que se habían justificado con hechos concretos la muerte de millones de judíos, la existencia de campos de concentración y la comisión de horrendos crímenes de guerra, aun así llegar al extremo de no poder condenar a quienes cometieron esos delitos *so pretexto* de una legalidad positiva interna que avalaba esta situación, sencillamente hubiese sido una situación esquizofrénica de gran insensatez. Esta reflexión se efectúa, sin dejar de lado las responsabilidades que tuvieron las fuerzas “Aliadas”, que en el proceso de la reconquista cometieron grandes aberraciones, como bombardeos en la población civil de Dresden (Alemania) y la utilización de la bomba atómica en Hiroshima y Nagasaki (Japón). Aunque de estos últimos hechos nada se diga, ocurre como siempre, la historia la escriben los vencedores no los vencidos, como diría el refrán, el triunfo es un pasaporte al que nadie pone objeciones.

El epígrafe común fue la necesidad de recurrir a fuentes exógenas al derecho positivo, para otorgar soluciones a la problemática suscitada. Lógicamente esta tesis radbruchiana tuvo con el tiempo detractores, aunque fue indudable que sirvió para hacer justicia en aquel momento de la historia.

8 DEJANDO ATRÁS ANTIGUOS MOLDES

La antesala descripta ha conllevado a precisar como inciden estos modelos teóricos en el sub-continente Latinoamericano ante lo cual certificar que corresponde franquear definitivamente la exégesis y el positivismo, cuanto menos el clásico o ideológico y el teórico, tal cual ha proliferado, de lo contrario las bases de los ordenamientos jurídicos serán endebles, no coincidiendo con las necesidades de la realidad jurídica de estos lares.

En un primer escenario, se apuntala el derrotero de superar al legalismo normativista para consentir con todas sus virtudes a los Derechos Humanos y la tutela de los derechos fundamentales; un estudio más profundo, hizo saltar a la luz que no era suficiente dicha postura, porque el problema se trasladaba a un tiempo anterior al positivismo kelseniano, peor aún, auguraba un escenario sin visos de superación del pasado. La afirmación postulaba el aserto que también debería sortearse el pensamiento de la Exégesis (visión anterior), no tratar exclusivamente al posterior *ius positivismo*, para así arribar definitivamente a una correcta protección de los derechos básicos del ser humano.

a) *Removiendo los criterios de la Exégesis*: Al momento de la conformación de los distintos primigenios ordenamientos jurídicos latinoamericanos (las ideas kelsenianas no figuraban, ni habían sido esbozadas) estaba en boga la Escuela Francesa de la Exégesis, constatando que existió un mundo pre-kelseniano de gran influencia. La escuela francesa de la Exégesis tuvo una primera orientación claramente *ius naturalista*, pero luego los pensadores franceses se volcaron al *ius positivismo*, esto mismo ocurrió en Alemania (basta recordar a Savigny y posterior bifurcación hacia Ihering). Implicó que el contorno de la codificación latinoamericana, tuviera una fuerte repercusión de la escuela exegetica. Las constituciones como los códigos de aquella época fueron la forma de impulsar hacia la región la visión exegetica positivista imperante en el Siglo XIX.

Un positivismo exegetico simple y menos evolucionado, que tenía la característica de estar incorporado al código²⁶, que contaba como elementos esenciales: el legocentrismo (solo lo legislado era válido); omnicomprensividad (no había lagunas o vacíos); sistematicidad y coherencia (sin antinomias);

²⁶ LÓPEZ M., D. E. Ob. cit., p. 376. "El código, por su propia naturaleza, era un producto legislativo que tenía que ser leído con los lentes teóricos del positivismo jurídico".

coercibilidad; neutro (derecho ajeno a la política y a la moral); literalidad (rigidez del textualismo).

Una primera gran incidencia fue de la escuela exegética y no de la kelseniana, como equivocadamente se ha entendido, es decir, primero se incorpora la teoría clásica (exegética) de aquella época con claros visos positivistas, que luego con el tiempo se fue adecuando a la visión kelseniana. Aun a visos de equivocación, sostener que lamentablemente en estos días sigue vigente la teoría de la exégesis, que es aplicada en la jerga forense, lo que conlleva a sentar postura afirmando que la práctica jurídica se encuentra enquistada en modelos teóricos que deberán superarse para un adecuamiento a la modernidad jurídica.

a) *Kelsen, el gran referente*: De las idealizaciones vertidas, atestiguar que la responsabilidad no es de Kelsen, porque lo que se hizo desde los inicios reflexivos fue revalidar la cultura positivista pre-kelseniana ya existente por aquel entonces. La Teoría Pura del Derecho, solo otorgó mayor credibilidad al análisis clásico positivista, dando un mayor sustento jurídico al posicionamiento anterior que se encontraba vacío de argumentos teóricos.

La doctrina kelseniana, conformadas por el pre y el post Kelsen, constituyeron una irradiación de efectos abrumadores, que cual rayos solares iluminaron la cientificidad jurídica de la época. Los primeros filósofos *ius* teóricos latinoamericanos que se dedicaron a la enseñanza académica, se vieron compenetrados por la visión de Kelsen por lo que la influencia fue indudable e incontrovertible. Cobijó una época de oro del positivismo kelseniano, donde los que filosofaban referenciaban al ilustre maestro de Viena, incidiendo con su visión al constitucionalismo latinoamericano.

b) *Eclipsando a Kelsen*: Lo descripto y el avance vertiginoso de la tutela de los Derechos Humanos, muestran la obligatoriedad de una superación kelseniana que permita el desarrollo de los Derechos Humanos, que partan de una vertiente cuanto menos “no positivista”. Ello es así, porque desde el positivismo resulta difícil justificar la actualidad de los derechos humanos, que parte de un justificativo teórico no representativo de la corriente positivista, al contrario, apuntalado por el *ius naturalismo* o en concepciones *no positivistas*.

Una mezcla de positivismo pre-kelseniano y kelseniano normativista es lo que predomina hasta nuestra época, que se rompe en parte en Europa luego de la II Guerra Mundial, en cambio en Latinoamérica recién se fecunda

a partir de la incidencia de los derechos humanos, esencialmente cobijada bajo la doctrina del control de convencionalidad.

A la sombra del positivismo de Kelsen proliferaba la noción que el derecho estaba contenido en las reglas positivas vigentes, sin una clara incidencia de los principios y valores, esto generaba que el gestor jurídico (jueces y abogados) centraran su actividad en la cuestión argumentativa derivada de la ley, con un bajo nivel de abstracción, donde la atención es fijada en la literalidad de las normas sustantivas y procesales, importando poco los problemas de valoración moral. Sin embargo, este tiempo, requiere de una gran valoración sobre principios, es decir, a las normas abstractas e indeterminadas, donde lo importante es la ponderación valorativa realizada por el juez decisor, donde importa más el sentido de justicia que el de seguridad jurídica, hacia ahí debería embarcarse el constitucionalismo contemporáneo.

9 UNA ESTELA JURÍDICA SUSTENTADA EN LA DINAMICIDAD

Corroborar la idea que en nuestro continente las contiendas *ius* filosóficas se han mantenido en una superficial concepción, como si la asimilación no obrara con penetrante fertilidad, algo así como nadar en el mar sin sumergirse en las profundidades oceánicas, donde se descubre un mundo distinto. Fue forjado el ámbito académico rebosante de verdades mitológicas de dudosa procedencia, falsas y engañosas que no dan las respuestas requeridas por la sociedad. Una comunidad que tiene sesgos y matices distintivos, merece una visión adecuada a su realidad, al no respetar estas condicionales deriva en que los sistemas jurídicos hayan fracasado uno a uno, en una historia que se repite por doquier en el sub-continente.

Últimamente ha reflatado una ola reformista, donde se cometieron los mismísimos errores de antaño, quizás al no percibir la imperiosa penuria de encontrar justificativos *ius* filosóficos que asienten un desarrollo con perspectiva de éxito.

La intrepidez y osadía académica indómita debe bregar para que en Latinoamérica se construya verdadera científicidad jurídica, adecuada a estos lares, lo que significa conocer los distintos modelos doctrinarios, no obstante, sin precocidades ser capaces de diseñar o proyectar una sistematización constitucional y legal acomodada a las condicionales sociales requeridas. Significa aceptar, un conocimiento basado en la globalidad, pero respetando

al localismo y la multiculturalidad. El derecho no es igual en todos lados, por ende, trae como consecuencia que de a poco se vayan ajustando o acomodando aquellos sistemas procedentes de otros modelos, porque de no hacerlo no satisfecerán las carencias, ni explotarán favorablemente las virtudes, que la sociedad latinoamericana con seguridad precisa y trasluce.

Aguzar los sentidos observando que en alguna época predominó el *ius* naturalismo, en otras el *ius* positivismo; en algún momento el apego a la ley, en otras circunstancias esta idea colapsó, trastocándose por la preeminencia de los principios y valores; la exégesis dio pie al movimiento codificador y el derecho evolucionó; más adelante esta tarea fue completada por el pensamiento kelseniano y el derecho progresó; luego de la II Guerra Mundial, se constató que las ideas anteriores no daban sustento suficiente al derecho, por lo que se rescató la visión dorkiniana y alexiana de los principios y valores, con gran beneficio para la ciencia jurídica. Hoy se habla de neoconstitucionalismo o Constitucionalismo renovador como nuevo modelo teórico y se ha avanzado mucho en la tutela de los derechos fundamentales. Estos cambios tuvieron efecto positivo en la forma de prestar el servicio de justicia, fueron parte de la evolución propia de la ciencia, impactando efectos sobre el Constitucionalismo.

La ecuación conjuga cuestionar ¿Cómo es que Latinoamérica no captó esta onda evolutiva? ¿Por qué a partir del desarrollo de los derechos humanos y del control de convencionalidad, no se ha apostado por ampliar horizontes, comprendiendo que ya no es conveniente seguir ligados a antiguos modelos que no dan con las soluciones esperadas?

Los Derechos Humanos han demostrado que el derecho va mucho más allá del derecho positivo, en suma, no se agota en el Derecho vigente, en el fondo de todo ordenamiento legal están los valores y principios que el juez debe ponderar para descubrir y aplicar la mejor solución.

La agreste situación invita a reflexionar que el derecho no es solo un compendio normativo, ni se agota en esa literalidad, sino ante todo comprender que se presenta una moral jurídica (aunque parezca un contrasentido) a ser aplicada. La mayoría de los nóveles marcos constitucionales la consagran y se comprometen con los valores de justicia, equidad, solidaridad, dignidad humana.

Atiborra el blasón de reconocer que se ha generado una nueva cultura jurídica, basado en nóveles paradigmas, que con seguridad no se sustentan en

ideas de un legalismo exasperado, con las cuales parecieran incompatibilizarse, en simultaneo, más fáciles de armonizar con un “no positivismo” e incluso con una visión *ius* naturalista. Así, derechos humanos, derechos fundamentales, constitucionalización, principios y valores, globalización jurídica, multiculturalismo, jueces con facultades creadoras del derecho²⁷, se compatibilizan y armonizan más fácilmente con las ideas no positivistas con los *ius* naturalistas. Incluso algunos han afirmado que “*los derechos humanos constituyen el derecho natural de nuestro tiempo*”²⁸, porque en definitiva están redactados en un lenguaje de matriz *ius naturalista*²⁹, reconociendo la universalidad común a todo ser humano.

La translúcida visión construida sobre el constitucionalismo y la constitucionalización del derecho, invita a reconocer que aún hay un largo trecho que recorrer para hacerlo efectivo. Con seguridad los sistemas constitucionales que comprendan la nueva realidad teórica, tendrán más posibilidades de concretar un avance eficaz a merced de la concreción de bisoños ideales, de lo contrario, chocarán con murallas inexpugnables de legalidad que impedirán lograr las mutaciones.

10 VISIÓN LATINOAMERICANA

Tal cual como se gesta el Constitucionalismo Latinoamericano va avanzando lentamente hacia un constitucionalismo social, lo que indica que debe sufrir una transmutación, que en primer lugar, le inste a encontrar el modelo iusfilosófico que lo apunte; en segundo lugar, no eludir la relevancia de los derechos humanos, sino potenciar su aplicación vía control de convencionalidad; en tercer lugar, respetar el sistema particular de control de constitucionalidad que prolifera en la mayoría de los órdenes constitucionales, potenciando el control multimodal o mixto (mezcla del control concentrado y difuso) de constitucionalidad; en cuarto lugar, comprender que se ha desarrollado una variable en el sistema de fuentes, que se ha ampliado, superando la vieja concepción limitada a la ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia, por otra, que comienza reconociendo como fuente primordial

²⁷ VIGO, R.L. *Constitucionalización y judicialización del derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez, p. 26, año 2012.

²⁸ PUY, F. *Derechos Humanos*. Santiago, Chile: Imprenta Paredes, p. 266, año 1983.

²⁹ VIGO, R.L. *Ob. cit.*, p. 130.

a la Constitución, a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, a la doctrina y la jurisprudencia tutelar de los mismos, luego a la Ley, a la costumbre, la doctrina nacional y la jurisprudencia con sus variables tradicionales.

La aurora que se vislumbra exhibe la necesidad de abandonar los vestigios de posicionamientos ancestrales que no han conducido a un verdadero proteccionismo de la dignidad humana, discurriendo obvio que esta perspectiva de tradiciones inadecuadas de tutela del ser humano ya consiste en un motivo esencial y suficiente para añorar una transformación hacia el futuro.

De una buena vez se deben abandonar las turbias teorizaciones que no gestaron eficacia, semejándose a nebulosos oráculos que solo han traído mayores calamidades, para definitivamente desafiar al futuro y con manos hábiles de alfarero construir el antídoto para tantas angustias jurídicas, que al principio en el complicado juego, seguramente costará muchísimo, porque las transformaciones teóricas y de formas de pensar se concretan lentamente, pero al final, será como el ensordecedor concierto de cigarras en el atardecer que impactan por su sonoridad.

11 RESUMEN EVOLUTIVO

Se podría ir armando el rompecabezas del constitucionalismo, sosteniendo que parte de un contenido liberal clásico, pero que con el transcurso del tiempo va mudando, en especial luego de la II Guerra Mundial, donde ve la necesidad de mutar de ideario atendiendo que el positivismo no daba con las respuestas adecuadas para solucionar la problemática presentada de posguerra. Al colapsar el legalismo normativista se comienza a construir un constitucionalismo post-liberal de gran enjundia doctrinaria.

Atribuye como ideas básicas la imperiosidad de lograr un verdadero equilibrio de poderes al compás de un constitucionalismo social, pues se avizora un constitucionalismo progresista equilibrado entre derecha e izquierda, posicionada en el centro, que mitigue los fallos o lagunas del liberalismo constitucional, llevando a que las renovaciones de la Ley Fundamental de un origen conservador, se vuelquen en favor de la justicia social.

En este escenario comienza a imponerse la visión constitucionalizadora como forma de equilibrar poderes desiguales, en una especie de verdadero constitucionalismo transformador y renovador que pone su foco esencial en la labor de la magistratura, bregando para que esta se convierta en un verdadero

poder del Estado que nunca lo fue por lo menos en la mayoría de los países latinoamericanos.

A partir de estas ideas, corresponde cimentar una verdadera transformación constitucional verificando los modelos anteriores, pero construyendo un constitucionalismo moderno sobre la base de la persona humana, del Estado Social de Derecho que equilibre definitivamente los poderes, imponiendo un diseño equilibrado donde la judicatura sin violentar los postulados democráticos, mediante el cumplimiento de la Constitución y de las políticas públicas, avalen un desarrollo armónico de tutela. Que fácil y que difícil a la vez, un poder que armonice y equilibre las asimetrías de los demás poderes, sin miedo a las mayorías, evitando que estos hagan cualquier cosa, tal como la historia democrática ha exteriorizado.

En el mundo actual el constitucionalismo tiene el reto de construir un diseño que vivencie un verdadero equilibrio de poderes, potencie la democracia, no limite a las mayorías, pero tenga mecanismos para impedir que se cometan insensateces.

Derechos humanos, dignidad humana y derechos fundamentales, todos en función de concretar un efectivo desarrollo social, con equidad y justicia. Bregando por un constitucionalismo efectivo que huya de los radicalismos, tanto los de derecha como los de izquierda, pues ambas tendencias extremas han demostrado su inservilidad para el desarrollo comunitario, propiciando un constitucionalismo democrático, equilibrado, donde cada poder del Estado cumpla su rol, pudiendo dialogar en pos de la edificación de un futuro promisorio.

Superación evolutiva de corrientes teóricas antiguas y exógenas, traspolada por la cimentación de un modelo nacional, latinoamericanista de respeto a la dignidad humana con una apuesta eficaz hacia la justicia social.

REFERENCIAS

- BARROSO, L. R. *El neoconstitucionalismo y las transformaciones de la interpretación en el derecho contemporáneo*, Universidad Libre, Bogotá, Colombia, año 2015.
- GARCÍA B. D. *Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional*, publ. en *Derecho procesal Constitucional Americano y Europeo.*, Coordinador Víctor Bazán, T.I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, año 2010.

- HALPÉRIN, J. L. *Revista de Derecho de la Universidad de Norte*, Bogotá, Colombia, año 2017.
- HERNÁNDEZ A., R. *La crisis del positivismo jurídico*, publicado en la Revista *Ámbito Jurídico*, San Pablo, Brasil, año 2014.
- HERNÁNDEZ M., R. *Historia de la filosofía del derecho contemporáneo*. 2. ed. Madrid, España: Editorial Tecnos, año 1989.
- KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*. México: Editorial Porrúa, año 1993.
- KELSEN, H. *¿What is justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Universidad de California, Berkeley, Los Ángeles, Estados Unidos, año 1957.
- LOCKE, J. *Ensayo sobre el gobierno civil* (2º Ensayo de 1660). Madrid, España: Editorial Aguilar, año 1969.
- LÓPEZ M., D. E. *Teoría impura del derecho*. 4ª impresión. Bogotá, Colombia: Editorial Legis, año 2008.
- PRIETO S., L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, España: Editorial Trotta, año 2003.
- PUY, F. *Derechos Humanos*. Santiago, Chile: Imprenta Paredes, año 1983.
- RADBRUCH, G. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, año 1962.
- VIGO, R. L. *Constitucionalización y judicialización del derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez, año 2012.
- VILLALBA B., P. *Convencionalidad y Derecho Procesal, incidencias y vinculaciones*. Bogotá, Colombia: Editorial Nueva Jurídica, año 2020.
- VILLORO T., M. *Lecciones de filosofía del derecho*. 5. ed. México: Editorial Porrúa, año 2003.
- WELZEL, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid, España: Ed. Aguilar, año 1971.

Submissão em: 31.05.2023

Avaliado em: 08.06.2023 (Avaliador A)

Avaliado em: 31.05.2023 (Avaliador B)

Aceito em: 09.06.2023