Universidad Regional del Sureste
"Formación, en la Libertad, para Servir"
URSE Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Escila y Caribdis, dos monstruos de la teoría del Derecho

Enrique Puente Gallangos

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Regional del Sureste., Oaxaca, México

email: puge680107@profesores.urse.edu.mx



Resumen

En el ámbito jurídico contemporáneo, la interpretación del derecho se encuentra influida por dos grandes modelos teóricos: el positivismo y el neoiusnaturalismo, los cuales representan enfoques opuestos sobre la relación entre derecho, moral y justicia. Ambos modelos ofrecen herramientas fundamentales para la práctica hermenéutica de jueces y operadores jurídicos. El positivismo sostiene la separación entre derecho y moral, enfocándose en normas establecidas por procedimientos legítimos; el neoiusnaturalismo, en cambio, integra valores y principios morales al derecho, destacando la ponderación como método interpretativo. Se expone que, en el modelo positivista, la interpretación jurídica se

realiza mediante la subsunción de hechos a normas, mientras que en el neoiusnaturalismo se ponderan principios para resolver los casos concretos. Asimismo, se advierte que el modelo neoiusnaturalista, impulsado por dinámicas neoliberales, desplaza al legislador democrático en favor de un juez constitucional que, bajo criterios de corrección moral, redefine derechos y obligaciones. Esta evolución genera preocupaciones sobre el elitismo judicial, la debilitación de la soberanía democrática y el favorecimiento de intereses de minorías privilegiadas. Finalmente, se concluye que, frente a la pretensión científica y sistemática del positivismo, el neoiusnaturalismo ofrece una visión del derecho impregnada de subjetividades morales, desconectada de las condiciones sociales y económicas reales.

Palabras clave: Modelo de Derecho positivista, modelo de Derecho neoiusnaturalista, normas, principios.

Abstract

In the contemporary legal field, the interpretation of law is influenced by two major theoretical models: positivism and neo-naturalism, which represent opposing approaches to the relationship between law, morality, and justice. Both models provide essential tools for the hermeneutical practice of judges and legal practitioners. Positivism upholds the separation between law and morality, focusing on norms established through legitimate procedures, while neo-naturalism integrates moral values and principles into the law, emphasizing weighing as an interpretative method. It is noted that in the positivist model, legal interpretation is carried out through the subsumption of facts under norms, whereas in the neo-naturalist model, principles are weighed to resolve specific cases. Furthermore, it is observed that the neo-naturalist model, driven by neoliberal dynamics, displaces the democratic legislator

in favor of a constitutional judge who, under criteria of moral correctness, redefines rights and obligations. This evolution raises concerns about judicial elitism, the weakening of democratic sovereignty, and the favoring of privileged minorities. Finally, it is concluded that, compared to the positivist model's scientific and systematic aspirations, neo-naturalism presents a view of law imbued with moral subjectivities, disconnected from real social and economic conditions.

Keywords: Positivist Law model, neo-naturalist Law model, norms, principles.

Introducción

La interpretación y argumentación de la Constitución, es una cuestión fundamental para todo sistema jurídico, dos son los modelos de Derecho que más han influido en la actividad hermenéutica: el modelo positivista y el modelo neoiusnaturalista. Estos modelos se encuentran en tensión epistemológica, debido a las opuestas características que los definen en su actividad interpretativa y argumentativa del Derecho. Lo que nos lleva a plantear la interpretación jurídico constitucional en dos planos. El plano de las normas y el plano de los principios. ¿Cuáles son las características de modelo de Derecho positivista?, ¿Cuáles son las características del modelo neoiusnaturalista?, ¿Qué papel juegan las normas, en la interpretación jurídico constitucional de los derechos?, ¿Qué papel juegan los principios, en la interpretación jurídico de los derechos? Con el propósito de profundizar en el análisis de los modelos de Derecho positivista y neoiusnaturalista, se planteó como objetivo elaborar un cuadro comparativo que expusiera de manera clara las características distintivas de cada uno. Asimismo, se buscó evidenciar, a través de un organizador gráfico, el papel que desempeñan las normas y los principios propios de ambos modelos en la interpretación jurídico-constitucional realizada por los jueces al

momento de proteger y aplicar los derechos fundamentales.

La interpretación

Para el jurista de la Universidad de León, Juan Antonio García Amado, dos son los métodos interpretativos del Derecho que se encuentran en tensión.

> Comencemos con una precisión. Es común en la doctrina contraponer los métodos ponderativo y subsuntivo, los de ponderación y subsunción. Los defensores de la ponderación siempre señalan que ese proceder tiene dos pasos. En el primero se pondera propiamente, para establecer, a la luz de las circunstancias del caso que se enjuicia, si pesa más o prevalece uno u otro de los derechos o principios que se enfrentan. De esa ponderación resulta una regla, cuyo supuesto de hecho está formado por las circunstancias de ese caso concreto y cuya consecuencia jurídica es la contenida en o derivada del principio vencedor. En un segundo paso, el caso se resuelve subsumiendo los hechos que se juzgan, los de tal caso, bajo la regla así resultante en el paso anterior. Por consiguiente, en el proceso de la ponderación hay una primera etapa de pesaje de principios y una segunda de subsunción bajo la regla así nacida. (Niembro, O., y Cárdenas, G., 2013, pp. 350-351).

La ponderación como modelo interpretativo del Derecho neoiusnaturalista, tiene como primera fase el peso, la ponderación de los derechos o principios que, se encuentran en tensión y que, se pretenden aplicar a un caso que se enjuicia. El principio vencedor de la ponderación, el de más peso, se convierte en la regla que se aplicará al caso en concreto, por subsunción.

El modelo positivista no pesa, elige el marco de la regla aplicable, subsumiendo los hechos que se juzgan a la regla. En un primer

momento se interpreta las normas generales y abstractas para resolver los problemas de vaguedad y ambigüedad, como parte de la indeterminación misma de la norma, una vez que tenemos un enunciado firme y suficientemente preciso, pasamos a subsumir los hechos al supuesto normativo. Interpretación y subsunción parte del modelo hermenéutico positivista, por un lado, y pesaje y subsunción para el modelo hermenéutico neoiusnaturalista.

Coincidiendo la subsunción de los hechos a la norma una característica de los dos modelos.

> García Amado, (2013) precisa respecto a los dos procesos hermenéuticos lo siguiente. Mientras los positivistas quieren precisar la norma, a los ponderativos les importa más precisar los hechos, pesándolos para que de ese pesaje nazca una norma nueva, una norma del caso, que desarrolla el principio que vence en el pesaje, pero que no se identifica con él ni puede verse como desarrollo de este por vía interpretativa. (p. 353).

Los positivistas priorizan los argumentos interpretativos, las razones para otorgar a la norma una u otra de las interpretaciones permisibles. Los neoiusnaturalistas otorgan importancia a los hechos y al caso y al trato que merecen, creando argumentos sobre una justa solución para el caso, en esas circunstancias concretas. Con su idea de que las normas del juego son principios y su esencia es valorativa antes que lingüística, son mandatos que protegen valores. Llamaremos método interpretativo-subsuntivo al primero y método ponderativo-subsuntivo al segundo.

El modelo de Derecho positivista

Los positivistas, afirman la separación necesaria entre normas y valores. Definiendo como norma, la que es parte del sistema jurídico y del Derecho, procesada con el debido proceso, por un órgano legítimo,

democrático, competente y vigente como Derecho en una sociedad determinada. Para los positivistas las normas pesan, de debido proceso, de legitimidad y jerarquía del órgano que las realiza, pesan de democracia entendida como procedimiento, de competencia y vigencia.

Cuando nos referimos al modelo del Derecho positivista, hacemos parte a las teorías, conceptos, tesis verdaderas respecto a la naturaleza de la naturaleza del derecho positivo, acerca de las normas jurídicas.

Para Duran y Barradas, (2020) las tesis de positivismo son:

> a) el derecho positivo es la voluntad del Estado o del soberano; b) la fuente genuina del derecho es la legislación y la costumbre o la jurisprudencia son fuentes secundarias; c) todo ordenamiento jurídico es un todo coherente, unitario y pleno; y, d) los jueces no tienen otra función que decidir, a partir de las reglas de derecho positivo, la solución de los casos concretos. (p.179)

El Estado soberano y los poderes constituidos como el legislador, grandes aliados del positivismo, los jueces desarrollan su actividad hermenéutica, dentro de los parámetros establecidos por las reglas coherentes y la unicidad que ofrece el sistema jurídico.

Para Gómez y Mendoza, es importante conocer la naturaleza de las normas en el modelo de Derecho positivista:

> Cuando se afirma que la naturaleza del derecho es normativa es necesario explicar a qué clase de objetos pertenece la norma y por lo tanto, cuál es su naturaleza. En ese sentido las normas no pertenecen al ámbito de los objetos causales, de ahí que Kelsen se aboque a desligarlo del análisis de los objetos naturales, pero tampoco pueden confundirse con objetos causales del ámbito social o de

carácter voluntario, ni con sus efectos psíquicos, incluso su naturaleza ha de ser distinguida de otros objetos normativos.

De ahí que el estudio de la norma jurídica se haga desde el punto de vista de una teoría pura que trata de evitar el sincretismo metódico, ya que ese camino enturbia y borra los límites entre los objetos de estudio. A Kelsen no le interesa responder como debe ser el derecho, sino que es y cómo es. Para Kelsen solo la norma positiva tiene el carácter de norma jurídica, la cual solo puede ser producida mediante un acto cuyo sentido deriva de cumplir con lo que prescribe otra norma jurídica.

La norma jurídica expresa un deber ser y no el enunciado de un ser, es en tal medida el sentido que tienen las acciones humanas en cuanto son dirigidas a otros para provocar o producir una conducta determinada, de tal manera que ordena esa conducta a través de la norma que da el sentido jurídico a la voluntad. (Vegas, G., y Gallegos, M., 2021, pp. 85-86)

Como punto de partida, las normas no pertenecen al ámbito de objetos causales, por lo que, desde el punto de vista científico, busca exponer que es el derecho y describir cómo es. Solo la norma positiva es norma, la que deriva del sentido de otra norma y fue producida por un órgano legítimo legislativo; la norma expresa un deber ser y no un enunciado del ser, expresa el sentido de las acciones humanas dirigidas a otros que, producen conductas determinadas, dando sentido jurídico a la voluntad de las acciones humanas.

La lógica de la norma no es la de un fenómeno psíquico, como sí la lógica de los principios, sino la expresión de una voluntad; norma que expresa conductas permisivas y prohibitivas, normas que autorizan,

encuadran, limitan, que expresan sobre todo orden y comportamientos de voluntades.

Para el modelo neoiusnaturalista, la tesis positivista que separa la moral del Derecho no es absoluta, porque ellos agregan a la Constitución principios como la justicia, lo que les permitirá la unión de la moral, los valores con el Derecho, y no solo eso, le dan el estatus de Constitucional a la moral, estando en condiciones de derrotar me diente la ponderación y argumentación de los jueces constitucionales, a toda norma legítima y democrática que no cumpla con sus parámetros morales.

Para los juristas, como para los operadores del Derecho, los modelos del Derecho llegan siempre tarde para describir la realidad; pero en ocasiones, excepcionalmente se rompen los patrones y algunos modelos llegaron temprano para condicionar sí o sí la realidad. Por lo que, no es lo mismo describir la realidad y que los modelos jurídicos influyan o no en la realidad social que, los modelos condicionen la realidad en una sociedad.

El modelo neoiusnaturalista

Los modelos neoiusnaturalistas, con su noble y perverso sueño injerencista de la realización de los Derechos, arropadas hermenéuticamente por las teorías principalistas de la verdad única y sus ponderaciones, llegan a la escena.

Ante la desconfianza del legislador democrático, y la política, como garantes y administradores de los derechos de las mayorías y de los más débiles o menos débiles; los modelos neoiusnaturalistas clausuran la puerta la ley, eliminan a su guardián, al legislador democrático, para darle vida al nuevo salvador e intérprete de los derechos, al juez constitucional, al juez que hoy posee la verdad única.

Contrario al modelo positivista del Derecho, el modelo neoiusnaturalista, desde la perspectiva de su insigne exponente Robert

Alexy, tiene una doble naturaleza, la cual es expuesta por los juristas Cívico y Cuenca:

> La teoría de Alexy se sitúa claramente en una posición no positivista desde el momento en que sostiene que el derecho tiene una doble naturaleza: una dimensión real y una dimensión ideal. La dimensión real se expresa en los elementos de la positividad autoritativa y de la eficacia social, que están ligados de manera esencial con la decisión y la coerción. La dimensión ideal, por el contrario, se define a través de la corrección de contenido y de procedimiento, que esencialmente incluye la corrección moral en forma de justicia. La doble naturaleza del derecho significa que la normatividad no se agota en el derecho positivo. Antes, al contrario, la moral se encuentra necesariamente en lo jurídico y de manera manifiesta a través de la pretensión de corrección del derecho. Para Alexy todos aquellos que intervienen en el derecho —destacadamente jueces y legisladores— lo crean, lo interpretan, lo aplican o lo hacen cumplir acompañan sus actos institucionales —leyes o sentencias— de la afirmación de que tales actos son procedimental y materialmente correctos. La corrección aquí significa justificabilidad y expectativa de aceptabilidad. Es decir, la afirmación de que todo aquel que se sitúe en un el punto de vista del correspondiente sistema jurídico y sea razonable aceptará el acto jurídico concreto (García, C., y Añon, M., 2020, pp. 73-74).

Alexy plantea la doble dimensión del Derecho, por un lado, su dimensión real, positivista, autoritaria, y por el otro, la dimensión ideal, a través de la corrección moral en forma de justicia. Con la pretensión

de corrección, presenta en la escena a la moral como parte de lo jurídico.

1.- El Derecho extremadamente injusto no es derecho. Dando un elemento de idealidad para la pretensión de corrección, permitiendo una corrección última en conexión a la moral o la idea de justicia.

2.- En el discurso jurídico, como en el discurso práctico de Derecho, predomina una pretensión de corrección en el sistema jurídico.

3.- El sistema jurídico además de normas, contiene necesariamente principios, que expresan un deber ideal. Principios como mandatos de optimización.

4.- Los derechos o mal llamados derechos humanos, son derechos morales justificados. Se encuentran positivizados en las constituciones.

5.- El elemento discursivo de la ponderación en el momento de la corrección, conlleva el elemento democrático. (García, C., y Añon, M., 2020)

El modelo del derecho positivista se ha alterado "…el legislador ha dejado de ser el dueño absoluto del Derecho; el juez ha salido de la alternativa entre "boca muda" o "juez legislador"; y la moral ya no penetra en el Derecho exclusivamente a través de las decisiones legales, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación" (Cárdenas, G., 2020, p. 845).

Esta muerte simbólica del legislador democrático como guardián de la ley y los derechos de las mayorías, no solo clausura la puerta de la ley, sino cierra puerta de la democracia en todas sus proyecciones: representativa, deliberativa, participativa, mayoritaria y sobre todo a la soberanía. Dando cerrojazo sobre todo a los modelos positivistas kelsenianos como garantes de derechos.

Hacen su entrada los modelos neoiusnaturalistas diseñando una nueva puerta, un gran portón y su nuevo guardián, los jueces constitucionales. Los jueces constitucionales aparecen como guardianes de los derechos, teniendo como nuevas armas los principios constitucionales, convencionales y principios de la moral neoliberal del juez. Un juez por cierto hasta hoy no democrático, un juez que deja a un lado los derechos de las mayorías, los más débiles, pasando a reconocer, garantizar, defender los derechos de las minorías, los más fuertes.

Tabla 1. Comparación entre los modelos del Derecho positivista y neoiusnaturalista.

POSITIVISTA	NEOIUSNATURALISTA
Teoría pura	Teoría principalista
Separan normas de valores	Anudan normas y valores
Fuente el legislador	Fuente el juez
Dimensión real	Dimensión ideal
Método interpretativo-subsuntivo	Método ponderativo-subsuntivo
Constitucionales y legales	Constitucionales y convencionales
Favorecen a los menos aventajados	Favorecen a los más privilegiados
Legisladores legítimos	Jueces ilegítimos
Principio de legalidad	Principio de justificabilidad
Derecho liberal	Derecho neoliberal

Nota: Esta tabla muestra algunas de las características de los modelos del Derecho positivista y neoiusnaturalista.

Las normas, de los modelos positivistas.

La interpretación de la Constitución implica no solo un acto hermenéutico jurídico y político; la interpretación jurídico constitucional, conlleva también un acto cognoscitivo, pedagógico, diacrónico,

sincrónico, económico, social, cultural, lingüístico, democrático, de derechos, etcétera.

Cárdenas (2020) afirma que:

> Ni la interpretación ni la argumentación jurídico constitucional son inocentes. El modelo de Derecho del que se parta condiciona la manera de interpretar y argumentar el Derecho – no es lo miso partir de un modelo positivista que, de uno realista, neoiusnaturalista, marxista, crítico, popular, etcétera-. Sin embargo, no sólo el modelo del Derecho impacta en los modos de interpretar y argumentar, también el tipo de sociedad y cultura en donde se implanta el Derecho determina en buena medida sus concepciones. (p. 847).

Como bien lo expresa el maestro Cárdenas, no tienen nada de inocente la interpretación y argumentación "jurídico constitucional". Diríamos entonces que, la interpretación jurídico constitucional es "perversa", entendiendo la perversidad como una nueva versión, una propia versión interpretativa, diferente a las demás, única. Ya que la perversa, y no inocente, interpretación jurídico constitucional de la que se parta, condicionara la manera de interpretar y argumentar el Derecho y la Constitución.

No descartemos que el impacto de la interpretación y argumentación jurídico constitucional de estos modelos será nada más en el Derecho, sino que sus concepciones dependerán del tipo de sociedad, digamos más democrática y menos democrática donde se impongan.

Ante los modelos de hegemónicos del Derecho que, ponemos en consideración y tensión, es pertinente evidenciar las características que, tienen cada uno de estos modelos, para realizar la interpretación y argumentación jurídico constitucional. El

modelo positivista y el modelo neoiusnaturalista.

Los principios de los modelos neoiusnaturalistas

Una nota que distingue a la actividad correctiva del modelo neoiusmoralista evidenciada con el pesaje de los principios, es la influencia directa de la Constitución en las relaciones políticas. En las relaciones políticas no entre estados y la federación, los estados y los municipios, la CDMX y la federación; o entre los poderes constituidos de los estados. La influencia directa de la Constitución se presentó en las relaciones políticas del Ejecutivo Federal y la SCJN, en las relaciones políticas entre el presidente de la República y los factores reales del poder locales e internacionales, nada más y nada menos.

Los últimos 6 años fuimos testigos y evidenciamos la sobreinterpretación de las disposiciones constitucionales, en todos los modelos de Derecho, neoiusnaturalistas, realistas, positivistas por su lado, y por el otro, la aplicación de dichas dispersiones por parte de jueces federales, magistrados y ministros de la corte. Evidenciamos una y otra vez como pretendían derrotar no solo la ley, sino decretos, iniciativas de ley y las reformas constitucionales.

El citado neoliberalismo, no llegó solo con su privatización económica y sus buenos deseos en materia de derechos, llegó con un modelo de Derecho, el modelo neoiusnaturalista y sus paradojas.

El jurista Rodolfo Luis Vigo, describe dos posiciones en torno a los modelos del Derecho, haciendo alusión a los modelos positivistas y neoiusnaturalistas:

> Precisa Alexy que después de dos mil años sigue habiendo dos posiciones básicas en torno al concepto del derecho: positivistas y no-positivistas, y la clave de esa diferenciación reside en la relación que se reconozca entre derecho y moral. Los positivistas

> postulan la tesis de la separación, y, por ende, cualquier contenido puede ser derecho dado que el elemento definitorio del derecho lo establece la decisión autoritativa (es derecho lo que se establezca como tal según el órgano con competencia a esos fines; aquí se inscriben autores como Kelsen o Hart) o aquello que rige o tiene vigencia social como derecho (aquí se enrolan los realismos sociologistas). O los no-positivistas defienden la tesis de la conexión necesaria o conceptual entre derecho y moral, por ende, hay límites morales para el derecho de modo que si lo que se pretende crear como derecho infringe o traspone esos límites, el resultado creativo no será alcanzado. (Vigo, R., 2015, p. 881)

Para Vigo como Alexy, los modelos del Derecho ponen límites a la interpretación jurídico constitucional. Por un lado, los modelos del Derecho "no-positivistas", ponen límites a la interpretación jurídico constitucional, estos límites no son normativos, son límites morales, valorativos, traducidos a principios; por otro lado, los modelos positivistas del Derecho positivistas, marcan límites a la interpretación jurídico constitucional, estos límites se encuentran condicionados a los marcos de las normas.

Los neopositivistas, no-positivista, moralistas o principalitas abogan por la unión necesaria o conceptual entre derecho y moral, teniendo la osadía de derrotar normas de todo tipo y jerarquía, en caso estas normas infrinjan los valores o principios que, se encuentran en la constitución, tratados en materia de derechos, derecho comparado y donde la moral del juez constitucional los encuentre.

Con la entrada del llamado neoliberalismo, nuevos vientos epistemológicos y metodológicos llegaron a la puerta de la Constitución y a la puerta del "Poder" Judicial Federal, proponiendo

paradigmáticas reformas constitucionales en materia de derechos (derechos humanos) que, someterán a los modelos positivistas tradicionales. Este nuevo paradigma es tardío, llegó con consecuencias y problemas. Uno de ellos la exclusión de modelos alternativos lo que afectara directamente en la Constitución.

Una Constitución remasterizada en forma de valores y principios que, condicionan la validez de las normas infraconstitucionales, la Constitución como origen directo e inmediato de derechos y obligaciones, y no solo la norma suprema.

El neoiusnaturalista Manuel Atienza, derrota a las normas positivistas en su descripción:

> El principio de legalidad, ha cedido a un principio de juridicidad y de constitucionalidad. La interpretación y aplicación del Derecho se ha trastocado por la inclusión de los principios constitucionales, y el peso de la argumentación retórica sobre una argumentación lógica formal del Derecho. Las normas constitucionales no tienen la estructura clásica de las reglas legales y, por tanto, no se prestan a la subsunción. Sin embargo, ello no debe desembocar un puro decisionismo arbitrario del juez, sino en la necesidad que éste tiene de justificar adecuadamente sus fallos recurriendo a las técnicas más variadas de la argumentación, según teorías como las de Viehweg, Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy, Aramio, Peczenick, etcétera. (Atienza, M., 1991, como se citó en Cárdenas, J., 2020).

El jurista de Oviedo, pone en la balanza, “el peso” de la interpretación lógico jurídica por un lado, y por el otro, “la masa” retórica de la argumentación; al mismo tiempo pone en la balanza, el peso de la norma democrática por un lado, y por el otro, la masa valorativa de los principios; y pone en

la misma balanza, el peso del legislador democrático por un lado, y por otro, las masa discrecional del juez constitucional; una más a la balanza, el peso soberano y político de la constitución diacrónica por un lado, y por el otro, la masa ominosa de la reforma constitucional sincrónica que da vida a los derechos; finalmente pone en la balanza, el peso legítimo de la Constitucionalidad por un lado, y por el otro, la masa ilegítima de la Convencionalidad.

Tabla 2. Características de las Normas y los Principios.

NORMAS	PRINCIPIOS
Particulares	Universales
Son lo que son	Son lo que deben ser
No derrotables	Derrotables
Interpretables	Pesables
Jurídicas	Morales
Jurídicas	Justos
Sociales	Neoliberales
Primarias	Secundarias
Lógicos formales	Lógicos prácticos
Jerárquicas	Dúctiles

Nota: Esta tabla muestra algunas de las características de las normas y los principios.

Discusión

Si bien el modelo neoconstitucionalismo del Derecho, se presenta como la nuevo, no necesariamente representa lo último que se ha escrito, o está por escribirse respecto al Derecho. Pero llega mintiendo, respecto a los derechos, a la democracia y a sus pretensiones de corrección moral y justicia.

Para el jurista Jaime Cárdenas Gracia, el modelo neoiusnaturalista plantea las siguientes singularidades:

> Estimo por mi parte que las deficiencias del neoconstitucionalismo son las

siguientes: 1) Las teorías neoconstitucionalistas prescinden de las condiciones económicas vigentes y de las teorías económicas que las analizan; 2) Las teorías neoconstitucionales eluden a una teoría sobre el poder que dé cuenta del papel contemporáneo de los poderes fácticos, de la hegemonía cultural, ideológica y mediática, y, de la organización y diseño del poder formal; 3) Las teorías neoconstitucionales descuidan formas de organización social y democrática relacionadas con la democracia participativa y deliberativa, así como con las manifestaciones de la democracia comunitaria, es decir, no advierten las capacidades transformadoras de una democracia radical que haga viables los fines del Estado Constitucional; 4) Las teorías neoconstitucionalistas son poco exigentes con realidades contemporáneas como la plurinacionalidad y, el multiculturalismo; 5) Aunque existen autores, como Ferrajoli, que se han preocupado por la globalización del constitucionalismo, las teorías del neoconstitucionalismo, no abundan sobre las ventajas, desventajas y posibilidades que para el constitucionalismo tiene la globalización neoliberal; 6) Las teorías neoconstitucionales con su concepto de democracia constitucional favorecen la posición de los más privilegiados del sistema y, no la de las minorías menos aventajadas; 7) Las teorías neoconstitucionales presentan rasgos profundamente elitistas: las élites burocráticas supranacionales definen el sentido y alcance de los derechos humanos; 8) Los guardianes de Estado

> Constitucional —los jueces constitucionales— no poseen legitimidad democrática de origen; 9) El principio de proporcionalidad, método privilegiado para resolver los conflictos entre principios constitucionales, no sólo deslava a los derechos humanos, sino que es un método que mantiene el statu quo; y, 10) Las teorías neoconstitucionales son una ficción jurídica, sin asideros en la realidad. Son una inspiración, un noble sueño, aunque reconozco que pueden poseer como ideas regulativas capacidades transformadoras. (Cárdenas, J., 2020, pp. 88-89).

El modelo neoiusnaturalista del Derecho, no tiene como base un derecho social, sino un derecho neoliberal y eso ya nos dice todo respecto a sus intenciones. Es por ello que guarda silencio sobre el papel que juegan los factores fácticos de poder en la construcción ideológica global, en el intervencionismo en los gobiernos de democracias débiles, en la construcción de una cultura, sostenida por una hegemonía mediática, que tienen como filosofía las mentiras y noticias falsas, como parte elemental del poder. Son omisos estos modelos a toda construcción de organización social basada en una democracia radical que pueda cumplir los elementos teleológicos del Estado Constitucional. Ignoran la pluralidad y la multiculturalidad como realidades contemporáneas. Dentro de lo más temible de sus elementos ontológicos, la democracia no es para favorecer a los más débiles, sino para favorecer los intereses de los más privilegiados, presentando rasgos fuertemente supranacionales, elitistas, racistas, clasistas que, dirigen el sentido de lo que piensan respecto a los derechos. Los guardianes de tales ideologías de privilegios, son los jueces, los jueces constitucionales, teniendo como base el principio de

proporcionalidad para la interpretación y resolución de los casos difíciles.

Conclusión

Si los modelos positivistas del Derecho llegaban derrotando a la moral con la espada en la mano, como el jurista de Praga Hans Kelsen que, no llego con promesas, sueños o inspiraciones como el modelo iusnaturalista. Llegó con una técnica, un método, una Teoría, una Ciencia del Derecho, o un Derecho con pretensiones de Ciencia. Llegó también con sus propios avatares e incidencias como ya comentaremos. Pero sobre todo llegaron con el deseo de poder demostrar empíricamente, con la actividad de los operadores del Derecho, la eficacia de sus premisas, hacer del Derecho una actividad dinámica, que pudiera actualizarse en el tiempo.

Los modelos neoiusnaturalistas llegaron con otras intenciones, no científicas, sino morales, económicas, como bien lo señala el maestro Jaime Cárdenas: La base de estas ideas es un modelo económico neoliberal, que prescinde de las condiciones económicas desiguales que existen en la mayoría de los países donde se aplica el modelo, condiciones de desigualada económica, laboral, democrática, pobreza y distribución de la riqueza en pocas manos. Favorecen con sus eluciones a los poderes fácticos, a los medios hegemónicos de "desinformación" que, producen una ideología y cultura hegemónica del poder en pocas manos.

Son indiferentes ante la organización social, a construir un punto en común social, a cualquier versión de la democracia, ya sea participativa, deliberativa, comunitaria, indiferentes ante cualquier posibilidad de consolidad los fines de un Estado Constitucional.

Indiferentes ante toda posibilidad de una versión de pluralidad y multiculturalismo que, vulnere o intente invadir su zona de confort, su individualismo y su monopólica

ideología de la verdad única, el emprendedurismo uno a uno. Guardan celosamente en análisis de las ventajas, desventajas y posibilidades del constitucionalismo ante la globalización neoliberal, niegan la desaparición de la Constitución, del Estado, que es parte de sus perversas intenciones, desaparecerles.

Democracia para privilegiados, no para minorías menos favorecidas, elitismo, clasismo, racismo, machismo, violencia en todas sus presentaciones. Derechos (DD. HH) de las élites burocráticas convencionales, supranacionales, sin rasgos de derechos pluriétnicos, sociales, colectivos, ecológicos, económicos. Conformes ante la ilegitimidad del Poder Judiciales de legalidad, no de constitucionalidad, instituciones que, se asumen como Tribunales o Cortes Constitucionales sin serlo.

Referencias

Cárdenas Gracia, J. F. (2010). *Introducción al estudio del derecho*. Colección Cultura Jurídica. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Recuperado de https://repositorio.unam.mx/contenidos/5034559

Cárdenas Gracia, J. (2020). *Manual de Derecho Constitucional*. Tirant lo Blanch.

Carbonell, M., Fix Fierro, H., & Valdés, D. (Coords.). (2015). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional, Tomo IV, Volumen 2*. UNAM. Recuperado de https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3845-estado-constitucional-derechos-humanos-justicia-y-vida-universitaria-estudios-en-homenaje-a-jorge-carpizo-estado-constitucional-tomo-iv-volumen-2

García Cívico, J., Añón, M. J., Gascón Cuenca, A., Solanes Corella, Á., Galiana Saura, Á.,

García Sáez, J. A., ... García Pascual, C. (2020). *Teoría del Derecho*. Tirant lo Blanch. Recuperado de https://www.tirantonline.com.mx/cloudLibrary/ebook/info/9788413555904

Hertino Avilés Albavera, B., Flores, I., Cruz Parcero, J. A., Nava Tovar, A., Amaya, A., &

Cárdenas Gracia, J. F. (2021). *Teoría de la argumentación jurídica*. Tirant lo Blanch. Recuperado de https://www.tirantonline.com.mx/cloudLibrary/ebook/info/9788413557663

Vega Gómez, J., Gallegos Mendoza, B. A., Saldaña Serrano, J., Flores Mendoza, I. B.,

Uscanga Barradas, A., Cruz Domínguez, J. O., & Gabino Vázquez Robles, G. (2021). *Teoría jurídica contemporánea I*. Tirant lo Blanch. Recuperado de https://www.tirantonline.com.mx/cloudLibrary/ebook/info/9788413552903

Segura Ortega, M., Ortega García, R., Bonorino Ramírez, P. R., Vigo, R. L., García Amado,

J. A., Moreso, J. J., ... Sucar, G. (2013). *Teoría del Derecho y Argumentación jurídica*. Tirant lo Blanch. Recuperado de https://www.tirantonline.com.mx/cloudLibrary/ebook/info/9788490530627

Niembro Ortega, R. (Coord.), Cárdenas Gracia, J., & Hernández Cervantes, A. (2019).

Teorías críticas y Derecho Mexicano. Tirant lo Blanch. Recuperado de https://www.tirantonline.com.mx/cloudLibrary/ebook/info/9788413136455

López Durán, R., Uscanga Barradas, A., Sánchez Bugarín, A., & Rosales Zarco, H. (2020).

Metodología Jurídica. Tirant lo Blanch. Recuperado de https://www.tirantonline.com.mx/cloudLibrary/ebook/info/9788413361703