


## ¿NEO? – CONSTITUCIONALISMO\*

## NEO? – CONSTITUCIONALISM

*Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 508-519*

\* El autor agradece a la colega e incondicional colaboradora CAROLINA MEZA P, sin cuya ayuda hubiera sido imposible concluir la versión definitiva de este texto. Los errores que el lector halle en las páginas que siguen, son de exclusiva responsabilidad del autor que suscribe este artículo.



J. Ignacio  
NÚÑEZ  
LEIVA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 13 de diciembre de 2013  
**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de octubre de 2014

**RESUMEN:** El presente trabajo plantea la existencia de coincidencias entre las ideas más representativas del Neoconstitucionalismo con elementos desarrollados previamente por el denominado Movimiento del Derecho Libre.

**PALABRAS CLAVE:**Freirechtsbewegung, Neoconstitucionalismo, Teoría del Derecho, Constitucionalismo.

**ABSTRACT:**This paper discusses the existence of similarities between the most representative ideas Neoconstitutionalism with items previously developed by the so-called Freirechtsbewegung.

**KEY WORDS:** Freirechtsbewegung, Neoconstitutionalism, Theory of Law, Constitutionalism.

**SUMARIO:** I. Introducción.- II. Antecedentes.- III. ¿Neoconstitucionalismo sin Constitución (escrita)?- IV. ¿Derecho Libre Constitucionalizado?- V. Corolario.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

La aparición del Movimiento del Derecho Libre (en adelante El Movimiento) fue una respuesta a la Ciencia Jurídica imbuída por la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania y la Escuela de la Exégesis en Francia. Pese a su temprana disolución, este es uno de los movimientos de mayor influencia en la más reciente historia del pensamiento *iusfilosófico*. Prueba de ello es que resulta fácil detectar la presencia de sus ideas principales en diversas escuelas y movimientos contemporáneos, en particular en el Neoconstitucionalismo. Justamente esta es la hipótesis que deseamos plantear en el presente trabajo.

Dichas semejanzas no son aisladas. Sin mucha dificultad sería posible encontrar similitudes entre las ideas neoconstitucionalistas y otras líneas de pensamiento. Lo interesante de este nexo *Neoconstitucionalismo–Movimiento del Derecho Libre* radica en que las coincidencias no se producen en puntos insulares o inconexos sino que alcanzan a algunos de los principales elementos con que cada uno construye su imagen del fenómeno jurídico. Lo anterior nos hace pensar que el Neoconstitucionalismo se ubica dentro de una tradición jurídica de reacciones antiformalistas (y *contracodificadoras*) cuya principal novedad es que construye su estrategia argumentativa a partir de un hecho que no necesariamente causó, pero que luego sí alimentó: la existencia de constituciones plenamente normativas. En tal sentido este *neo constitucionalismo* sería novedoso como Filosofía Política, pero no tanto como Teoría del Derecho, Metodología del mismo o Ciencia Jurídica.

## II. ANTECEDENTES.

Para hallar los antecedentes más inmediatos del Neoconstitucionalismo nos hemos remontado a los orígenes del Estado de Derecho, a las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII.

### • J. Ignacio Núñez Leiva

Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Post Graduado en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España: Especialista en Constitucionalismo y Garantismo (2009) y Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales (2012). Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) y Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. Investigador; Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae. Miembro de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Correo electrónico: jinunez@uc.cl – jinunez@uft.cl

Ahora bien, si una de las tesis del Neoconstitucionalismo propone algún grado de conexión entre Derecho y Moral, ¿por qué regresar sólo hasta las revoluciones liberales? Si la pugna entre *positivistas* y *iusnaturalistas* se remonta al menos a los tiempos del imperio griego (e incluso para los más fervientes hasta el *bigbang* o el génesis).

La razón que justifica la elección de este horizonte histórico es que el quiebre con la estructura monárquica absolutista y su estilo de producción normativa, renueva la discusión acerca de la validez material del Derecho. Allí surgió el actual sistema jurídicamente disciplinado de producción normativa, que aunque en sus orígenes contuvo únicamente prescripciones procedimentales, paulatinamente adquirió complejidad. Y esto último, como sabemos, tuvo su inicio en la época ya mencionada, testigo del tránsito desde los *Estados con derecho*<sup>1</sup> hacia los *Estados de Derecho*, constituciones mediante.

El *Movimiento del Derecho Libre* (*Freirechtsbewegung*) nace en Alemania a finales del siglo XIX. Sus figuras más representativas son Eugen Ehrlich, Ernst Fuchs y Herman Kantorowicz. Fundamentalmente a sus ideas hemos acudido para tratar de reseñar el pensamiento de este movimiento.

El *Freirechtsbewegung* reaccionó en contra del formalismo que campeaba en la ciencia jurídica de la época y que fue alimentado por la *Escuela de la Exégesis* en Francia y por la *Jurisprudencia de Concepto* en Alemania. Escuelas que –siguiendo una síntesis propuesta por García Amado<sup>2</sup>– coinciden en las siguientes tesis:

- a. Sostienen que el sistema jurídico es completo y perfecto, y que proporciona siempre una única solución correcta para cada caso concreto, ya sea por la vía del derecho codificado en Francia o por intermedio de esencias *prepositivas* en Alemania.
- b. Comprenden a la actividad judicial como un procedimiento meramente subsuntivo de índole mecánica.
- c. Describen (y prescriben) al razonamiento jurisdiccional como un silogismo simple, del que la premisa mayor es la regla jurídica y la premisa menor los hechos, sin que estén presentes en él ulteriores presupuestos. Por tanto, sólo de aquellas dos premisas o factores se deriva con necesidad lógica el fallo a modo de conclusión.

1 La frase pertenece en autoría a ELÍAS DÍAZ: DÍAZ E.: “Estado de Derecho y legitimidad democrática”, en *Estado de Derecho, concepto fundamentos y democratización en América latina* (CARBONELL, M., OROZCO, W. y VÁSQUEZ, R.), México (2010): Siglo XXI, p. 87.

2 GARCÍA AMADO, J.: *El derecho y sus circunstancias*. Bogotá (2010): Universidad Externado de Colombia, p. 87.

- d. Conciben a la labor del juez como una operación meramente cognoscitiva abstracta. Ello implica que el sentenciador no es propiamente alguien que decide, sino que conoce lo que para un caso dispone como solución necesaria el sistema jurídico. Su labor se circunscribe a extraer las consecuencias del sistema para ese caso, pero sin acudir a insumos morales, políticos o de cualquier otra índole que imprima un talante valorativo.
- e. Para ellas el juez es un científico. Su labor se aparta remotamente de la actividad decisoria legislativa.

### III. ¿NEOCONSTITUCIONALISMO SIN CONSTITUCIÓN (ESCRITA)?

El Movimiento del Derecho Libre fue acusado de querer disolver el principio de legalidad, de propugnar un incontrolado activismo judicial y de bregar por el desvanecimiento de la seguridad jurídica<sup>3</sup>, pecados que en los anales del siglo XXI se han imputado también a prestigiosas y difundidas variantes del paradigma (neo) constitucionalista. ¿Por qué?

Según hemos indagado, el pensamiento del *Freirechtsbewegung* se articula en base a 5 tesis principales: una tesis sobre las fuentes del Derecho, otra sobre las lagunas (jurídicas) legales, una tercera acerca de la derrotabilidad de la ley y las lagunas axiológicas, una cuarta referida a la reconstrucción de la Ciencia Jurídica y una quinta acerca del rol del juez. Para apreciarlas nos valdremos de la elocuencia de sus autores quienes, con frecuencia, resumieron sus posturas en frases profundamente certeras y reveladoras.

La tesis de las Fuentes del Derecho propuesta por El Movimiento del Derecho Libre rompe directamente con la orientación legicentrista del Derecho (al igual que hoy lo hace el Neoconstitucionalismo). En palabras de sus autores se resume de la siguiente manera: *el Derecho no es sólo estatal, es libre y vivo*.

Afirma que junto al Derecho positivo encarnado en la Ley existe otro Derecho, al que llama *Derecho Libre*. Este nuevo Derecho –más bien esta nueva fuente– tendría como características distintivas: su procedencia no estatal: se genera en el seno de las sociedades, identificándose con la moral social<sup>4</sup>, su ausencia de formalización, que no lo hace requerir actos de promulgación para alcanzar vigencia<sup>5</sup>, y su amplitud, pues contempla toda clase de normas, no sólo de decisión o adjudicación, sino

3 GARCÍA AMADO, J.: "Ernst Fuch y la doctrina del derecho libre". *Anuario de filosofía del Derecho XVI* (1997), p. 804.

4 DE PRADA, A.: "Por un modelo de jurista: El movimiento del derecho libre". *Boletín de la facultad de Derecho UNED* (2001), núm. 18, p. 35.

5 SEGURA ORTEGA, M.: "Kantorowicz y la renovación jurídica". *Dereito Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* (1993), vol. II, núm. 2, p. 155.

también de organización social<sup>6</sup>. Como conceptos integrantes de este Derecho los referidos autores mencionan nociones tales como: *Justicia social, equidad, bien común* y otros que para nuestro lenguaje contemporáneo corresponderían a la categoría de valores o principios. Emerge entonces una fuente del Derecho metalegal que implica –de paso– una clase de conexión entre Derecho y Moral.

La tesis del Movimiento sobre las lagunas se resume en la siguiente frase de uno de sus autores más representativos: en el *Derecho hay tantas lagunas como palabras*<sup>7</sup>. Afirmación que en la época resultaría al menos excéntrica.

En esencia, esta tesis consta de dos aristas. Una, en cuya virtud se denuncia la incapacidad irremontable de las disposiciones legales –generales y abstractas– para disciplinar el incommensurable ámbito de las relaciones humanas. La otra, cuestiona directamente el método de aplicación del Derecho a partir del cual se afirmaría su plenitud. El Movimiento sostiene que la analogía no es autoregeneración del Derecho sino creación del mismo<sup>8</sup>.

Sin embargo, su afirmación de la existencia de lagunas es relativa. Mientras para el positivismo de la época las lagunas no existen, pues en los espacios donde no hay norma expresa la aplicación de la analogía y la lógica deductiva permitiría regenerar o clonar el Derecho, para el Movimiento aquella actividad sería simple actividad creadora de Derecho. Para ellos, en los confines del Derecho escrito no hay discrecionalidad (como diría hoy el positivismo) sino que hay otro Derecho, el que proviene del Derecho Libre. Las lagunas se colman con Derecho mediante lógica inductiva y con intermediación judicial. ¿No se parece esta tesis a la idea de la aplicación directa de la Constitución sin intermediación de una ley?

La tesis del Movimiento sobre la derrotabilidad de la ley también se contienen en una afirmación: *El juez puede y debe prescindir de la ley*. Esta idea adelantó lo que más posteriormente se rotularía como *lagunas axiológicas*. Para Fuchs –un autor representativo del movimiento- toda regla jurídica ha sido elaborada para un caso *normal* (de hecho distingue reiteradamente entre lo que hoy llamaríamos *casos fáciles y difíciles*), pero las “*circunstancias especiales*” del caso siempre pueden requerir una respuesta especial. Y la esencia del arte jurídico consistiría, específicamente, en reconocer esas circunstancias especiales<sup>9</sup>. Cuando una norma positiva, aplicada al caso concreto no proporcione una solución justa, a la luz del Derecho Libre, el juez podría prescindir de la ley y aplicar directamente el Derecho suprallegal<sup>10</sup>.

6 EHRlich, E.: “Libre investigación del Derecho y Ciencia del Derecho libre”, en *Escritos sobre sociología y jurisprudencia* (EHRlich, E.). Madrid (2005): Marcial Pons, p. 85.

7 SEGURA ORTEGA, M.: “El movimiento del Derecho Libre”. *Anuario de filosofía del Derecho* (1993), núm. X, p. 430.

8 SEGURA ORTEGA, M.: “El movimiento”, cit., p. 431.

9 GARCÍA AMADO, J.: “Ernst Fuchs”, cit., p. 805.

10 GARCÍA AMADO, J.: “Ernst Fuchs”, cit., p. 805.

Nuevamente estamos frente a una de las ideas que hoy circulan con libertad en el Neoconstitucionalismo.

La tesis del Movimiento sobre la Ciencia Jurídica se condensa en la siguiente fórmula: *menos Sherlock Holmes y más jueces Holmes*<sup>11</sup>. Sin perjuicio de que en el ámbito metodológico sus autores optaron por caminos distintos (algunos estimaron a la sociología como verdadera ciencia del Derecho) todos coincidieron en el papel de la Ciencia Jurídica como fuente del Derecho. A ella le correspondía identificar el Derecho, empleando -entre otras- herramientas argumentativas. Para ellos, el Derecho es argumentación, tal como hoy lo es para los neoconstitucionalistas.

#### IV. ¿DERECHO LIBRE CONSTITUCIONALIZADO?

Por último, la tesis del Movimiento sobre el rol del Juez no hace otra cosa que anticipar al Juez Hércules de Dworkin, nos dice: *no hay más garantía de justicia que la personalidad del juez*. Para muestra del pensamiento del movimiento en esta materia, reproduzco textualmente un pasaje de una obra de Fuchs, que presente evidentes similitudes a pasajes del *Derecho Dúctil* de Zagrebelsky: *Al momento de la decisión (el juez) debe prescindir del enmascaramiento de las valoraciones inherentes a la actividad jurisdiccional bajo el manto de una técnica pretendidamente objetiva. Las valoraciones y ponderaciones del juez deben ser explícitas y susceptibles de revisión pública. Con este doble acercamiento de la actividad judicial al sentir social (en la ponderación y en la decisión transparente), nos dice el mismo autor, la actividad del juez adquirirá mayor legitimidad democrática*<sup>12</sup>.

Por su parte, aunque tenga su origen en la fusión de diversas biografías, el Neoconstitucionalismo es una doctrina alimentada por la Constitucionalización del Derecho, escenario que tiene su causa en la fusión de las tradiciones de las cartas políticas y las constituciones garantizadas. No es el Neoconstitucionalismo el que ha generado el denominado Estado Constitucional de Derecho sino que, a la inversa, el surgimiento de éste ha estimulado la proliferación del amplio espectro de ideas que se albergan (o a veces se estigmatizan) bajo el título de neoconstitucionalistas.

El origen directo del concepto, vinculado a la escuela genovesa, da cuenta del talante impreso en él. Con aquel rótulo se intentaba describir el funcionamiento del sistema jurídico luego de las transformaciones provocadas por la Constitucionalización del Derecho. Lo que para algunos implicaba la autonomía hermenéutica de las Cartas Fundamentales -POZZOLO, por ejemplo-, para otros -como BARBERIS, COMANDUCCI O ATIENZA-, suponía la existencia de teorías postpositivistas del Derecho.

<sup>11</sup> SEGURA ORTEGA, M.: "El movimiento", cit., p. 443.

<sup>12</sup> GARCÍA AMADO, J.: "Ernst Fuchs", cit., p. 810.

Luego, pareciera ser que la alusión al constitucionalismo en esta rúbrica es más historiográfica que descriptiva. El Neoconstitucionalismo no se vincula en todos sus planos necesariamente con la noción moderna del Constitucionalismo, al menos no en todos sus sentidos.

En línea de principio, el Neoconstitucionalismo manifiesta tensiones notorias con la noción de Constitucionalismo como Codificación del Derecho Público, pues su operación concreta a través de los principios y directrices, al mismo tiempo que abre el contenido de los preceptos de textura abierta (con condición de aplicación subdeterminada o con consecuencia jurídica ausente o difícil de identificar) petrifica el sistema jurídico al reconocer como parte de él únicamente a normas deudoras o tributarias de las normas constitucionales. El Derecho, al mismo tiempo que amplía su norma de reconocimiento o expande los parámetros de validez de la Norma Fundamental (especialmente los sustantivos), restringe el desarrollo del Derecho infraconstitucional, no sólo reemplazando el conocido principio dinámico con que Kelsen y sus herederos caracterizaban el sistema jurídico, sino que también esta Norma Fundamental repleta de principios, valores y directrices –colmada de un *Derecho Dúctil*, parafraseando a Zagrebelsky- se convierte en Carta Fundamental y adquiere la potencia no solo de invalidar, sino también de desplazar en su aplicación al Derecho legislado y codificado.

En tal contexto, el Neoconstitucionalismo, como modelo de Constitución, pareciera ser un dato, un hecho de la realidad, que revela lo realmente interesante para los teóricos y filósofos del Derecho: la aparente insuficiencia del positivismo teórico para dar cuenta de los actuales sistemas jurídicos y la eventual incapacidad del positivismo metodológico para operar en aquellos. Por eso, creemos que el Neoconstitucionalismo tiene algo de Constitucionalismo, pero mucho más de Teoría y Metodología del Derecho. De ahí, como afirma ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, su éxito entre los filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas y entre los constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho.

Las principales ideas compartidas por la mayoría de las versiones del Neoconstitucionalismo también se pueden resumir en famosas frases de autores representativos del movimiento: la *Separación del Derecho respecto de la Ley*, la irrupción de las *Criaturas de la Moralidad*, la consolidación de la *Máquina de las Lagunas*, la concepción argumentativa del Derecho y un modelo particular de juez: *Hércules*. La primera, corresponde a un reporte acerca del estado actual de las fuentes formales del Derecho, la segunda a una propuesta descriptiva del problema de las lagunas jurídicas, la tercera a una reconstrucción de las denominadas lagunas axiológicas en el Estado Constitucional, la cuarta a una tesis sobre la ciencia jurídica y la última a una propuesta sobre la labor del juez en el contexto ya descrito.



La idea de la *Separación del Derecho respecto de la Ley* expresa que dentro del actual paradigma, la Constitución irrumpe como Fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, como origen inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo como “fuente de las fuentes”. De Norma Fundamental, se convierte en Carta Fundamental. Ha operado en el sistema jurídico una distorsión de aquel modelo jerárquico tan firmemente diseñado por la teoría positivista de las Fuentes del Derecho. La Constitución ya no es sólo norma suprema dirigida a disciplinar en forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley. Es ahora la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social y que destruye el dogma liberal estatalista de la fuerza absoluta de la ley<sup>13</sup>.

Con la irrupción de las *Criaturas de la Moralidad* se denota, como sostiene JUAN CARLOS BAYÓN, que la existencia de conductas no reguladas será tanto más improbable cuanto mayor sea la presencia en el ordenamiento de normas que definan con muy altos niveles de abstracción los casos genéricos que regulan, pues a mayor nivel de abstracción, mayor será el número de casos individuales a los que resultarán aplicables<sup>14</sup>. Y como sabemos, la presencia de disposiciones abstractas con alta densidad axiológica –al menos a nivel de Cartas Fundamentales– es uno de los hechos que reporta (e incluso fomenta) el constitucionalismo contemporáneo y/o el Neoconstitucionalismo. Eso es lo que ALFONSO GARCÍA quiere expresar cuando afirma que en el panorama de la Filosofía del Derecho Contemporánea se observa que el recurso a los principios sirve para justificar la eliminación de las lagunas en el Derecho<sup>15</sup>.

La alegoría de la *Máquina de las Lagunas*, expresa que en los Estados Constitucionales de Derecho (en sentido constitucionalizado y neoconstitucionalista) ciertos principios –como el de razonabilidad, entre otros– operan como una *máquina de producción de lagunas axiológicas*. Por ejemplo, cuando el legislador trata de manera diversa casos que parecen idénticos (esto es cuando discrimina arbitrariamente) el intérprete –u operador jurídico– afirmará que falta una norma igualadora. O cuando el legislador trata por igual situaciones diversas (no distingue como debería, considerando una propiedad relevante del caso) el intérprete alegará la inexistencia de una norma diferenciadora. En ambas oportunidades, y por aplicación directa de la Constitución, la judicatura correspondiente completará la norma adicionando con fundamento constitucional el elemento o propiedad relevante preterida por la ley suspendiendo su aplicación a secas y dirimiendo el conflicto en base a un

13 PRIETO, L.: *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid (2009): Trotta, p. 121.

14 BAYÓN, J.: “Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas” en *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho* (BULYGIN, E.; ATIENZA, M.; BAYÓN, J.). Madrid (2009): Fundación Coloquio Europeo, p. 38.

15 GARCÍA FIGUEROA, A.: *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid (1998): CEPC, p. 58.

contenido constitucional. Tal contenido, normalmente indeterminado, domiciliado en un principio o directriz, proporcionará la consideración a la propiedad relevante del caso no anticipada por el legislador; derrotando en su vigencia concreta a la ley, o lo que es lo mismo, haciendo triunfar a la Constitución sin la necesidad de acudir a una antinomia absoluta entre normas de diversa jerarquía.

La *concepción argumentativa del Derecho* reporta que la saturación axiológica de los textos constitucionales configura un espacio normativo propicio para ofrecer respuesta a cualquier problema práctico<sup>16</sup>; incluso no sólo una, sino varias y contradictorias; opuestas y derrotables, sin solución en base a los criterios especialidad, jerarquía o temporalidad e imposibles de afrontar únicamente en base a esquemas subsuntivos. Ello supone que el razonamiento moral se hace presente no sólo en los discursos “*de acuerdo o a partir del Derecho*”, sino en los discursos acerca del Derecho<sup>17</sup>. En pocas palabras, los problemas de justicia –en el contexto neoconstitucionalista– se han convertido en problemas de validez o identificación de las normas en base a pautas morales (plurales) que ya no flotan por sobre el Derecho sino que han emigrado al interior del mismo, lo cual implica emprender una labor que forma parte de la filosofía práctica<sup>18</sup>. Este giro metodológico supone abrir el Derecho a una racionalidad constructiva y discursiva que desempeña una labor tanto de identificación como de justificación. No es baladí –entonces– que una de las principales preocupaciones del Neoconstitucionalismo haya sido elaborar una acabada teoría de la argumentación jurídica, tema absolutamente descuidado por el positivismo<sup>19</sup>. Aporte que según PRIETO SANCHÍS responde a una necesidad de legitimación, pues la propuesta de sustitución del juez “*boca de la ley*” por un juez sometido a las cláusulas materiales de la Constitución sólo es posible (y aceptable) en tanto que su labor pueda ser validada por una sólida argumentación racional<sup>20</sup>.

Por último el modelo de Juez Hércules promovido por el Neoconstitucionalismo mira el Derecho como una integridad, niega que las declaraciones e interpretaciones del mismo sean simples informes objetivos que remontan a convencionalismos pretéritos o programas instrumentales. Para él, la tarea adjudicativa depende de opciones *interpretativas-argumentativas* y la actividad jurídica es una narrativa política en desarrollo<sup>21</sup>. Para jueces como Hércules, la aplicación del Derecho a casos concretos estará siempre teñida por los hechos del caso. Además del texto normativo, ellos acudirán a consideraciones de integridad y equidad. A sus ojos, la

16 PRIETO, L.: *Sobre la identificación del Derecho a través de la moral, en VVAA., los desacuerdos en el Derecho*. Madrid (2010): Fundación Coloquio Europeo, p. 92.

17 PRIETO, L.: *Sobre la identificación*, cit., p. 93.

18 PRIETO, L.: *Sobre la identificación*, cit., p. 94.

19 PRIETO, L.: *Sobre la identificación*, cit., p. 95.

20 PRIETO, L.: *Sobre la identificación*, cit., p. 95.

21 DWORKIN, R.: *El imperio del Derecho*. Barcelona (2008): Gedisa, p. 164.

Constitución, repleta de cláusulas abiertas y abstractas requiere una interpretación especial<sup>22</sup>.

## V. COROLARIO.

Luego de revisar los perfiles centrales del Neoconstitucionalismo y las tesis básicas del Movimiento del Derecho Libre, las coincidencias son manifiestas.

Por lo tanto, hoy, en la denominada era del Neoconstitucionalismo, resulta evidente la pervivencia de las tesis centrales del Movimiento del Derecho Libre, aunque probablemente reformuladas.

Para terminar, a modo de colofón, resta despejar una última inquietud: ¿qué utilidad puede tener este esfuerzo por determinar qué tan nuevo es el Neoconstitucionalismo? Por cierto, no responde a un ejercicio bizantino o de mera erudición.

Por una parte estimo que el conocimiento de sus orígenes puede contribuir a la comprensión de un fenómeno. Este ejercicio tiene –entonces– una utilidad explicativa. El Neoconstitucionalismo parece ubicarse dentro de la tradición de reacciones antiformalistas iniciadas en la era del Estado de Derecho. Este dato puede aportar para entender su origen, significado y proyectar su futuro.

Pero también –y creo que esto es lo más interesante– motiva nuevas inquietudes. La que personalmente me surge y quisiera promover es la siguiente. Supongamos que la lógica *causa-efecto* es cierta. Pues bien, la teoría Kelseniana, según su propio autor responde a la influencia del Movimiento del Derecho Libre. La idea de Constitución propuesta por Kelsen, y desde luego su noción de Justicia Constitucional como guardián de aquella, fueron elaboradas con la intención de neutralizar mediante una teoría pura y formal movimientos como el del Derecho Libre. Pues bien, si hoy en día para bien o mal, parecen triunfar nuevamente ideas como las que Kelsen quiso combatir; ¿qué debemos hacer? ¿Buscar otro antídoto más efectivo, o simplemente, dar por muerta las teorías puras del Derecho y sus modelos formales?

---

22 DWORKIN, R.: *El imperio*, cit., p. 267.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M., RUIZ, J.: *Las piezas del Derecho*. Barcelona (1996): Ariel.
- ATIENZA, M., RUIZ, J.: *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima (2009): Palestra.
- BAYÓN, J.: "Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas" en *Problemas Lógicos en la teoría y práctica del Derecho* (BULYGEN, E., ATIENZA, M., BAYÓN, J.). Madrid (2009): Fundación Coloquio Europeo, pp. 27-34.
- DE PRADA GARCÍA, A.: "Por un modelo de jurista: el movimiento del Derecho Libre", en *Boletín de la Facultad de Derecho UNED* (2001), núm. 18, pp. 15-47.
- DÍAZ, E.: "Estado de Derecho y Legitimidad Democrática" en *Estado de Derecho, concepto fundamentos y democratización en América latina* (CARBONELL, M., OROZCO, W. y VÁSQUEZ, R.). México (2010): Siglo XXI.
- DWORKIN, R.: *El Imperio del Derecho*. Barcelona (2008): Gedisa.
- EHRlich, E.: "Libre investigación del Derecho y Ciencia del Derecho Libre" en *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia* (EHRlich, E.). Madrid (2005): Marcial Pons, pp. 53-88.
- GARCÍA AMADO, J.: "Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre", *Anuario de Filosofía del Derecho* (1997), núm. XIV, pp. 803-825.
- GARCÍA AMADO, J.: *El Derecho y sus circunstancias*. Bogotá (2010): Universidad Externado de Colombia.
- GARCÍA FIGUEROA, A.: *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid (1998): CEPC.
- PRIETO, L.: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid (2009): Trotta.
- PRIETO, L.: *Sobre la identificación del Derecho a través de la moral, en VVAA., Los Desacuerdos en el Derecho*. Madrid (2010): Fundación Coloquio Europeo.
- SEGURA ORTEGA, M.: "El movimiento del Derecho Libre", *Anuario de Filosofía del Derecho* (1993), núm. X, pp. 423-455.
- SEGURA ORTEGA, M.: "Kantorowicz y la renovación jurídica", *Dereito Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* (1993), vol. II, núm. 2, pp. 113-130.