

Aproximación a los conceptos de justicia rogada y de justicia material * *Approach to the concepts of entreaty and material justice*

Jorge Alirio Cortés Soto

Abogado, Magíster en Derecho Público y Administrador Público,
Colombia

Especialista en derecho administrativo, derecho probatorio,
Instituciones jurídicas políticas y administración pública
contemporánea

jacortessoto@hotmail.com

Edgar Ospina Montoya

Abogado, Magíster en Derecho Público, Colombia
Especialista en derecho administrativo

edomo4@hotmail.com

Recibido: 12/10/2018 Aprobado 07/12/2018

DOI: 10.25054/16576799.2635

RESUMEN

El presente documento estudia la dicotomía que representa para el juez la justicia rogada o formal y la justicia material, a la hora de dispensar justicia a los asociados y tomar la decisión respectiva, pues de un lado, debe resolver el caso en aplicación de la ley (adecuando o subsumiendo los aspectos que le presenten las partes en las normas) y por el otro, recurrir a los valores y principios que consagra la normatividad (ponderando los derechos en conflicto), dado que el artículo 230 de la Carta prevé que los jueces en sus decisiones solo están sometidos al imperio de la ley, siendo la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, criterios auxiliares.

Para el efecto se realiza un análisis histórico, racional y descriptivo del proceso filosófico que enfrentan al derecho positivo con el derecho natural, el derecho con la moral, la justicia y el derecho, para identificar cómo se ha llegado al conflicto que ofrecen dichos principios y concluir con la identificación de los fundamentos que ellos tienen; aspecto de crucial importancia para que los jueces tomen sus decisiones.

PALABRAS CLAVE

Justicia; Derecho; Positivismo; Constitucionalismo; Neoconstitucionalismo.

*Artículo de investigación

ABSTRACT

This paper studies the dichotomy of entreaty justice or formal and material justice for the judge, in dispensing justice for the partners and making the respective decision, since on the one hand, it has to resolve the case in application of the law (by delaying or subsuming the aspects presented to it by the parties to the rules) and on the other, it has to resort to the values and principles enshrined in the law (weighing up conflicting rights), since article 230 of the Charter provides that judges in their decisions are subject only to the rule of law, being equity, the general principles of law and doctrine.

To that end, a historical, rational and descriptive analysis is made of the philosophical process that pits positive law against natural law, law in terms of morality, justice and law, in order to identify how those principles have come into conflict with each other and to conclude by identifying the foundations of those principles, which are of crucial importance for judges in making their decisions.

KEYWORDS

Justice; Law; Positivism; Constitutionalism; Neoconstitutionalism.

INTRODUCCIÓN

Dentro de los parámetros que tiene el operador jurídico para resolver una controversia a través de una sentencia, están los principios de justicia rogada o formal y de justicia material contenidos en el preámbulo¹ y en los artículos 2¹, 115³, 228⁴, 229⁵ y 230⁶ de la Constitución, cuyo cumplimiento es imperativo y la aplicación de estos podrían resultar en conflicto.

De ello surge el interrogante, ¿Será justa la decisión cuando el juez centra su atención en las posiciones que las partes señalan en sus escritos de demanda y contestación, subsumiendo los hechos a las normas que fueron invocadas por ellos en forma tajante, es decir, solo atiende el ruego que las partes le hacen de justicia, sin hacer juicios de valor sobre los hechos en debate ni acerca de las normas o leyes aplicables?

O, ¿será justa si de acuerdo con esas posiciones individualistas el juez las pondera y analiza valorativamente la ley, argumentando la mejor forma de otorgar materialmente el derecho a quien corresponda?

Del mismo modo, hay que preguntarse: ¿Se alude a la ley positiva o a la ley natural? ¿Se trata de la aplicación mecánica de la ley positiva? ¿La adecuación o subsunción de los hechos en la norma implican una valoración moral o ética de la norma por parte del juez? ¿Crea el juez una nueva norma para el caso concreto?

Así, los principios de justicia rogada y justicia material tienen en su médula las controversias que desde los primeros siglos se presentan entre derecho positivo y derecho natural, lo que a la vez condujo a la controversia entre derecho y moral, a lo que se agrega la tensión entre justicia y derecho, imbricada también con la aparición de las Constituciones que normativizaron los principios y subordinaron la ley, junto con la preponderancia de las Constituciones, en lo que se ha llamado la constitucionalización del derecho.

Este trabajo pretende escudriñar en los conceptos de justicia y en los razonamientos del positivismo, el constitucionalismo y el neoconstitucionalismo, los fundamentos de los mencionados principios de

¹ El Estado tiene entre sus fines, asegurar la justicia, la igualdad y el orden social justo a los integrantes de la nación.

² Señala como fin esencial del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden social justo, además de asignar a todas las autoridades, el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

³ Establece los órganos y autoridades que administran justicia.

⁴ Consagra la administración de justicia como una función pública, permanente e independiente donde prevalece el derecho sustancial.

⁵ Se garantiza el derecho a toda persona de acceder a la administración de justicia.

⁶ Los jueces están sometidos al imperio de la ley, mientras que la equidad, la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho son criterios auxiliares.

justicia rogada y de justicia material a la luz del fenómeno de la constitucionalización del derecho, para la solución de controversias sometidas al conocimiento de los jueces, identificando los aspectos relevantes de cada una de éstas, mediante un análisis histórico, racional y descriptivo de los iusfilósofos desde la antigüedad hasta los tiempos contemporáneos.

La aplicación de la ley o de los principios constitucionales y procesales son los que van a permitir el acceso a la justicia material o a la justicia formal en la decisión de los jueces y se constituyen en el *súmmum* de las divergencias mencionadas.

1. LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA ROGADA Y DE JUSTICIA MATERIAL

1.1. El concepto de justicia

Quien se desempeña como juez cumple una tarea que es propia del Estado, pues presta el servicio público de justicia que las personas individualmente consideradas y la sociedad en su conjunto le reclaman por ser un derecho que le es propio, lo que conduce a que el juez al tomar una decisión se mueva en el marco de lo pedido y formalmente haga justicia o, exceda dicho marco y efective la justicia material a través de los principios (en general), de esa manera la justicia es un tema que compromete al individuo, la sociedad y el Estado.

Esa triple presentación ha sido avizorada desde siempre y así lo han señalado los pensadores en todas las fases que ha tenido la humanidad, por eso en este documento se hace referencia a los razonamientos de algunos filósofos que han sido relevantes en la formación jurídica colombiana que es la formación misma de los jueces.

Es así como en el pensamiento iusnaturalista se encuentra que Platón se dedica en su obra *La República* (Politeia) al estudio de lo justo y lo injusto, para demostrar que el Estado y el individuo tienen la necesidad moral de obrar conforme a la justicia que es una virtud y principio de orden para las sociedades y las almas y conduce a la felicidad, a la perfecta armonía en la convivencia social. La justicia es la elección del sabio porque ser justo es del agrado de los dioses, es un bien moral y es un bien espiritual, por eso está sujeto a la decisión personal, a la que solo puede llegar quien posee el conocimiento adecuado, el sabio, el filósofo, quien

debe ser el gobernante y en esa medida es también un asunto de prioridad política, que debe ser resuelto de manera práctica, en la cotidianeidad del hombre como un ser social por naturaleza, lo que le permite al alma justa y al hombre justo vivir bien, de ahí que la justicia sea una cualidad de los hombres y de los Estados (Olivari, 2008).

Por su parte Aristóteles que hace parte de la misma línea del pensamiento, con su obra *La Ética de Nicómaco*, irradia todo el pensamiento hasta nuestros tiempos al señalar que la justicia es una virtud perfecta en su relación con otro, no para sí mismo, lo justo es la observancia de la ley y de la igualdad (justicia general o universal), es dar a cada ciudadano lo que le corresponde según sus necesidades y aporte en la sociedad (justicia particular), en esa medida la justicia es distributiva y conmutativa.

La justicia distributiva aristotélica aplica el principio de igualdad en la repartición de los honores y de los bienes, de manera que cada uno de los asociados reciba una porción adecuada a su mérito, se trata de una relación de proporcionalidad geométrica entre la comunidad y los individuos particulares, distribuye lo común en una medida proporcional. Es conmutativa para Aristóteles, la justicia que tiene lugar entre los individuos, cuyo objeto son los cambios o intercambios recíprocos entre personas, obedece a una proporción aritmética en donde el juez procura igualar la desigualdad que resulta en injusticia, dado que la ley trata como iguales a las partes, el juez restaura la igualdad o sea, el medio entre lo mayor y lo menor.

Dentro del universo del iusnaturalismo, Ulpiano enseña que la justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho y derecho (*ius*) deriva de “justicia” (*iustitia*). Es la técnica de lo bueno y de lo justo, *ars boni et aequi*, mejorando el concepto aristotélico de justicia distributiva, en cuanto se trata de dar o atribuir a cada uno su derecho (*ius suum*) como un criterio material de medida, sin que sea claro si tal derecho proviene de las normas jurídico positivas o de los principios iusnaturalistas (Melo, 2004).

Por su parte en Santo Tomás de Aquino se encuentra que por el bautismo Dios infunde en el alma, las virtudes teologales y morales que son reglas habituales y firmes para hacer el bien. Las virtudes teologales (fe, esperanza y caridad) tienen como objeto a Dios y las virtudes morales (prudencia, justicia, templanza y fortaleza) se

refieren a los actos humanos buenos, de ahí que la justicia es una virtud moral que conduce a la constante y firme voluntad de dar a Dios y al prójimo lo que le es debido, lo que le corresponde y de dirigir sus acciones hacia el bien común que está representado en la ley (Sánchez, 1984).

Señala Sánchez (1984) que en Santo Tomás el prójimo es la persona humana particular o la comunidad de la cual hace parte, es un ser social, inteligente y libre, con un cúmulo de necesidades que no puede satisfacer aisladamente debiendo recurrir a los otros, por eso su tendencia natural a la comunidad, a la comunicación y a la relación con los otros que lo llevan a organizar núcleos compactos y suficientemente desarrollados para constituir una sociedad civil perfecta, con sus leyes, costumbres y su autoridad correspondiente; la comunidad es un todo compuesto de individualidades que se unen; por eso la justicia se ocupa de las relaciones de las partes con la comunidad; de ésta con las personas y entre personas, dando lugar a dos clases de justicia: la general o legal y la particular.

La justicia general o legal tomasina está orientada a la consecución del bien común a través del cumplimiento de la ley, en ella se determina la forma como las personas deben comportarse y el derecho objetivo de la comunidad a exigir su acatamiento. La justicia particular alude a la relación entre las personas como individualidades y de ellas con la comunidad, a la vida social de una persona y la relación con la comunidad, siendo distributiva y conmutativa (Sánchez, 1984).

De otra parte, para Santo Tomás la justicia distributiva permite a la persona recibir equitativamente una parte de aquello que es de todos, se adapta a las personas atendiendo factores como los méritos, dignidad y necesidades, considera las diferencias que efectivamente se dan entre ellas, la igualdad entre desiguales. La justicia conmutativa se caracteriza por la reciprocidad, todas las personas tienen en relación con el otro los mismos derechos y deberes, se debe a otro una cosa igual a la que era suya, y a la que tiene derecho, restableciendo un equilibrio en las relaciones entre dos particulares (Sánchez, 1984).

Ahora, de acuerdo con Ponce (2005) al inicio del modernismo, Kant sentó las bases del liberalismo moderno, señalando que un Estado es justo cuando garantiza tres principios racionales fundamentales: la libertad, igualdad e independencia, los que son desarrollados de la siguiente manera:

La libertad de los individuos a buscar su propia felicidad de la manera que crea más conveniente, sin afectar la libertad de los demás, sometiendo las pasiones y deseos (que Kant llama inclinaciones), al dominio de la razón. No se puede lograr de forma aislada sino relacional, algo a ser alcanzado incluso contra uno mismo y las propias pasiones, pero en comunidad con otros. Es una autonomía del sujeto racional en medio de seres humanos libres dentro de un Estado de derecho que tiene que regirse por una legislación de hombres libres sometidos al imperativo categórico que rige los asuntos morales, obligándolo a portarse de tal manera que su conducta pueda ser transformada en ley universal.

La igualdad en Kant consiste en que la libertad de cada uno armonice con la de los demás, mientras que la independencia se produce para cada miembro de la comunidad en cuanto es ciudadano, correspondiendo al Estado garantizar el deber de justicia por ser un deber jurídico que obliga a establecer si lo que prescriben las leyes es justo, a través del abandono de los principios empíricos y racionalizar los fundamentos de una legislación positiva posible (Ponce, 2005).

Kant, menciona que existe una legislación moral y una legislación jurídica. La primera hace de una acción un deber y éste es el móvil de la acción. La segunda, hace de ciertas acciones un deber sin que necesariamente el deber sea el móvil porque pueden darse otros, incluso el temor a las sanciones, pues el derecho es una legislación que coacciona y la moral, un reclamo que atrae. El derecho se caracteriza por su exterioridad y la moral por su interioridad, de ahí que la legalidad o ilegalidad de la conducta se obtiene de comparar la conducta con el contenido del derecho mientras que la moralidad o inmoralidad se examina, comparando el móvil de la conducta con la moral (Ponce, 2005).

Toda acción tiene una motivación y si ésta es la coacción de la norma, la necesidad de la acción es jurídica pero si la motivación corresponde a la bondad intrínseca de la acción, la necesidad es ética. Por eso el derecho exige actuar conforme al deber y la moral exige actuar conforme al deber según la teoría kantiana (Squella, 2010).

Dentro de este grupo de pensadores se puede ubicar a Alexy, quien en su obra la “Justicia Como Corrección” señala que la justicia conmutativa es entendida en forma amplia y comprensiva como la justicia en los intercambios (conmutativa) y la

justicia en la compensación y la pena (distributiva), para lo cual indica que en la doctrina clásica la justicia ha sido entendida como virtud humana, como el arte de hacer lo justo, dar a cada cual lo suyo (*suum Cuique Tribuere*) entrando en el campo moral únicamente la parte en la que se cuestionan los repartos y compensaciones (Alexy, 1997, p.9).

En la justicia distributiva hay un sujeto que distribuye y una pluralidad de sujetos que reciben, mientras que en la justicia conmutativa en principio no se da una relación de sujetos sino de cosas o bienes, pero entre ellas se dan relaciones estrechas y eventualmente complejas, lo mismo que problemas morales que constituyen problemas de justicia en cuanto y en tanto, se conceptualicen como una distribución o una compensación y se cuestiona la justicia cuando una de ellas (distribución o compensación) es cuestionada, por tanto justicia es la corrección en la distribución y compensación (*richtigkeit*) (Alexy, 1997, p.9).

La justicia y su sustituto la corrección, son conceptos abstractos e indeterminados que hacen parte de los más altos criterios de valoración, resultando análogo al concepto verdad, que a su vez es un alto criterio de valoración de corrección de proposiciones sobre lo que ocurre, lo justo es lo correcto y si algo es correcto es justo y para que algo sea correcto debe ser fundamentado o justificado mediante razones (Alexy, 1997, p.9).

Ahora, pasando a las teorías iuspositivistas, se encuentra Kelsen, quien es conocido por su análisis y argumentación racional, siguiendo a Platón, identifica la justicia con la felicidad de los seres humanos en sociedad y, siguiendo a Aristóteles la considera una virtud del individuo pues un hombre es justo cuando su obrar concuerda con el orden considerado justo. El orden social es justo, cuando regla la conducta de los hombres de modo tal que da satisfacción a todos y a todos les permite lograr la felicidad, sin que ese orden social justo sea un elemento esencial, es una característica posible mas no necesaria por cuanto no es posible garantizar a todos la felicidad (González, 2013).

Pero es que el concepto kelseniano de felicidad de la justicia para convertirse en categoría social, parte de la transformación de la felicidad individual y subjetiva en la satisfacción de necesidades socialmente aceptadas, como ocurre con el concepto de libertad con el que frecuentemente se identifica la idea de justicia, por eso un orden social será justo cuando garantice la libertad individual (González-Monguí, 2013).

Es en el orden social bajo cuya protección se puede progresar en la búsqueda de la verdad, en la consecución de la libertad, la paz, la democracia y la tolerancia, donde se encuentra la justicia relativa para Kelsen (González-Monguí, 2013).

En esa misma línea de pensamiento se encuentra Herbert Lionel Adolphus Hart quien señala que el ideal de justicia corresponde a una función trazada por la razón que tiene como función paradigmática enjuiciar críticamente los contenidos del derecho positivo y la actividad de los órganos o autoridades encargadas de su producción, al igual que servir de fundamento de validez del mismo y la consiguiente pretensión de obligatoriedad, siempre que sus contenidos estén en consonancia con determinado criterio de justicia escogido para este efecto (Squella, 2010).

La función de enjuiciamiento crítico del derecho positivo, es de naturaleza valorativa en cuanto va a señalar que es justo o injusto pero eso no hace que pierda su condición de tal, pues ha sido instituido con independencia del criterio de validez, mientras que la función de servir de fundamento de la validez es de naturaleza constitutiva, pues lo justo se fundamenta en la validez del derecho positivo de manera que el derecho injusto no es válido ni es derecho porque no podría existir sino en armonía con dicho criterio (Squella, 2010).

Por último, en ésta misma línea Alf Ross indica que la justicia es una idea clara que está dotada de una poderosa fuerza motivadora como fin del derecho pues delimita y hace armónicos los deseos, pretensiones e intereses en conflicto de la vida social de la comunidad, equivale a una demanda de igualdad en la distribución o reparto de las ventajas y las cargas que ofrece e impone la vida en común (Squella, 2010).

Lo justo o injusto tiene sentido cuando califica la decisión tomada por un juez o autoridad a quien corresponde aplicar las normas y es justa, si está conforme con las normas del ordenamiento jurídico respectivo y no lo es en caso contrario, sea, es justa cuando la aplicación correcta de una norma se contraponen a la arbitrariedad (Squella, 2010).

Pasando a la escuela de libertarios, John Rawls indica que la justicia se funda en principios racionales, con una perspectiva de filosofía política y social que lo llevan a señalar que el papel de la justicia es la primera virtud de las instituciones

sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento (Ponce, 2005).

Según señala Squella (2010), el filósofo Rawls distingue entre el concepto de justicia como

un balance apropiado entre reclamos competitivos y a principios que asignan derechos y obligaciones y definen una división apropiada de las ventajas sociales”. A su turno, las concepciones de la justicia “son las que interpretan el concepto determinando qué principios determinan aquel balance y esa asignación de derechos y obligaciones y esta división apropiada (p. 177) sin que tal balance derive de la existencia de un contrato social sino que se fundan en los siguientes principios:

1) Toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos; y 2) las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condiciones: deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertas a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades, y deben procurar el máximo beneficio a los miembros menos aventajados de la sociedad” (p. 200).

Así, los principios de libertad (de plantear pretensiones de diseño de instituciones sociales y conceptualizar las formas del bien), de igualdad de oportunidades (reconocer la diferencia entre iguales y rechazar las inaceptables) y de diferencia (favorecer a los más necesitados de la sociedad) son el fundamento para llevar a cabo la distribución de bienes primarios sociales (Squella, 2010)

Su teoría plantea la tesis **de justicia con equidad**, para significar que toda persona tiene un sistema plenamente adecuado de derechos iguales y libertades fundamentales que también corresponden a todos debiendo garantizar

el valor justo de iguales libertades políticas y las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: primera, estar asociadas a posiciones y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad en materia de oportunidades y segunda, proporcionar

el máximo beneficio a los miembros menos favorecidos de la sociedad (Ponce, 2005, p.218).

Finalmente, Habermas señala que a justicia es un concepto abstracto que tiene que ver con la igualdad en el sentido kantiano, no es un valor entre otros, es un predicado sobre la validez de los enunciados normativos universales que expresan normas morales generales, sobre lo que es igualmente bueno para todos, de ahí que la justicia depende de la legitimidad política porque el proceso de discusión y decisión democrática es la única forma de construir principios morales intersubjetivos como los de la justicia, el reconocimiento recíproco de todos los seres humanos como personas y el procedimiento para establecer normas válidas, dado que en su construcción participan sujetos libres e iguales que comparten ciertos márgenes de consenso (Ponce, 2005).

Habermas, dice Squella (2010), propone la teoría procedimental de la justicia, que no es otra cosa que los procesos de comunicación social efectivos, reales, constitutivos de la “democracia deliberativa”; llevados a cabo por la interacción social de individuos libres e iguales, que pueden llegar a concordar en criterios de justicia y en pautas de conducta que trascienden a las comunidades con criterio de validez universal, incorporando ideas de solidaridad, lealtad, sinceridad, respeto mutuo y entendimiento social, como ocurre en el caso del derecho cuyas normas puedan legítimamente aplicarse en uso de la fuerza.

De las posturas que se han consignado se evidencia la evolución del pensamiento en torno al concepto de justicia, orientado hacia el papel que el derecho tiene en su configuración, como un aspecto que van a incidir en la dogmática jurídica pues el debate se va a centrar sobre la prelación que tienen el derecho natural o el derecho positivo.

1.2. El positivismo jurídico

En las distintas concepciones de justicia que se consignaron en el aparte anterior, aparece el juez como dispensador de justicia al tomar una decisión en torno a los conflictos que debe conocer y esa decisión está supeditada a la concepción que el juez tenga de ella.

En esa medida, se resalta que el juez al asumir la responsabilidad que tiene al dispensar justicia, se encuentra abocado a la disputa que se presenta entre derecho y moral, por eso en este acápite se

verán las posiciones que llevaron a que los iuspositivistas consideraran que el único derecho que debe aplicar el juez, es el derecho positivo.

Como abrebocas resulta importante traer a colación que Ross (2008), acerca de esta confrontación, indicó:

Los positivistas han calificado a las doctrinas del Derecho natural de creencias basadas en ideas metafísicas o religiosas, incompatibles con los principios del pensamiento científico; y, por su parte, los jusnaturalistas han acusado a sus adversarios de falta de comprensión del reino del espíritu y de los valores, un reino que es bien real aunque no pueda ser descubierto o descripto por medio de la experiencia sensorial (p. 199).

Bobbio (1998) señaló que “La expresión ‘positivismo jurídico’ deriva de la locución Derecho positivo en contraposición a la de ‘Derecho natural’”(p. 35) que conduce a aclarar lo que es el primero porque “Toda la tradición del pensamiento jurídico occidental está dominada por la distinción entre ‘Derecho Positivo’ y ‘Derecho Natural’, distinción que respecto del contenido conceptual, ya se encuentra en el pensamiento griego y latino” (p. 35) aunque su uso se da a partir de los textos latinos medievales y sobre la base de la formación del Estado moderno y la consolidación del Derecho positivo, se va perfilando en un proceso histórico el surgimiento del positivismo jurídico, cuyo eje central doctrinal es que no existe más derecho que el positivo.

En ese proceso histórico, Bobbio (1998) parte de señalar que en la antigüedad estaban identificados los conceptos de derecho natural y derecho positivo, con sentido contrapuesto: lo que es de la naturaleza o natural (*physis*) y lo que es creado por el hombre o convencional (*thésis*), así, en las Instituciones del Derecho Romano aparecen el *Ius Gentium* (natural) y el *Ius Civile* (positivo), el primero establecido por la *naturalis ratio*, es inmutable en el tiempo y rige para todos los pueblos. El segundo, establecido por un pueblo para que lo rija, es cambiante en el tiempo y en el espacio, dejando sentado que en la antigüedad no había una preocupación por la producción de normas jurídicas dado que las mismas se daban en el rol de formación de la sociedad.

Las reglas existentes en la antigüedad y parte del medioevo, para Bobbio son de creación social,

producto de la sociedad civil y no del Estado, el Derecho Romano surge “sobre la base de las mores, de la jurisdicción del pretor (cuyos resultados se consagraron en el *Edictum Perpetuum*) y sobre todo, sobre la base de elaboración de los juristas” (p. 47) que a la postre se recogieron en el *Corpus Iuris Civiles* a iniciativa de Justiniano, asumiendo el carácter de Derecho establecido por el Estado, habiéndose difundido ampliamente sobre la idea que eran normas no para una determinada ciudad sino fundadas en la naturaleza, con la ventaja de estar escrito y codificado, siendo conocido como Derecho Común a todos los pueblos.

Si bien en la sociedad clásica y medieval el derecho natural prevaleció sobre el positivo cuando entraban en contradicción, dado que el juez al resolver un conflicto entre personas, podía establecer una norma para resolver la controversia a partir de principios equitativos y de la razón, en el Estado Moderno la prelación la tuvo el derecho positivo pues el juez como órgano del Estado, se encuentra subordinado a solucionar las controversias únicamente a través de las reglas que emanan del Estado, como único y verdadero derecho pues como señalara Montesquieu, la decisión del juez debe ser una fiel reproducción de la ley, lo que garantiza el valor de la seguridad jurídica (Bobbio, 1998).

Para complementar lo expuesto, Bobbio indicó (1998) que el derecho natural es universal e inmutable porque rige en todos los pueblos y mantiene su vigencia en el tiempo, su fuente está en la naturaleza y acciones sociales, por eso la moral y la ética son parte de sus principios básicos, siendo conocido por hombres a través de la razón o por obra de la divinidad, por eso se dice que establece lo bueno; mientras que el derecho positivo es particular y mutable, dado que rige en determinados lugares y puede ser modificado en el tiempo porque es una creación del hombre, al cual se accede por su declaración, en él se consagra lo útil, sin que la moral y la ética sean parte de sus principios.

El positivismo jurídico se manifestó especialmente durante el siglo XIX, tomando como eje de estudio el Derecho positivo que regula los contenidos jurídicos de la vida social humana, a partir de los postulados del positivismo filosófico catalizados por la codificación napoleónica y su enorme influencia en el continente europeo a partir del 1804, siendo la primera manifestación a través de la Escuela Francesa de la Exégesis (Bobbio, 1998).

De dicha escuela, Martínez (1992) ha indicado que emergen las que se han considerado son las principales características del positivismo jurídico a saber:

- a) El culto a la ley como expresión del Derecho.
- b) La interpretación subjetiva del Derecho, se busca el espíritu de la ley, la intención y voluntad del legislador, más que la letra de la misma, recurriendo a la historia de la elaboración de la ley en donde se expresa la finalidad que persigue, también a la jurisprudencia y los precedentes históricos.
- c) La concepción rígidamente estatalista del Derecho, solo el Estado puede hacer normas (omnipotencia del legislador), todo el Derecho se contiene en la ley que dimana del poder legislativo y los jueces crean Derecho con la aplicación de los principios generales del Derecho en nombre de la autoridad y del poder de la misma ley del Estado.
- d) El predominio del Derecho positivo sobre el Derecho Natural, que es visto como un conjunto de principios demasiado generales y abstractos de difícil aplicación práctica en la solución de los problemas jurídicos concretos como auténticas necesidades sociales.
- e) El criterio de autoridad que se concede a los intérpretes de la ley, en cuanto exégetas del Código napoleónico.
- f) Niega a la costumbre jurídica el valor de fuente del Derecho, llenando las insuficiencias de ésta a través de ella misma mediante la analogía.

Norberto Bobbio (1998) en su obra “El Positivismo Jurídico” distingue tres aspectos del mismo: El positivismo jurídico metodológico, el positivismo jurídico como teoría del derecho positivo y el positivismo jurídico como ideología, los cuales desarrolla de la siguiente manera:

En primer lugar, el “positivismo jurídico metodológico” lo desarrolla en el capítulo 1º (El positivismo jurídico como aproximación avalorativa del Derecho) consagrando un método científico de identificación y descripción del Derecho como un hecho social, despojándolo de juicios de valor en una actitud éticamente neutral, a partir de datos verificables objetivamente, no por la correspondencia con un determinado sistema

subjetivo de valores para así determinar cuándo se está ante un derecho válido (Bobbio, 1998).

En segundo lugar, “El positivismo jurídico como teoría del Derecho positivo”, es analizado en los capítulos 2 a 6 y vincula la existencia del Derecho a la formación del Estado, el Derecho como producto de la actividad del Estado, la concepción coercitiva e imperativa del Derecho, la supremacía del Derecho producido por el Estado y de la ley como su fuente única (Bobbio, 1998).

Finalmente, el positivismo jurídico como “Ideología del Derecho”, lo trata en el capítulo VII, para señalar que da lugar al llamado positivismo ético porque alude a la pretensión de cómo debe ser el Derecho desde la perspectiva de la realidad, para encontrar que existe un deber absoluto e incondicional, una obligación jurídica (coacción) y moral (convicción) de obedecer la ley por su validez que la hace justa, un valor final (versión fuerte) y por otra parte, el derecho posee un valor independientemente de su contenido (versión moderada), es el instrumento para cumplir el orden (Bobbio, 1998,).

Por su parte, Hart identifica como elemento relevantes del positivismo jurídico que en todo ordenamiento hay normas que conllevan obligaciones seguidas de coerción y que dan lugar a una sanción por su incumplimiento (reglas primarias) y otras que otorgan derecho o potestades cuyo incumplimiento solo impide que se cumpla su propósito, siendo éstas reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación, siendo obligatorias porque el grupo social acepta una norma como modelo de comportamiento intersubjetivamente exigible, o sea, las normas jurídicas son órdenes o mandatos dadas por seres humanos (Ramos-Pascua, 2011).

De otro lado, alude a que no existe conexión necesaria entre Derecho y moral, o sea, entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, ya que los jueces adoptan la regla de reconocimiento, aceptándola, por razones muy variadas: morales, inercia, miedo, intereses egoístas (Ramos-Pascua, 2011).

Según Ramos-Pascua (2011), desde la filosofía analítica del lenguaje, Hart propone la textura abierta del Derecho en cuanto se expresa a través de un elemento abierto que es el lenguaje, por eso

las normas jurídicas contienen términos generales que designan tipos abstractos de

cosas, actos o hechos que se producen en la vida social y “no siempre es posible saber con certeza si cada hecho real es o no reductible o subsumible en el hecho tipo fijado por la norma. La consecuencia de lo anterior es que toda norma jurídica tiene, junto a un núcleo de significado más o menos claro, una zona de penumbra en la que resulta difícil determinar en qué sentido debe aplicarse (p. 338).

Siendo resuelto discrecionalmente por el juez a través de la llamada doctrina de la discrecionalidad judicial, que le permite crear derecho.

Para Ross (2008) la expresión “positivismo jurídico” significa una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica. La expresión “derecho natural” se toma en sentido amplio como la actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, sobre la creencia de que el derecho no puede ser comprendido exhaustivamente en términos de principios empiristas sino que requiere una interpretación metafísica, o sea de los principios y de las ideas inherentes a la naturaleza racional o divina del hombre y que trascienden el mundo de los sentidos. Lo anterior significa que existe conexión necesaria entre el Derecho que es (derecho) y el Derecho que debe ser (moral).

Agrega que es posible establecer la existencia y describir el contenido del derecho en términos puramente fácticos, empíricos, basados en la observación e interpretación de hechos sociales (conductas y actitudes humanas); sin tener que recurrir a principios del derecho natural o de la moral natural para su validez, pues el derecho posee una fuerza moral intrínseca (la “fuerza obligatoria”) que constriñe a los súbditos a través de la amenaza de sanciones y moralmente, en conciencia, por eso el término validez no tiene sentido ni función dentro de la doctrina del derecho, es una idea apriorística que no puede ser reducida a términos empíricos definidos por medio de hechos observables., son modos distintos de hablar acerca del Derecho.

No existe el derecho natural, todo derecho es positivo, los principios o juicios éticos (morales, jurídicos) no son la expresión de verdades, algo a ser descubierto y establecido objetivamente mediante algún proceso de conocimiento.

Finalmente, Dworkin, en voces de Atienza y Ruiz (2009) en la obra los “Los derechos en serio”, propone que el Derecho no está constituido únicamente por reglas, sino también por principios; los cuales no pertenecen al Derecho por razones de pedigrí (derivar de una regla de reconocimiento), sino por razones morales, por eso no existe una clara distinción entre el Derecho y moral. En “Law’s Empire”, plantea que el Derecho no consiste propiamente o exclusivamente en normas, sino que es una actividad, una práctica interpretativa en la que juegan un papel determinante los fines y valores que definen la misma; el Derecho debe tener un carácter normativo, sin que resulte tan importante la descripción de la realidad, “como la participación en esa práctica de cara a conformarla de manera que se logre una realización máxima de los valores y fines que dan sentido a las normas y que tienen primacía sobre ellas” (p. 13).

Los filósofos mencionados coinciden en la transversalidad que tiene el derecho positivo, en cuanto se trata de reglas de construcción social que son imperativas y obligatorias por ser órdenes o mandatos emanados del Estado y tienen un mayor o menor grado de vinculación con la moral y aún no tenerla, sin que su eficacia o validez se vea afectada. Se aprecia que el papel del juez puede ser diferente, porque puede reducirse a una labor mecánica y avalorativa en la aplicación de la norma al caso concreto mediante la subsunción del mismo en la norma (Bobbio, Ross) o activa y creadora de derecho para solventar las lagunas y antinomias que se presentan (Hart, Dworkin).

La crítica del positivismo jurídico, entre otros aspectos, señala Campbell (1989) que se da porque describe el Derecho como un conjunto de reglas que son identificadas, comprendidas y aplicadas mediante el conocimiento técnico de los aplicadores del Derecho, sin tener en cuenta los aspectos morales y políticos de la vida diaria, desatendiendo las modificaciones interpretativas de la filosofía del Derecho sobre el papel crucial de los jueces en la asignación de sentido y significado a reglas que por sí mismas son compatibles con diferentes interpretaciones, además que las decisiones jurídicas dependen de multiplicidad de factores que no consigna la regla.

Agrega dicho autor que los objetivos descriptivos del positivismo jurídico, no pueden ignorar la inteligibilidad y significado que tiene, para quienes operan o son usuarios de las estructuras normativas, pues dan una caracterización

satisfactoria de la institución social compleja, definen el Derecho en términos de hechos sociales, como mandatos de quien ostenta el poder.

Esa descripción del Derecho como un conjunto determinado de reglas, cumple una función ideológica oculta cual es camuflar el poder político de los jueces, de imponer sus propios valores, haciendo pasar sus decisiones como la aplicación moralmente neutral de reglas preexistentes y hacer creer que los ciudadanos y los jueces están limitados por un deber de manifestar total obediencia a los requerimientos de un “Derecho” objetivamente determinado.

1.3. El constitucionalismo

El constitucionalismo y la democracia han mantenido una relación histórica, siendo el primero, un fenómeno o mecanismo que surge por la necesidad de los Estados de tener una norma de normas, que irradie todo el ordenamiento jurídico del Estado y por tanto la integre en un sólo sentir, que no es otro que la efectividad y cumplimiento de los cometidos del Estado, traducidos en la materialización de los derechos y garantías. La democracia en términos generales, es el sistema representativo que garantiza la participación popular en el poder político (Ruiz, 2004).

Así, es la Constitución la ley de leyes, la ley fundamental a la cual deben las demás normas siempre y en todo momento tener como su norte, es decir, que deben buscar su aplicación y materialización, por lo que la idea que la ley u otra norma inferior desconozcan la primera no es una opción dentro del constitucionalismo, toda vez que las leyes quedan reguladas y supeditadas a las disposiciones abiertas de la Constitución.

Sin embargo, en la búsqueda de esa armonía se generan tensiones históricas, debido a la relación entre la democracia y el constitucionalismo, y de otra parte a las injerencias del iusnaturalismo y el iuspositivismo que han existido hasta la fecha en los indistintos ordenamientos jurídicos.

Adicionalmente, se debe resaltar que el constitucionalismo en su formulación inicial se sitúa aproximadamente en el año de 1688, cuando se dio la revolución inglesa, debido a la necesidad de formular unos límites al control político del rey para garantizar los derechos de los súbditos y a su vez establecer que la autoridad del gobierno derivara de la norma constitucional.

Dicha necesidad surge del imperativo de erigir un nuevo orden de cosas en la vida social, en oposición a totalitarismos y autoritarismos, buscando a través de mecanismos jurídicos y políticos la prevención de cualquier forma de repetición, esto es que no se vuelvan a presentar los desmanes y abusos de las monarquías y dictaduras en contra de las personas y sus derechos.

Para ello se plantearon mecanismos de solución de conflictos, basados prácticamente en la concepción del Estado de derecho o Estado legal, con sus potencialidades y con sus insuficiencias, siendo desarrollado por un conjunto de actores dinámicos del derecho, en especial los operadores jurídicos, pues las constituciones que se expidieron con posterioridad a la revolución inglesa tienen el carácter de norma de reconocimiento de la validez de las leyes.

Dicho fenómeno desembocó en 2 tipos de constitucionalismo, el francés y el estadounidense, los cuales estuvieron influenciados por el pensamiento iusnaturalista e ilustrado e iusnaturalista y republicano, respectivamente, siendo la diferencia significativa que el primero adoptó el criterio de que la Constitución solemniza la garantía de los derechos y la organización y división de los poderes, sin tener una relevancia significativa jurídica en los ordenamientos jurídicos que la adoptaron porque dicho texto fue considerado superior más desde un punto de vista político que jurídico, mientras que en el segundo dejó de lado las consagraciones anteriores, para consagrar la Constitución como una norma superior a cualquier ley ordinaria.

El desarrollo histórico del constitucionalismo evidencia el abandono del legalismo, sin que se advierta fácilmente dicha circunstancia en las codificaciones constitucionales porque ésta se dio por diferentes prácticas jurídicas, al punto que las constituciones contemporáneas tienen respuesta para todo, no hay problema jurídico que no encuentre alguna solución en las disposiciones constitucionales, lo que se conoce como el efecto de irradiación referido por *Ausstrahlungswirkung*. Dicha codificación permea todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, tanto que la constitución y demás normas comparten los mismos objetivos para alcanzar indistintos cometidos estatales, por lo que cualquier operador jurídico al aplicar una norma subconstitucional (leyes y demás normas inferiores) también está aplicando la constitución misma.

Otra mirada y consecuencia del efecto de irradiación, es que:

La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que –como la experiencia lo enseña– podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático. (Ferrajoli, 2003, p.35).

Ahora bien, se debe tener en cuenta que, según Ferrajoli (2011), todo ordenamiento jurídico contiene alguna ‘pretensión de corrección’ y algún ‘mínimo ético’, de lo cual se advierte que el derecho y la moral estarían vinculados, de lo cual depende la justicia, pues en cierta medida es un elemento necesario del primero y una condición de validez de las normas, siendo una característica del iusnaturalismo, sin embargo dicho elemento es compartido por el constitucionalismo anti-positivista (constitucionalismo ético), teniendo en cuenta que los principios constitucionales se forman como objetivamente justos, pero es una tesis opuesta a la iuspositivista de la separación, que señala que la existencia o la validez de una norma no implica que ésta sea justa o válida, cumpliendo así solo con el principio de legalidad como fuente de reconocimiento del derecho existente, máxime cuando las constituciones que se pretende justas pueden no serlo y para algunos morales y políticamente cuestionadas.

1.4. El neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo como una nueva teoría constitucional surgió tras la segunda guerra mundial, caracterizándose por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, no solamente para fijar la forma de organización del poder sino también para garantizar los derechos de los asociados, la consagración de fines sustantivos y su concreción, a través de la proporcionalidad y tendencia ínsita a

reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales (Nieto, 2012).

Sin embargo en la resolución de dichos conflictos surgen tensiones al momento de interpretar la norma aplicable al caso y su posible solución, presentándose así reiteradas e inacabadas discusiones históricas entre el concepto de justicia, democracia, iusnaturalismo, iuspositivismo, entre otros, como la vinculación entre el derecho y la moral.

Para varios autores, entre ellos Ruiz (2004), el neoconstitucionalismo históricamente surgió, en un momento progresista, del choque y unión del constitucionalismo francés (legalistas o simples estados de derecho) y el estadounidense (constitucionales o estados constitucionales de derecho), convergiendo lo fundamental de dichas corrientes, esto es, la rigidez constitucional y el control externo de constitucionalidad de la legislación, mejorando el anterior modelo legal o legalista mediante un tipo de interpretación y aplicación del derecho sustancial, así como en los principios constitucionales que conlleven a una mayor y mejor protección de los derechos constitucionales.

Es una nueva visión del Estado de derecho, donde fungen las normas jurídicas de 2 clases, las reglas como normas legalistas y los principios como normas constitucionales, para alcanzar, garantizar y materializar los derechos reconocidos.

Desde tal perspectiva, Susanna Pozzolo (1998) señala que existen 4 características que determinan el neoconstitucionalismo, las que identifica, así:

- 1) Principios versus normas, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico se compone de normas y principios, diferenciándose en que los segundos tienen una dimensión mayor de peso o importancia, siendo entonces valores morales positivados, por lo que la mayoría de veces son consagrados en un lenguaje vago y un alto nivel de abstracción, debiendo para su aplicación recurrirse a la interpretación y la argumentación jurídica, toda vez que se deben extraer del texto constitucional idóneo para regular la controversia en cuestión.

2) Ponderación versus subsunción, que se refiere al método interpretativo y aplicativo que requieren los principios, toda vez que éstos no serían interpretados y aplicados con el método de la subsunción, propio de las normas, por lo que se debe acudir al método de ponderación o balanceo, que consiste en: a) la identificación de los principios idóneos para regular el caso en cuestión, por lo general se encuentran más de uno y se presenta entre estos antinomias parciales, sin que sean por eso excluyentes; b) los principios identificados deben ser sopesados para establecer la relación jerárquica de los mismos, lo cual debe ser axiológico; c) la caracterización en concreto de la jerarquía axiológica instaurada, es decir que se construye en relación al caso en cuestión y dependerá de las características propias del mismo, por lo cual el principio que prevalece puede ceder en el juicio de otro caso.

3) Constitución versus independencia del legislador, que consiste en la penetración del texto constitucional en el Estado y su ordenamiento jurídico, por lo que la materialización o sustancialización de la constitución tiene por objeto la distribución y la organización de los poderes, así como tiene un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales, llegando la ley a convertirse en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales.

4) Jueces versus libertad del legislador, se refiere a la interpretación creativa de la jurisprudencia, debido a que al juez se le encarga una continua adecuación de la legislación a las disposiciones constitucionales al resolver el caso concreto, abandonando el método de la subsunción por la interpretación y aplicación de los principios al asunto en cuestión, debido a la injerencia de la constitución, por lo que el papel del juez es un elemento racionalizador del sistema jurídico, pues su interpretación moral del caso incide en la definición de las palabras del ordenamiento jurídico.

De la misma manera, Guastini (2001) considera que la constitucionalización tiene las siguientes características:

- a) Una constitución rígida, es escrita y se encuentra protegida para que la legislación ordinaria no la pueda derogar, modificar o abrogar, pues éstas solo proceden a través de un procedimiento especial.
- b) La garantía jurisdiccional de la Constitución, asegura la rigidez de la constitución porque permite un control de las leyes con la Constitución.
- c) La fuerza vinculante de la Constitución, es la carga ideológica de la cultura política del Estado respectivo, concretizado en principios generales que exigen interpretación y concretización para su aplicación y disposiciones programáticas sobre derechos sociales.
- d) La “sobreinterpretación” de la Constitución, la cual permite superar cualquier aparente laguna gracias a los principios que existen en la constitución.
- e) La aplicación directa de las normas constitucionales para controlar el poder y regular las relaciones sociales buscando desarrollar sus principios.
- f) La interpretación conforme de las leyes, donde el juez preferirá la interpretación que mejor se adecue al texto constitucional y al caso en cuestión.
- g) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que permite dirimir las controversias que se presenten entre los diferentes actores del sistema constitucional respectivo.

En todo esto adquiere especial relevancia el papel de la persona, sea individual o colegiada, pues de acuerdo a su formación personal y profesional y sus condiciones socioeconómicas puede incidir en la decisión del mismo, por lo que “La doctrina del neoconstitucionalismo sostiene la prevalencia del punto de vista interno, del punto de vista del participante, en relación con el del observador desinteresado. Sólo desde la perspectiva del participante es identificable la decisión justificada” (Pozzolo, 1998, p. 343).

De otro lado, acerca de la vinculación entre el derecho y la moral, Dworkin ha indicado que todo caso difícil tiene solamente una única respuesta correcta, mientras que para Alexy existen varias posibles respuestas. Sin embargo, estas posturas no se excluyen, pues aparentemente el problema

deviene y es heredado de las clases de Estado, así el Estado de Derecho se caracterizó por ser un estado legalista con una interpretación formal del derecho, mientras que en el Estado Constitucional de Derecho los principios adquieren una gran importancia, con formas de interpretación más material o sustantiva.

Por lo anterior, debe tener presente que el neoconstitucionalismo, como formulación de una tendencia constitucional liberal, pretende abrigar los derechos fundamentales y sería la condición necesaria para poder conservar la democracia representativa, debiéndose respetar los derechos de las minorías, pues una cosa es el principio de la mayoría y otra muy diferente el dominio de la mayoría (Kelsen), garantizándoles a todos los asociados sus derechos a través de sendos mecanismos de protección, con el fin de no repetición de los abusos de las monarquías y estados absolutistas.

No obstante, para Garzón-Valdés no bastaría sólo con los tradicionales derechos civiles y políticos y sus correspondientes garantías, sino también tendría que haber espacio para los derechos de segunda y tercera generación y obviamente con la obligación por parte del Estado de garantizarlos. Esto se puede lograr a través de un régimen de democracia representativa, que ofrezca las mismas posibilidades de autonomía para todos sin exclusión y que justamente toma a este conjunto de bienes básicos como los requisitos esenciales para permitir desarrollar la autonomía, la dignidad y la inviolabilidad de sus derechos mínimos, esos que no pueden desconocerse por nadie ni por la voluntad popular (Mantari, 2011).

Así, quienes tienen la función de materializar y aplicar la constitución por excelencia son los jueces y los legisladores al estar obligados a ser constantes y coherentes con las disposiciones constitucionales (normas y principios) en el momento de resolver un caso o legislar, respectivamente, aun cuando la decisión o la ley no goce del beneplácito de la voluntad mayoritaria.

Pero, no se puede desconocer que por ser un fenómeno histórico, como ya se hizo alusión, éste necesita del concurso activo de los actores del Estado constitucional de derecho, esto es de la comunidad académica, profesionales del derecho, las autoridades estatales y demás asociados, para aportar a su continuo y material desarrollo en pro de la constitucionalidad y su irrigación en el ordenamiento jurídico.

Ahora, como dichas formas de Estado convocan a las autoridades judiciales a la actividad o activismo judicial, puede que la ponderación de éstos al momento de resolver el caso sometido a estudio se aparten del sentir constitucional del Estado en cuestión, al dejar puertas abiertas a la discrecionalidad para solucionar la controversia, lo cual desplaza la racionalidad pretendida, con el surgimiento del constitucionalismo y neoconstitucionalismo, para alejar y desterrar cualquier asomo de arbitrariedad o subjetivismo del Estado en contra de sus asociados, teniendo en cuenta, eso sí, que el neoconstitucionalismo presenta una vocación más localista o menos universalista por cuanto expresamente circunscribe su teoría al modelo jurídico-político en donde se presenta la controversia.

De otra parte, se advierte que dicha estimulación no se puede quedar corta, en el sentido de que sólo se dirige al activismo judicial, pues dicho activismo, no judicial, puede ser desempeñado por las autoridades legislativas o administrativas en la consecución de los cometidos estatales, a través de la interpretación y aplicación de las normas y principios constitucionales al momento de ejercer sus funciones para resolver un caso.

CONCLUSIONES

La historia del pensamiento deja al descubierto que el concepto e ideal de justicia ha sido elaborado desde diferentes perspectivas jurídicas, filosóficas y políticas que responden a las circunstancias sociales de la época, desde una virtud individual de clase (Platón y Aristóteles) hasta una virtud comunitaria (Santo Tomás, Kant), desde la materialidad del reparto de cosas individuales (Aristóteles, Ulpiano) hasta la distribución de las cosas comunes (Santo Tomás, Kant, Rawls, Alexy), desde su identificación con el derecho natural (Platón, Aristóteles, Ulpiano) hasta la consagración y aplicación del derecho positivo (Kant, Kelsen), sin dejar de mencionar su identificación con la moral, la equidad, la felicidad, la libertad o su fundamentación en los principios y aun, la aplicación que hacen los jueces de las reglas, sin que en la actualidad dicho concepto haya sido precisado.

Con el surgimiento del Estado moderno junto con la consolidación del Derecho positivo, puso a la humanidad a resolver un nuevo conflicto en la filosofía del Derecho sobre la existencia y prevalencia del derecho natural o del derecho

positivo, posicionándose las tesis iuspositivistas en cuanto lograron que el derecho positivo fuera el único y verdadero derecho, contenido en la ley emanada de la autoridad encargada de su expedición (Bobbio) o mandatos de creación social (Hart, Ross) de obligatorio cumplimiento, siendo controversial lo relacionado con su validez, legitimidad e interpretación o valoración y su relación con la moral, lo mismo que el papel mecánico inicial del juez y activo en los tiempos recientes, en cuanto y en tanto sólo puede aplicar la ley en el sentido que le dio el legislador o aplicarla junto con valores y principios que le permiten crear derecho, esta es la punta del iceberg que irradia la aparición de las teorías constitucionalistas y neoconstitucionalistas.

El proceso de constitucionalización comprende tanto al constitucionalismo como al neoconstitucionalismo, por lo cual de entrada es difícil llegar a diferenciarlos, pues sin lugar a duda los 2 responden a la necesidad de delimitar el ejercicio del poder público para garantizar el derecho de los ciudadanos a través de instrumentos (normas, reglas y principios) dispuestos para alcanzar tan loable fin, sujetos a la valoración moral del juez.

Las tensiones derivadas del derecho natural y el derecho positivo, derecho y justicia, a pesar de los siglos que llevan en discusión, hoy en día conservan su actualidad porque el operador judicial se mueve entre los conflictos que emergen de la aplicación de los principios constitucionales y legales en donde se encuentra incita la equidad y la moral versus la rigidez de la legalidad en aras de la justicia formal (rogada) o material, pues no necesariamente una solución legal a un caso concreto es en sí una decisión justa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Alexy, R. (1997). *Los conceptos de derecho y justicia. Justicia Como Corrección*. (Ana Inés Haquín, Trad.). Universidad Crithian Albrecht de Kiel. Recuperado de: www.biblioteca.org.ar/libros/140319.pdf
- II. Atienza, M., y Ruiz, J. (2009). *Dejemos Atrás El Positivismo Jurídico*. Bogotá, Colombia: Ed. Temis.
- III. Bobbio, N. (1998). *El Problema del Positivismo Jurídico*. (Rafael de Asís y Andrea Greppi, Trad.). Madrid, España: Editorial Debate S.A.
- IV. Campbell, T. (1989). “El sentido del positivismo jurídico” [Versión electrónica]. *Cuadernos de filosofía del Derecho*, (25), 1-66. Recuperado de: <http://publicaciones.ua.es/filespublici/pdf/02148676RD3949576.pdf>
- V. Ferrajoli, L. (2003). “*Pasado y futuro del Estado de derecho*”, en Carbonell, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid. Recuperado de: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>
- VI. Ferrajoli, L. (2011). “*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, (34), ISSN: 0214-8676. 15-53, (Traducción de Nicolás Guzmán).
- VII. González-Monguí, P. E. (2013). “Reseña del artículo de Hans Kelsen titulado *¿Qué es justicia?*”. *Revista Verba Iuris*, (29), 181-185. Recuperado de: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/29/VERBA-IURIS-NUMERO-29.pdf>
- VIII. Guastini, R. (2001). “*Estudios de teoría constitucional*”, primera edición, editorial Doctrina Jurídica Contemporánea.
- IX. Mantari, G. C. (2011). *¿Qué es el neoconstitucionalismo?* [Mensaje en un blog]. Recuperado de: <http://temasconstitucionales.blogspot.com/2011/01/que-es-el-neoconstitucionalismo.html>
- X. Martínez, J. G. (1992). *El Concepto de Justicia En El Pensamiento de Norberto Bobbio y Otras Cuestiones de su Filosofía Jurídica*. [Versión electrónica]. Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119299.pdf>.
- XI. Melo, I. M. (2004). “Algunos aportes al concepto de justicia”. [Versión Electrónica]. *Civilizar*, 7(97), 118. Recuperado de: http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista7/ALGUNOS_APORTES_CONCEPTO_JUSTICIA.doc
- XII. Nieto, E. (2012). “*Democracia y Neoconstitucionalismo*”. Recuperado de <http://eduardohernandonieto.blogspot.com/2008/07/qu-es-el-neoconstitucionalismo.html>
- XIII. Olivari, W. (2008). “Sobre la justicia en el libro “La República” de Platón”. *Prolegómenos: Derechos y Valores*, 31

- (21), 99-108.
<https://doi.org/10.18359/prole.2529>
- XIV. Ponce, E. (2005). “Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy”. [Versión electrónica]. *Jurídica: anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, (35), 211–234. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr11.pdf>
- XV. Pozzolo, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, número 21, Fascículo: 2, 339-354. <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.25>
- XVI. Ramos-Pascua, J. A. (2011). “Teoría positivista del Derecho y derechos naturales en H. L. A. HART”. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, (12), 331-364. https://doi.org/10.5209/rev_ANDH.2011.v12.38108
- XVII. Ross, A. (2008). “El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”. *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho*, (12) 199-220. Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/el-concepto-de-la-validez-y-el-conflicto-entre-el-positivismo-juridico-y-el-derecho-natural.pdf
- XVIII. Ruiz, A. (2004). “Constitucionalismo y democracia”. *ISONOMÍA*, (21), 51-84.
- XIX. Sánchez, G. (1984). *Acerca de la Justicia en Santo Tomas De Aquino*. [Versión electrónica]. *Centro de Estudios Públicos*. Recuperado de: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_790_1102/rev28_sanchez.pdf
- XX. Squella, N. A. (2010). “Algunas concepciones de la justicia”. [Versión electrónica]. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (44), 175-216. Recuperado de: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/504>
- REFERENCIAS COMPLEMENTARIAS**
- XXI. Esquivel, J. R. (s.f.). *Positivismismo Jurídico y Jusnaturalismo*. México. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/422/14.pdf>
- XXII. López, H. J. (2004). *El concepto de Derecho de Alf Ross en su etapa analítica*. [Versión electrónica]. Universidad de Murcia. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217075.pdf>
- XXIII. Martínez, B. J. (2006). “Santo Tomás de Aquino y la Teoría de la Justicia”. *Derecho y Humanidades*, (12), 109-117. Recuperado de: www.revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/.../1674.
- XXIV. Munné, G. J. (2005). “Quién pudiera ser positivista. Los modelos de ciencia jurídica y el debate actual sobre el positivismo jurídico”. *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (2), 101-118. Recuperado de: http://universitas.idhbc.es/n02/02-06_munne.pdf
- XXV. Parra-González, A. DEL P. “Justicia Restaurativa y Otros Tipos de Justicia”. *Cátedra virtual de Justicia Restaurativa*. Recuperado de: <http://portales.puj.edu.co/justrestaurativa/Modulo%20III/JusticiaRestaurativa/mastograficos/M03U02.pdf>
- XXVI. Pokrovski, V. S. (1966). *Historia de las Ideas Políticas*. México: Editorial Grijalbo.
- XXVII. Squella, N. A. (2006). “Justificar Decisiones Jurídicas y Justificar Decisiones Judiciales”. *Revista de Derecho*, 19(1), 277-292. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/1737/173713781015.pdf>
- XXVIII. Vaughan, N., Suárez, E., y Pérez, M. (2013). *Manual de Citas y Referencias Bibliográficas*. [1a Edición]. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.