

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

**EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA CREACIÓN DE NUEVOS
DERECHOS DESDE LA ÓPTICA DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONALISTA.**

JOSE GABRIEL MONTERO RODRÍGUEZ
B14315

JOSE MIGUEL CESPEDES BRENES
B01624

Sede Rodrigo Facio

San Pedro de Montes de Oca

Septiembre, 2017



16 de agosto de 2017
FD-2051-2017

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de los estudiantes: José Miguel Céspedes Brenes, carné B01624 y José Gabriel Montero Rodríguez, carné B14315 denominado: "El rol del juez constitucional y la creación de nuevos derechos desde la óptica de la teoría neoconstitucionalista" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Ricardo Salas Porras
Presidente	Dr. Álvaro Burgos Mata
Secretario	Dr. Haideer Miranda Bonilla
Miembro	MSc. Andrei Cambronero Torres
Miembro	MSc. Melisa Salas Brenes

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **13 de setiembre del 2017**, a las 5:30 p.m. en el primer piso de la Facultad.

Atentamente,


Ricardo Salas Porras
Director

RSP/lcv
Cc: arch. expediente

San José, 20 de julio de 2017

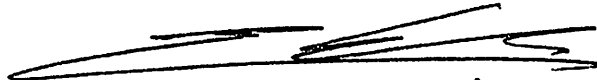
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

De conformidad con lo exigido por esta Facultad, a través de la presente deseo hacer de su conocimiento que, en mi condición de Director del Comité Asesor, he aprobado la tesis para optar por el grado de Licenciatura que se titula “El Rol del Juez Constitucional y la creación de nuevos derechos desde la óptica de la teoría neoconstitucionalista”, elaborada por los estudiantes José Gabriel Montero Rodríguez y Jose Miguel Céspedes Brenes, carné B14315 y B01624, respectivamente.

De igual forma le comunico que la anterior resolución ha sido tomada por considerar que dicho trabajo no solamente cumple con los requisitos de forma y de fondo establecidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho, sino también por ser esta un trabajo investigativo valioso para el Derecho Constitucional contemporáneo; motivos por los cuales existiendo la aprobación respectiva, con el fin de que sea fijada fecha y hora para defender públicamente su investigación.

Sin más que agregar, me despido cordialmente;



Dr. Ricardo Salas Porras

Director Comité Asesor

10 de Agosto de 2017

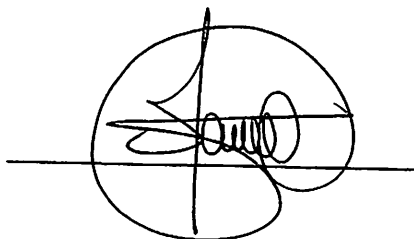
Dr. Ricardo Salas Porras
Director, Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director,

Reciba de mi parte un cordial saludo. A través de la presente, hago constar que, en mi calidad de profesora lectora y miembro del Comité Asesor, he revisado el Trabajo Final de Graduación de los estudiantes JOSÉ MIGUEL CÉSPEDES BRENES, carné número B01624 y , JOSÉ GABRIEL MONTERO RODRÍGUEZ, carné número B14315, el cual lleva por título **“EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS DESDE LA ÓPTICA DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONALISTA ”**.

El trabajo cumple satisfactoriamente con los requisitos de forma y fondo establecidos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica para este tipo de investigaciones, por lo cual extiendo la aprobación respectiva.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, enclosed within a circular border. The signature is stylized and appears to read 'Melissa Salas Brenes'. The signature is positioned above a horizontal line that extends across the width of the signature.

Msc. Melissa Salas Brenes
Lectora

16 de agosto de 2017

Doctor
Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

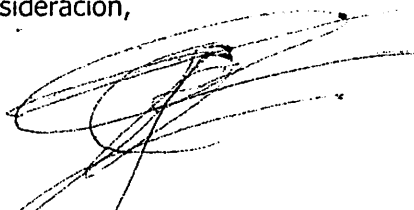
Estimado profesor Salas:

Después de un cordial saludo, me sirvo indicar lo siguiente: como es de su conocimiento formo parte del Comité Asesor del trabajo final de graduación (modalidad tesis) titulado "EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS DESDE LA ÓPTICA DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONALISTA", que sustentan los estudiantes José Miguel Céspedes Brenes, carné B01624, y José Gabriel Montero Rodríguez, carné B14315.

Por ello, en mi condición de Lector de la investigación he revisado avances periódicos y dado una lectura integral final al documento aportado por los postulantes Céspedes Brenes y Montero Rodríguez; de esa suerte, según mi criterio, la tesis cumple a cabalidad con los requisitos de forma y fondo exigidos por la normativa universitaria.

De acuerdo con lo anterior, otorgo mi aprobación al trabajo académico anejo y, respetuosamente, solicito su admisión para la defensa oral y pública.

Con mis muestras de consideración,



Prof. Andrei Cambronero Torres
Línea curricular de Teoría y Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho

C/ Archivo

SERVICIOS FILOLÓGICOS

Licda. Maribel Bonilla Cervantes

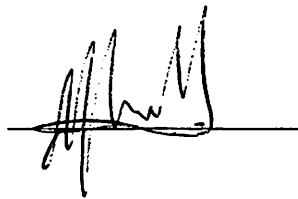
Teléfono 89253959

A QUIEN INTERESE

Yo, **Maribel Bonilla Cervantes**, cédula **303100400**, Filóloga, carné COLYPRO N.º **56135**, hago constar que los estudiantes José Miguel Céspedes Brenes y José Gabriel Montero Rodríguez, me han presentado para revisión filológica la tesis denominada: **“El Rol del Juez Constitucional y la Creación de Nuevos Derechos desde la Óptica de la Teoría Neoconstitucionalista”**. Proyecto para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Asimismo, hago constar que revisé y anoté aspectos como: estructura gramatical, vicios de estilo (cacofonías, redundancias, entre otros) puntuación, ortografía y acentuación, además de la importancia de señalar las referencias que sustentan la investigación, los cuales fueron oportunamente atendidos por los estudiantes Céspedes y Montero. De manera que este trabajo de investigación cumple con las modificaciones y requisitos requeridos por la corrección de estilo.

Dado en San Pedro de Montes de Oca, a los once días del mes de agosto de 2017.



Licda. Maribel Bonilla Cervantes
Filóloga
Carné Colypro 56135

Dedicatoria José Miguel Céspedes Brenes

*A mi madre, a mi padre y a mi hermano;
pilares en mi vida de formación, entrega y amor.*

Gracias por tanto.

Dedicatoria José Gabriel Montero Rodríguez

A Dios y la Virgen de Guadalupe

“¿No estoy yo aquí que soy tu madre?”

A mi abuelo Rigo y a Abue, ángeles,

fuentes de inspiración y fortaleza;

guías en mi vida. Modelos a seguir.

Los amo.

En memoria de “Gato”. Gracias por hacer de la Facultad un hogar.

Agradecimientos José Miguel Céspedes Brenes

- *A mi madre, por ser mi forjadora y apoyo, siempre.*
- *A mi padre y a mi hermano, por ser incondicionales en todo momento.*
- *A mi tía Leda, Ana y Álvaro, por ser ejemplos de valentía, tenacidad y amor.*
- *A mis profesores del Comité Asesor y miembros del Comité, por su valiosa y sabia guía durante todo este proceso.*
- *A todas las personas que me acompañaron durante esta etapa, brindándome su consejo, apoyo, guía, amor y amistad.*

Agradecimientos José Gabriel Montero Rodríguez

- *A mis padres y mi hermana, a quienes les debo absolutamente todo en esta vida.*
- *A mi papá y mi tío Isaac, baluartes, mentores e inspiración diaria.*
- *A mis familiares, porque a la familia le debo lealtad.*
- *A mis profesores que estuvieron presentes a lo largo de la presente investigación:
Dr. Ricardo Salas, Msc. Andrei Cambroner y Msc. Melissa Salas. Así como a Dr.
Haideer Miranda y Dr. Álvaro Burgos. Gracias a todos por sus sabios consejos.*
- *A don Luis, del Área de Investigación quien tanta ayuda nos dio.*
- *Al Dr. Gassio y a la Dra. Blancot, mentores y guías en mi etapa académica.*

Índice General

DEDICATORIA JOSÉ MIGUEL CÉSPEDES BRENES	I
DEDICATORIA JOSÉ GABRIEL MONTERO RODRÍGUEZ	II
AGRADECIMIENTOS JOSÉ MIGUEL CÉSPEDES BRENES.....	III
AGRADECIMIENTOS JOSÉ GABRIEL MONTERO RODRÍGUEZ.....	IV
ÍNDICE GENERAL	V
RESUMEN.....	VII
FICHA BIBLIOGRÁFICA.....	IX
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I) EL ESTADO DE DERECHO Y LA CONSTITUCIÓN, CIMIENTOS DEL ESTADO MODERNO.....	7
SECCIÓN 1) EL LÍMITE AL PODER DEL ESTADO, EL ESTADO DE DERECHO	7
SECCIÓN 2) FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL ESTADO DE DERECHO	21
CAPÍTULO II) CONSTITUCIONALISMO Y SU DESARROLLO A LA TEORÍA GARANTISTA.....	34
SECCIÓN 1) EL CONSTITUCIONALISMO Y SUS PRINCIPIOS RECTORES.....	35

SECCIÓN 2) CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA, PUENTE AL NEOCONSTITUCIONALISMO	52
.....	
CAPÍTULO III: EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y	
NEOCONSTITUCIONALISMO, EL CAMBIO DEL PARADIGMA	
CONSTITUCIONAL.....	68
SECCIÓN 1) EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SU RESPUESTA A LA CRISIS DEL	
CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA.....	69
SECCIÓN 2) ASENTAMIENTO DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONAL, EL JUEZ Y SU ROL EN	
UNA TEORÍA DE PRINCIPIOS.....	84
CAPÍTULO IV: LOS DERECHOS POR INTERPRETACIÓN EN EL	
NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CRÍTICA DEL GOBIERNO DE JUECES.	114
SECCIÓN 1) LA INTERPRETACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA DOCTRINA DE LOS	
NUEVOS DERECHOS, ¿EL CAMINO A UN GOBIERNO DE JUECES?.....	114
SECCIÓN 2) EL NEOCONSTITUCIONALISMO, LA NO REPRESENTACIÓN <i>PER SE</i> DEL	
GOBIERNO DE JUECES Y LA TUTELA MÁXIMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ..	135
CONCLUSIONES.....	152
BIBLIOGRAFÍA.....	157

Resumen

El presente tema sobre el Neoconstitucionalismo, como construcción teórica, pretende analizar si los órganos jurisdiccionales en su rol interpretativo en la creación (o reconocimiento) de Nuevos Derechos, propician un Gobierno de Jueces.

Todo este cambio en el desarrollo del Derecho Constitucional merece un estudio pertinente. El entrar a conocer con amplitud el rol interpretativo que cumple el juez constitucional en la actualidad y su función dentro de este paradigma Neoconstitucional, es imperante. Pues, como bien lo indican muchos detractores del Neoconstitucionalismo, se argumenta en contra de este la incursión de recursos moralistas y axiológicos (aunque, como se indicará, existe una concepción errónea de estos), ya que es posible caer en un activismo judicial, o inclusive en lo que se conoce como un gobierno por parte de los jueces. Argumentos que tienen en común la vaguedad conceptual del propio neoconstitucionalismo por parte de sus detractores (y que dan pie a que se generen críticas infundadas), no dejan de ser un escenario que debe analizarse en conjunto con la conceptualización que se desarrollará en los primeros apartados de la presente investigación.

El Neoconstitucionalismo, en su formulación teórica y según las expectativas que, en ese plano, se hacen del órgano jurisdiccional, no favorece un llamado Gobierno de Jueces que implique una usurpación de las competencias de otros titulares públicos. Será el objeto de este trabajo ponderar la función interpretativa del juez en los derechos de conexidad e interpretación, basado en la teoría Neoconstitucionalista.

Asimismo, se realizará una reseña histórica en la que se determinen las bases del Neoconstitucionalismo, las cuales se centrarán en los postulados democráticos, propios de un Estado de Derecho, enmarcado y correlativamente relacionado con el Constitucionalismo.

No se pretende desarrollar al Neoconstitucionalismo como una antítesis del Constitucionalismo, sino más bien una concepción del mismo, partiendo de una serie de

nociones doctrinales aceptadas. Por lo tanto, se tratará de desarrollar una intersubjetividad del contenido y significado de la teoría Neoconstitucionalista, definiendo las bases del Neoconstitucionalismo y su relación con el Estado Constitucional de Derecho. Además, se concretizará el rol del juez en la ponderación de intereses propia del Neoconstitucionalismo, a la luz de las bases del Estado Constitucional de Derecho y de sus precursores. Por último, se realizará el análisis correspondiente del peligro de propiciar un Gobierno de Jueces, por la propia construcción teórica del Neoconstitucionalismo.

El Neoconstitucionalismo *per se* no implica un Gobierno de Jueces que involucre esa usurpación de las potestades de los otros poderes del Estado. La función interpretativa del juez –que se promueve por los cultores del Neoconstitucionalismo– tiene como objetivo ulterior la tutela de todos aquellos principios y valores (acuerdos políticos básicos), mediante un juicio de ponderación que permita la convivencia entre esta amalgama pluralista que conforma el bloque de Constitucionalidad, la cual, en ocasiones, decanta en el reconocimiento de derechos por conexidad y no puede verse reducida al temor por un Gobierno de Jueces. Ya que la actividad determinante del juez constitucional no es un “mal” que aqueja única y exclusivamente al Neoconstitucionalismo. Esto se refleja, como ya se ha dicho, en todas las teorías de la interpretación y argumentación del Constitucionalismo. No queda más que hallar consuelo en que el límite de los jueces se ve reducido a la cruda realidad que, además del bloque de constitucionalidad, es su propia labor jurisprudencial y los límites que los jueces constitucionales se impongan.

(...) cuando se trata de precisar el contenido de los derechos humanos fundamentales, adquiere preeminencia el Poder Judicial a cuyos integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un estado de derecho: garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas frente al Poder del Estado. Corte Suprema de Justicia de Argentina

1986

Ficha bibliográfica

Montero Rodríguez, José Gabriel y Céspedes Brenes, Jose Miguel. EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS DESDE LA ÓPTICA DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONALISTA. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2017. ix y 169

Director: Dr. Ricardo Salas Porras

Palabras Claves: Estado de Derecho, Constitucionalismo, Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo, Rol del Juez, Ponderación, Principios y Valores, Gobierno de Jueces.

Introducción

Los juristas modernos le temen a la irracionalidad como algunas iglesias a la sexualidad. Buscadores de la racionalidad del derecho, son presas del irracional deseo de ver al logos incluso en el código civil (...) Apóstoles del orden, prefieren ver detrás de la ley, el rostro frío pero seguro de la razón, antes que la cara del poderoso. (...) La argumentación jurídica racional antes que los intereses de la sociedad dividida en clases.

Óscar Correas.

El presente tema sobre el Neoconstitucionalismo, como construcción teórica, pretende analizar si los órganos jurisdiccionales en su rol interpretativo en la creación (o reconocimiento) de nuevos derechos propician un Gobierno de Jueces.

Todo este cambio en el desarrollo del Derecho Constitucional merece un estudio pertinente. Por lo que la presente investigación realiza un novedoso estudio de la mano del Neoconstitucionalismo, definido por Romero Martínez como aquel esquema teórico que explica el proceso de transformación de la tradición formalista del derecho, derivado de la aceptación y comprensión de la norma fundamental como norma jurídica que integra una serie de principios y valores que respaldan todo el derecho y, por consiguiente el Estado y sus actividades¹.

Pero no es un tema investigativo que se limite a analizar qué podemos entender por Neoconstitucionalismo, o bien, sus diversas y amplias concepciones teóricas, sin gran

¹ Juan Manuel Romero. *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales.* (Mexico DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015).

homogeneidad doctrinal. Todo lo contrario, se parte de una serie de concepciones doctrinales aceptadas, como es el caso de Ferrajoli y su Constitucionalismo Garantista (en su obra *Principia Iuris*), puente hacia lo expuesto por James Madison en *El Federalista* y por Gustavo Zagrebelsky en *El Derecho Dúctil*. Cada uno de ellos con teorías diversas, y desarrolladas en distintos escenarios históricos; empero ambos “contribuyen a formar un complejo teórico de formidables dimensiones que tiene mucho qué decir dentro del Neoconstitucionalismo”². Lo anterior con apoyo de otras teorías que influyen en el canon Neoconstitucional, como lo son la teoría de la Única Respuesta y el rol del juez constitucional de Robert Alexy y la teoría Primigenia de Ronald Dworkin, teorías que buscan enmarcar al Neoconstitucionalismo como teoría del Derecho. Con base en estas teorías antes enunciadas, y otras que se expondrán durante el desarrollo de la investigación, se buscará desarrollar una intersubjetividad del contenido y significado de la teoría Neoconstitucionalista, definiendo las bases del Neoconstitucionalismo y su relación con el Estado Constitucional de Derecho.

Es por esto que, a pesar de que el estudio del Neoconstitucionalismo está dividido a nivel doctrinal del Neoconstitucionalismo, en esta tesis se partirá de la convicción de establecer un criterio intersubjetivo y unificador, propulsando así, y mediante la explicación de la teoría Neoconstitucionalista junto a los pilares definitorios claramente establecidos y fundados por grandes pensadores del derecho constitucional, un cambio del paradigma constitucional, el cual, busca garantizar mayor plenitud de los Derechos Humanos mediante la función interpretativa del juez constitucional, exponiendo, en su debido momento, el

² Ricardo Salas Porras "Un intento de aproximación al neoconstitucionalismo", Revista de Estudios de la Justicia, n° 25 (2016): 92.

nuevo rol que tiene la interpretación realizada por el juzgador bajo la teoría Neoconstitucionalista, mediante el modelo del juicio de ponderación. Reconociendo los efectos propios de la misma y su relación con los derechos derivados, o por conexidad (también denominados como Derechos Nuevos). Para terminar, arribando a la consideración de si la teoría del Neoconstitucionalismo, en relación con lo supra indicado, favorece, o no, a un Gobierno de Jueces. Es, en este punto específico, en el que es posible decir que el presente esfuerzo investigativo tiene su elemento innovador, puesto que, una vez analizado el tema del Neoconstitucionalismo, se procede a estudiar si el rol que tiene el juez en la creación de nuevos derechos y en la toma de decisiones jurídicas favorece un Gobierno de Jueces.

El entrar a conocer con amplitud el rol interpretativo que cumple el juez constitucional en la actualidad, su función dentro de este paradigma neoconstitucional es imperante. Pues, como bien lo indican muchos detractores del Neoconstitucionalismo, se argumenta en contra de este la incursión de recursos moralistas y axiológicos (aunque, como se indicará, existe una conceptualización errónea de estos conceptos), se puede caer en un activismo judicial o, inclusive, en lo que se conoce como un gobierno por parte de los jueces. Estos argumentos, que tienen en común la vaguedad conceptual del propio Neoconstitucionalismo por parte de sus detractores (y que da pie a que se generen críticas infundadas), no deja de ser un escenario que debe analizarse en conjunto con la conceptualización que se desarrollará en los primeros apartados de la presente investigación.

Con base en lo anterior, se decide plantear como problemática para esta investigación la siguiente interrogante: ¿Propicia el Neoconstitucionalismo, a partir de sus

formulaciones teóricas y prerrogativas de los órganos jurisdiccionales, un Gobierno de Jueces?

El Neoconstitucionalismo, en su formulación teórica y según las expectativas que, en ese plano, se hacen del órgano jurisdiccional, no favorece un llamado Gobierno de Jueces que implique una usurpación de las competencias de otros titulares públicos. Será el objeto de este trabajo ponderar la función interpretativa del juez en los derechos de conexidad e interpretación basado en la teoría Neoconstitucionalista. Meta que se buscará alcanzar mediante la concatenación de los siguientes objetivos específicos:

- Desarrollar una intersubjetividad del contenido y significado de la teoría neoconstitucionalista.
- Definir las bases del Neoconstitucionalismo y su relación con el Estado Constitucional de Derecho.
- Explicar el cambio de paradigma desarrollado por el Neoconstitucionalismo y la plenitud que se garantiza a los Derechos Fundamentales.
- Analizar la función interpretativa del juez a la luz del neoconstitucionalismo y la creación de Nuevos Derechos.
- Exponer el rol que tiene la interpretación por parte del Juez en el Neoconstitucionalismo.
- Reconocer los efectos propios de la interpretación y su relación con los Derechos de Conexidad e Interpretación.

- Considerar si el neoconstitucionalismo con la creación de nuevos derechos y el rol del juez en la toma de decisiones jurídicas, favorece un Gobierno de Jueces.

El desarrollo de estos objetivos, con el fin de buscar respuesta al problema central del trabajo de investigación, permitirá, establecer como hipótesis que el Neoconstitucionalismo, en su formulación teórica y según las expectativas que, en ese plano, se tiene del órgano jurisdiccional, no favorece un llamado Gobierno de Jueces que implique una usurpación de las competencias de otros titulares públicos.

Por considerarlo pertinente para la presente investigación, mediante la metodología empleada se realizará una reseña histórica en la que se determinen las bases del Neoconstitucionalismo. Se centrarán estas bases en los postulados democráticos, propios de un Estado de Derecho, enmarcado y correlativamente relacionado con el Constitucionalismo. No se pretende desarrollar el Neoconstitucionalismo como una antítesis del Constitucionalismo. Se elaborará una concepción del mismo, partiendo de una serie de postulados doctrinales aceptados. Por lo tanto, se buscará una intersubjetividad del contenido y significado de la teoría Neoconstitucionalista, definiendo las bases del Neoconstitucionalismo y su relación con el Estado Constitucional de Derecho. Además, se concretizará el rol del juez en la ponderación de intereses propia del Neoconstitucionalismo, a la luz de las bases del Estado Constitucional de Derecho y de sus precursores. Por último, se realizará el análisis correspondiente del peligro de propiciar un Gobierno de Jueces, por la propia construcción teórica Neoconstitucionalista.

Esta información se utilizará para realizar observaciones y evaluaciones de fenómenos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales, con el fin de demostrar los fundamentos expuestos en esta investigación. Pues es con ellos que, partiendo de una intersubjetividad del concepto de Neoconstitucionalismo, será posible determinar si con el reconocimiento de Derechos Nuevos por parte del juez, por medio de su función interpretativa, favorece, o no, el nacimiento de un Gobierno de Jueces. De igual manera, se recogerán datos concernientes a la hipótesis planteada, donde se planteará y resumirá la información de manera cuidadosa y continuando con un análisis detallado de los resultados, con el fin de plasmar las conclusiones a las que se llegue con esta investigación.

En resumen, se intentará llegar a una intersubjetividad del neoconstitucionalismo para proceder a abordar el tema en cuestión, para lo que se recurrirá a un desarrollo pormenorizado de cada uno de los antecedentes y pilares del neoconstitucionalismo, a partir del Estado de Derecho (capítulo 1). Asimismo el Constitucionalismo y su desarrollo ampliamente diferenciado por la doctrina de Ferrajoli, en el denominado Constitucionalismo Garantista (capítulo 2), el cual, es considerado un puente hacia la comprensión de los postulados de Zagrebelsky, Madison, Dworkin y Alexy, en relación con el Estado Constitucional y con el propio concepto de Neoconstitucionalismo, junto al establecimiento de los pilares fundamentales de la teoría Neoconstitucionalista (capítulo 3). Seguidamente se entrará a conocer el rol del juez constitucional bajo una teoría de principios y valores, analizada a partir de una serie de casos. Esto con la finalidad de brindarle una respuesta a la crítica más férrea que enfrenta la teoría Neoconstitucionalista, la promoción de un Gobierno de Jueces (capítulo 4).

Capítulo I) El Estado de Derecho y la Constitución, Cimientos del Estado Moderno.

Ha de partirse de la premisa de que el Estado moderno se ve reflejado en lo que se conoce como el Estado de Derecho. Concepto que con el tiempo ha ido variando su concepción, epistemológica y filosófica. Para dar fundamento a lo dicho en estas líneas, se procederá a investigar en una primera parte la concepción general del Estado de Derecho y su relación con la constitución. En especial el desarrollo de El Estado de Derecho a la luz de las dos vertientes filosóficas del Derecho con más trascendencia, como lo son el positivismo jurídico y el naturalismo.

Sección 1) El límite al poder del Estado, el Estado de Derecho

El Estado moderno ha de concebirse a la luz de los pilares republicanos. La república, proveniente del latín “Res Publica”, refiere a la cosa pública, en fin a ese bien común. Parafraseando a Nicolás Maquiavelo, es posible definir la república diciendo lo que no es, una monarquía. Es decir, un ejercicio del poder equilibrado que no recaerá sobre un solo individuo. Según Rosseau “llamo República a todo Estado regido por leyes, cualquiera que sea su forma de administración³, ya que solo entonces es el interés público el que gobierna y la cosa pública se concreta en algo”⁴. Esto lleva a estudiar el concepto de Estado de Derecho, en apego a los ideales republicanos y democráticos, con fundamento en los pilares constitucionales.

3 N.A.: Es decir, sin importar su régimen político, sea este Presidencial o Parlamentario.

4 Juan Jacobo Rousseau, *El contrato social*, Trad. Enrique López Castellón, (Madrid: Edimat, 2010), 93.

El Estado de Derecho, como es bien sabido, proviene de la traducción literal de la palabra alemana “rechtstaat”. Por lo que se debe tener en mente que este concepto requiere ser estudiado desde dos ópticas diversas, pero, que la segunda incluye la primera. La primera acepción es que el Estado de Derecho es aquel organizado con base en las reglas de derecho⁵ en la segunda⁶, se amplía el concepto al indicar cuanto sigue:

*(...) el Estado debe, no solamente ser un Estado de derecho formal
(...) (además) se refiere a un Estado que está sometido a reglas
jurídicas que limitan su poder y garantizan el respeto de los
derechos del hombre.⁷*

Es necesario elaborar una relación de la constitución con el Estado; pues es a partir de esta relación de la que podemos extraer la definición del Estado de Derecho. “La razón de ser de una constitución ... es garantizar los derechos del hombre y limitar el poder del Estado por la división de poderes”⁸. Es debido a la relación de ambos conceptos que, con sustento en la constitución, sus pilares democráticos y republicanos, permite adentrarse a la esencia del Estado de Derecho. En resumidas cuentas, las definiciones de Estado de Derecho y de Constitución ha de observarse desde un punto de vista integral y que se comprendan ambos conceptos de manera interrelacionada.

5 N.A.: Aquel que podemos denominar como Estado de Derecho Legalista

6 N.A.: Es este el concepto más amplio del Estado de Derecho, aquel por el que tenemos una intersubjetividad acordada y de mayor consenso.

7 Oliver Gassiot, *Curso Derecho Constitucional* (Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2014), 10.

8 Ibidem, p.12.

A) Fundamentos del Estado de Derecho

El concepto del Estado de Derecho ha ido variando a lo largo del desarrollo de la ciencia jurídica; pues es innegable la relación del Estado con el Derecho. El Estado de Derecho tiene antecedentes históricos de los cuales vale la pena tener conciencia. Estos permiten brindar una intersubjetividad con un fundamento más sustancioso respecto a la definición de Estado de Derecho.

Con el agotamiento del absolutismo⁹, que se presenta en diversas etapas en los países europeos¹⁰, se afirma primeramente la monarquía constitucional o limitada; el Estado de Derecho logra su consolidación, de manera definitiva, por primera vez, con el triunfo del liberalismo francés, y se expresa cabalmente en la instauración de la primera república federal (...)¹¹

Podemos ver cómo sin discusión alguna la frase de Maquiavelo, parafraseada líneas atrás encuentra sustento. Pues el Estado de Derecho, es sobre todo, aquel Estado que se contrapone a las monarquías absolutistas. La república, proveniente del latín “Res Publica”, nos refiere a la cosa pública, en fin a ese bien común. Es decir, un ejercicio del poder equilibrado que no recaerá sobre un solo individuo. Al respecto dice Rosseau: “llamo

9 El absolutismo consiste en la concentración de los tres poderes o funciones públicas (...) en una sola persona o grupo de personas, quienes no rinden cuentas ni tienen un marco constitucional o legal de actuación, o acatan libertades de los gobernados, esta forma de gobernar tuvo su expresión más representativa en la frase de Luis XIV “El Estado Soy Yo”.

10 La lucha entre el absolutismo y constitucionalismo o liberalismo, duró más de seis siglos desde el Siglo XII a la conclusión del Siglo XIX, pero aún hoy en día las tentaciones absolutistas se transforman en dictaduras con todas las tendencias.

11 Sergio Marquez, “Estado de derecho en México”, en *Estado, Derecho y Democracia en el momento actual*, comp. David Cienfuegos Salgado y Luis Gerardo Rodríguez Lozano, (Monterrey, Nuevo León: Editorial FEJ, 2008), 212.

República a todo Estado regido por leyes, cualquiera que sea su forma de administración¹², ya que sólo entonces es el interés público el que gobierna y la cosa pública se concreta en algo”.¹³ Lo que conlleva a estudiar el concepto de Estado de Derecho, en apego a los ideales republicanos y democráticos, con fundamento en los pilares constitucionales.

El hecho de que el primer paso para llegar a un Estado de Derecho fuese el de tener monarquías constitucionales, no refleja otra cosa más que la afirmación de que el Estado de Derecho tiene sustento en ser el principal límite al poder propio del Estado. Pues mediante normas de derecho el soberano instauró en su monarquía un límite y control a su poder, separándose así de esa creencia de que “El Estado Soy Yo”.

Esto en concordancia con los pensamientos de los filósofos Hobbes y John Locke y su esfuerzo por buscar el fundamento del poder político y de las leyes; así como el control y la vigilancia que ejercen los ciudadanos, respectivamente.

El soberano de Hobbes, que puede ser un hombre, un grupo reducido de hombres o una asamblea, es legítimo porque su fuerza proviene de la voluntad de los contratantes y no de algún tipo de decisión divina. Las leyes que el soberano promulgue serán, por consiguiente, leyes justas en la medida en que serán vistas como extensión de la voluntad de los hombres unidos por el contrato¹⁴
(...) hacia el final del mismo siglo XVII cuando el filósofo John

12 N.A.: Es decir, sin importar su régimen político, sea este Presidencial o Parlamentario.

13 Juan Jacobo Rousseau, ob.cit, 93

14 Thomas Hobbes, *Leviatán*, (México, Fondo de Cultura Económica, 1986), citado en Dante Haro Reyes, “Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia” *Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2897/7.pdf> (consultado el 18 de abril de 2017)

Locke reformularía la teoría del contrato (...) la concepción de que el derecho emana de la voluntad de los ciudadanos y se orienta a garantizar el ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales. Por otro, la definición del gobierno como un mandatario de los ciudadanos cuyo poder está limitado por las propias condiciones que constituyen su origen, es decir, por los derechos naturales de los individuos.¹⁵

Asimismo, continuando lo indicado en el párrafo antecesor, el liberalismo francés, y todos sus ideales propios de la Revolución Francesa, dieron lugar a la instauración del Estado Moderno; en relación paralela, con lo que fue la instauración de los Estados Unidos de América. Sin embargo, sin dejar de lado estas consideraciones ya señaladas, es imperante comprender a cabalidad lo que conlleva el Estado de Derecho, es decir, sus fundamentos. Pues este es un concepto que genera diversas concepciones. Empero, cabe señalar que la línea conceptual con la cual existe apego por tradición jurídica es la expresada en la doctrina del Rechtsstaat.

Bien hace Rainer Grothe exponiendo en su obra “Rule of Law, Rechtsstaat y Etat de Droit”¹⁶ que los conceptos de Rule of Law, Rechtsstaat y Etat de Droit comparten un común denominador por el control del poder político basado en la percepción de la falibilidad y arbitrariedad inherente del ser humano, el cual ya había sido discutido en las

15 Dante Haro Reyes, “Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia” *Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 120 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2897/7.pdf> (consultado el 18 de abril de 2017)

16 Rainer Grothe, “Rule of Law, Rechtsstaat y Etat de Droit”, *Pensamiento Constitucional* 8, (2002): 127-176.

obras de los filósofos antiguos, como Aristóteles para quien el gobierno por las leyes se erigía superior al gobierno por los hombres¹⁷.

Tomando los anteriores conceptos como ideales políticos que dan forma a la operación e instituciones de creación y aplicación de reglas legales en una sociedad, se puede afirmar que los tres conceptos pertenecen a la categoría de conceptos abiertos que están sujetos a un debate permanente y tienen que ser constantemente redefinidos para adaptarse a las necesidades de un contexto político y legal en cambio continuo¹⁸. Se ha señalado correctamente por Berman que la noción de Estado de Derecho no tiene en sí misma carácter absoluto sino histórico¹⁹. La implementación del ideal de Estado de Derecho depende, por lo tanto, de las tradiciones políticas y legales predominantes.

Ahora, con respecto a la noción de Estado de Derecho, en especial al concepto de Rechtsstaat, que como se indicó supra es el concepto de Estado de Derecho que se utilizará en la presente investigación, Villar Borda en su obra “Estado de Derecho y Estado Social de Derecho”²⁰ expone que, si bien esta noción del Estado de Derecho tiene ancestros destacados desde la antigüedad griega y romana y la Edad Media, puede decirse que se precisa científicamente a partir de la obra del profesor alemán Robert von Mohl.

Dice von Mohl sobre el Estado de Derecho “*Su esencia se sitúa en el hecho que protege y estimula el desarrollo de todas las fuerzas naturales, desarrollo reconocido por*

17 N.A.: Aristóteles expone más sobre este tema en su obra “Política”

18 José Juan Encinar, “Rechtsstaatlichkeit in Spanien”, eds Rainer Hofmannl et al, *Rechtsstaatlichkeit in Europa* (Alemania, C.F. Müller, 1996), 172.

19 Harold Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, (Cambridge: Harvard University Press, 1983), citado en Rainer Grothe, “Rule of Law, Rechtsstaat y Etat de Droit”, *Pensamiento Constitucional* 8, (2002): 129

20 Luis Villar Borda, “Estado de Derecho y Estado Social de Derecho” *Revista Derecho del Estado*, 20 (2007): 73-96. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3400539> (consultado el 18 de abril de 2017)

*el pueblo como objetivo de la vida del individuo y el conjunto de la sociedad*²¹. Bajo la misma línea de pensamiento, Heinz Mohnhaupt expone que:

(...) ese Estado de derecho constituye el único medio que permite lograr una expansión de la personalidad individual y su promoción. De él resultan derechos importantes de los ciudadanos que corresponden a la idea de participación en la vida del Estado y de seguridad de la esfera de libertad: los derechos fundamentales mencionados por la Constitución, la exigencia que el Estado formula para estimular los objetivos de la vida, el aspecto general y constitucional de las leyes, la legalidad de las directivas y la acción de la Administración, la independencia de la justicia y el principio de la proporcionalidad de la acción del Estado. Es así como Robert von Mohl concede a su noción de Estado de derecho elementos materiales modernos, pero en él esa noción se refiere siempre a la forma de Estado de la “Monarquía constitucional”²².

Ahora, si bien el Estado de Derecho, tal y como quedó señalado en líneas anteriores, consiste en un concepto abierto que está en una constante evolución con el fin de perfeccionarlo cada vez más, existen ciertos caracteres de índole general definidos por la doctrina, que deben estar presentes para hablar de Estado de Derecho. Parafraseando a Elías

21 Robert von Mohl, *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, (Tübingen: H.Laupp), 1859 citado en Luis Villar Borda, “Estado de Derecho y Estado Social de Derecho” *Revista Derecho del Estado*, 20 (2007): 74 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3400539> (consultado el 18 de abril de 2017)

22 Heniz Mohnhaupt, “L’Etat de Droit.” *Cahiers de philosophie politique et juridique* 24, (1993) citado en Luis Villar Borda, “Estado de Derecho y Estado Social de Derecho” *Revista Derecho del Estado*, 20 (2007): 74 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3400539> (consultado el 18 de abril de 2017)

Díaz²³ se habla de cuatro caracteres innatos al Estado de Derecho, los cuales son, en primer lugar, el imperio de la ley que impera sobre gobernantes y ciudadanos, teniendo a la Constitución como cúspide y máxima figura de expresión de la voluntad general. En segundo lugar, se encuentra la división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial. Como tercero está la fiscalización de la administración, que se refiere a la acción apegada a la ley en todo su accionar, así como un consecuente y eficaz control de la misma por parte de los órganos constitucionales y jurisdiccionales, buscando una interdicción de la arbitrariedad y, a su vez, un respeto estricto al principio de legalidad, utilizando inclusive un control político desde el Parlamento. Como último elemento general del Estado de Derecho se encuentra la protección de Derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas personales, procesales y demás índole, así como derechos económicos, sociales culturales y demás especies, las cuales constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos. Esta protección de libertades y derechos fundamentales es el fin último del Estado de Derecho y constituyen su razón de ser.

El sometimiento del poder al derecho, el gobierno de la razón, el gobierno de leyes y no de hombres, la obligación del gobernante de proteger el derecho, la repartición o separación del poder, las libertades de los ciudadanos y la protección de estas garantías fundamentales son preceptos que, según quedó expuesto anteriormente, son propios e innatos al Estado de Derecho. Corresponde este a un “Estado racional” y con él se arraiga la concepción iusnaturalista, según la cual, habría derechos del hombre anteriores al Estado, los cuales éste debe acatar y preservar.

23 Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, (Madrid: Editorial Taurus, 1998), 205-206

Otro elemento de importancia que se introduce en el Estado de Derecho es la noción de un cuerpo normativo por encima de todo el ordenamiento jurídico, la Constitución, la cual consiste en la garantía del Estado de Derecho.

B) La Constitución, garantía del Estado de Derecho

El diccionario de la Real Academia Española (RAE) señala que la constitución es la “ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política.”²⁴ A partir de esta definición es posible extraer un apego a lo que la doctrina en general ha denominado como constitución. Sin embargo, es un concepto muy variado y la propia RAE le brinda variadas acepciones; no obstante, se puede tener como premisa la citada previamente, por su apego a la doctrina jurídica.

De las otras definiciones que da la RAE, a excepción de algunas de carácter fisiológico, se denota una tendencia a definir la palabra constitución relacionándola con el verbo constituir, de punto de inicio de algo. Esto ha guiado a la doctrina a brindar definiciones de carácter muy genérico. “Entendiendo por “constitución de un orden jurídico”, el conjunto de normas que confieren facultades establecidas por el primer acto constituyente del orden jurídico”²⁵. Es decir, a grosso modo, que es un conjunto de normas jurídicas establecidas en el primer acto de creación del ordenamiento jurídico y del Estado.

24 Real Academia Española, Diccionarios 23 Edic. (Madrid: Espasa Calpe, 2014) www.rae.es/publicaciones/obras-académicas/diccionarios-de-la-real-academia-española (consultado el 25 de abril de 2014)

25 Rolando Tamayo y Salmoran, *El concepto de constitución*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/399/7.pdf>, 142 (Consultado el 23 de abril del 2017)

En sus antecedentes, el concepto de constitución se puede desarrollar desde la época posterior a la Revolución Francesa. Con la expansión de la soberanía parlamentaria y la división de poderes; además, con los cimientos de los Estados con monarquías constitucionales. Sin embargo, una serie de postulados contradictorios de la Revolución²⁶, como por ejemplo la implementación de un parlamento con poderes ilimitados, tuvieron como consecuencia el darle un carácter programático a la constitución (concepto como acto fundacional del Estado).

La Constitución es el límite al poder político, pues se pasa de un poder sin control alguno, a uno que está sometido al derecho (nótesen aquí las nociones de la definición de Estado de Derecho). Volviendo al concepto de constitución, la doctrina se ha decantado por dos definiciones:

En primer lugar, está la constitución en sentido material, que toma su contenido a partir del objeto de estudio del Derecho Constitucional. Puede definirse como aquella acepción al término de constitución que tiene como punto medular para su conceptualización el objeto de la constitución. Sin tener que caer en una tautología, en otras palabras, se define constitución material como aquella que se “refiere al contenido mismo de esas normas (que establecen la estructura esencial de un Estado) sin preocuparse para

26 Como por ejemplo: “(...) el considerar como ilimitado el poder parlamentario era contradictorio con la teoría de Sieyes sobre la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos (...)” Antonio García Cuadrado, *Derecho, Estado y Constitución*. (España, Editorial Club Universitario, 2010), 110.

nada de la forma en que están recogidas, de si son pocas o muchas, si están escritas o son meras costumbres, si es fácil o difícil reformarlas.”²⁷

Por otro lado, encontramos la constitución en sentido formal. Esta se refiere a que una Constitución es “toda disposición, sin importar su contenido, que se ubique en la parte más alta de la jerarquía de normas”²⁸. Es decir, el texto en sentido propiamente dicho, que puede componerse, a su vez, de una serie de textos, denominados comunmente como cuerpo constitucional.

Los antiguos griegos, bien hicieron remarcando la diferencia entre sintagma y politeia. Parafraseando al Dr. Ricardo Salas, del significado de estos dos conceptos griegos se puede hacer alusión al concepto de constitución.

*(...) se trata de entender que incluso las normas que se hallen en la constitución escrita o sintagma, pueden ser inconstitucionales por oponerse a la politeia o los acuerdos políticos básicos en torno a los cuales se vertebra un espacio social y sus distintas dimensiones.*²⁹

Del extracto anterior, es posible afirmar que existe una relación innegable entre la constitución en sentido formal y el sintagma griego; así como de la politeia y la constitución en sentido material. En la actualidad, la gran mayoría de los Estados modernos ven reflejadas estas dos nociones doctrinales en su Constitución. Como ejemplos de

27 Antonio García Cuadrado, *Derecho, Estado y Constitución*. (España, Editorial Club Universitario, 2010), 240.

28 Gassiot, ob.cit, 21.

29 Salas Porras, ob.cit, 88.

Estados que no siguen esta tónica se pueden mencionar: Israel y Gran Bretaña, que tienen una constitución en sentido material, más no así en sentido formal. Sin embargo, no se puede negar, como lo señala el profesor Salas, que pueden existir normas escritas que sean contrarias a esos acuerdos, pactos y cánones fundacionales del Estado.

En principio, el derecho de la constitución y esta misma, tenían por objeto dos contenidos básicos. A esto es lo que se le denomina como el Derecho Constitucional Clásico. Se tenía que el Derecho Constitucional en un principio “se concentrará casi de forma exclusiva en el estudio de las instituciones políticas. Él analizará el régimen constitucional en vigor. Se trata entonces de estudiar las instituciones y las prácticas parlamentarias o presidenciales de los diferentes regímenes políticos.”³⁰ En otras palabras, continuando con la misma idea, el derecho constitucional clásico estudiaba las instituciones políticas y todas aquellas que cumplen un rol en el Estado de Derecho; aunado a un estudio del sistema normativo y su articulación con las normativas internacionales, propio de prácticas parlamentarias y del sistema político.

Posteriormente, surge un nuevo objeto de estudio del derecho constitucional que permite pasar de un derecho constitucional clásico a uno moderno. Este nuevo objeto es conocido como el derecho constitucional sustancial, el cual busca desarrollar un catálogo de derechos fundamentales así como las vías pertinentes y necesarias para su protección y aseguramiento.

En fin, se puede definir Constitución a partir del objeto de estudio del Derecho Constitucional. Es decir, como el conjunto de normas que regulan las instituciones políticas

30 Gassiot, ob.cit, 6

y todas aquellas que cumplen un rol en el Estado de Derecho, así como su sistema normativo y su articulación con las diversas normas nacionales e internacionales, y aquellas que tutelan y protegen derechos y libertades fundamentales; que están ubicadas en la cumbre de la pirámide normativa y se encuentran sometidas a un procedimiento más complejo de revisión que aquel determinado para la ley ordinaria.

La Constitución es una fuente de derecho, pero, a pesar de que a nivel histórico siempre ha estado conceptualizada como la norma suprema de ordenamiento jurídico, esto en la praxis no siempre se pudo reflejar. Volviendo a la época post revolución francesa, y por el carácter meramente programático propio del derecho constitucional clásico, en la práctica no terminaba siendo más que un conjunto de buenas intenciones las cuales los gobernantes debían de respetar, pero sin existir una forma de hacer cumplir dichos preceptos constitucionales. A raíz de esto, la Constitución no fue considerada, en principio, como fuente de derecho por los juristas de la época, pues no existía como hacerla cumplir.

La explicación de lo anterior, según García Cuadrado, consiste en que:

(...) la flexibilidad de la mayoría de estos textos constitucionales, unida a la inexistencia de mecanismos jurisdiccionales de control de constitucionalidad, permitía frecuentemente que muchos de sus artículos quedaran sin el desarrollo legislativo necesario, siendo así ineficaces, o con un desarrollo normativo no respetuoso con la Constitución(...)³¹.

31 García Cuadrado, ob.cit, 111.

Igualmente destacable, es lo acontecido en Estados Unidos con respecto a su Constitución, ya que la Constitución Federal de 1787 fue considerada como derecho supremo del país desde sus inicios.³² Este convencimiento de la existencia de la supremacía jurídica formal de la Constitución sobre las leyes generó que en el caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, se presentara la figura del control judicial sobre las leyes³³ (punto que se tratará con mayor especificidad a lo largo del capítulo 2). A partir de lo anterior, quedaron facultados los jueces norteamericanos, cualquiera que fuese y de cualquier competencia, para inaplicar la ley si se considerase que es contraria a lo estipulado en la Carta Magna.

Con respecto al sistema europeo de justicia constitucional, no fue sino hasta después de la Primera Guerra Mundial que se presentaron vestigios de una Constitución como fuente de derecho formal y como eje principal y supremo del ordenamiento jurídico (Constitución de Austria de 1920)³⁴, lo anterior, gracias a la formulación del sistema austríaco-kelseniano de control de constitucionalidad de las leyes, cuyo fin era garantizar que la Constitución fuera la primera y principal del ordenamiento jurídico estatal y una auténtica norma jurídica. Todo lo cual será analizado en apartados posteriores de la presente investigación; sin embargo, no debe de quedar duda alguna de la constitución como fuente de derecho y su posicionamiento privilegiado en el sistema normativo.

32 Artículo VI, sección 2 dice lo siguiente: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país (the supreme law of the land) y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contra que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”. Constitución Política de los Estados Unidos de América. Constitution Society. <http://www.constitution.org/cons/constitu.htm> (consultada el 18 de abril de 2017). Por tanto no parece que el texto se refiera a la supremacía de la Constitución sobre las leyes, sino más bien a la supremacía del Derecho federal sobre el de los Estados miembros de la Unión, pero revela ya una concepción de la Constitución distinta de la que poco después se impondría en el Continente europeo.

33 Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*. (Madrid: España, 1984), 422 y ss, citado en García Cuadrado, ob.cit, 113

34 Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad* (Madrid: España, 1987) citado en García Cuadrado, ibídem, 114

En relación con el Estado de Derecho, y el cumplimiento de los expuestos en su teoría, la única manera de proteger y asegurar los derechos, libertades y garantías propias de un Estado Democrático de Derecho, es cumpliendo con lo dispuesto por la Constitución, como norma fundacional del Estado.

Tanto el Estado de Derecho como la Constitución, son pilares fundamentales para comprender el fenómeno constitucionalista y el neoconstitucionalista. Ya que, como se dijo previamente sobre la razón de ser de una constitución, es el fundamento y la legitimidad de un Estado, que se funda en la sumisión del gobernante al Derecho³⁵.

Sección 2) Fundamentos filosóficos del Estado de Derecho

Existe una relación innata entre el Estado de Derecho y la Constitución, según la cual, tal como se expuso previamente y de manera muy somera, se determina que el Estado de Derecho, por medio de la Constitución, busca implementar un límite al poder que ostenta la figura del Estado.

Adelantándose un poco a un asunto que se tratará en líneas posteriores, es posible asegurar que el Constitucionalismo es un “movimiento del que surge y con el que se desarrolla la Constitución (...)”³⁶ y que, por lo tanto, se puede partir de la premisa de que tiene fundamentos de carácter filosófico, los cuales dan pie al criterio que relaciona el

35 Jorge Zabala Egas, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo Y Argumentación Jurídica*, (Guayaquil, Ecuador: Edilex, 2010.) http://biblioteca.unach.edu.ec/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=7921 (consultado el 1 de mayo de 2017)

36 Jose Mateos, “Fundamentos filosóficos del surgimiento y la evolución del fenómeno constitucional” *Revista Internacional de Filosofía*, 57 (2012): 9.

límite al poder que brinda la Constitución al Estado de Derecho.

Así, afirma De Otto que el elemento diferenciador de la Constitución no es su rango o su capacidad para vincular a las normas inferiores sino la inclusión en su seno de un conjunto de valores susceptibles de sostener un sistema político democrático, e inevitablemente coincidentes con los Derechos Humanos, entramado de derechos subjetivos que son signo identitario del Estado de Derecho³⁷.

Pues debemos comprender que la Constitución, a través del constitucionalismo, positiviza criterios propios del derecho natural³⁸. Ahora bien, se pretende en este apartado poder determinar (continuando la línea desarrollada en la primera fase de este acápite) cómo el Estado de Derecho recibe influencias iusfilosóficas y cómo, además, el desarrollo de las normas, propias de un sistema jurídico, están ligadas a un fundamento que va más allá de lo plasmado en el texto jurídico.

A) La influencia iusfilosófica al Estado de Derecho

Partiendo de partir del argumento señalado de que el Estado de Derecho, debido a su inmensurable relación con el constitucionalismo y por lo tanto con la Constitución (en sentido amplio, es decir material y formal), tiene un trasfondo filosófico. Sin

37 Jose Mateos, *ibídem*, 8.

38 N.A.: Jose Mateos habla de que “el constitucionalismo transforma en Derecho positivo los postulados del iusnaturalismo racionalista e ilustrado, promotor de un modelo de comunidad política fundada en el contrato social y respetuosa con los derechos naturales de los ciudadanos...”. Entendiendo, por ejemplo, que la constitución (sea en su concepción material o inclusive, formal), en un inicio, se encargó de plasmar los ideales propios de la Revolución Francesa. O bien, muy genéricamente, plasma los ideales o fundamentos filosóficos de una nación.

embargo, es pertinente realizar un estudio en el que se determine la influencia iusfilosófica en el Estado de Derecho, para lo cual se parte nuevamente de una definición del mismo:

Despojado de todo tecnicismo, significa que el gobierno está vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano —normas que hacen posible prever, con bastante certeza, cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos con base en este conocimiento.³⁹

Retomamos entonces que este concepto tiene dos aristas. Por un lado, se parte de la premisa de que el poder es conferido por la ley, siendo esta la visión formal o débil. Por el otro lado, se tiene la visión de que el poder es limitado por la ley⁴⁰, lo que permite hablar de un Estado de Derecho sustancial o fuerte. Sin olvidar, claro está, los cuatro elementos desarrollados por Elías Díaz⁴¹.

Estas consideraciones ayudan a diferenciar el Estado Moderno, tal como se conoce hoy en día, de aquel Estado que reza por el cumplimiento de un ordenamiento jurídico pero que no se somete íntegramente a los principios de un Estado de Derecho. Partiendo de lo dicho, es posible afirmar que el Estado de Derecho ha de contar con influencias filosóficas

39 Friedrich Hayek, *The Road to Serfdom*, (Londres, Institute of Economic Affairs, 2005) 54

40 Tomando en consideración el fundamento legitimador de la ley (en sentido amplio) expresado por los filósofos Hobbes y Locke, página 10 de la presente investigación.

41 Díaz, ob.cit, 205-206

preestablecidas, lo cual será analizado a la luz del fundamento de la ley (en sentido amplio) y su legitimación.

Recapitulando lo dicho en el punto B de la primera sección, en especial respecto a los objetos de estudio del Derecho Constitucional, esta ampliación de los objetos del Derecho Constitucional ocasiona un efecto colateral en otros conceptos como el constitucionalismo e incluso el Estado de Derecho. A este último se le presta mayor atención en este apartado. La relación del Estado de Derecho con los objetos de estudio del derecho constitucional, facilitan la comprensión de como este concepto puede tener ciertas influencias filosóficas.

A través de la historia se observa que por muchos años, la voluntad del hombre estuvo por encima de las leyes. La idea moderna del Estado de derecho surge en forma incipiente a finales del siglo XVIII y a principios del XIX, cuando los fundamentos de las revoluciones mundiales impelen a superar el absolutismo de la de la monarquía mediante regímenes democráticos, en los que se sustituyó el poder autoritario del monarca por el de un gobernante elegido por el pueblo y sujeto a las restricciones, derechos y obligaciones que se impusieron en los ordenamientos jurídicos (...) Así entonces, el Estado de derecho representa la confluencia de diferentes principios y postulados filosófico-políticos, de diversos

*pensadores, variados movimientos y fuerzas históricos, los cuales toman cuerpo en un conjunto de estructuras e instituciones.*⁴²

El Estado de Derecho –como límite al poder del Estado (visión sustancial)⁴³– tuvo sus orígenes más remotos con las monarquías constitucionales. Teniendo el soberano como límite de su poder a una Constitución, que como ya se mencionó, tuvo un carácter meramente programático, claro está, con la excepción del impulso dado mediante la Constitución de los Estados Unidos de América. Posteriormente, ya con el desarrollo de la justicia constitucional, tanto a nivel anglosajón, así como por el impulso del sistema austríaco-kelseniano de control de constitucionalidad de las leyes y sus principios, es que la impregnación de la constitución en el Estado de Derecho fue mayor. Al punto que las influencias filosóficas en la Constitución, como fuente principal de los ordenamientos jurídicos, resultan innegables.

Lo que implica que el Estado de Derecho, por medio del derecho constitucional clásico mediante la estructuración que se brinda por medio la vía de la constitución y sus preceptos, acopla una visión formal de sí mismo. Lo anterior, por tener un carácter meramente programático, limitado a dos objetos de estudio, siendo el primero relativo a las instituciones políticas, las instituciones locales y a las instituciones jurisdiccionales y el segundo, concerniente al sistema normativo, la organización de la normativa nacional, así como entre esta normativa y la normativa internacional (es decir, lo que es grosso modo el ordenamiento jurídico). Este Estado de Derecho nos hace referencia a un aspecto

42 Haro Reyes, ob.cit, 123

43 “El Estado de Derecho surge como una garantía frente al abuso de poder. El Estado tiene límites, que debe cumplir” Díaz, ob.cit, 29.

meramente formal, pues se buscaba únicamente que el Estado estuviese organizado a partir de las reglas de Derecho, sin preocuparse del contenido de sus reglas. Este aspecto se desarrollará con ayuda de las formulaciones de Ferrajoli y su redifinición del concepto de constitucionalismo y sus fundamentos iusfilosóficos.

Hasta aquí es posible aseverar, que a pesar de que el Estado de Derecho tuvo sus cimientos iusnaturalistas⁴⁴, para lo que fue justificar el poder del soberano, llegó a tener un gran sustento positivista, en especial con esta concepción formal del Estado de Derecho.

Bien lo dice el Dr. Gassiot:

En la concepción formal, el Estado de derecho es la estructuración jurídica del Estado. En este caso, nos referimos solamente al aspecto formal de la cuestión, nosotros miramos únicamente si el Estado está organizado a partir de las reglas de derecho, sin preocuparnos del contenido de sus reglas. (...) Esta concepción está consagrada en la filosofía del positivismo jurídico. Para Kelsen, el Estado es un orden jurídico y existe una identificación entre el estado, el derecho y la jerarquía de normas (...) Kelsen define el Estado de derecho como la estructuración de un orden jurídico, jerárquico y piramidal en el cual las normas se encajan y se articulan en el interior de un todo orgánico, estratificado sucesivamente por la Constitución, la legislación y el reglamento.

44 “(...) a partir de finales del siglo XVIII, el constitucionalismo transforma en Derecho positivo los postulados del iusnaturalismo racionalista e ilustrado, promotor de un modelo de comunidad política fundada en el contrato social y respetuosa con los derechos naturales de los ciudadanos, dando lugar a las primeras constituciones.” Mateos, ob.cit, 9

Solo la estratificación o la jerarquización de las normas esta determinada a lograr la autoproducción y la autolimitación del Estado.”⁴⁵

En este punto es importante detenerse a analizar de manera breve el análisis que realiza Hans Kelsen en relación con el Estado y el Derecho. Pues, según este autor, se puede partir de que el Estado es lo mismo que el orden jurídico vigente, es decir, dos conceptos que definen un mismo objeto⁴⁶. Esta identidad conceptual del Estado de Derecho y el Derecho, permite concluir que con que el Estado cumpla con lo estipulado por el ordenamiento jurídico se encaja en lo sugerido por esa concepción formal⁴⁷. No se debe preocupar el Estado de Derecho por cuestionarse “el deber ser”, pues su objeto es el “ser”. Dado que, según esta teoría positivista, el deber ser se adentra en los juicios de valor.

El positivismo jurídico es la corriente de pensamiento que asimila el derecho al derecho positivo, es decir, el conjunto de reglas jurídicas en vigor en un lugar y en un momento dado. La mayoría de los juristas contemporáneos se unen, más o menos de forma consiente, a las tesis defendidas por los diferentes movimientos positivistas (...) profundamente opuesto a la idea de que la naturaleza (...) Los positivistas enuncian que el estudio del

45 Gassiot, ob.cit, 12-13

46 “Dice Kelsen que precisamente lo jurídico es lo que viene a trazar las fronteras de la realidad estatal; que sólo a la luz del Derecho podemos delimitar lo estatal; que un hecho sólo puede considerarse como estatal cuando se hace referencia al orden jurídico (...)” citado en:

http://ual.dyndns.org/Biblioteca/Teoria_General_Estado/Pdf/Unidad_6.pdf (consultado el 29 de abril 2017)

47 “Así, “todo Estado tiene que ser Estado de Derecho en sentido formal, puesto que todo Estado tiene que constituir un orden coactivo... y todo orden coactivo tiene que ser un orden jurídico””. Citado en Haro Reyes, ob.cit, 124

derecho debe limitarse al estudio de las reglas jurídicas que existen efectivamente, y dejar de lado los juicios de valor sobre lo que el derecho debe ser, y si él es conforme a una justicia absoluta.”⁴⁸

B) El Derecho, algo más que normas (reglas), la democratización del Estado de Derecho.

Pese a lo dicho anteriormente, el Estado de Derecho no se quedó solamente en su concepción formal. Existe pues una segunda que va más allá de lo establecido por la positivista de este. Se puede decir que enmarca los lineamientos del Estado de Derecho en sentido formal pero, además, da un paso más allá de esa mera constatación de cumplimiento de reglas. Pues, contrario a la formulación positivista de Kelsen, no es posible sostener que todo (...) *Estado ni cualquier derecho conforman un Estado de derecho* (sic) ⁴⁹.

La Constitución, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, fue vista como una entidad simbólica no justiciable⁵⁰. A pesar de contener los derechos del hombre y del ciudadano, propios de las revoluciones y movimientos sociales del siglo XVIII, no existía manera ni medio alguno para garantizarlos. Estos derechos, esbozados como inherentes a las personas, se veían reflejados de una manera formal. Eran reconocimientos mediante el texto constitucional que se caracterizaban solamente por estar escritos y, por el hecho de estar plasmados en la Constitución, se consideraba al Estado respetuoso de esto, apoyado en el positivismo. Asimismo, este positivismo rechazaba la existencia de principios

48 Gassiot, ob.cit, 13

49 Haro Reyes, ob.cit, 124

50 Mateos, ob.cit, 13

constitucionales, como también negaba la posibilidad de poder desarrollar la norma constitucional más allá de lo escrito en ella.

El positivismo implicará, por un lado, la cerrazón del Estado hacia las reformas jurídicas que impulsen a la sociedad hacia una democracia real y una igualdad efectiva entre los ciudadanos, alegándose que tales pretensiones formaban parte de doctrinas ideológicas que debían quedar en el ámbito de las convicciones personales, sin poder exigir su plasmación en el Derecho. Por otra parte, el positivismo estanca los esfuerzos por desarrollar los derechos y principios ya reconocidos en las constituciones, al asumir que el legislador era el único competente para hacerlo (...)⁵¹

Empero, estas constituciones programáticas no brindaban medios reales para que los derechos fundamentales consagrados en su texto se hicieran respetar, como verdaderos límites al poder del Estado. Muchos eran los factores que favorecían en aquellas épocas a una constitución pragmática y sin posibilidad de cumplimiento real. Mateos, en su texto “Fundamentos filosóficos del surgimiento y la evolución del fenómeno constitucional”, analiza desde movimientos sociales como el Capitalismo hasta problemas de índole social (como el analfabetismo), como factores facilitadores de una Constitución sin garantía de los

51 Mateos, ibid.

Derechos consagrados en ella. Dice el autor:

El reconocimiento deficiente y sesgado de los derechos de la persona (...) conoció su más firme oposición con el surgimiento del socialismo y las primeras revoluciones obreras, orientadas a la realización plena de todos los derechos inherentes a la dignidad humana (...) la igualdad ante la ley, materializada en la plasmación teórica de ciertos derechos compartidos por toda la colectividad, no es sinónimo de igualdad real entre las personas (...) los derechos «de libertad» se vuelven inejecutables en la práctica debido a la carencia de recursos precisos (...) Quien sufre el analfabetismo no puede debatir sobre la complejidad de la política, ni tampoco votar con plena conciencia, del mismo modo que el derecho de propiedad resulta un sarcasmo para quien no posee ni lo más necesario para vivir. Pero esa persona tampoco podrá, consiguientemente, cumplir su papel en la búsqueda de la limitación del poder que resulta inherente a toda Constitución (a través del voto, la libertad de crítica...), pues una decisión (que tantas veces se traduce en pasividad) realizada desde el desconocimiento no puede ser libre. Así, la igualdad meramente formal, sin las condiciones que la conviertan en real, se vuelve claramente incompatible con la propia esencia de la Constitución. Como dice Elías Díaz, el capitalismo llevaba implícito un

«insuficiente respeto de los derechos de los no propietarios»⁵²

(negrita no es del original)

Es hasta después de la Segunda Guerra Mundial que los Estados, a través del desarrollo de un auténtico Derecho Constitucional Sustancial, buscarán generar un verdadero límite al poder del Estado de Derecho, garantizando un cumplimiento efectivo de la Constitución. La figura del Estado encuentra su límite no solo en los preceptos enumerados por el Derecho Constitucional Clásico, con sus dos objetos de estudio, sino también en la parte sustancial de su constitución (entrando a ser un Derecho Constitucional Moderno). Pues es en esta donde se les garantizan a las personas sus derechos. Esto además de la creación de un control efectivo de la Constitución, pues el Estado, tal como lo dice José Mateos Martínez, aún surgido sobre los pilares del Estado de Derecho y, en cumplimiento pleno de sus preceptos formales, corre el riesgo de volverse tiránico. Sobre todo si es un Estado no respetuoso de los Derechos Humanos.

Hasta aquí es importante realizar un par de acotaciones. Los Derechos Humanos, con su sustento naturalista, retoman fuerza luego de las atrocidades cometidas por la humanidad en las dos Guerras Mundiales. Por otro lado, el principio democrático, de la mano de los Derechos Humanos, llega a generar un cambio en el modelo del Estado de Derecho. En especial cuando se parte de una superación de la Teoría Pura del Derecho Positivista.

Los Derechos Humanos y la democracia (el principio democrático) tienen una relación intrínseca e innegable. La democracia no se limita únicamente a la categoría de

⁵² Mateos, *ibídem*, 14

derechos políticos de los ciudadanos, resguardados en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); así cómo esta no es la única relación con los derechos humanos. Es, además, un régimen legitimador del Estado de Derecho (garante de los derechos humanos) que genera en este un giro en su fundamento. La democracia es el ente legitimador en un Estado que procura el respeto, consagración y defensa de los Derechos Humanos (DDHH). La relación, a modo de metáfora, es como una calle a doble vía, pues los DDHH resguardan la democracia y la tutelan, pero también esta es el régimen en el cuál se garantizan estos derechos con un marco garantista integral.⁵³

A partir de esto, es claro que el Estado de Derecho debe respetar no solo los principios democráticos en pro de su propia legitimación; sino que, además, debe procurar tutelar los DDHH. Se da un advenimiento de la corriente iusnaturalista en el trasfondo filosófico del Estado de Derecho. Un iusnaturalismo que acepta un dualismo, en otras palabras, una cohabitación con el positivismo. Lo que conlleva a una concepción del Estado de Derecho que no rechaza la concepción formal (con influencia positivista), más bien la acoge y busca una mayor tutela con base en el tercer objeto de estudio del Derecho Constitucional (con una influencia naturalista), en pro del elemento sustantivo de la Constitución y de la garantía de la supremacía constitucional por medio de mecanismos jurisdiccionales. Esta es la concepción material del Estado de Derecho, la cual acoge influencias filosóficas que llegan a permitir un equilibrio entre la teoría pura positivista y la teoría naturalista que promueve los Derechos Humanos y el principio democrático como sustento insoslayable.

53 N.A.: para mayor desarrollo consultar José Thompson, *Participación Democracia y Derechos Humanos*, 2002 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08068-2.pdf> (consultado el 30 de abril de 2017)

Esta visión material, no solo se limita a trascender los postulados del Estado de Derecho formal sino que, además, sienta las bases para el desarrollo de la teoría Neoconstitucionalista. En el capítulo 3 se hablará del Estado Constitucional a partir del autor Gustavo Zagrebelsky con su obra “El Derecho Dúctil”⁵⁴ como principal precursor. Hay que tomar en cuenta que para poder comprender esta obra es preciso entrar a analizar lo que se conoce como Constitucionalismo. No obstante, es pertinente acotar la importancia de esa superación del positivismo, que se ve reflejada en las palabras del profesor Ricardo Salas, cuando dice en su estudio concreto sobre el Neoconstitucionalismo que:

para definir si el Derecho que se tiene al frente es suficiente (...) o si es injusto por no acomodarse a aquellas valoraciones generales (como lo son los criterios de justicia según John Rawls); por mucho que exista una norma superior (incluso constitucional) que le sirva de sustento, hay que lograr una aplicación que se acomode a aquellas (valoraciones generales) y no a esta (se refiere a la norma en sentido estricto).⁵⁵

Elementos que serán desarrollados en el segundo capítulo, donde se hablará sobre los pilares propios del Neoconstitucionalismo. Sin embargo, es necesario realizar este trabajo previo de análisis de antecedentes, que no puede pasar por alto un estudio minucioso del Constitucionalismo, brindando la relación adecuada con lo estipulado previamente.

54 N.A.: O como le llama el profesor Salas, “Derecho Flexible”.

55 Salas Porras, ob.cit, 92.

Capítulo II) Constitucionalismo y su Desarrollo a la Teoría Garantista.

Es imperante iniciar este capítulo recalcando el hecho de que el Constitucionalismo, sin duda alguna, tiene que estudiarse siempre en conjunto con el Estado de Derecho y todos los temas ya puntualizados. Es decir, este Constitucionalismo se puede traducir en ese sentido jurídico o como acepción de una superioridad de la norma constitucional. Por lo tanto, en un primer instante se desarrollará a profundidad lo que se entiende por Constitucionalismo y ese sentido de superioridad sobre las otras normas.

Este recorrido se hará esto teniendo siempre presentes los lineamientos esbozados previamente, en especial con el Estado de Derecho y su relación con la Constitución y sus objetos de estudio desarrollados por el Derecho Constitucional. Si es pertinente indicar que en este trabajo no se pretende realizar una crítica al constitucionalismo, ni formular una antítesis a los postulados de este. El Constitucionalismo como teoría del Derecho Constitucional, es la estructura previa al objeto de estudio de esta tesis, dígase el Neoconstitucionalismo; que con forme se avanza en el trabajo se irá acercando a una definición de este cambio en el paradigma constitucional. En otras palabras, se continuará un hilo conductor en el que los conceptos ya desarrollados tienen una importancia esencial para el progreso de los próximos puntos a tratar.

No se pretende crear la idea en el lector de que el Neoconstitucionalismo será la antítesis de lo que se procederá a explicar en las siguientes páginas. Más bien, la pretensión será esclarecer los postulados del Constitucionalismo para lograr tener un acercamiento a lo

que es el Neoconstitucionalismo y en qué se diferencia al fin y al cabo del propio Constitucionalismo. Es por esto, que se dedicará una segunda sección a desarrollar con más precisión el Constitucionalismo Garantista, a partir de los planteamientos de Luigi Ferrajoli.⁵⁶

Sección 1) El constitucionalismo y sus principios rectores

Como corolario de lo anteriormente expuesto, en este primer apartado se expondrá el Constitucionalismo, o las concepciones que se tengan de este, junto a su origen y sus principios rectores; entiéndase el principio de constitucionalidad y su relación con el principio de la supremacía constitucional, para desarrollar, posteriormente, el principio de control de constitucionalidad y los diversos modelos existentes, los cuales garantizan la efectividad de la Constitución.

A) Concepción y supremacía de la constitución

Existen diversas concepciones que rodean el término constitucionalismo, las mismas se derivan de las distintas representaciones que los autores le dan a esta corriente; cabe destacar que se hará mención de algunos de los conceptos que se consideran relevantes para el desarrollo de esta investigación. En primer lugar, la Real Academia

⁵⁶ “El constitucionalismo garantista se constituye en una especie de vía media entre el viejo positivismo de autores como Kelsen, Hart o Bobbio y las nuevas corrientes principialistas que Ferrajoli considera una nueva expresión de iusnaturalismo, y da cuenta del cambio de paradigma (...)” tomado de: Julian Gaviria, “El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica de Luis Prieto Sanchís”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, Número 5, septiembre 2013 – febrero 2014, 305-309

Española define el término constitucionalismo como un "sistema político regulado por un texto constitucional"⁵⁷. Ferrajoli, por su parte, expone que:

*(...) el constitucionalismo corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho, que se traduce en la alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera se expresó en la omnipotencia del legislador, la segunda se basa en el principio de legalidad sustancial, es decir, en el sometimiento también de la ley, a vínculos ya no solo formales, sino sustanciales impuestos por los principios y derechos.*⁵⁸

Desde una óptica política, ha dicho Carl Joachim Friedrich, que el constitucionalismo ha de ser entendido como “la práctica de la política conforme a una “reglas de juego” que imponen limitaciones efectivas a la acción del Gobierno y de otras fuerzas políticas ...”⁵⁹. Desde un enfoque jurídico que es, al fin y al cabo, el de interés, Paolo Biscaretti señala al Constitucionalismo como “limitación a la actividad gubernamental por medio del derecho”⁶⁰. Más específica y con un mayor enfoque jurídico la definición que brinda Nicola Matteucci: “constitucionalismo es la técnica de la libertad, o sea, que es la técnica jurídica a través de la cual se les asegura a los individuos el ejercicio de sus derechos individuales, y al mismo tiempo, el Estado es colocado en la posición de no

57 Real Academia Española, ob.cit.

58 Luigi Ferrajoli, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, (Madrid: Editorial Trotta, 2007) 53 - 55.

59 Carl Friedrich, “Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America, Boston”, citado en: Manuel Aragon, *La constitución como paradigma* (México: UNAM, 1941), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/130/3.pdf> (consultado el 5 de mayo de 2017).

60 Paolo Biscaretti, “Introducción al derecho constitucional comparado”, citado en: *La constitución como paradigma*, Manuel Aragon, (México: UNAM, 1941), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/130/3.pdf> (consultado el 5 de mayo de 2017).

poderlos violar”⁶¹. Es decir, podemos partir del constitucionalismo, como concepto que habla de una superioridad de la norma constitucional sobre cualquier otra norma.

Un claro ejemplo de lo expuesto anteriormente se presenta en el caso *Marbury v. Madison* de 1803 en el cual, mediante una construcción jurisprudencial de la Corte Suprema de Estados Unidos, el juez Marshall, quien figuraba como Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, le brindó a dicha Corte la capacidad de controlar la constitucionalidad de los actos de gobierno federal y del gobierno estatal. Bien hace Horacio Andalúz al exponer en su obra: *El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho*, lo siguiente sobre esta misma sentencia:

(...) la Corte sostuvo que la judicatura era el poder a cargo de decir el Derecho y, por consiguiente, era su competencia decidir sobre la eliminación de antinomias.⁶² Y de ahí que si la contradicción era entre la Constitución y una norma promulgada por el Congreso, los tribunales estaban obligados a aplicar la primera y no la segunda, pues de lo contrario un acto enteramente inválido sería, a pesar de ello, obligatorio, y, si ese era el caso, las constituciones escritas no tendrían sentido. Finalmente, este razonamiento fue confirmado vía una referencia textual a la cláusula de supremacía, alegando que cuando ésta señalaba las

61 Dizzionario di política de Torino, citado en: citado en: *La constitución como paradigma*, Manuel Aragon, (México: UNAM, 1941), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/130/3.pdf> (consultado el 5 de mayo de 2017).

62 En efecto: “La interpretación de las leyes es de competencia de los tribunales. Una Constitución es y debe ser tenida por los jueces como la ley fundamental” Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista*, trad. Gustavo Velazco (México, 2001) 395-396.

*fuentes del Derecho, el orden de las palabras daba primacía a la
Constitución.*⁶³ ⁶⁴ (Negrita no es del original)

Este caso de Marbury v. Madison resulta de gran importancia porque consiste en el origen del constitucionalismo, teniendo como base el principio del *self restraint*, el cual consiste en que "el poder del juez implica una cultura de autocontrol en aras de que las respuestas jurídicas no sean las que a él le convienen o respalda teóricamente, sino las que corresponde adoptar según el derecho constitucional vigente"⁶⁵. Principio que se desarrollará próximamente en esta tesis, en una visión aplicada y en función del Neoconstitucionalismo. Pero, por el momento y en relación al reconocido caso, es imprescindible tener presente como el Constitucionalismo es aquella acepción jurídica que promueve la supremacía de la Constitución y que todo el ordenamiento jurídico debe ir conforme a sus postulados. Es la impregnación del contrato social propio del Estado de Derecho en la Constitución y, como tal, debe respetarse como norma suprema del ordenamiento jurídico de cada Estado.

Con respecto al sistema europeo constitucional, no fue sino hasta después de la Primera Guerra Mundial que se presentaron vestigios del Constitucionalismo, teniendo a la Constitución como eje principal y supremo del ordenamiento jurídico (Constitución de

63 Dice la cláusula de supremacía: "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o leyes de cualquier Estado" (Constitución de los Estados Unidos, artículo VI.2).

64 Horacio Andalúz, "El Control de Constitucionalidad desde la Teoría del Derecho", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31 (Chile: 2008) http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200011 (consultado el 6 de mayo de 2017)

65 Eduardo Ferrer et al, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, tomo I, (México: UNAM, 2014) 598.

Austria de 1920)⁶⁶ . Lo anterior, gracias a la formulación del sistema austríaco-kelseniano de control de constitucionalidad de las leyes, teniendo como fin garantizar que la Constitución fuera la primera y principal norma del ordenamiento jurídico estatal y una auténtica norma jurídica. Este modelo de Constitucionalismo en específico (en el siguiente apartado se ahondará en mayor escala los diversos modelos constitucionales), según dice Alfonso Ruiz Miguel en su obra *Constitutionalismo y Democracia*, se "encomendaba en exclusiva a un Tribunal Constitucional predominantemente compuesto de profesores y competente sólo a instancia de personas o colectivos determinados muy restringidos, como porque se dirigía a analizar en abstracto la conformidad con la constitución de las leyes impugnadas."⁶⁷ Dicho modelo de Constitucionalismo, señala el autor, se llegó a generalizar en Europa sufriendo modificaciones, por ejemplo es importante destacar el reenvío judicial⁶⁸, que consiste en la facultad que se les otorgó a los jueces ordinarios de elevar cuestiones abstractas de constitucionalidad en caso de tener duda sobre una ley aplicable en un proceso, así como facultar a los tribunales constitucionales para recibir demandas individuales en garantías de derechos.⁶⁹ Esto denota ese desfase temporal entre el pensamiento norteamericano con el impulsado en Europa, pues con la ya citada sentencia de *Marbury vs. Madison* se dejó plasmada la necesidad de que la Constitución contemplara en su cuerpo normativo una vía para ser garantizada. Esto a raíz de principios que se mencionarán más adelante como el principio de constitucionalidad, la supremacía constitucional y la inviolabilidad de esta norma.

66 Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, (Madrid, 1987) <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2011866.pdf> (consultado el 6 de mayo de 2017).

67 Alfonso Ruiz, "Constitutionalismo y democracia", *ISONOMÍA*, 21, (2004), 54.

68 También conocida como Judicial Review en el derecho anglosajón. Ver más en: Eduardo Ferrer et al, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, tomo II, (México: UNAM, 2014), 771-773.

69 Alfonso Ruiz, ob.cit, 54.

Luego de haber desarrollado brevemente los orígenes del Constitucionalismo, se procederá a continuación con el desarrollo de sus principios fundamentales, que actúan como pilares si se quiere hablar próximamente (tercer capítulo) del Estado Constitucional de Derecho. En primer término se encuentra el Principio de constitucionalidad, el cual consiste en que la Constitución está en la cúspide del sistema, es decir que toda ley, reglamento o acto judicial o ejecutivo tienen que encontrar su fundamento de validez en la norma suprema, la cual, bajo ningún precepto, debe de ser violentada. Gassiot dice respecto de este principio lo siguiente:

(...) significa que solo una ley constitucional puede derogar una ley constitucional (...) impone el respeto de la Constitución, no solamente para los actos legislativos, sino también para todos los actos infra-constitucionales y eventualmente para los actos infra-legislativos: es decir, para los actos de las autoridades gubernamentales, administrativas (decreto, reglamento, directiva) y jurisdiccionales (juzgamientos, sentencias de jurisdicciones tanto judiciales como administrativas) (...) tiene por finalidad hacer respetar las normas constitucionales.⁷⁰

Dicho esto, el principio de constitucionalidad es aquel que consagra fehacientemente a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. Ligado a este principio se encontrará el de inviolabilidad de la Constitución. Pues esta norma no debe ser trasgredida por ninguna norma de un rango inferior del ordenamiento. En un plano

70 Gassiot, ob.cit, 9-11.

del “ser”, es indudable que la Constitución es vulnerable ante actos de particulares y del propio Estado de Derecho, por lo que la constitución es realmente violentada. Surge entonces la interrogante sobre la finalidad del principio de la inviolabilidad de la Constitución, para lo que se cita lo siguiente:

El principio de “inviolabilidad” de la Constitución, no implica que esta no pueda ser contravenida, ya que en multiples ocasiones se infringe (...) Por ello, la Constitución establece medios jurídicos para impedir o remediar las contravenciones (...) mediante sistemas de control de constitucionalidad generandose con ello la llamada “jurisdicción constitucional”⁷¹

Dado lo anterior, partiendo del principio de constitucionalidad, este sería letra muerta si no se relaciona con el principio de supremacía constitucional. Pues este último va de la mano con el ya supracitado principio de inviolabilidad; uno no se puede mantener sin el otro, la relación de dependencia es incuestionable.

Respecto a la supremacía constitucional, la cual es el principio materializador del Constitucionalismo, es posible decir que ha de ser considerado como el pilar más importante para la ejecución de una Justicia Constitucional. El Derecho Procesal Constitucional tiene sus bases en todos estos principios mencionados, empero, este último de la supremacía constitucional es considerado por la doctrina como el principio que “hace referencia a una cualidad fundamental que debe poseer cualquier Constitución política (...)”

71 Eduardo Ferrer et al, ob.cit, Tomo II, 1040.

la superioridad de esta respecto a otras normas jurídicas.”⁷² Asimismo, continuando el fundamento de dicho principio, este es, a su vez, el origen y existencia de lo que se conoce como Estado de Derecho en sentido material; ya que, como se dijo anteriormente, es el que da la consolidación normativa a la Constitución Política, norma cúspide del ordenamiento jurídico del Estado de Derecho en la que se recopilan las normas fundamentales de este.

Estos principios, esbozados previamente, marcan un rumbo hacia aquello que se conoce como la Justicia Constitucional. Para lo cual (según los modelos de constitucionalidad que abarcaremos más adelante en este trabajo) cada Estado garantiza los medios para el pleno cumplimiento del constitucionalismo. A modo de ejemplo, la Sala Constitucional de la República de Costa Rica es muy clara en su sentencia 2001-09384 exponiendo lo siguiente:

La jurisprudencia constitucional ha reconocido a la Constitución Política su carácter normativo supremo (principio de supremacía) del cual se derivan una serie de consecuencias entre las que está, el deber de remoción de todo obstáculo para su plena efectividad. Para eso se han creado mecanismos procesales conducentes a hacer valer y respetar los principios y valores en ella contenidos (...) Naturalmente que el principio de supremacía de la Constitución, implica su eficacia directa, es decir, vinculante sin necesidad de intermediación de ninguna otra norma. De ahí deriva precisamente, la capacidad de toda autoridad para aplicar,

72 Eduardo Ferrer et al, ob.cit, tomo II, 1198.

*desarrollar y proteger los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política. De no ser así toda argumentación acerca de la máxima jerarquía de la Constitución, no pasaría de ser una declaración de buena voluntad.*⁷³

Por su parte, el Tribunal Constitucional Peruano menciona la supremacía constitucional en su sentencia STC 5854-2005-AA, en la cual se expone lo siguiente:

*Una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella, no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder deviene entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo*⁷⁴

Los postulados desarrollados en cada una de estas sentencias, vienen a ilustrar de primera mano qué es la Justicia Constitucional, la cual está llamada a ser el sustento del control de la constitucionalidad como modelo para garantizar, de manera efectiva, la Constitución; teniendo como base el principio de supremacía constitucional, pues brinda la noción de que la Constitución es la norma o parámetro legitimador de todo el ordenamiento jurídico⁷⁵ así como todos los otros principios desarrollados previamente para lograr la

73 Sala Constitucional de la República de Costa Rica, voto 2001-09384

74 Tribunal Constitucional Peruano, voto STC 5854-2005-AA

75 N.A.: Ante esto es importante tener en cuenta que esta supremacía ha de verse tanto desde una perspectiva tanto lógica como axiológica. Ante lo cual se cita: “Bajo una perspectiva lógica, la Constitución se entiende

efectiva aplicación de los preceptos constitucionales y, asimismo, garantizar el Estado de Derecho.

B) El control de constitucionalidad, garantía efectiva de la Constitución

El Estado de Derecho, producto de esa necesaria relación con la Constitución, busca poder cumplir con los estándares enunciados en su concepto material. Es así como además de velar por el respeto a sus bases como Estado de Derecho, se ha hablado del Constitucionalismo.

Por lo tanto, el Estado de Derecho, de la mano con el Constitucionalismo, trata de cumplir, resguardar y promover todos aquellos preceptos y principios que emanan de sí mismo. Pues estos son los que garantizan la protección de la Constitución de manera íntegra. Es a raíz de esto que la propia Constitución desarrolla mecanismos para lograr cumplir con ese modelo de Constitucionalismo.

(...) es en el Estado de Derecho que el control de la constitucionalidad es un elemento consustancial al mismo, desde que sólo en el Estado de Derecho la Constitución importa efectivamente la interdicción del acto arbitrario y una limitación real al poder, comenzando por frenar al poder con el poder, mediante el sistema de frenos y contrapesos. Por ello, no es exagerado decir que en un Estado de Derecho la Constitución

como ley jerárquicamente suprema (...) una Constitución sería jerárquicamente suprema desde una vertiente axiológica, cuando se asume como depositaria de los principios fundamentales y derechos humanos de las personas” Eduardo Ferrer et al, ob.cit, tomo II, 1199.

existe, en términos de eficacia normativa, si existe un tribunal constitucional⁷⁶ que la aplique.⁷⁷

Se reafirma con esta cita lo expuesto en el párrafo que la antecede. No obstante, también se deja sobre el tapete la interrogante de cómo o cuál vía es la que debe dar la constitución para asegurar su propia eficacia. Es pertinente hacer acotar lo que nos señala el Dr. Horacio Andaluz: primero “cualquier forma de captura o inhabilitación de la justicia constitucional, importa la captura o la inhabilitación de la propia Constitución.”⁷⁸ Por otro lado, “la Constitución existe en la medida que el sistema de fuentes, (...) puedan ser judicialmente oponibles a los poderes constituidos y a los particulares (...) sólo hay Estado de Derecho ahí donde hay una Constitución con verdadera eficacia normativa.”⁷⁹

Es a partir de este par de postulados que estamos ante la necesidad de ejercer un control de constitucionalidad para así velar por un Constitucionalismo garante de la Constitución, pilar del Estado de Derecho. En el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que data desde 1789, se establece que “Toda sociedad en la cual la garantía de derechos no está asegurada, (...) no tiene punto de constitución”⁸⁰. Pues hay que tener presente que la razón de ser de la Constitución, y por ello la del Estado de Derecho, es limitar el poder del Estado y garantizar los Derechos Humanos.

76 N.A.: hemos de aclarar que se utiliza este concepto de manera genérica. Pues como se verá líneas posteriores, existen diferentes Modelos de Justicia Constitucional, y es según el modelo que se determina el órgano legitimado para este control.

77 Andalúz, ob.cit.

78 Idem

79 Idem

80 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 16, (Francia, 1789).

De lo denominado como “control de constitucionalidad” se tienen distintos conceptos, e incluso, diversas vertientes para estudiarlo. En términos simples, el Control de Constitucionalidad es el medio a través el cual se procura la defensa de la Constitución, según uno o varios mecanismos para lograr dicho cometido. El Control de Constitucionalidad también puede tomarse como el mecanismo para limitar el poder. Esto último si se parte de la idea de que esa es una de las funciones de la Constitución y, por esa misma razón, es el control de constitucionalidad el mecanismo para limitar el poder y asegurar los Derechos Humanos. Ya que sin estos controles constitucionales que aseguren la preponderancia de las normas constitucionales, la constitución no sería más que meras acotaciones programáticas, sin eficacia alguna.

Teniendo pues un concepto intersubjetivamente aceptado sobre lo que es Control de Constitucionalidad, es menester ahora tener en consideración que existen distintas vertientes que permiten una mejor comprensión del mismo. Por ejemplo hablamos de la vertiente política, la social y, por último, la jurisdiccional. Cada una de estas vertientes ofrecen una óptica diferente para entender el control de constitucionalidad que se da sobre la norma suprema del ordenamiento jurídico. La esencia de cada vertiente es la forma y el método para ejercer ese llamado Control de Constitucionalidad.

En primera instancia, Ferrer Mac Gregor, citando al Dr. Marcos Francisco del Rosario Rodríguez en su diccionario jurídico, explica que la vertiente política es de origen más antiguo.

El político fue el primero de los controles previstos en los marcos constitucionales. Fue en la Constitución norteamericana de 1787

*donde se estableció una serie de frenos recíprocos entre los poderes públicos, con el fin de evitar cualquier ejercicio extralimitado de facultades, y de esta forma garantizar un balance en la actuación de dichos órganos*⁸¹

Esta vertiente hace referencia al conocido sistema de pesos y contrapesos. Recordando los objetos de estudio del Derecho Constitucional, en especial el primero de ellos (dígase el relativo, entre otras cosas, a las instituciones políticas), se concluye que, en su época, un diligente Control de Constitucionalidad lo realizaban los poderes públicos. El Derecho Constitucional y, por ende la Constitución, regulaba esta actuación y relación entre poderes del Estado, siendo estos mismos los encargados de velar y controlar el cumplimiento de las funciones, delimitaciones y competencias otorgadas por la Constitución. Este Control de Constitucionalidad se vio materializado no solamente entre este ejercicio de competencias entre estos poderes, sino también como un mecanismo de control recíproco de ellos, pero ciertas constituciones crearon como medio de conservación del orden constitucional órganos especializados (de naturaleza política y no jurisdiccional), como ejemplo se puede mencionar la creación del Senado Conservador Francés, propio de la Constitución de 1799.

El Senado Conservador (...) corresponde a una idea que se había gestado (...) sobre la necesidad de establecer un organismo que

81 Eduardo Ferrer et al, ob.cit, tomo I, 222.

*tuviese por objeto mantener la vigencia de la Constitución cuando los órganos del poder se extralimitaran en sus funciones*⁸²

La vertiente social, a diferencia de la anterior y la jurisdiccional, que se analizarán seguidamente, se diferencia de las anteriores por no estar ni prevista ni institucionalizada. ¿Cuál control se ejerce entonces si no está establecido, ni siquiera institucionalizado? Pues bien, los agentes sociales operan de diversas maneras, corresponden a un estudio de carácter más socio jurídico, pero no se puede obviar la existencia de estos agentes que operan en su discrecionalidad y que trascienden en el ámbito jurídico. “Si bien no es un control jurídico per se, sus efectos sí trascienden al plano jurídico (...)”⁸³

Por último, está la vertiente jurisdiccional para abordar el Control de Constitucionalidad⁸⁴. Esta tiene sus orígenes más edificantes en la sentencia ya expuesta del caso Marbury vs. Madison. Sin embargo, el primer antecedente de invalidación de una ley por parte de un órgano jurisdiccional se remonta al caso de Thomas Bonham; en este queda plasmada, por primera vez, la importancia del rol del juez como garante del cumplimiento de la Constitución.⁸⁵ Entre los otros aspectos de interés de estos inicios, esta la utilización de interpretaciones por parte de un órgano jurisdiccional para asegurar un Control de

82 Héctor Fix-Zamudio, *Tres instituciones francesas revolucionaras y el Derecho Constitucional Mexicano*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/410/6.pdf> (consultado el 7 de mayo de 2017) 60-61.

83 Eduardo Ferrer et al, ob.cit, tomo I, 223

84 “Kelsen sostenía que la función del tribunal constitucional no es una función política sino judicial, como la de cualquier otro tribunal, aunque tiene matices que lo distinguen. El Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas” Elena Highton, *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/10.pdf> (consultado el 7 de mayo de 2017) 109.

85 Eduardo Ferrer et al, ob.cit, tomo I, 222.

Constitucionalidad, todo bajo una máxima del Constitucionalismo como lo es la supremacía constitucional⁸⁶.

A partir de esta vertiente jurisdiccional es que se ha de desarrollar la denominada justicia constitucional. Es en la misma Constitución, al igual cómo se hizo en la vertiente política, donde se instauran los instrumentos para la tutela eficaz desde la óptica jurisdiccional. Hans Kelsen en su escrito “La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)” reseña lo siguiente:

La garantía jurisdiccional de la Constitución –la justicia constitucional- es un elemento del sistema de medidas técnicas que tienen por objetivo asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales⁸⁷

Es decir, que la justicia constitucional tiene su fundamento en asegurar el cumplimiento de la Constitución, garantizándole el respeto y vigencia que le corresponde en el ordenamiento jurídico. El jurista Eisenman, llega a crear una distinción entre la justicia constitucional y la jurisdicción constitucional, partiendo de la premisa de que la jurisdicción constitucional tiene una noción meramente orgánica. Así pues, considera que la jurisdicción constitucional es un sistema de concentración de la justicia constitucional en manos de una jurisdicción única, que sitúa (esta jurisdicción constitucional) ante lo que se conoce como métodos o sistemas de control de constitucionalidad.

86 “Los controles jurisdiccionales tienen como finalidad la conservación de la supremacía constitucional” Eduardo Ferrer et al, ob.cit, tomo I, 222.

87 Hans Kelsen, La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional), *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, (Madrid: 2011), 254

Existen dos sistemas jurisdiccionales de Control de Constitucionalidad, el control difuso y el concentrado. A rasgos muy generales, respecto al primero, también conocido como sistema americano, tuvo sus orígenes en los Estados Unidos de América. Dicho sistema se fundamenta en un principio de unidad jurisdiccional, pues cualquier juez tiene la posibilidad de ejercer el Control de Constitucionalidad, sin embargo, teniendo como requisito la aplicación del control exclusivamente para el caso en concreto. Por otro lado, el sistema concentrado o europeo, tuvo sus orígenes en las teorías de Kelsen, ideándose como una reproducción de su teoría de garantía y supremacía de la constitución. Kelsen propugnaba por una jurisdicción única, centralizada y especializada para ejercer dicho control de constitucionalidad, lo que de manera genérica denominó como Corte Constitucional.

Aunado a estos sistemas, existen modelos de Control de Constitucionalidad, cada uno con sus particularidades al momento de realizarse, según el sistema de Control de Constitucionalidad. Respecto a estos modelos se puede referir tres clasificaciones clásicas, como lo son el control abstracto y el concreto; el control a priori y a posteriori y, por último el control por vía acción y por vía excepción. Tanto los sistemas como los modelos de Control de Constitucionalidad, pese a ser propios del Derecho Procesal Constitucional, no inciden de manera directa en la Teoría del Neoconstitucionalismo, pues este último impulsa un cambio en el paradigma constitucional, con formulaciones teóricas que encuentran su soporte en el Constitucionalismo. Sin embargo, se hace esta mención a los sistemas y modelos de control de constitucionalidad porque es acertado tener en cuenta dicha información para garantizar la tutela efectiva de la Constitución. Empero, como se verá más

adelante, el sistema a utilizar en cada legislación o el modelo utilizado, según sea el momento, no influye en la aplicación del Neoconstitucionalismo.

Tanto dentro de un análisis del propio Constitucionalismo, como del Neoconstitucionalismo, que es el que se profundizará una vez sentadas las premisas y precedentes anteriormente descritos, siempre saldrá a relucir la crítica sobre la violación a la división de poderes por parte del órgano jurisdiccional (independientemente del sistema de control de constitucionalidad), por un “abuso” en sus poderes o por sobrepasar las limitaciones. Es una crítica constante dentro del rol del juez. Empero, como esta señalado en el Diccionario de Ferrer Mac Gregor:

Cuando un órgano jurisdiccional declara la inconstitucionalidad de una disposición normativa, no significa que se coloque por encima de los órganos emisores de la misma, por el contrario, a través de la aplicación o revisión de los preceptos aplicables al caso, o sometidos a su validación, es que se advierte si se ha cumplido con los límites constitucionales, contruidos para garantizar la vigencia del orden constitucional.⁸⁸

En fin, el control de constitucionalidad es el medio para garantizar efectivamente la constitución y lo que se denomina en algunas jurisdicciones como parámetro de constitucionalidad o bloque de constitucionalidad⁸⁹. A su vez, este control ha de ser la

88 Eduardo Ferrer et al, ob.cit, tomo I, 223.

89 Para ahondar en el tema referirse a Eduardo Ferrer et al, ob.cit, tomo II, 985.

finalidad de la Justicia Constitucional, cuyo medio para alcanzarlo es la jurisdicción constitucional.

Sección 2) Constitucionalismo Garantista, puente al Neoconstitucionalismo

Hasta el momento se ha desarrollado una visión generalísima del Constitucionalismo (limitando el estudio a la luz de su teoría clásica), guiada por sus principios rectores, el principio de constitucionalidad y la supremacía constitucional; que por medio del control de constitucionalidad es que se garantiza la correcta aplicación del Constitucionalismo.

Sin embargo, para poder comprender el salto del Constitucionalismo al Neoconstitucionalismo, es pertinente adentrarse más en este concepto. Para ello será oportuno desarrollar las ideas del jurista Luigi Ferrajoli, que a partir de su texto *Derecho y Razón*, hasta su más acabada obra *Principia Iuris*, ha propugnado con una rematerialización del constitucionalismo, al cual él denomina como Constitucionalismo Garantista, con una serie de particularidades, dignas de atención, y que sirven (de manera metafórica) de puente, hacia ese salto al paradigma Neoconstitucional.

Por este motivo, y para una comprensión más plausible y simplificada de los postulados de la teoría Garantista de Ferrajoli, se desarrollará en primera instancia al Garantismo y los conceptos sobre los que este descansa. Para así proceder a estudiar ese Constitucionalismo Garantista que se formula como una teoría del Derecho, la cual tiene por objeto de estudio el paradigma Constitucional.

A) El Garantismo y los derechos fundamentales, la constitucionalización de los derechos.

Sintetizar el arduo trabajo de Ferrajoli no es una tarea sencilla, sobre todo por que las bases de su teoría del Derecho se basan en una concepción de difícil determinación como es el Garantismo.

Según Ferrajoli, Garantismo es una “ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho”⁹⁰. Además, parte de la desconfianza hacia el poder, pues de este se puede esperar un abuso en cualquier momento, por lo que busca ante todo una limitación a este poder, sin importar quién ostente dichas prerrogativas. Subyace entonces en el derecho, según la visión garantista teórica de Ferrajoli, la necesidad de imponerle al poder límites idóneos mediante un sistema de garantías, para asegurar el máximo cumplimiento de las normas⁹¹.

(...) la teoría general del garantismo arranca de la idea – presente ya en Locke y en Montesquieu- de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos⁹²

90 Miguel Carbonell, “¿Qué es Garantismo” http://www.miguelcarbonell.com/docencia/sobre_Ferrajoli.shtml (consultado el 10 de mayo de 2017)

91 Luis Pietro Sanchís, *El Constitucionalismo de los derechos: ensayos de Filosofía Jurídica*, (Madrid: Editorial Trotta, Madrid, 2013), 68.

92 Carbonell, “¿Qué es Garantismo”, ob.cit.

El concepto de Garantismo no invita a un mero legalismo basado en la estructuración de formas normativas programáticas y su respectivo cumplimiento. Pues es realmente dentro de un positivismo decimonónico, mediante el cual se da un cumplimiento, de mera sujeción del juez a la ley, en el que puede existir la convivencia con el anti-Garantismo. Por lo tanto, el Garantismo, lejos de continuar con esta corriente legalista del “ser” del derecho, promueve la incorporación de garantías reales que aseguren un Derecho con más límites al poder, mediante la estructuración de los derechos fundamentales y sus garantías.

Montesquieu, por su parte relaciona el Garantismo “(...) con la exigencia, típica de la ilustración jurídica, de la tutela del derecho a la vida, a la integridad y la libertad personales, frente a ese “terrible poder” que es el poder punitivo (...).”⁹³

Carbonell dice que esta última concepción dada por Montesquieu es perfectamente:

aplicable a la teoría general del derecho, a todo el campo de los derechos subjetivos (...) en general, se hablará de garantismo para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes – públicos y privados, políticos (o de mayoría), económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional– mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto

93 Montesquieu, “De l’Esprit des lois”, (1748), citado en, *Democracia y garantismo de Luigi Ferrajoli*, Miguel Carbonell, (Madrid: Trotta, 2008), 61- 62.

*las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados.*⁹⁴

Teniendo noción de Garantismo como ideología jurídica, tendiente a controlar ese poder, es necesario comprender asimismo el concepto de garantías. Pues son estas el vehículo propio del Garantismo para lograr dicho cometido.

Las garantías son un concepto jurídico de larga data. Para referirse a sus inicios hay que remontarse al Derecho Civil, más específicamente aludiendo a las garantías reales y personales. Estas garantías en términos generales pueden entenderse como una “expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo (...) en lenguaje de los civilistas, un tipo de instituto, derivado del derecho romano, dirigido a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales⁹⁵”

Sin embargo, interesa realizar una correspondencia del término garantía con los derechos fundamentales y derechos subjetivos, para establecer un claro límite al poder, tal como se establecieron líneas previamente; pues es esta la forma en que se impregna al Garantismo en el Derecho Constitucional.

En palabras de Ferrajoli, se puede entender por garantía “(...) toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo”⁹⁶. Es necesario, ahora, realizar la siguiente

94 *Ibíd*em, 60.

95 N.A.: para mayor abundancia, véase Carbonell, *ídem*.

96 Luigi Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, (México: 2006), 29, citado en: “¿Qué es Garantismo”, Carbonell, *ob.cit*.

pregunta: ¿a qué denomina Ferrajoli como un Derecho Subjetivo? Indica este autor que un derecho subjetivo debe comprenderse como “cualquier expectativa⁹⁷ positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.”⁹⁸

Por su parte, Moreno Cruz explica que los derechos subjetivos, dentro del pensamiento garantista, es un concepto jurídico fundamental, propio de los derechos fundamentales, los cuales, a su vez, son ampliamente desarrollados por Ferrajoli al indicar que:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos⁹⁹ que corresponden universalmente a todos¹⁰⁰ los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.¹⁰¹

La relación de la teoría Garantista con los derechos fundamentales descansa en que estas garantías, que propugna el autor italiano, para asegurar los límites necesarios al poder, se ven reflejadas mediante la satisfacción de los criterios exigidos por los derechos fundamentales. Es por esto que desarrolla de manera más específica el concepto de

97 N.A.: La expectativa es un concepto desarrollado por Ferrajoli, a fin de colmar las lagunas del derecho. En otras palabras, ante lagunas, para no caer en una inexistencia de derecho y por lo tanto de garantías que lo tutelen, recurre a la solución de crear la figura jurídica de la expectativa. “*La falta de garantías no refleja la inexistencia del derecho, sino más bien la existencia de lagunas que hay que colmar.*” Para ahondar en el tema ver Rodolfo Moreno, “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos Generales”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XL, N.120, (septiembre a diciembre 2007), 832.

98 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (Madrid: Trotta, 2005), 19

99 Concepto jurídico fundamental de la definición de Ferrajoli sobre los derechos Fundamentales

100 Corresponde al cuantificador lógico del concepto de derechos fundamentales. Al respecto se dice que “todos” son aquellos a “quienes su titularidad esté normativamente reconocida”. Esta normatividad regula el status de ciudadanía y de capacidad. Tomado de: Rodolfo Moreno, ob.cit, 831.

101 Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ob.cit, 19.

garantías a partir de una división interna de “Garantías Primarias” y “Garantías Secundarias”. Por primarias se entienden “las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados”¹⁰². Las secundarias, se les entiende como “las obligaciones por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando se constatan, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias.”¹⁰³

Al adecuar esta teoría al Constitucionalismo, se promueve una necesidad de fortalecer la norma constitucional, mediante la positivización de estas garantías (pero vale aclarar que no es una positivización vista desde un punto de vista formal únicamente, ya que por los postulados propios de Ferrajoli, que serán analizados en el punto B de la presente sección, deben adecuarse a un deber ser Constitucional. En otras palabras, apearse al contenido sustancial de la Constitución). Es a partir de este punto que empieza a gestionarse la teoría del Constitucionalismo Garantista, la se procederá a exponer próximamente. Este Constitucionalismo Garantista toma como fundamento los criterios enunciados en este acápite sobre el Garantismo y las garantías, en especial el hecho de crear límites al poder mediante el establecimiento de garantías, primarias o secundarias, referidas las primeras a los derechos subjetivos y estos, con especial alusión, a los derechos fundamentales. Todo lo cual, como una superación al Constitucionalismo clásico, en busca de lo que se denominará como el Constitucionalismo de los derechos. Y es que este Constitucionalismo buscará ante todo superar la idea clásica de la limitación al poder

102 Carbonell, *Democracia y garantismo de Luigi Ferrajoli*, ob.cit, 64

103 Idem

estatal, mediante una simple creación normativa, para “poner en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales”¹⁰⁴

B) La teoría del Constitucionalismo Garantista.

El Constitucionalismo Garantista, además de ser influenciado por la teoría Garantista de Ferrajoli, recibe todo un tratamiento distintivo por este maestro italiano, desarrollada de tal forma que no justifica solamente la impregnación de esta teoría al Constitucionalismo. Esta fundamentación que da lugar al Constitucionalismo Garantista tiene una razón de ser, por lo que en este acápite se explicará, desde sus antecedentes hasta sus elementos esenciales, base central para diferenciarlo del Constitucionalismo clásico, explicado anteriormente, y las razones que permiten entenderlo como un puente hacia el Neoconstitucionalismo.

Sanchís dice en su libro: *Constitucionalismo de los derechos: ensayos de Filosofía Jurídica*, lo siguiente:

(...) el paradigma garantista es uno y el mismo que el del actual Estado constitucional de Derecho¹⁰⁵, representando la otra cara del constitucionalismo, concretamente, aquella que se encarga de

104 Antonio Manuel Peña Freire, “Constitucionalismo y Garantismo: Una relación difícil”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 41 (2007), 239.

105 N.A.: Este concepto será desarrollado en el tercer capítulo de esta tesis ampliamente, desde la óptica de Zagrebelsky, que cuenta con particularidades diferenciadoras de este concepto enunciado por Ferrajoli. Este último lo interpreta a un sometimiento de todos los poderes a la constitución, algo de gran envergadura, mas no cuenta con el desarrollo teórico explicado por Zagrebelsky en su obra “Derecho Dúctil”.

*formular las técnicas idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos reconocidos constitucionalmente.*¹⁰⁶

Todos aquellos elementos sustanciales del paradigma Garantista son de especial trascendencia en este Constitucionalismo Garantista. En especial énfasis, las llamadas “garantías”, ya explicadas previamente y, los derechos fundamentales. Considerándose la pertinencia de impregnar las constituciones con este fundamento Garantista, ya que pese al desarrollo histórico Constitucional y del propio Constitucionalismo¹⁰⁷ en la inclusión de derechos fundamentales en las constituciones, esto se quedaba en meras declaraciones de buena voluntad.

Podría aseverarse que inclusive si los órganos jurisdiccionales encargados de asegurar la supremacía de la Constitución, no varían su fundamento iusfilosófico, a una visión impulsada por el Garantismo (o en su momento, por el Neoconstitucionalismo), el límite al poder por medio de los derechos fundamentales se puede quedar corto.

Esto último, sobre todo si se analiza a la luz de los elementos fundamentales de la teoría Garantista, que es la separación entre derecho y moral, no solo desde un punto de vista externo al derecho, sino también desde un punto de vista interno y la distorsión entre vigencia y validez. No obstante, antes de adentrarse a este punto es necesario cuestionarse

106 Luis Pietro Sanchís, *El Constitucionalismo de los derechos: ensayos de Filosofía Jurídica*, ob.cit, 68

107 “Las Declaraciones de derechos de la Francia de finales del siglo XVIII fueron todo un ejemplo de densidad material o sustantiva (...) en ellas no sólo encontramos derechos civiles y políticos, sino incluso derechos sociales que luego reaparecerían en Weimar” Luis Pietro Sanchís, “El Constitucionalismo de los derechos”, comp. Miguel Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, (Madrid: Editorial Trotta, 2007), 214.

¿cómo se da este cambio en la concepción del Constitucionalismo a la luz de la teoría Garantista?¹⁰⁸

Ferrajoli propone que para poder comprender este cambio en la concepción del Constitucionalismo hay que partir primero por una reformulación de su propio concepto, con sustento en ciertas acotaciones (necesarias para comprender esto que él ha denominado Constitucionalismo Garantista). Se parte que el Constitucionalismo en general desarrolla dos acepciones, sean estas la política y la jurídica¹⁰⁹. El Constitucionalismo político es la “práctica y concepción de los poderes públicos dirigidas a su limitación, en garantía de determinados ámbitos de libertad”¹¹⁰. En palabras más sencillas, se puede ver al Constitucionalismo político como esa finalidad de imponer un límite al poder y el aseguramiento de los derechos fundamentales que, a su vez, permiten la imposición del límite al poder, es decir, “su puesta en práctica”. El Constitucionalismo jurídico hace alusión a ese sistema jurídico o modelo institucional¹¹¹, propio de la corriente a seguir (en palabras de Ferrajoli y Prieto Sanchís, Garantista o Principalista) del Constitucionalismo. Es sobre este Constitucionalismo jurídico, que se ha de estudiar el Constitucionalismo Garantista y el Neoconstitucionalismo, que a como es de esperarse, influyen directamente en el Constitucionalismo político.

108 N.A.: Lo que nos permitirá luego comprender, como pasamos del garantismo al neoconstitucionalismo. Entendido desde un inicio que no es una transición per se, desde una perspectiva lineal. Es sobre todo un puente mental en un cambio de paradigma sustancial en la forma de comprender la teoría del derecho, influyendo claramente en el sistema jurídico y su modelo institucional constitucional.

109 Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, (2011), 19.

110 Paolo Comanducci, “Constitucionalismo: problemas de definición y tipología” *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, (2011), 96.

111 Idem

El Constitucionalismo jurídico se debe analizar en dos planos distintos. Por un lado, lo podemos ver como el Constitucionalismo que propugna una superación al positivismo jurídico¹¹² mediante tendencias iusnaturalistas (es aquí donde retoma importancia la pregunta hecha previamente en esta tesis, sobre el fundamento filosófico del Estado de Derecho y, por consiguiente, al Constitucionalismo). Dichas tendencias iusnaturalistas son las que Ferrajoli señala como características del Neoconstitucionalismo (este punto en particular de asemejar el Neoconstitucionalismo con un nuevo iusnaturalismo será tratado más adelante). Desde otro punto, se puede comprender al Constitucionalismo como el perfeccionamiento o expansión del positivismo. Siendo este último, el plano sobre el cual se desarrollan el Constitucionalismo Garantista.¹¹³

El Constitucionalismo Garantista¹¹⁴ (una vez entendidos sus antecedentes y orígenes), siendo un modelo institucional o bien, un sistema jurídico (en palabras del profesor Paolo Comanducci) genera consecuencias lógicas en su puesta en práctica (es decir en el Constitucionalismo Político) cuya finalidad, ante todo, es esa limitación al poder. Por lo tanto, para poder comprender a mayor profundidad la consecución de dicho

112 N.A.: se debe comprender en estos dos puntos a tratar el positivismo jurídico como una “concepción y/o un modelo de Derecho que reconozcan como «derecho» a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, **con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia**” Así, H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), tr. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1959, parte primera, X, B, a, 115 (trad. cast. de E. García Máynez, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1949): la «positividad» del Derecho «reside en el hecho de que es creado y anulado por actos de seres humanos»; Id., *Reine Rechtslehre* (1960), tr. it. de M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, cap. V, § 34, i, 247 (trad. cast. de R. J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979): **«No se puede negar la validez de un ordenamiento jurídico positivo a causa del contenido de sus normas**. Éste es un elemento esencial del positivismo jurídico»; H. L. A. Hart, (subrayado y en negrita no es del original) tomado de Ferrajoli, “Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”, ob.cit, 16.

113 Ferrajoli, “Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”, ob.cit, 16-18.

114 N.A.: O bien, su concepto opuesto, el Constitucionalismo Principalista (como lo denomina Ferrajoli) o Neoconstitucionalismo.

fin desde el Constitucionalismo Garantista, hay que entender sus elementos fundamentales (a los cuales se hizo alusión previamente).

El primer elemento fundamental es esta separación entre derecho y moral, propia del corazón mismo del positivismo, en la cual se ahondará para comprender ese “reforzamiento o perfección” que se persigue dentro de este elemento. Se parte del argumento de que en el positivismo el derecho y la moral no han de mezclarse uno con el otro, pues eso podría causar la desnaturalización del derecho (ver cita número 112). Sin embargo, como se ha dicho antes, los derechos fundamentales han venido a formar parte de las Constituciones mediante su elemento sustancial o tercer elemento de estudio del Derecho Constitucional, ocasionando un cambio en la forma de comprender el positivismo jurídico.

El propio Ferrajoli, en fundamentación al derecho Garantista, acepta un acercamiento entre “legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico”¹¹⁵. Parfraseando a Peces-Barba, se ha empezado a realizar en el Derecho, mediante la positivización de los derechos fundamentales, la materialización de los valores (moralidad pública o valores morales). Ferrajoli, habla de esa legitimación externa y una legitimación interna. Es precisamente, en esta legitimación externa donde encuentra sentido este primer elemento fundamental del Constitucionalismo Garantista. El derecho ya no debe únicamente cumplir con sus requisitos formales, sino que debe propugnar por lograr esa legitimación externa, los requisitos sustanciales, esas garantías y

115 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Andrés Ibáñez et al, (Madrid: Trotta, 1995), 336.

derechos fundamentales impregnados en el “*deber ser*” que con el tiempo se ha ido positivizando.

El “*deber ser*” extrajurídico, es el conjunto de elementos a los que se podría denominar como valorativos o moralistas. Se empiezan a ver materializados en el Derecho Constitucional sustancial; en la positivización de derechos fundamentales y todas aquellas normas en pro de la protección de los derechos humanos. A nivel extra jurídico (legitimación externa), el derecho cuenta con un “deber ser” y un “ser”. Este nivel extra jurídico en otras palabras es la disociación clásica entre la moral y el derecho, respectivamente. No obstante, se genera la necesidad en el seno mismo del Constitucionalismo Garantista, de no solamente contar con una democratización del contenido, sino también buscar el acercamiento de ambos, sin llegar a confundirlos. Como se dijo anteriormente, este paradigma Garantista (que viéndolo desde una legitimación externa) formula estas técnicas de garantía idóneas (la positivización) para asegurar la máxima efectividad de los derechos. Por esto, cabe decir que el Constitucionalismo Garantista persigue el perfeccionamiento al positivismo, resucitando cualidades que en su momento fueron atribuidas al mismísimo derecho natural¹¹⁶ (se positivizan los “viejos” derechos naturales¹¹⁷); propugnándose una normatividad fuerte, en donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales se comportan como reglas.

El segundo elemento fundamental se encuentra en la disociación entre la vigencia y la validez de las normas. Es aquí donde se conoce ese “deber ser” jurídico o legitimación interna del derecho. Este punto, con mayor fuerza argumentativa que el anterior,

116 Pietro Sanchís, *El Constitucionalismo de los derechos: ensayos de Filosofía Jurídica*, ob.cit, 68

117 Ferrajoli, “Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”, ob.cit, 27

corresponde a uno de los argumentos centrales de la obra de Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*. Esta legitimación interna depende de un “deber ser” y un “ser”, comprendidos de manera distinta al elemento precedente. El “deber ser” es la norma constitucional y, por otro lado está el “ser” que es la norma legal (o bien de rango inferior a la Constitución). Por esto se dice, entendidos estos conceptos de vigencia y validez desde esa legitimación interna, que “el constitucionalismo garantista completa (...) al positivismo jurídico porque positiviza no sólo el «ser» sino también el «deber ser» del Derecho”¹¹⁸.

Lo trascendental de este punto no es solamente esta distinción ya realizada. Su trascendencia radica en las antinomias y lagunas entre ambos polos (el “deber ser” y el “ser” interno del derecho) y la aplicación de la teoría de las garantías explicadas previamente. Pueden existir normas vigentes, pues forman parte de ese “ser” legal, pero que a todas luces se pueden categorizar como inválidas; lo que se denomina como la disociación entre estos dos conceptos (vigencia y validez), por no adecuarse al “deber ser” constitucional. Esto puede verse reflejado en las lagunas y antinomias:

*(...) el problema de la plenitud y de la coherencia del ordenamiento: las lagunas son vicios por omisión y suponen la indebida omisión de una norma cuya producción resulta obligada por otra norma superior (...) las antinomias son vicios por comisión y suponen la indebida producción de una norma*¹¹⁹

118 Ibidem, 24.

119 Pietro Sanchís, *El Constitucionalismo de los derechos: ensayos de Filosofía Jurídica*, ob.cit, 62.

Ante esta posibilidad, el Derecho Constitucional cuenta con la obligación de (por así decirlo) repararlas, pues la Constitución cae en una desaplicación. Brindando el Constitucionalismo Garantista la respectiva “solución”. Partiendo de la existencia de garantías primarias y secundarias, Ferrajoli mantiene su posición respecto al órgano jurisdiccional que “consiste siempre en la garantía secundaria de la obligación de anulación de los actos inválidos o de la condena de los actos ilícitos”¹²⁰. Teniendo resuelto el problema de las antinomias, pero el gran problema de la teoría Garantista recae en la solución a las lagunas en este nivel interno de análisis del Derecho.

Ferrajoli tiene una posición, que podría denominarse fuerte, referida al requerimiento de que todos aquellos derechos fundamentales cuenten con una “legislación de desarrollo, primaria y secundaria, que introduzca las correspondientes garantías, respectivamente primarias y secundarias”¹²¹ (subrayado no es del original). Lo que remite a lo que Prieto Sanchís denomina una insoportable rigidez, pues se revitalizaría el principio de la *interpositio legislatioris*¹²². Si bien Ferrajoli mantuvo firme en su teoría Garantista la idea que las lagunas son imposibles de resolver por el órgano jurisdiccional vía interpretación; este ha orientado su visión a una idea moderada de la misma:

(...) el juez puede aplicar directamente las normas constitucionales en todos aquellos casos en que no se requieran leyes de actuación o

120 *Ibíd*em, 77.

121 *Idem*.

122 N.A.: este principio es aquel que “las cláusulas materiales de la constitución y, en particular, los derechos fundamentales tienen fuerza normativa, generan obligaciones, pero en principio solo frente al legislador; para que un juez ordinario pueda resolver un caso a la luz de la constitución, es decir, para que resulte aplicable, es precisa un legislación de actuación.” *Idem*.

*desarrollo, o sea, siempre que el caso enjuiciado sea subsumible en el campo semántico de la norma.*¹²³

Concluyendo los pensamientos de Ferrajoli alrededor de su teoría Constitucional Garantista, esta puede tomarse como un sistema jurídico del Constitucionalismo (o modelo institucional de derecho) basado en el Garantismo como reforzamiento al positivismo. A como también, ahonda desde un punto de vista del Constitucionalismo como teoría del Derecho, en su visión de vigencia y validez de las normas. Por último, expone Ferrajoli, que su Constitucionalismo Garantista agarra matices de filosofía o teoría política, a modo de una democratización del derecho, amparado en el Garantismo como teoría del Derecho.¹²⁴

Paralelamente al Constitucionalismo Garantista se desarrolla el denominado Constitucionalismo Principalista, o bien, Neoconstitucionalismo. Ambos, buscando un desarrollo más allá de los postulados ius positivistas. Volviendo a lo supracitado, el Constitucionalismo jurídico como sistema jurídico se vierte en dos planos, siendo el segundo plano, este Neoconstitucionalismo, objeto de la presente investigación. Empero, era necesario entender el Constitucionalismo Garantista y sus problemas, así como falencias y vacíos (es por esto que se denomina “puente”), en el aseguramiento de los derechos fundamentales y la puesta en práctica de eso que hemos denominado Constitucionalismo político para avanzar a un Neoconstitucionalismo que, como es de esperarse, va más allá de los postulados garantistas.

123 Ibidem, 80.

124 Ferrajoli, “Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”, ob.cit, 25-26.

*El positivismo anunciaba un conflicto externo, el que se produce entre Derecho y moral; el constitucionalismo anuncia un conflicto interno entre los distintos escalones del sistema, básicamente el que se produce entre Constitución y ley, y que da lugar a los fenómenos ya comentados de las lagunas y de las antinomias. El neoconstitucionalismo (sic) se vincula a otro episodio de conflicto aún más interno que se verifica en el seno mismo de las normas sustantivas de la Constitución.*¹²⁵

125 Luis Pietro Sanchís, “Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, (2008), 340.

Capítulo III: El Estado Constitucional y Neoconstitucionalismo, el Cambio del Paradigma Constitucional

El Neoconstitucionalismo, o Constitucionalismo Principalista¹²⁶ como lo denominó Ferrajoli, ha de ser analizado de manera conjunta con el concepto de Estado Constitucional, pues uno no puede concebirse sin la influencia del otro. Son conceptos distintos pero, así como el Estado de Derecho y el Constitucionalismo, han de ser entendidos a través de una recíprocidad necesaria. En primera instancia se busca “cruzar ese puente” proporcionado por Ferrajoli y su Constitucionalismo Garantista. En este capítulo se desarrollarán *prima facie* los postulados de dos autores que cuentan con teorías diversas (“Derecho Dúctil” de Gustavo Zagrebelsky y el “Fundacionalismo Constitucional” de James Madison), que fueron desarrolladas en distintos escenarios históricos; empero “contribuyen a formar un complejo teórico de formidables dimensiones que tiene mucho qué decir”¹²⁷ dentro del Neoconstitucionalismo. La primera es la base sustancial del Estado Constitucional y, la segunda, al integrarla con la primera permite desarrollar los postulados medulares del Neoconstitucionalismo.

Por otro lado, en una segunda sección se hará énfasis, con base en lo dicho anteriormente, en asentar la teoría Neoconstitucionalista. Partiendo de los postulados de la teoría de la única respuesta y el rol del juez constitucional de Robert Alexy, y la teoría primigenia de Ronald Dworkin. Ambas, a pesar de ser distintas aportan una serie de

126 N.A.: El cuál no se denominará de esa forma, pues según lo se expondrá en este capítulo, el neoconstitucionalismo sí merece el prefijo “neo” por el gran contenido teórico que sí o diferencia del constitucionalismo como tal.

127 Salas Porras, ob.cit, 92

consideraciones de gran valor para la teoría Neoconstitucional. Tal como se dijo al inicio de este título, lejos de rechazar una teoría u otra, se tratará de construir una intersubjetividad válida para el concepto de Neoconstitucionalismo, el cual ha tenido como principal falencia científica la falta de una unificación de criterio a partir de sus diversos propulsores. Es por eso que esta sección no se limitará a estos dos autores, sino que se encaminará el estudio hacia una concreta concepción Neoconstitucionalista. Ya que, sin esto, resulta imposible avanzar hacia el desarrollo íntegro del concepto del Neoconstitucionalismo y su puesta en práctica, sea esta la interpretación y el rol del Juez Constitucional. Pues como se verá, el Juez Constitucional (y las Cortes Constitucionales) cumple una función preponderante en el Neoconstitucionalismo en la ponderación de intereses, solución a la colisión y conflicto entre los mismos.

Sección 1) El Estado Constitucional y su respuesta a la crisis del Constitucionalismo Garantista.

Ese fortalecimiento y perfeccionamiento del positivismo generó, a criterio de los investigadores de este estudio, dos problemáticas las cuales no ha logrado superar. Se tratará en un primer momento ese crecimiento del ordenamiento jurídico mediante la positivización desmedida de garantías, de leyes relacionadas a estas y los derechos fundamentales también desarrollados en ellas. El Estado Constitucional postulado por Zagrebelsky, ha proporcionado respuestas ante tal meollo, sentando los primeros criterios formales del Neoconstitucionalismo. Se puede decir que son los primeros criterios formales del Neoconstitucionalismo pues, así como formulan el Estado Constitucional, forman parte, a su vez, del Neoconstitucionalismo. Un concepto responde al otro y ambos tienen una

relación de dependencia para sustentarse, sin embargo, por facilidad analítica se partirá de la teoría de Zagrebelsky para derivar en el Neoconstitucionalismo.

En un segundo momento, mediante la reformulación de los cánones del Estado de Derecho, a partir de las críticas y puntos débiles ya señalados, se explicará lo que se entiende por Estado de Constitucional, echando mano en la teoría fundamentalista de Madison, para una comprensión general de este. Mediante una superación al concepto de Estado de Derecho, se originarán los presupuestos que por antonomasia deben verse en la Teoría Neoconstitucional.

A) Una superación al garantismo, a través de los planteamientos del Estado Constitucional

Lejos de buscar un reforzamiento del positivismo, con todas las implicaciones del Constitucionalismo Garantista, el Estado Constitucional plantea una superación a estas formulaciones, señalando los problemas ocasionados por un crecimiento conflictivo del ordenamiento jurídico.

Para llegar a esta superación se analizarán primero tres puntos medulares del Estado de Derecho y del Constitucionalismo Garantista¹²⁸ criticados por parte de Zagrebelsky. Este autor apunta nos da como premisa del ordenamiento jurídico lo siguiente:

*Cualquier ordenamiento jurídico por el hecho de ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, debe expresar una coherencia intrínseca; es decir, debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios. En caso contrario se ocasionaría una suerte de “guerra civil” en el derecho vigente (...)*¹²⁹

Ferrajoli se oponía a la inclusión de principios y valores en el ordenamiento jurídico, pues sería la desnaturalización del Derecho. En su análisis del “deber ser” externo del derecho, indica que se ha de desarrollar una positivización de los derechos fundamentales mediante la figura que denominó como garantías. Esa positivización permitía una separación a nivel externo del Derecho de ese “deber ser” y el “ser”.

128 N.A.: Es importante aclarar que Zagrebelsky no realiza en su libro “El Derecho Dúctil”, una crítica directa al Garantismo de Ferrajoli. Pero, es a través de este estudio que se ha comprendido que gran cantidad de las críticas que se van a enunciar, encajan en esa idea del constitucionalismo garantista, por su ideal de perfeccionar y desarrollar el positivismo jurídico.

129 Gustavo Zagrebelsky, *Derecho Dúctil*, (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 30-31.

Además, ilusorio e idealista sería el negarse a que estos derechos fundamentales, aunque fuesen positivizados, no cuenten con inspiración ajena al Derecho propiamente. Desvaneciéndose estos criterios clásicos de distinción entre moral y Derecho.

El juicio de validez de las normas se ha convertido en un juicio sustantivo que toma como parámetros normas constitucionales que encarnan al propio tiempo normas de moralidad; singularmente, que expresan derechos fundamentales que son, según opinión común, el compendio de la moral pública de la modernidad.¹³⁰

Además, la concepción de los derechos fundamentales como reglas y no como principios¹³¹, generó lo que Prieto Sanchís denomina una insoportable rigidez. Hay que ser realistas acerca de que todo lo que es mover el Poder Legislativo no es una cuestión de la noche a la mañana, conlleva la politización de los derechos fundamentales, pues el Poder Legislativo es, por sí mismo, un poder centralmente político. Ya sea para reformar la constitución para la inclusión de tales derechos (que por su rigurosidad de modificación sería la opción menos viable), o bien, mediante la creación de leyes, en sentido estricto, se entra a un “legicentrismo”. Eso que Zagrebelsky caracterizó como “la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa (...) lleva a concebir la actividad de los juristas como mero servicio a la ley”¹³².

130 Pietro Sanchís, “Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional”, ob.cit, 330.

131 N.A.: Para mayor abordaje ver Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, (Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2014) 63 y ss. A criterio de los investigadores de este estudio, los derechos fundamentales en el Estado Constitucional y en el Neoconstitucionalismo, serán concebidos como principios y no como reglas.

132 Zagrebelsky, ob.cit, 33.

Como segundo problema, esta misma creación desmesurada de normas que tenían como fin la protección de los derechos fundamentales, resulta convertirse en un arma de doble filo contra los propios postulados del Estado de Derecho. Se debe recordar que la ley ha de concebirse, ante todo, como una norma general y abstracta.

*La generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho (...) comporta una “normatividad media”, esto es, hecha para todos (...) garantía de la imparcialidad del Estado (...) vinculada a la generalidad estaba la abstracción, que puede definirse como “generalidad en el tiempo” (...) enemiga de las leyes retroactivas, necesariamente “concretas” (...)*¹³³

Sin embargo, como el propio Zagrebelsky señala, esta positivización desmedida tiene como principal consecuencia la pulverización del derecho. Esto, a razón de la creación de leyes de carácter sectorial y temporal, lo cual riñe a toda vista con la generalidad y la abstracción de las leyes. La pregunta aquí es: ¿cuál es el porqué de estas “leyes-medida”? La respuesta conduce a un ámbito referido más a lo social que al propio seno de la ciencia jurídica, por lo tanto, no se ahondará mucho en el tema, sin embargo, si es de gran importancia hacer referencia al mismo.

Sintéticamente, las razones de la actual desaparición de las características “clásicas” de la ley pueden buscarse sobre todo en

133 *Ibidem*, p. 29

*los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales (...)*¹³⁴

Se recalca su importancia, por el hecho de que la diversificación de la sociedad es la que permite entrar a conocer los dos principales postulados del Estado Constitucional, sean la pluralidad de principios y su convivencia como la ductilidad del derecho. Sin embargo, antes de proceder con estos puntos, es necesario analizar el tercer punto a criticar del Estado de Derecho y, por lo tanto, del Constitucionalismo Garantista.

El ordenamiento jurídico, en su afán por regular y positivizar todas aquellas garantías con tal de asegurar una íntegra protección a los derechos fundamentales, lejos de ordenar el derecho y su articulación pacífica, ha ocasionado que este se haya vuelto una manifestación del enfrentamiento social, siendo una continuación del conflicto. Este tercer punto recoge las problemáticas de los dos puntos anteriores.

*La ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad (...) El acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas que reclaman protección mediante el derecho exige continuamente de nuevas reglas e intervenciones jurídicas (...)*¹³⁵

De la mano de estas tres críticas de Zagrebelsky a ese reforzamiento del positivismo jurídico, se pueden señalar cuatro situaciones extrajurídicas reseñadas por el Dr. Salas

134 Idem, p. 37

135 Idem, p. 38

como lo son¹³⁶: la consolidación interna de grupos de poder (primera), el hecho que cada sector de estos contiene un “código” comunicativo distinto que interviene en la toma de las decisiones (segunda), la proliferación de intereses provoca que la “regulación tradicional se vuelve lenta, inapropiada y hasta contraproducente”¹³⁷ (tercera) y el acortamiento del tiempo real, es decir “(...) que el flujo casi instantáneo de la información (...) hace que el aparato público y el diagrama normativo queden desde siempre, desde ya, en mora (...)”¹³⁸(cuarta). Estas cuatro razones, no hacen más que reforzar los tres puntos antes descritos por Gustavo Zagrebelsky. Permitiendo, a su vez, “dar un nuevo contenido al Estado de Derecho, evitando prescindir de la regulación y sin reincidir en el legalismo, reelaborándolo como un Estado Constitucional.”¹³⁹

A su vez, lo antes dicho conduce a la crítica más directa, al segundo punto de la teoría de Ferrajoli. Pues bien, esta disociación a nivel interno, entre ese “deber ser” constitucional y ese “ser” legal, ha generado una creación normativa legal que da respuesta a los intereses de cada sector social, de manera que cada ley acuerpe y cubra los intereses de un determinado grupo, (reducción de la generalidad y la abstracción), buscando que cumplan con los lineamientos del “deber ser” constitucional, sin embargo, se pueden llegar a crear relaciones escalonadas entre los distintos derechos y garantías en conflicto, provocando esa inestabilidad normativa antes enunciada.

Además, Ferrajoli en su segundo punto hablaba de la solución que brindaba el Constitucionalismo Garantista ante las antinomias y lagunas propias de este conflicto entre

136 Salas Porras, ob.cit, 98.

137 Idem.

138 Ibidem, 99.

139 Idem.

el “deber ser” constitucional y el “ser” legal. No obstante, se le criticó que esa creación de normas generaría una inestabilidad del ordenamiento y un alejamiento a la generalidad y abstracción de las normas. Ante esta situación Ferrajoli propugnó por acuñar el concepto de antinomia “débil-fuerte”, que tiene como finalidad el permitir un intermedio entre las antinomias denominadas débiles (aquellas de fácil respuesta a través de criterios cronológicos y de especialidad) o fuertes (aquellas basadas en criterios de jerarquía). Este intermedio dice Prieto Sanchís, en el sentido que existe un conflicto basado en criterio de especialidad o cronología de las normas, pero que a su vez existe una norma superior que requiere la desaplicación de la inferior. Por lo tanto, este desarrollo de Ferrajoli tiene la finalidad que el órgano jurisdiccional pueda anular (característica de las fuertes), a como también desaplicar la norma (característica de las “débil-fuerte”).¹⁴⁰ Manteniendo esa actitud poco tendiente a un mayor protagonismo del órgano jurisdiccional para la resolución de las antinomias¹⁴¹. Sin olvidar que las lagunas ocasionadas al nivel interno del derecho, por omisión en la creación de una norma que regule la situación en específico, siguen sin solución alguna por parte del Garantismo, pues estas han de ser resueltas por el Poder Legislativo (de nuevo se cae en la tediosa concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional).

Asimismo, se expone claramente que esa disociación entre vigencia y validez, a nivel interno del derecho entre normas de distinto rango normativo, no es la única disociación posible entre las normas jurídicas. Pues la propia norma constitucional es

140 Pietro Sanchís, “Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional”, ob.cit, 338

141 N.A: Punto que será refutado en parte por los postulados de Jamen Madison en “El Federalista”, que propugna una mayor participación del juez constitucional mediante el Fundacionalismo Constitucional.

susceptible de sufrir conflictos en el seno de sus propias normas sustantivas (en ese tercer objeto de estudio del Derecho Constitucional, los derechos fundamentales). Si se toman los derechos fundamentales, estructuralmente hablando, como reglas (por el hecho de haberse positivizado mediante garantías) y con todas las implicaciones que ellas conllevan, en especial este conflictualismo entre las normas sustantivas de la Constitución, propician el tratar a la Constitución de la misma manera en que se trata a las leyes. Es por esto que, en el Estado Constitucional¹⁴², y sobre todo el Neoconstitucionalismo, se parte de considerar los derechos fundamentales como principios, no solo para darle a la Constitución un tratamiento diferenciado a la ley sino, sobre todo, para poder abordar este conflictualismo en el seno de la Constitución, es decir en ese “deber ser” constitucional o interno del derecho (punto diferenciador entre el Constitucionalismo Garantista y el Neoconstitucionalismo).

B) La reformulación de los cánones del Estado de Derecho, propios del Estado Constitucional

Teniendo esquematizado el panorama de las tres falencias del Estado de Derecho desarrolladas por Zagrebelsky y su afectación, por consiguiente, al Constitucionalismo Garantista, es apropiado desarrollar los puntos generales del Estado Constitucional. La ductilidad y la pluralidad de principios y su convivencia, lejos de ser considerados como problemas y elementos de discordia con los cánones del derecho, promueven una superación que genera un cambio en el paradigma Constitucional. Se aleja de ese

142 Con más razón en el Neoconstitucionalismo, que además de los postulados del Estado Constitucional, acoge una serie de premisas que impiden tomar a los derechos fundamentales como reglas, pues haría inaplicable sus preceptos y generaría una imposibilidad en su formulación argumentativa ante este conflictualismo entre las normas sustantivas constitucionales (los derechos fundamentales).

pensamiento cuadrado del derecho y su positivización y busca una reformulación del mismo (que alcanza su máxima materialización mediante el desarrollo de los postulados Neoconstitucionalistas) y una nueva forma de comprenderle (y buscando siempre eso que Ferrajoli propugnó a toda instancia, es decir, la máxima protección de los derechos fundamentales como límite al Estado).

Dúctil es definido por la Real Academia Española como aquello que es maleable, es decir que se adapta a diferentes situaciones. Es mediante esta palabra que Zagrebelsky busca acercarse a la esencia de ese Estado Constitucional. Parte esta teoría de que la Constitución ha de tener una función unificadora, propio, del principio de Constitucionalidad.

La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto (...)¹⁴³

La premisa de que cada principio y valor no asuma ese carácter absoluto, es el sustento de la ductilidad del Derecho, de la Constitución y del Estado Constitucional. La coexistencia y el compromiso entre estas normas, entendiéndose todas en un mismo rango, con la misma importancia unas y los otras, permiten asegurar ese pluralismo propio de la

143 Zagrebelsky, ob.cit, 14.

sociedad; Eso es lo que garantiza convivencia dúctil y una plenitud constitucional “construida sobre el pluralismo y las interdependencias (...)”¹⁴⁴.

Este pluralismo de principios y su convivencia reflejan los ideales plasmados por una sociedad pluralista, compuesta por diversos grupos sociales y de poder. Esa aspiración de convivencia humana, centro del contrato social, base de nuestra sociedad y del Estado, no se basa en un único principio ni mucho menos en un único fin homogéneo para todos, pues “la plenitud de la vida, tanto individual como social, no puede reducirse a abrazar obstinadamente un solo valor y encerrarse en la ciega defensa del mismo”¹⁴⁵.

La aspiración social e individual a estos principios o valores centrales de la sociedad y el Estado, resultaría imposible si se llegara a concebir cada uno de estos principios como absolutos. No se busca en este pluralismo la prevalencia entre los principios y valores, por el contrario, producto de la ductilidad, se busca la plenitud y salvaguardia de estos.

El Estado Constitucional, amparado en estos dos conceptos, desarrolla toda su fundamentación teórica partiendo del ideal de pasar de un “carácter monolítico de la ley al pluralismo constitucional.”¹⁴⁶ El Estado no puede entender a la Constitución de la misma manera que entiende la ley, ni formalmente (claro está), ni morfológica o estructuralmente. Como se mencionó previamente, esta diferenciación no solo tiene sustento en su papel de distinguir entre la concepción y Constitución normativa de la Constitución con respecto a la ley. Esta distinción también va orientada al abordaje del conflictualismo (entendido siempre

144 *Ibidem*, 15

145 *Ibidem*, 18

146 Pietro Sanchís, “Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional”, 340

y necesariamente dentro de los postulados de ductilidad y pluralismo de principios y su convivencia) a lo interno de ese “deber ser” constitucional; partiendo de la premisa de que los derechos fundamentales encuentran su sustento en principios y valores (por ese carácter de generalidad compatible con los criterios del Estado Constitucional y del Neoconstitucionalismo, además de su forma de resolver su colisión con otros principios¹⁴⁷), que permiten asegurar ese carácter pluralista de la sociedad y que, por lo tanto, permean en un pluralismo constitucional que ha de reflejarse en una Constitución unificadora del ordenamiento jurídico, a pesar de la variedad de principios esbozados en ella.

La flexibilización de la soberanía, tanto interna¹⁴⁸ como externa,¹⁴⁹ es la primera característica desarrollada por Zagrebelsky sobre el Estado Constitucional. El pluralismo ha sido un factor concretamente opuesto a la concentración del poder y la sujeción únicamente en el margen concebido por la soberanía clásica.

Estaríamos proponiendo de nuevo un esquema que simplemente sustituye la soberanía concreta del soberano (un monarca o una asamblea parlamentaria), que se expresaba en la ley, por una soberanía abstracta de la Constitución¹⁵⁰

Zagrebelsky apuesta por una soberanía de la Constitución, ya que es esta la llamada a cumplir una función unificadora del Estado.

147 Robert Alexy, ob.cit, 65-71

148 “Es aquella referida a la inconmensurabilidad del Estado frente a cualesquiera otros sujetos y, por lo tanto, la imposibilidad de entrar en relaciones jurídicas con ellos.” Zagrebelsky, ob.cit, 10.

149 “(...) los Estados se presentaban como fortalezas cerradas, protegidas por el principio de la no ingerencia (sic)”. Idem.

150 Ibídem, p. 40

Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo (...) hay quien ha considerado posible sustituir, en su función ordenadora, la soberanía del Estado por la soberanía de la Constitución (como) la creación de un nuevo centro de emanación de fuerza concreta que asegure la unidad política estatal.¹⁵¹

Esta soberanía de la Constitución permite comprender ese rol unificador del cuerpo Constitucional; dado el pluralismo de principios y la necesidad de una ductilidad en el Derecho. Pues ya no se entenderá esa unificación dada por la soberanía, en su sentido clásico, como un sistema escalonado del ordenamiento jurídico en que la soberanía, al residir en la nación (o en contraposición en el pueblo), se veía expresada por medio de la creación de leyes, lo que hacía caer en los problemas del Estado de Derecho y del Garantismo de Ferrajoli.

El pluralismo de la sociedad es un hecho; este refleja una serie de intereses. Madison, a pesar de no ser contemporáneo a Zagrebelsky, en su teoría fundacionalista desarrolla una serie de paradigmas que se pueden ver reflejados en los postulados de Zagrebelsky y en la teoría del Neoconstitucionalismo, en especial si se parte del conflicto que estudia el Neoconstitucionalismo, es decir, esa disociación del “deber ser” jurídico.

151 *Ibidem*, 13

Madison introduce el Principio de la Buena Convivencia, que en palabras de Salas se resume de la siguiente manera:

*El Derecho no se legitima a sí mismo (...) Su verdadera legitimidad es preconstitucional y yace en la buena convivencia de las personas*¹⁵²

Como se ha dicho, reiteradamente, Madison y Zagrebelsky son de momentos históricos diferentes, pero es curioso el complemento tan ideal que tienen ambos autores para formular las bases del Estado Constitucional y del Neoconstitucionalismo. Pues ante un pluralismo de principios de los derechos fundamentales, sería ingenuo negar ese carácter preconstitucional e, incluso, meta valorativo de estos; sin dejar de lado la meta de asegurar la convivencia pacífica de los tantos principios pluralistas. El segundo postulado de Madison incursiona en esa materialización del pluralismo, es decir el conglomerado de intereses sociales (a los cuales clasifica en permanentes y temporales) y, que a diferencia de Ferrajoli, este no muestra oposición alguna ante un rol más activo del juez u órgano jurisdiccional encargado de su defensa.

*La tarea prioritaria es la defensa de aquellos (permanentes). Siendo así, quien debe llevar la carga principal en la definición de qué es o no lícito, **no es el legislador** y su actividad legiferante, (...) sino que debe ser del juez, quien velando por tutelar los intereses permanentes en que se asienta una sociedad (...) asegure que serán estos (los permanentes) y no los cálculos momentáneos o*

152 Salas Porras, ob.cit, 94.

*faccionalistas (...) los que prevalecerán.*¹⁵³ (Negrita y subrayado no es del original)

Vale la pena acotar que este segundo paradigma de Madison, además de hacer ver la importancia del pluralismo y cómo este se refleja en esa masa de intereses a los que la sociedad aspira, introduce un aspecto esencial para la teoría Neoconstitucional, como lo el rol del juez en esta disociación del “deber ser” jurídico.

Es con estos dos aspectos tomados de Madison, que se ve la necesidad plasmada por Zagrebelsky, en su teoría *El Derecho Dúctil*, de pasar de un intento de homogeneidad del ordenamiento jurídico a una tutela de la real heterogeneidad que ha de procurar resguardar la Constitución, propia del Estado Constitucional: pues la ley, apartándose de esa generalidad y abstracción necesarias, llega a ser “un acto que persigue intereses particulares. La ley, en suma, ya no es garantía absoluta de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad.”¹⁵⁴ En la Constitución han de encontrar sustento todos aquellos intereses relacionados con principios y valores que conforman el Estado Constitucional.

Relativo a este último aspecto, Madison hace referencia a un tercer paradigma el cual indica que: “ese amplio programa constitucional debe resolverse en el plano social o empírico y no únicamente mediante postulados jurídicos o de política estatal”¹⁵⁵. Estas palabras de Madison son relevantes no solo para sustentar el Estado Constitucional y ese pluralismo en el que tanto se ha insistido, sino en dejar como premisa del

153 *Ibíd.*, 96.

154 Zagrebelsky, *ob.cit.*, 38

155 Salas Porras, *ob.cit.*, 96

Neoconstitucionalismo que existe la necesidad “de la aplicabilidad empírica de los preceptos constitucionales o preconstitucionales y su plenitud”¹⁵⁶, pues como se ampliará en el cuarto capítulo, la materialización de teoría Neoconstitucional tiene su sentido en la ponderación de esos principios del seno mismo de la Constitución y que el juez, en su rol interpretativo, debe valerse de argumentos con un sustento que no se limita a lo dicho expresamente por la Constitución. Es este el fundamento mismo del Estado Constitucional¹⁵⁷ y su capacidad de aplicar, de la manera más dúctil posible, el Derecho, sin tener que caer en la odiosa necesidad de crear una relación de jerarquía entre los derechos fundamentales.

Sección 2) Asentamiento de la teoría neoconstitucional, el juez y su rol en una teoría de principios.

Con base en lo en lo expuesto hasta el momento en el presente capítulo, es posible decir que ya se ha planteado una breve noción de a qué se hace referencia cuando se aborda el concepto de Neoconstitucionalismo. Sin embargo, solamente con la definición del Estado Constitucional y la comprensión de sus fundamentos y finalidades, no es suficiente para lograr un asentamiento en los criterios esenciales del Neoconstitucionalismo, pues este último requiere una especificidad mayor que no se puede obviar, sobre todo, al tratar de

156 *Ibíd.*

157 N.A: Entenderemos por Estado Constitucional aquel en el que: “*prevalecen los principios sobre las reglas, correspondiendo a los jueces sobre los legisladores, la tarea capital de reconocer esos valores fundamentales en los que se basa la organización social, más que interpretar y aplicar las leyes (que, en todo caso, tanto en su construcción como en su aplicación, deben acomodarse a aquellos). Esa aplicación directa de las normas constitucionales (o incluso preconstitucionales que se hallan implícitas, añadiría Madison), más que controlar el poder público, como postula el esquema del constitucionalismo tradicional, debe orientar y regular la totalidad de las relaciones sociales. Las acciones públicas (ya sean sociales o jurídicas) deben acomodarse a la interpretación más adecuada a la norma constitucional. Como se señaló, se trata de Derecho basado en principios, y no reglas.*” Salas Porras, *ob.cit.*, 101.

explicar la utilización de principios y no reglas y el método para su materialización en el derecho. Es decir, comprender su fundamento más allá de un motivo para diferenciar la Constitución de la Ley (como se enunció líneas arriba).

Dado lo anterior se profundizará en un primer momento en la teoría Primigenia del iusfilósofo estadounidense Ronald Dworkin y el jurista alemán Robert Alexy, con la teoría de la Única Respuesta. Para, en un segundo apartado analizar una serie de conceptualizaciones concretas del Neoconstitucionalismo y poder plasmar lo que se debe entender, según el humilde criterio de los investigadores de este proyecto, por Neoconstitucionalismo; tomando en cuenta el rol del juez en el mismo.

A) Dworkin y Alexy, los principios sobre las reglas y la ponderación de estos

Antes de entrar en la materia propiamente dicha, se considera pertinente realizar la siguiente aclaración: tanto Dworkin como Alexy impulsan una teoría Primigenia, es decir de principios (aunque, es Dworkin el que centra sus estudios más sobre los principios en vez de reglas). A como también ambos son cultores de la teoría de la Única Respuesta (siendo Alexy el que impulsa con mayor fuerza la integración de una argumentación al proceso de la utilización de principios, para concebir así una única respuesta). Sin embargo, cada uno con connotaciones diversas y uno más inclinado que otro hacia una u otra teoría. En este punto se desarrollará, con mayor profundidad, y ahora sí centrados en el Neoconstitucionalismo, un aspecto que suele ser el centro de las críticas del este. Se trata de la utilización de principios sobre reglas y ese temor a apartarse del racionalismo y objetivismo aparente que brinda el positivismo jurídico. Esto conlleva a estudiar esa predilección del Neoconstitucionalismo por el método de ponderación sobre el de

subsunción; por lo que se dedicará este primer apartado a explicar lo que se refieren específicamente los principios en el Neoconstitucionalismo y cómo se reflejan en una teoría de la Respuesta Única.

En una línea más radical aparece Ronald Dworkin, siendo Alexy el que impulsa una visión más moderada y equilibrada de los principios. Dworkin dice que los principios llegan a concebirse como estándares que no son y, por lo tanto, no funcionan como reglas, pero que en la ciencia jurídica llegan a ser determinantes al momento en que es necesario razonar sobre derechos y obligaciones.

A esos estándares los llama genéricamente “principios” y los subdivide en: principios propiamente dichos, que son aquellos que deben ser observados porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y directrices políticas (policies), que proponen en cambio un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad¹⁵⁸

Valga decir, que esos “principios propiamente dichos” a los que se refiere Dworkin, son de especial interés para los investigadores. Es con relación a estos principios (llamados así en adelante) que se debe hacer una diferenciación respecto a las reglas. Esta explicación, en definitiva, supone esa necesidad de comprender a la Constitución de manera distinta que

158 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, (Barcelona: Ariel Derecho, 2002), 65-66.

a las leyes dentro de un Estado Constitucional. Parte esta aclaración de que las reglas y los principios “difieren en el carácter de la orientación que dan”.¹⁵⁹

*si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión*¹⁶⁰

En resumen, la regla debe cumplir con una generalidad y abstracción en la cual se han de subsumir un conjunto de situaciones o hechos. Si en una determinada regla se subsumen los hechos en cuestión se tendrá esta como válida (no se tome para este caso el concepto de “válida” del mismo modo que el explicado por Ferrajoli). De ser válida se podrá concluir que esta regla aporta a la decisión la solución de ella extraíble. No solamente la regla como tal contempla la situación para subsumir el hecho, también en ella se vislumbran las excepciones, pues la regla debe ser completa.

159 *Ibidem*, 75.

160 *Idem*.

En el uso de las reglas estamos ante una respuesta u otra (un todo o nada), “una situación regulada por una regla, solo tiene dos posibilidades”¹⁶¹, propias del carácter binario de las reglas. Este carácter binario, la subsunción en la regla y ese positivismo propio de las reglas (ejemplificadas por medio del principio de legalidad) cuenta con una gran problemática:

(...) el positivismo jurídico, al circunscribir el derecho a las reglas, deja sin respuesta jurídica –justificada– a los litigios que no se pueden subsumir claramente en una regla jurídica.¹⁶²

Esto último remite a aquella crítica que no logró solventar el garantismo, pues ante una laguna, es decir la omisión de una norma, no se lograba extraer ninguna solución, más que esperar a que el Legislador tome cartas en el asunto y legisle al respecto. La gran diferencia entre reglas y principios en la tesis de Dworkin, versa en un contexto del conflicto entre normas constitucionales (en sentido amplio), propio de ese aspecto que estudia específicamente el Neoconstitucionalismo.

En las reglas, cuando estas entran en conflicto, se debe buscar una excepción en una de ellas que permita que una regla ceda ante la otra. Pero, si no se cuenta con este criterio se caerá en una antinomia. Y la solución, ante esto, es aquella enunciada ya por el Garantismo, es decir la invalidez de una norma, y su expulsión del ordenamiento jurídico. Sin dejar de lado esa piedra en el zapato de los garantistas, llamadas lagunas.

161 Aleksander Peczenik, “Dimensiones morales del derecho”, *Doxa*, 8, (1990), 92.

162 Ana Micaela Alterio, "Una Crítica Democrática al Neoconstitucionalismo y a sus Implicancias Políticas e Institucionales." (Tesis para optar por el Grado de Doctora en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 95.

Caso contrario a las reglas, los principios

*(...) no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas, ni siquiera pretenden establecer dichas condiciones de aplicación. Más bien enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exigen una decisión en particular.*¹⁶³

Por lo tanto:

*(...) cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno*¹⁶⁴.
*Esto no ocurre con las reglas, puesto que si dos reglas colisionan, una de ellas no puede ser válida (...)*¹⁶⁵ (Subrayado no es del original).

163 *Ibíd*em, 91.

164 “(...) los conflictos entre reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez, mientras que la colisión de principios -como sólo puede ser entre principios válidos- tiene lugar en la dimensión del peso, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (...)” *ibíd*em, 91.

165 *Idem*.

Por lo tanto, como “consecuencia” de la utilización de principios se tiene que de ellos siempre se podrá extraer una adecuada respuesta, la cual deberá ser dada por un juez mediante la interpretación de todo el caso¹⁶⁶. Pero, si se parte de la interpretación que debe hacer el juez en caso de conflictos de reglas, al no tener la movilidad que le brindan los principios, este deberá acudir a la técnica de la discrecionalidad.

*para poder decidir los casos difíciles, el juez tiene “discreción”, lo que quiere decir que el juez introduce nuevos derechos u obligaciones jurídicas y los aplica retroactivamente, (...) acepta que una obligación jurídica pueda ser creada por el juez y aplicada ex post facto.*¹⁶⁷ (Subrayado no es del original)

Esta posibilidad de acudir a la discrecionalidad¹⁶⁸, que brindan los teóricos que niegan la utilización de principios y propugnan por las reglas en el orden constitucional, resulta ser contraria al principio democrático. Pues el juez es el que llega a caer en la

166 “(...) una de las consecuencias de considerar el sistema jurídico como integrado también por principios (morales), es la de sostener la posibilidad de que el derecho proporcione siempre la respuesta (jurídica).” Ibídem, 102.

167 Ibídem, 94.

168 “En la especial interpretación que Dworkin considera que este término tiene para los positivistas. Es que el autor distingue tres posibles formas de entender la discreción. Un primer sentido débil, implica que las normas que debe aplicar el funcionario, por alguna razón, no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento. El ejemplo que nos da Dworkin es la orden que se le da al sargento de escoger a sus cinco hombres “más experimentados” para formar una patrulla. En un segundo sentido débil, diferente, el término se usa para decir que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario. Aquí el ejemplo sería el del árbitro de la segunda base que, en beisbol, tiene la autoridad para decidir si llegó a esta base primero la pelota o el corredor, aún cuando el árbitro principal esté en desacuerdo con su decisión. **Por último, un sentido más fuerte de discreción se usa para afirmar que, en lo que respecta a algún problema, simplemente el funcionario no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión.** Este sería el caso en que el sargento recibe la orden de escoger cinco hombres “que prefiera” para formar la patrulla. Aquí discreción no es equivalente a libertad sin límites, pues siempre están en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia. **Para Dworkin, los positivistas toman su doctrina en este último sentido, pues cuando un juez se queda sin reglas, no está limitado por estándar alguno procedente de la autoridad y por tanto los estándares que citan y que no son reglas, no son obligatorios para ellos**” (subrayado y negrita no es del original), Idem.

necesidad de crear una solución que puede llegar a implicar la creación de nuevos derechos, arrogándose un rol que no le es propio. Los principios, por el contrario, al tener ese carácter de movilidad y de ductilidad que permiten adecuarse al caso en concreto para brindar una respuesta adecuada y única a cada situación, deben ser considerados como aquellos que, en definitiva, deban componer una Constitución propia de un Estado Constitucional. El Neoconstitucionalismo como tal, no impulsa la creación de derechos, no crea normativa. Contrario a esto, mediante la utilización de principios constitucionales y en un estado de conflicto entre ellos para procurar la tutela de los múltiples intereses de la sociedad y sus individuos, se analiza cual principio pesa más que el otro en la situación específica, sin caer en la invalidación o subordinación del otro. Lo que impulsa es el reconocimiento de derechos para el caso en específico pues cuenta con principios que en esas circunstancias pesan más que los otros en conflicto. Estas son las razones que pueden extraerse de Dworkin para la utilización de principios y no de reglas en la Constitución. Más que argumentos a favor de los principios, resulta ser una serie de críticas hacia el positivismo y su creación normativa (dígase de reglas).¹⁶⁹

Estas nociones de Dworkin cuentan con un problema fundamental; la tendencia a no realizar una separación clara entre derecho y moral acarrea una serie de críticas que lo catalogan de subjetivista. Este problema tiene raíz en que Dworkin no se detiene a explicar ni fundamentar qué metodología se ha de utilizar en la solución de conflictos entre los principios, dejándolo a puro criterio (o bien arbitrio) del operador del derecho. Ese mismo

169 “Evidentemente, la distinción entre reglas y principios adquiere la trascendencia capital que le da Dworkin cuando explícitamente se quiere hacer descansar en ella toda una concepción del Derecho y de sus relaciones con la moral. Es que al querer alzar a los principios como estandarte contra el positivismo jurídico, tiene que dotarlos de unos perfiles que permitan diferenciarlos de las reglas, pues precisamente el núcleo del argumento consiste en demostrar que el derecho es algo más que un sistema de reglas identificables mediante un procedimiento mayormente formal y ajeno a consideraciones morales” *Ibidem*, 97.

imperativo de los principios de dar siempre una solución a cada conflicto entre ellos, termina cobrando una factura a la teoría primigenia de Dworkin.

Alexy, por el contrario, basándose en la esencia de los principios y su implementación en la Constitución, en detrimento de las reglas, sí se empeña en “explicar cómo la moral ingresaría al derecho mediante la argumentación”.¹⁷⁰ Para llegar a esta explicación Alexy propone una visión más moderada de la concepción de principios y su implementación en el contexto de conflicto entre ellos; implicando una reformulación del concepto de regla que, además de permitir la teoría de la única respuesta, se conjuga con la explicación de principios, para dar una aplicación “mixta” de estos. No se limita a definir estos dos conceptos, sino que introduce el concepto de valor y busca su objetivización, a fin de poder brindar los argumentos mediante los cuales se le permita a la “moral” (entendido como el elemento normativo axiológico) ingresar al Derecho, distanciándose del subjetivismo criticado a Dworkin.

La utilización de principios por encima de las reglas (aquellas normas en sentido clásico, expresión de la positivización del Derecho), ya que son estos los que desarrollan y diseñan uno de los postulados esenciales del Neoconstitucionalismo, fue centro de discusión tanto para Dworkin como para Alexy. Sin embargo, este último les dio un tratamiento diferente. Los principios, por su configuración, son normas que cuentan con un grado de generalidad, tal que son mandatos de optimización “que se caracterizan por que pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo

170 *Ibidem*, 98.

depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”¹⁷¹, y que permiten estar inmersos en la Constitución sin esa posibilidad latente de que, ante un conflicto, entren en una relación jerárquica entre ellos. Esta relación jerárquica sí se ve representada en las reglas, pues en una colisión una debe ceder ante la otra, o incluso en las peores circunstancias ser invalidada, a raíz que las reglas “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”¹⁷².

Ante esto, en búsqueda de una versión moderada sobre la aplicación de principios, Alexy acepta que la sola implementación de esos principios, sin permearlos de una metodología idónea, incrementa el temor al subjetivismo en la búsqueda de la solución del choque entre principios. Sin dejar de lado las críticas ya hechas a las reglas, en su sentido clásico propio del positivismo, impulsa un modelo “mixto” o combinado, entre principios y reglas. Para lo cual el concepto de regla será reformulado para encajarlo dentro de las necesidades propias del Neoconstitucionalismo y del Estado Constitucional. Alexy encaja la regla en conjunto con los principios en un mismo grupo normativo, al cual denomina normas deontológicas y las contrapone a las normas axiológicas –importantes en el desarrollo teórico de Alexy y que se desarrollarán posteriormente. Por regla, Alexy la define como “una expresión de un intento de establecer ciertas determinaciones frente a las exigencias de principios contrapuestos.”¹⁷³ En otras palabras:

*Cuando, mediante una disposición de derecho fundamental, se ha
llegado a cabo alguna determinación relacionada con las*

171 *Ibidem*, 68.

172 *Idem*.

173 Alexy, *ob.cit*, 112-113.

*exigencias de principios contrapuestos, se estatuye con ella no sólo un principio, sino también una regla. Si la regla no es aplicable sin llevar a cabo una ponderación previa, entonces, en cuanto regla, es incompleta. En la medida en que, en este sentido, es incompleta, la decisión de derecho fundamental presupone que debe apelarse al nivel de los principios (...)*¹⁷⁴

En síntesis, aquí se refleja la redefinición de regla, y a la vez, se ve plasmado ese modelo mixto que impulsa Robert Alexy. Cuando existe una contraposición entre principios para una situación específica y en determinadas circunstancias, se ha de recurrir a un método de ponderación y no de subsunción (pues este último es propio de la colisión entre reglas en su sentido clásico). La solución brindada estatuye una regla, la cual, en caso de una futura colisión de principios en las mismas circunstancias será aplicable, definiéndose por regla a la solución única aplicable para el mismo caso. Empero, si no es posible su aplicación, procede recurrir nuevamente a la ponderación de los intereses. Es por esto que la teoría acoge el nombre de la única respuesta, ya que, para el caso de conflicto en específico y dentro de esas circunstancias, se brindará una respuesta única que acogerá carácter de regla para futuros conflictos entre principios constitucionales, solo si se enmarca en un mismo marco conflictivo.

Sobre los principios, Alexy indica que se debe considerar que estos no siempre se encuentran positivizados en la Constitución, pues existen disposiciones preconstitucionales.

174 *Ibíd.*, 113.

Estos últimos principios conforman ese “deber ser” ideal que, en conjunto con los primeros generan entre ellos una serie de “choques”.

Estas cuestiones preconstitucionales conllevan a los valores en la teoría de Alexy. Los principios se pueden diferenciar de los valores “solo en virtud del carácter deontológico de los primeros y del carácter axiológico de los segundos.”¹⁷⁵ Es decir, los valores provienen de axiomas –un conjunto normativo distinto al de los principios y reglas– que se encuentran en un marco meta valorativo. Al fin y al cabo, la sociedad, conformada por el pacto constitutivo constitucional, no hace más que representar, en suma, una serie de intereses comunes, los cuales en el fondo tienen un carácter axiológico (meta valor). Es decir, la Constitución en materia de derecho sustancial tiene por fundamento no solo ese conjunto de normas deontológicas (principios y reglas, estas últimas entendidas dentro de la reformulación que Alexy realiza sobre estas) sino que, además, encuentra sustento en valores (criterios de valoración). Negar esto sería negar cualquier génesis de la sociedad pluralista, que ha de ver reflejada en la Constitución ese resguardo de cada uno de sus intereses, representados por medio de principios y valores.

Hablando solamente de “valor”, Alexy realiza una distinción entre aquello *que tiene* un valor, de aquello *que es* un valor. El primer término hace referencia a un juicio de valor, el cual está fuera del estudio de la ciencia jurídica, pues esta se centra en un plano valorativo. Contrario a cuando se habla de que una cosa es objeto de valoración. El error en la definición de “valor” es pensar que ese objeto de valoración representa el concepto de valor, pues se está limitando al plano valorativo del mismo. Hay que superar este plano

175 *Ibidem*, 125.

subjetivo y comprender que es en el proceso de lograr esta valoración de un objeto que se entra a una colisión entre criterios de valoración (plano meta valorativo). Partiendo de que cada objeto propiamente dicho, es sujeto de valoración; pero, en el proceso de valoración a la que se somete dicho objeto, los criterios de valoración (que son los que realmente dan solución al conflicto) entran en colisión entre sí. Por lo que (al igual que los principios) es por medio de una ponderación que brindan una solución y le dan al objeto un determinado criterio de valoración “x” y no “y”, otorgándole un determinado “valor”. “No son los objetos sino los criterios de valoración los que tienen que denominarse como “valor””.¹⁷⁶ Estos criterios de valoración se encuentran en un plano meta valorativo, que cuenta con una objetividad propia de un discurso de intersubjetividad entre los sujetos.

Dado todo lo anterior, Alexy logra argumentar la incursión en el Derecho de valores y de principios, sin peligro de pecar por no realizar una distinción entre derecho y moral, pues de una u otra forma, los valores (criterios de valor) en ningún momento representan un juicio de valor, mucho menos los principios. A ambos conceptos se les objetiviza, a pesar de estar conscientes que los principios representan normas deontológicas y los valores normas axiológicas. No siendo suficiente, también brinda esa explicación de la metodología (la ponderación) que permite la solución a los conflictos entre los principios y valores, no dejándolo a un criterio arbitrario del operador del Derecho.

La ponderación, es el medio idóneo en el Neoconstitucionalismo para solucionar la colisión entre principios y valores, propia para la efectiva tutela de los derechos

176 *Ibidem*, 122.

fundamentales insertos en el texto constitucional y aquellos de carácter preconstitucional (como los denomina Ricardo Salas).

Los derechos, sean constitucionales o fundamentales, pueden ser concebidos como principios (Dworkin 1984, 162; Alexy 1997, 135). En la práctica se presentan entre ellos permanentes colisiones, dada la pretensión expansiva que les subyace. Ellos son prima facie derechos al todo, y sólo pueden ser limitados mediante razones constitucionales de peso (...) En resumen, en caso de presentarse una colisión entre derechos de igual jerarquía corresponde al juez constitucional resolver dicha colisión y dar precedencia a un principio sobre el otro, de forma que se optimice la protección de ambos según las circunstancias concretas del caso.¹⁷⁷

La ponderación “tiene relación con el proceso racional de colocar en una balanza estados de cosas u objetos para comparar su peso.”¹⁷⁸ Pues como ya se ha señalado, todos los principios que resguardan derechos fundamentales, en esa esfera del pluralismo constitucional, son igualmente válidos; sin embargo, en determinadas circunstancias de colisión uno tiende a “pesar” más que el otro. El juez adquiere un rol fundamental y preponderante en el Neoconstitucionalismo (incluso es este rol el que da pie a las críticas más fuertes contra esta teoría Neoconstitucionalista, amén de lo que se verá en el siguiente capítulo). No hay que olvidar aquel segundo postulado de Madison que dice que el juez ha

177 Rodolfo Arango, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 237.

178 *Ibidem*, 238.

de ser el encargado de velar por el cumplimiento y resguardo de aquellos intereses permanentes, que están inmersos en todo el cuerpo constitucional, más allá de lo que se encuentre positivizado en este.¹⁷⁹

El Neoconstitucionalismo opta por esta metodología ante la imposibilidad de crear una jerarquía estática y definitiva entre normas del mismo rango constitucional. En otras palabras, ante un determinado escenario de conflicto en que dos partes alegan intereses legítimos, amparados en un conjunto de derechos fundamentales, es contraproducente caer en una subsunción de los hechos, para lograr determinar en el mejor de los casos (porque está el riesgo de que no se logre la subsunción en las reglas y se tenga que brindar al operador del Derecho la discrecionalidad para otorgar derechos) qué norma prevalece sobre otra, pues está el inminente riesgo de que al ser reglas completamente contrarias una deba invalidarse. Lo cual sería contrario a los postulados de pluralismo y ductilidad.

B) La conceptualización del Neoconstitucionalismo, el juez y su rol en el Neoconstitucionalismo.

Como se adelantó, con todos los criterios antes establecidos, es momento de brindar una definición del Neoconstitucionalismo. Pero dicha definición deberá basarse en los puntos desarrollados por esta tesis, claro está. Se procederá a realizar un breve compilado de definiciones de diversos autores y luego se pondrán en la lupa de las premisas aquí esbozadas, no con el objetivo de criticar ni crear discordia entre los postulados que proponen cada uno de los autores. Más bien, aprovechando el riguroso trabajo de síntesis

179 Salas Ricardo, Op. Cit, p. 13

que ya con anterioridad a esta investigación han realizado otras personas, se tomarán aquellas proposiciones y, con humildad investigativa, se tratará de encajarlas a fin de encaminar una conceptualización del Neoconstitucionalismo con una intersubjetividad amplia. Ya que no es secreto para nosotros que una de las principales críticas al Neoconstitucionalismo es que sus cultores no cuentan con un concepto unificado, amén de otras críticas que serán aquí esbozadas.

Se debe recordar que a diferencia de otras teorías del Derecho y en específico del Constitucionalismo, el Neoconstitucionalismo no responde al pensamiento de un único autor (como sí lo es el garantismo, obra culmine de Ferrajoli). Responde a una necesidad del Derecho, la Constitución y, sobre todo, el Estado Constitucional de tutelar los derechos fundamentales de una sociedad caracterizada por un pluralismo de una manera más efectiva a la amparada por la corriente positivista. Como se ha dicho constantemente, es una superación a este, y ha sido desarrollada por una serie de pensadores jurídicos que, como fin último, demuestran una vocación por la tutela máxima a los Derechos Fundamentales, inspirados en un apego a la realidad. Tal como señaló Óscar Correas, alejados de esos pensadores del derecho que:

(...) prefieren ver detrás de la ley, el rostro frío pero seguro de la razón, antes que la cara del poderoso. La lógica antes que la retórica. La argumentación jurídica racional antes que los intereses de la sociedad dividida en clases.¹⁸⁰

180 Óscar Correas, "Retórica, Racionalidad y Derecho". *Reforma judicial: Revista Mexicana de Justicia*, 4, (julio-diciembre, 2004), 40.

Miguel Carbonell encaja el Neoconstitucionalismo como un concepto que explica un “fenómeno relativamente reciente dentro del Estado Constitucional contemporáneo”¹⁸¹ en el que se encuentran “altos niveles de normas sustantivas (...) con amplios catálogos de derechos”¹⁸². Catálogos que ven en los jueces constitucionales una relevancia que “genera una explosión de la actividad y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial”¹⁸³. Amparados estos cambios en desarrollos teóricos novedosos.

Esta definición que brinda Carbonell en su ensayo, está enfocada en tres aspectos: la modificación de los textos constitucionales, las prácticas jurisprudenciales y los desarrollos teóricos especializados en el tema. Respecto al primero y el segundo, se refleja esa crítica que tanto han hecho los opositores del Neoconstitucionalismo a sus cultivadores.

No se refleja una unificación de criterio para con los postulados que han desarrollado juristas impulsores de los cimientos de esta teoría. Incluso denota también una común confusión con el Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli. El Neoconstitucionalismo no impulsa una creación de amplios catálogos de derechos, todo lo contrario, busca no depender de estos. Caer en un amplio desarrollo sustancial de la Constitución, reflejada en esos catálogos de derechos, parece ser más un rasgo del garantismo. El Neoconstitucionalismo invita a tomar conciencia de que no es necesario caer en este extenuante proceso de positivización dependiente de un legislador, que más que defender aquellos intereses impregnados en la Constitución sin necesidad de que se encuentren desarrollados explícitamente en sus textos, se ve permeado por intereses

181 Miguel Carbonell, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, (Madrid: Editorial Trotta, 2007), 9.

182 *Ibidem*, 10.

183 *Ibidem*, 11-12.

temporales, sectorizados, en ocasiones que no responden con agilidad a una sociedad que avanza y no puede esperar esa tardía respuesta legicentrista. Por el contrario, acepta que, mediante la utilización de principios sobre reglas, estos que poseen un carácter más general, logran acaparar una serie de intereses que, positivizados o no, irrigan a la Constitución con su esencia, siendo en las colisiones de principios donde se ve reflejado esta máxima.

La utilización de aseveraciones como la explotación de un activismo judicial, lejos de describir o explicar el rol de juez constitucional, invita a crear un cierto alarmismo ante una realidad innegable en nuestra sociedad. Autores como Ferrajoli y otros positivistas, niegan o se muestran reticentes a la posibilidad de que entre normas de la misma jerarquía se llegue a crear una disociación.¹⁸⁴ Aquello que se denomina la disociación del “deber ser” interno del derecho. En la propia Constitución, se puede dar el caso de colisión entre normas. Es ante esto que resulta irrisorio esperar que le corresponda al legislador intervenir y crear una excepción en una regla, establecer criterios diferenciadores (¿entre normas del “mismo nivel”?), o incluso crear una norma que permita regular eficazmente esa situación. Es irrealista pensar en esto. El juez es el aquí llamado a dirimir este conflicto. No es una explosión del activismo judicial y una preponderancia antojadiza que implique un rompimiento con la división de poderes. Estas palabras tienden a alzar alarmas y generar críticas innecesarias de aquellos temerosos de la realidad en la que viven. El juez, en busca de una solución ante el conflicto, en un rol interpretativo, pondera las normas en conflicto y pone en la balanza los principios y valores en cuestión.

184 Pietro Sanchís, “Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional”, ob.cit, 340-341

Por último, habla Carbonell de un amplio desarrollo teórico, lo cual ha sido innegable. Muchos cuestionan que no existe motivo para agregar al Neoconstitucionalismo, ese sufijo de neo, pues no aporta nada novedoso al estudio del Derecho. Empero, los investigadores de este estudio que esto se debe a una débil concepción del mismo.

Si se aplica el prefijo “neo” a este contenido, podría pensarse que el neoconstitucionalismo es un resurgimiento de los postulados del constitucionalismo, o bien un constitucionalismo de nuevo cuño (...) Nada de ello ocurre, sin embargo, en el caso del término en análisis. No describe un movimiento como programa político o unos objetivos políticos a los cuales pueda adherir alguien que se declara “neoconstitucionalista”, sino que, en primera línea, se usa para describir ciertos fenómenos o prácticas institucionales de los Estados constitucionales –en su inicio, europeos– tras la Segunda Guerra Mundial (...)¹⁸⁵

Carbonell, pese a ser uno de los máximos propulsores del Neoconstitucionalismo peca de etéreo en su definición, pues no entra a definir el neo a partir de sus caracteres particulares y diferenciadores. Sin embargo, la crítica citada previamente limita al Neoconstitucionalismo a “ciertos fenómenos o prácticas institucionales” posteriores a la segunda guerra mundial. Nuevamente, refleja la poca rigurosidad a la hora de definir el

185 Eduardo Aldunate Lizana, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho*, XXIII, 1, (Julio 2010), 79.

Neoconstitucionalismo, pues se centra en una única arista de este, no se sumerge en todos sus postulados desarrollados ampliamente, pero de manera dispar, por la doctrina. No se detiene a analizar el porqué de esas prácticas institucionales, pues estas son solo el resultado de la puesta en práctica, del Neoconstitucionalismo. Valga decir, prácticas que se orientan hacia un límite del poder impuesto por los derechos fundamentales de los administrados.

Al respecto el Dr. Ricardo Salas, lo define de la siguiente manera:

*(...) es un fenómeno básicamente de vocación empírica, en que, a partir de lo jurídicamente estatuido, se requiere acudir a criterios de justicia política, según defendía John Rawls, para definir si el Derecho que se tiene al frente es suficiente y hay que complementarlo (...)*¹⁸⁶

Esta conceptualización responde sobre todo a una réplica de gran parte de las críticas enunciadas contra los postulados del Neoconstitucionalismo. En especial a esa “confusión” que se genera en ciertos juristas entre derecho y moral. Para esta definición se parte de los postulados esbozados por James Madison, quien refleja un apego a la teoría de Alexy sin llegar a mencionarlo ni a utilizar sus términos. Al fin y al cabo, es una respuesta a la crítica que se orienta a eso que Ferrajoli denominó Constitucionalismo político. “Es tomar en cuenta los acuerdos políticos básicos que presiden un orden social. Es política, con intersubjetividad (...)”¹⁸⁷ El autor, con un refinado enfoque en esta área no hace más

186 Salas Porras, ob.cit, 92.

187 Ibídem, 88.

que dejar al descubierto realidades propias del Derecho Constitucional y de cómo este da marcha al cumplimiento efectivo de la Constitución, y sobre todo a aquellas normas preconstitucionales que fundamentan y dan origen a la principal norma de todo Estado.

Al Neoconstitucionalismo, sin importar las definiciones que se le han acuñado, siempre se le ha achacado su discurso moralista, como un nuevo iusnaturalismo. Como se indicó previamente, esa incursión de la moral en el derecho, ese “riesgo” de que las decisiones sean tomadas solo por la creencia del juzgador. Ante esto hay mucho que decir.

Sobre el nuevo iusnaturalismo, el propio Ferrajoli indica que “la expresión Neoconstitucionalismo se identifica, generalmente, con la concepción iusnaturalista del Constitucionalismo.”¹⁸⁸ Para Ferrajoli, la conceptualización del Neoconstitucionalismo tiene tendencias más iusnaturalistas, no por nada busca una superación del positivismo. Sin embargo, resulta errado asociar el Neoconstitucionalismo a un nuevo naturalismo. Este es otro yerro en la diferenciación del Neoconstitucionalismo con el garantismo, y en las propias críticas que se le hacen al Neoconstitucionalismo.

En primer lugar, sí se debe indicar que el punto medular del Neoconstitucionalismo, para ser diferenciado del garantismo, es precisamente buscar la superación al positivismo, pues, como indica Madison:

*(...) no es por sí sola la norma (de cualquier jerarquía que esta sea)
la que habilita al poder público para marcar sus competencias ni
justificar su ejercicio. Más allá de esa norma y su existencia, ha de*

188 Ferrajoli, “Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”, ob.cit, 19

*encontrarse un sustento legitimante, pues ella no se legitima a sí misma. El Derecho no se legitima a sí mismo, por mucho que se trate de un ordenamiento constitucional correctamente estructurado. Su verdadera legitimidad es preconstitucional y yace en la buena convivencia de las personas. Estas se agrupan para vivir mejor que en solitario.*¹⁸⁹ (Subrayado no es del original)

En segundo lugar, y continuando con la misma línea argumentativa, esa superación no conlleva por sí misma la adopción de un nuevo naturalismo por parte del Neoconstitucionalismo. Aquel que atribuya al Neoconstitucionalismo ese calificativo no ha comprendido los argumentos de Madison sobre el fundacionalismo Constitucional. De manera acertada Salas hace referencia a ese fundacionalismo de Madison, tomando esa legitimidad preconstitucional (es decir, aquel “deber ser” que da sustento a la propia Constitución) como una serie de acuerdos políticos básicos. No existe necesidad de caer en la ya superada discusión sobre el iusnaturalismo. Contrario a esto, se parte de la realidad que la Constitución Política cuenta con un conjunto de acuerdos políticos que dan lugar al acervo de intereses que esta resguarda.

Prieto Sanchís, manteniendo la postura clara de la superación del positivismo, no niega ni rechaza este, pues a pesar de que el Neoconstitucionalismo utiliza como su método

189 Salas Porras, ob.cit, 94.

de interpretación la ponderación de intereses, este no rechaza del todo la subsunción de reglas.¹⁹⁰ Por ejemplo:

del artículo 21.2 de la Constitución se deduce que el principio de protección del orden público constituye un límite y, por tanto, entra en colisión con el principio de la libre manifestación ciudadana. Éste es un caso claro de conflicto entre dos principios incondicionales y recíprocamente derrotables, apto pues para la ponderación. Sin embargo, el artículo 494 del Código Penal castiga a quien se manifieste ante el Parlamento cuando está reunido. Si no albergamos dudas sobre la constitucionalidad de este último precepto (porque en otro caso no hay cuestión), bien puede interpretarse el mismo como un «caso» del principio de orden público, esto es, como el resultado de una ponderación legislativa: la Ley ha cerrado uno de los supuestos o condiciones de la cláusula del orden público, determinando que manifestarse ante

190 “A mi juicio, operan en fases distintas de la aplicación del Derecho; es verdad que, si no existe un problema de principios, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la Ley, sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna.” Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, Anuario Facultad de Derecho UAM, (2001), 23.

las Cortes representa un exceso o abuso en el ejercicio del derecho. Pero, ¿se elimina toda posibilidad de ponderación judicial? Como regla general, creo que cabe ofrecer una respuesta afirmativa: el juez no debe ponderar si en el caso concreto enjuiciado el sacrificio de la libertad de manifestación es proporcional o no, pues eso ya lo ha hecho el legislador. Con todo, me parece que no cabe excluir la concurrencia de otras circunstancias relevantes, no tomadas en consideración por la Ley, que pueden reactivar la fuerza del principio derrotado o hacer entrar en juego otros conexos.”
(subrayado no es del original) ¹⁹¹

Además de esta errónea asociación entre Neoconstitucionalismo y un “nuevo” naturalismo, las tendencias exegéticas y de una rigurosa positivización de todos los derechos fundamentales como garantías constitucionales, son las que direccionan al Neoconstitucionalismo hacia una necesidad de superación del Garantismo para buscar darle una respuesta concreta al caso de choque entre normas constitucionales. Empero, contrario a los temores de los críticos, esto no implica una índole moralista y mucho menos de nuevo iusnaturalismo.

(...) debe descartarse decididamente que exista un regusto moralista en el neoconstitucionalismo, como erradamente se dice en algunos foros. No se trata de introducir la moral (ni el Derecho Natural, podría añadirse, para no omitir categorías que aunque

191 *Ibidem*, 20.

caídas en la obsolescencia, tuvieron un peso mayúsculo) en el discurso constitucional. Es tomar en cuenta los acuerdos políticos básicos que presiden un orden social. Es política, con la intersubjetividad y la necesidad para la convivencia que esta implica. No es moral.”¹⁹²

Este temor al moralismo va ligado a la implicación del subjetivismo en el Derecho, temor que siempre estará presente en toda teoría de la interpretación de las normas constitucionales. En este caso, ese temor se refleja al no plantear el Neoconstitucionalismo un método de ponderación que garantice siempre una respuesta definitiva y que imponga una jerarquía estática, no obstante, este factor que tanto se critica es la solución ante un problema que ni el Garantismo de Luigi Ferrajoli logró solucionar, e incluso, negó la posibilidad de tal problemática de conflicto entre normas constitucionales en el Derecho.

Como dice Alexy en este mismo sentido, las objeciones de irracionalidad o subjetivismo «valen en la medida en que con ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional.»¹⁹³

192 Salas Porras, ob.cit, 88.

193 Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, ob.cit, 223

Por otro lado, pero continuando con la misma crítica, el Neoconstitucionalismo con sus postulados, en especial los desarrollados por Alexy, demuestra un esfuerzo por realizar una objetivización de los principios y el método que ha de utilizar el juez para ejercer su rol de intérprete de la Constitución.

Tan sólo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una «jerarquía móvil» o «axiológica», y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. (...) «no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca».^{194, 195}

Es posible incluso afirmar que el método de ponderación cumple a cabalidad la necesidad que, en su función, el juez constitucional tutele los derechos fundamentales. También, se puede aseverar que el Neoconstitucionalismo no conlleva un rechazo al Constitucionalismo clásico, pues aquel toma las bases más fuertes del Constitucionalismo, su función limitadora del poder reflejada en sus dos objetos de estudio clásicos, pero, en definitiva, busca una superación a este en lo relativo al tercer objeto de estudio y se blinda para cumplir con una tutela superior a los derechos fundamentales al no considerándoles

194 *Ibidem*, 216, tomado de: Tribunal Constitucional Español, Sentencia del 320/1994 (1994).

195 *Ibidem* 216

reglas o garantías sino tomándolos como principios, inspirados en un conjunto de intereses, los cuales deben complementarse unos con otros, propios de una sociedad pluralista. Permitiendo afirmar que el juez en el Neoconstitucionalismo cumple una función interpretativa, en pro de la tutela de los derechos fundamentales, principios y valores del orden constitucional; función que alcanza su máxima expresión al momento de dirimir conflictos entre estos.

Esta superación al método del Constitucionalismo parte de una inclinación a favor de la ponderación sobre la subsunción, relativo al conflicto entre principios y valores, en pro de los derechos fundamentales. Manifiesta una construcción del objetivismo en el método de ponderación que, contrario a la subsunción no permite discrecionalidad tan amplia o fuerte, tal como nos indica Dworkin. Superación que denota sus réditos en pro de los derechos fundamentales al momento de la colisión entre estos, no teniendo por objeto la supremacía o jerarquía estática de uno sobre otro, más bien, teniendo en cuenta que todos son intereses de importancia para la sociedad. Como criticó Dworkin a las corrientes positivistas, estas no brindaban solución a una colisión entre normas de igual jerarquía, salvo casos de excepciones. Empero, para poder tutelar un derecho que no se encontraba explícitamente tutelado por la Constitución la situación no dependía de una simple subsunción normativa, sino que:

(...) para poder decidir los casos difíciles, el juez tiene “discreción”, lo que quiere decir que el juez introduce nuevos derechos u obligaciones jurídicas y los aplica retroactivamente, según unos estándares extra jurídicos que lo guían en la

*preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente (...).*¹⁹⁶

Sin embargo, se debe ser conscientes de que esta definición de discrecionalidad de Dworkin es dada en un sentido fuerte del mismo término. Prieto Sanchís acepta que en la ponderación existe un grado de discrecionalidad. El cual, como es de esperarse, es menos “fuerte” al enunciado por Dworkin. Pues aquel concepto de discrecionalidad fuerte es propio de los positivistas al momento de solucionar aquello que ellos denominan casos difíciles, pues no cuentan los jueces con límites explícitos que les regule su actividad interpretativa.

*Para Dworkin, los positivistas toman su doctrina en este último sentido, pues cuando un juez se queda sin reglas, no está limitado por estándar alguno procedente de la autoridad y por tanto los estándares que citan y que no son reglas, no son obligatorios para ellos.*¹⁹⁷

Lo referente a esta discrecionalidad propia de la solución sobre lagunas en el derecho, las cuales requieren una actividad más preponderante del juzgador, será desarrollada en el último capítulo de este estudio.

Tal como se indicó en la introducción del presente trabajo, Romero Martínez define el Neoconstitucionalismo como un esquema teórico que explica el proceso de transformación de la tradición formalista del Derecho, derivado de la aceptación y

196 Alterio, ob.cit, 94.

197 Ibídem, 102.

comprensión de la norma fundamental como norma jurídica, que integra una serie de principios y valores que respaldan todo el Derecho y, por consiguiente, el Estado y sus actividades.¹⁹⁸

Esta definición brinda una complejidad amplia a la cual se aspira al momento en que los investigadores de este proyecto deban dar su definición, sin entrar a hacer referencia extensa a sus postulados, pero sí muy apegada a los fundamentos de esta teoría. Se cuenta primero con una definición que no logró llenar las expectativas y lejos de esclarecer el concepto dio vía libre a un conjunto de críticas comunes. Posteriormente, hubo una definición que responde a las críticas que catalogan al Neoconstitucionalismo de moralista, sin embargo, se responde con un apego a la realidad innegable, la cual es un pilar sustancial en esta teoría, que propugna un cambio en el paradigma Constitucional al buscar la superación del positivismo. Es con base en la última definición citada y con la rigurosidad planteada por Ferrajoli al definir el Constitucionalismo Garantista, que se aspira a brindar una conceptualización del Neoconstitucionalismo.

Partiendo del dualismo del concepto de Constitucionalismo, este se divide en un Constitucionalismo jurídico y un Constitucionalismo político. Es en el primero en el se hace referencia al Neoconstitucionalismo como sistema jurídico y como teoría del derecho, que impulsa un cambio en el paradigma Constitucional. El Neoconstitucionalismo como teoría del Derecho explica la coexistencia, convivencia y relación entre de las normas (deontológicas y axiológicas) más allá de un fundamento del deber ser y el ser, tanto

198 Juan Manuel Romero, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista Bases para la toma de decisiones judiciales*, (Mexico DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3966/10.pdf> (consultado el 10 de mayo de 2017).

interno y externo del Derecho en pro de los derechos fundamentales, que tienen por finalidad acaparar la pluralidad de intereses y la necesidad de una ciencia jurídica que dé respuesta a cada uno de los conflictos entre normas y, en específico, entre aquellas del mismo nivel Constitucional.

Así como, a la luz de esta teoría, el Neoconstitucionalismo es considerado un sistema jurídico del Constitucionalismo (modelo institucional del Derecho) basado en una superación al positivismo, que influye en el modelo institucional del Estado Constitucional, al propugnar un rol interpretativo del juez hacia la Constitución con mayor preponderancia de este sobre el legislador, amparado en una necesidad social de tutela efectiva a las normas Constitucionales. Repercutiendo este sistema en la forma en que se pone en práctica el Constitucionalismo (político) al momento de ejercer la Constitución, un verdadero límite al poder.

De ambas conceptualizaciones en conjunto ya se ha tratado de analizar a sus críticas más comunes. Sin embargo, queda pendiente para el siguiente y último capítulo, la crítica que con más constancia y dureza se le hace al Neoconstitucionalismo. Esto con el fin de darle el tratamiento y la respuesta que este merece, sobre todo a la luz de los Derechos Nuevos por interpretación judicial.

Capítulo IV: Los derechos por interpretación en el Neoconstitucionalismo y la crítica del Gobierno de Jueces.

Hasta este punto se cuenta con una definición ya esbozada del Neoconstitucionalismo y, ante la misma, es importante reconocer que el rol interpretativo del juez constitucional ha sido motivo constante de críticas; y tal vez el mayor motivo para justificar la negativa a esta nueva teoría Constitucional. Se ha hablado que el Neoconstitucionalismo invita a los críticos a decir que, a partir de sus formulaciones teóricas y prerrogativas de los órganos jurisdiccionales (el rol del juez constitucional ya desarrollado en el apartado previo), propicia un gobierno de jueces. Es por esto que en este capítulo se partirá de dos secciones, en la primera, se desarrollará la interpretación de derechos no esbozados en el texto constitucional y su respectiva crítica por el “poder” otorgado al juez constitucional. Y, una segunda sección, se inclinará a dar una respuesta a dicha crítica, partiendo de una serie de premisas del Neoconstitucionalismo y del propio Constitucionalismo.

Sección 1) La interpretación del juez constitucional y la doctrina de los nuevos derechos, ¿el camino a un Gobierno de Jueces?

Como se ha dicho reiteradamente, el Neoconstitucionalismo entra a una interpretación que conduce a una ponderación de intereses que se vincula a un “episodio de conflicto aún más interno que se verifica en el seno mismo de las normas sustantivas de la

Constitución.”¹⁹⁹ De esta se genera una labor interpretativa del juez constitucional ante las antinomias y lagunas derivadas del conflicto ya enunciado. El rol del juez en la ponderación, ya analizado previamente, es la causa para la crítica más férreamente enunciada contra el Neoconstitucionalismo. Es por esto que a continuación se analizará a que se refieren estas críticas del peligro de un gobierno de jueces, en especial aquellas que se encaminan a una crítica contra la creación de derechos por parte del juez constitucional.

A) El juicio de ponderación y el desarrollo de los Derechos Nuevos (derivados o conexos)

Entonces, el Neoconstitucionalismo encuentra su razón de ser en la necesidad de dar respuesta a este conflicto interno en el seno de la propia Constitución de cada Estado. Estos conflictos encuentran su razón de ser en los mismos sustentos del Estado Constitucional. La ductilidad y la pluralidad de los intereses; dígase la coexistencia y el compromiso entre una pluralidad de intereses, todos de un mismo rango, con la misma importancia unos con los otros. Conflictos que, lejos de perjudicar al Derecho, nutren la Constitución y le otorgan vigencia y actualidad en la sociedad que esta protege; contrario a crear una inseguridad jurídica en los intereses de los seres humanos, por su generalidad buscar tutelar cualquier circunstancia que en el plano fáctico tenga posibilidad de ocurrir y que merezca el resguardo debido.

Primero, se encuentra el caso de un conflicto entre principios constitucionales, los cuales son de fácil determinación en el cuerpo Constitucional y que hacen referencia a

199 Pietro Sanchís, “Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional”, ob.cit, 340.

casos de antinomias entre ellos. Para ejemplo de la solución que se brindan a estos casos de antinomias entre principios de fácil determinación se citan dos casos expuestos por Robert Alexy:

1. El debido proceso en el derecho Penal vs. Derecho a la salud del imputado.

Se trata sobre si es posible llevar a cabo una audiencia oral en contra de un acusado que, debido a la tensión que tales actos traen consigo, corren el peligro de sufrir un infarto (...) existe una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental.²⁰⁰

Alexy trae a colación un conflicto entre dos principios ampliamente tutelados por la Constitución alemana (no es la excepción en nuestra Constitución), no obstante, se hace este ejercicio sin estar invocando la normativa de un país u otro. Lo anterior para lograr tener una abstracción del caso que permita la comprensión, a grandes rasgos, de los conflictos de principios y la actividad que asume el juez. El Estado debe velar por el cumplimiento del debido proceso penal y, por otro lado, es el garante de la tutela a la vida, la salud y la integridad de los seres humanos.

200 Alexy, ob.cit, 71.

No es posible buscarle una solución a este conflicto mediante el establecimiento de una jerarquía estática. Hacer esto sería aceptar que el Estado tiene obligaciones con prioridades absolutas²⁰¹ otorgadas por la Constitución. En otras palabras, permitiría la preponderancia o prioridad de un principio sobre otro. Este tipo de “prioridades absolutas” son concebibles en circunstancias de colisiones entre normas con jerarquía normativa distinta. Tomar esta prioridad absoluta de un principio sobre otro, restaría a la Constitución su carácter de norma suprema, que resguarda en su cuerpo normativo todos los intereses de la sociedad, y el Estado Constitucional se vería reducido a un conjunto de premisas vacías sin cumplimiento alguno.

En caso de que dos principios de igual rango lleguen a contradecirse entre sí,²⁰² no es factible para el operador del derecho declarar la invalidez de un principio por violentar el otro y expulsarlo del ordenamiento. “La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador.”²⁰³ Por lo tanto, aquí una actividad por parte del juez implicaría una extralimitación de las potestades de este, pues estaría legislando al excluir una norma por entrar en conflicto con otra de igual jerarquía, actuación para la que no está autorizado el juzgador en apego al ordenamiento jurídico. Igual ocurriría si el juez estableciera una excepción para la solución de este y de futuros casos.

201 *Ibíd*em, 72.

202 “(...) esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro.” *Ibíd*em, 73.

203 N.A.: La exclusión de una norma de igual rango a otra del ordenamiento jurídico, por ser ambas contradictorias.

Debe el juez optar por una “relación de precedencia condicionada (...) consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indica las condiciones en las que cuales un principio precede al otro.”²⁰⁴ En otras palabras, es aquello a lo que Alexy redefinió como regla. Esta relación de precedencia condicionada, concreta o relativa, es la que debe realizar el juez constitucional ante la necesidad de hacer una ponderación de principios, puesto que ya se descartó la aplicación de reglas que permitan la subsunción, como en el caso supra citado. Esta ponderación de principios, como ya se ha dicho, se resume en la metáfora del peso de un principio sobre el otro. Al final, el Tribunal Constitucional Alemán indica:

*Si existe el peligro concreto, manifiesto, de que el acusado en caso de llevarse a cabo la audiencia oral, pierda su vida o experimente graves daños en su salud, entonces, la continuación del proceso lo lesiona en su derecho fundamental*²⁰⁵

2. Derecho al honor vs. Libertad de información

El canal 2 de Televisión (ZDF) proyectaba la emisión de un documental: “el asesinato de los soldados de Lebach” Eb este documental debía informarse acerca de un crimen en el cual cuatro soldados del grupo de la guardia de un depósito de municiones del Ejército Federal cerca de Lebach fueron asesinados mientras dormían (...) Una persona que había sido condenada por complicidad en este crimen y que estaba a punto de abandonar

204 Alexy, ob.cit, 74.

205 Idem.

*prisión consideró que la emisión de este documental televisivo en el que era mencionada expresamente y aparecía fotografiada violaba su derecho fundamental (...) sobre todo porque hacía peligrar su resocialización.*²⁰⁶

En este caso específico, se comprueba primero que no exista norma, ni regla (en el sentido de Alexy) aplicable para la situación y determina que, efectivamente, existe una colisión entre dos principios tutelados constitucionalmente; siendo estos principios el derecho al honor y la libertad de información. Al igual que en el caso anteriormente analizado, ninguno resulta ser inválido (pues no existen principios inválidos) así como tampoco hay una relación de precedencia absoluta. Todo queda a criterio del juez constitucional, según las circunstancias para el caso concreto.

Lo interesante de este caso es que el Tribunal Constitucional Alemán cuenta con una relación de precedencia concreta, la cual no está en posibilidad de cumplir. Esto se da porque previamente se resolvió un caso en específico muy parecido al que atañe. Dicha relación de precedencia hablaba sobre la preponderancia de la libertad de información en el caso de una información actual sobre los hechos delictivos. Sin embargo, la pregunta aquí es si es realmente actual ese documental. Al no encajar dicha regla en la ponderación que debía realizar el juez constitucional en resumidas cuentas dispone que “una información televisiva repetida que no responde a un interés informativo actual sobre un hecho delictivo

206 *Ibidem*, 76.

grave y que pone en peligro la resocialización del actor está prohibida por los derechos fundamentales.”²⁰⁷

Por otro lado, aparte a esos casos que reflejan dos supuestos ya esbozados, existen circunstancias en las que el juez constitucional no se limita a una solución específica al caso. Existen casos en que el operador del derecho, además de establecer una precedencia condicionada, va más allá e individualiza un derecho producto de esta colisión. Es decir, no solo crea la regla, si no que, mediante una labor jurisprudencial, le da contenido doctrinario a dicho derecho, el cual entra a tomar forma, en concreto, en el cuerpo normativo constitucional. Ya que no es igual el resguardo de una regla, aplicable a un solo caso y originada producto de una antinomia, a la protección y seguridad que brinda un derecho y todo el contenido que este representa, amén de una necesidad de subsanar una laguna en el ordenamiento jurídico; siendo este el origen de los denominados derechos derivados, por conexidad o bien “nuevos”. Igualmente, esto será ejemplificado en unos casos concretos.

3. Principios rectores de la administración de servicios públicos vs. Derecho a la salud.

(...) la recurrente interpone recurso de amparo contra la Empresa de Servicios Públicos de Heredia y manifiesta que la recurrida le ha denegado de manera injustificada el suministro de agua potable

(...) El Gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia

(...) la empresa no puede brindar un servicio de agua en el

207 *Ibidem*, 78.

inmueble; el recurso hídrico es limitado y que en la época seca sufren serios racionamientos (...)En Costa Rica nunca ha habido planificación del servicio hídrico y ahora que la Empresa está tratando de ordenar la administración del recurso en la región de Heredia, no solo para las generaciones actuales, sino que los planes van dirigidos para que la próxima generación pueda vivir en un ambiente no falte este recurso.²⁰⁸

Entran aquí en conflicto dos principios que tutela la Constitución Política. Por un lado, está ese deber de la administración pública o del ente privado que brinde un servicio público, de tutelar y velar por su administración y adecuado reparto y acceso a dicho servicio. Por otro lado, existe un conjunto de derechos: el derecho a la salud y la vida, que dependen necesariamente del acceso a ese determinado recurso hídrico. En este caso, por la situación que lo rodea y los actos administrativos que ha tomado la Empresa encargada de brindar dicho servicio, hay un conflicto manifiesto de principios. Se entra a cuestionar si se debe negar este permiso de agua, con tal de asegurar un adecuado manejo del recurso hídrico ya que, de lo contrario, este llegará a escasear para la población. Sin embargo, está entredicho si se debe optar por otorgar dicho acceso, en pro de tutelar el derecho a la salud y a la vida. No existiendo regla alguna para el caso en concreto, el juez constitucional entra en un juicio de ponderación, mediante el cual no solo reconoce que, para estos supuestos, el acceso al agua en pro del derecho a la salud y a la vida debe ser considerado

208 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2003-04654 (Costa Rica, 2003) http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=242094&strTipM=T&strDirSel=directo (consultado el 10 de mayo de 2017).

un derecho fundamental más en el ordenamiento jurídico. “La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna (...).”²⁰⁹

Este caso concreto, pone de manifiesto cómo el juez constitucional, no solamente solventó y dio solución al caso en conflicto, sino que se dio a la tarea de desarrollar un nuevo derecho. Es decir, un derecho que no estaba expresamente reconocido en el ordenamiento jurídico, pasa a ser reconocido por el juez constitucional a partir de una interpretación y derivación de otro conjunto de principios estatuidos en la Constitución. Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana ha dicho lo siguiente:

El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho. (...) Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no (...) Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza

209 Idem

normativa (...)En relación con algunos derechos, el constituyente señaló en forma expresa su voluntad de consagrarlos como fundamentales. (No obstante) Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos. (...) En ocasiones, la existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, como de una interpretación sistemática y teleológica a partir de las cuales se mire el ordenamiento en su conjunto, o la norma de acuerdo con su consagración implícita.²¹⁰

210 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-406/92, (Colombia, 1992),

La doctrina desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia refleja la riqueza expresada por sus votos, en el desarrollo de Derechos Nuevos. Se habla de una discrecionalidad (a la cual se hace referencia en el punto B.2 de la sección 2 del presente capítulo) interpretativa por parte del juez, misma que desemboca en una creación de derecho. Esta actividad jurisdiccional interpretativa encuentra su sustento en la necesidad de establecer el reconocimiento de estos Derechos Nuevos. Y es ante la necesidad de una efectiva tutela, no sólo de aquellas prerrogativas explícitamente consagradas en la Constitución, sino también de aquellas propias de principios y valores que se encuentran implícitamente en la norma Constitucional (mediante una interpretación global de ambas), es que se realiza este proceso de creación de derecho. A pesar que la misma Corte Constitucional de Colombia reconoce que la existencia de este derecho fundamental no depende de su reconocimiento explícito, es necesario una interpretación sistemática de todo el ordenamiento para cumplir con su labor de tutela máxima de estos derechos, dotando dicho derecho de un contenido material.

A modo de ejemplificación, en el caso concreto número tres, se refleja como existe una serie de derechos fundamentales de aplicación inmediata (derecho a la vida y derecho a la salud) que entran en conflicto con otras normas de rango constitucional. Y es mediante el juicio de ponderación que el juez constitucional requiere de una interpretación global para fundamentar su decisión, pues la simple mención de estos derechos de aplicación inmediata se queda corta, dándole contenido y mencionando, de manera explícita, el derecho de acceso al agua que, sin el contenido de éste, aquellos otros de aplicación inmediata no

tendrían el alcance suficiente, deseado por el juzgador, para fundamentar el peso de estos principios sobre los otros.

El Dr. Haideer Miranda realiza un novedoso estudio sobre los llamados Derechos Nuevos, el cual, al humilde criterio de los investigadores, completa doctrinalmente la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia. Reconoce la existencia de una tutela multinivel²¹¹ de los derechos fundamentales y la necesidad de protección de estos por parte del ordenamiento jurídico, más allá de fundamentar estos derechos. Esta necesidad de protección y su tutela multinivel han sido influenciadas por la globalización y las nuevas tecnologías, así como el principio pluralista.

*Las tecnologías representan o continúan a representar un desarrollo de las libertades (...) las libertades han podido crecer y ampliarse significativamente hacia nuevas fronteras de la actuación humana propia gracias al progreso tecnológico.*²¹²

Lo reseñado previamente, en conjunto con la realidad de una sociedad pluralista, previa y ampliamente expuesta en el pensamiento de Gustavo Zagrebelsky, da pie al desarrollo para un reconocimiento y tutela no positivizadas en el ordenamiento jurídico constitucional. Esta actividad, por parte de las Cortes Constitucionales, según dice el Dr. Miranda:

211 Haideer Miranda, *Nuevos Derechos en la jurisprudencia constitucional*, (Costa Rica, documento pendiente de publicación, 2017) 2 – 5.

212 *Ibíd*em, 6.

*Consiste en el reconocimiento y tutela que se lleva a cabo en los ordenamientos de situaciones jurídicas subjetivas no codificadas en el derecho positivo, en estrecho ligamen con las exigencias de responder a los nuevos “desafíos universales” (...) En este sentido, son derechos que están relacionados con intereses difusos o colectivos.*²¹³

Esta concepción brindada alcanza su madurez científica si se acopla con las palabras de la Corte Constitucional Colombiana, en especial teniendo presente que “la existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional.”²¹⁴ Por lo que, como sugiere Miranda, citando a Danilo Zolo, que los Derechos Nuevos se “trata(n) de fenómenos evolutivos que contradicen la idea de que los derechos humanos sean un complejo normativo cumplido y estático.”²¹⁵ En resumen, los Derechos Nuevos

*Por lo general se trata de derechos que han sido reconocidos jurisprudencialmente, es decir de creación pretoria, o que han sido positivizados en textos normativos solo recientemente.*²¹⁶

No es objeto de la presente investigación entrar a la discusión filosófico-jurídica del debate sobre si los Derechos Nuevos, por derivación, se crean o se reconocen. Es una discusión a la cual debería dedicarse una compleja investigación aparte de este tema. Aquí

213 *Ibíd*em, 7.

214 Corte Constitucional de Colombia, *ob.cit.*

215 Danilo Zolo, *Nuovi diritti e globalizzazione*, en [http:// www.treccani.it](http://www.treccani.it), citado por Miranda, *ob.cit.*, 7.

216 Miranda, *ob.cit.*, 8.

lo que interesa es analizar el rol del juez constitucional al respecto de estos Derechos Nuevos. Es aquí donde se centra la discusión central en contra del Neoconstitucionalismo. Se le critica al Neoconstitucionalismo esta labor interpretativa propia de la ponderación y, con especial énfasis en el desarrollo de los Derechos Nuevos que propicia un Gobierno de Jueces.

B) Conceptualización y desarrollo del Gobierno de Jueces, críticas puntuales al Neoconstitucionalismo

¿Qué es un Gobierno de Jueces? Teniendo esto ya desarrollado y esbozadas las críticas que comúnmente se le dan al Neoconstitucionalismo, calificándolo de un gobierno de jueces, se intentará allanar el camino para que en la última sección del presente estudio se dediquen a considerar, si el Neoconstitucionalismo con la creación de Nuevos Derechos y el rol del juez en la toma de decisiones jurídicas, favorece o no un Gobierno de Jueces, según lo que aquí definiremos.

El Gobierno de Jueces tiene sus antecedentes en la teoría norteamericana desarrollada por el presidente Franklin D. Roosevelt, al criticar ante el Senado la intervención judicial mediante la propuesta de una necesaria reforma constitucional al sistema de revisión de constitucionalidad. Crítica en la cual aseveró que:

(...) es preciso tomar medidas para salvar la Constitución de las garras del Tribunal (...) que lo Tribunales han destruido el equilibrio de poderes entre las tres ramas del gobierno federal,

*oponiéndose así a los grandes objetivos que se habían fijado los redactores de la Constitución*²¹⁷

Con este antecedente, se construye una de las críticas más profundas sobre la actividad judicial, a la cual se le pasó a denominar Gobierno de Jueces. Por esto se entiende que es aquel gobierno “sin legitimación democrática y sin responsabilidad política”²¹⁸ ejercido por la magistratura, reflejando ese poder sin control y sin legitimación democrática que estos ostentan.

Este poder que ostentan los jueces sin legitimación democrática y sin responsabilidad política tenía su punto más problemático en aquella figura norteamericana denominada “judicial review”. Al respecto el juez Felix Frankfurter indicó que:

*(...) el Tribunal Supremo durante aproximadamente un cuarto de siglo, ha derivado el poder de judicial review en una revisión de la política legislativa usurpando poderes que pertenecen al Congreso y a los Legislativos de los distintos Estados (...) ha sido un largo camino de abuso judicial.*²¹⁹

217 Franklin Roosevelt, Trigésimo segundo presidente de los Estados Unidos de América. Citado por: Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (Madrid: Editorial Civitas, 1994), 169.

218 Tomás Quesada Alpizar, “¿Gobierno por los Jueces? Interpretación de la teoría democrática liberal por parte de la jurisdicción constitucional en Costa Rica” (Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008), 44 – 45.

219 Felix Frankfurter, Magistrado permanente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. Citado por Quesada Alpizar, *ob.cit*, 45.

Se puede aseverar, a partir de esta definición del Gobierno de Jueces que esta encamina a una judicialización de la política,²²⁰ que, como se verá más adelante es un rasgo característico en un Gobierno de Jueces.

Punto aparte, pero continuando con este conjunto de críticas al Neoconstitucionalismo, producto del rol del juez, hay quienes tienden a calificar como “Gobierno de Jueces” a la práctica de las Cortes Constitucionales que impulsan un activismo judicial, incluso en pro de los derechos fundamentales. Bajo esta misma línea de pensamiento, unos de los críticos que califican al Neoconstitucionalismo como un peligro inminente para propiciar un Gobierno de Jueces, son Pastor y Martínez Dalmau, cuando indican que el Neoconstitucionalismo “es también –o consecuentemente– una teoría del poder: en particular, del poder de los jueces a la hora de interpretar la constitución.”²²¹

Se hace referencia a ese concepto de activismo judicial ya que este tiende a ser el motor de las preocupaciones de un Gobierno de Jueces. Pues genera cierta reticencia, ya que este tiende a ser señalado como el motor de las preocupaciones de un Gobierno de Jueces. Esto es, a criterio de los investigadores, un sesgado concepto del activismo. El activismo judicial no es igual a un Gobierno de Jueces.

220 “(...) la creciente presencia de procesos y resoluciones judiciales en la vida política y social, y la progresiva resolución de conflictos políticos, sociales, y entre el Estado y ña sociedad en los tribunales (...) Está ligada a un proceso por medio del cual un variado rango de actores políticos y sociales perciben crecientemente que tienen ventajas invocando estrategias legales y acudiendo a los tribunales para salvaguardar sus intereses.” Angel Allan y otro, *The judicialization of Politics in latin America, Studies of de Americas*, (Estados Unidos: Editorial Palgrave Macmillan, 2005), 3. Citado por Quesada Alpizar, ob.cit, 48.

221 Roberto Viciano Pastro y Rubén Martínez Dalmau, “La Constitución Democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *Debates Constitucionales en nuestra América*, 48, (2013), 71.

Activismo se define como una “tendencia a comportarse de un modo extremadamente dinámico.”²²² Esta tendencia cuenta con el adjetivo de “activo” como su fundamento, que hace referencia a aquello “que obra o tiene capacidad de obrar, que es diligente y eficaz, que obra prontamente, o produce sin dilación su efecto.”²²³ Por su parte, Maraniello califica al activismo como “toda actitud activa, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo.”²²⁴ Esto que denomina Maraniello como “consecución de un objetivo” puede verse relacionado con otra definición de activismo dada por la Real Academia Española, en la que se dice que este es una “(d)occtrina según la cual todos los valores están subordinados a las exigencias de la acción y de su eficacia.”²²⁵ En relación con estas definiciones y en un acercamiento al activismo judicial, el objetivo común que deben procurar los jueces de las altas Cortes Constitucionales es el respeto de esta norma y, en gran medida, como se ha señalado a lo largo de este trabajo, a los principios y valores que protege la Constitución Política, la cual debe ser eficaz.

Ahora bien, para analizar el activismo judicial habrá que dirigirse al desarrollo brindado por la doctrina norteamericana, pues la tradición jurisdiccional que ellos acogen se ve inmersa en un contexto totalmente diferente al de Europa continental y británica. El rol del juez en la tradición norteamericana se ha ido desarrollando con una libertad y confianza del pueblo distinta a la de los contextos europeos, inclusive el latinoamericano.

222 Real Academia Española, ob.cit.

223 Real Academia Española, ob.cit.

224 Alejandro Maraniello Patricio, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, *Revista Pensar en Derecho*, 1, (Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2012) <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf> (Consultado el 3 de julio de 2017).

225 Real Academia Española, ob.cit.

La locución “activismo judicial” fue, posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EE.UU. alrededor de 1954 cuando se autoproclamó “activista”, muy especialmente bajo la presidencia del Juez Earl Warren, con el célebre caso “Brown vs. Board of Education” del 17/5/1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas norteamericanas (...) Esta decisión con ribetes políticos no altera la división de poderes que, como sostiene Alberto Bianchi, es la reafirmación dinámica del Estado de Derecho.²²⁶

Este “activismo” judicial denominado por los propios jueces, procuró velar por un conjunto de normas constitucionales que, si bien no estaban escritas, se veían violentadas por la segregación racial de la época. No se cuestionaron los jueces sobre la dificultad de ejecución de dicha sentencia, contrario a esto optaron por sentar como “regla” que la práctica de estas actividades discriminatorias eran contrarias a la Constitución. Este dinamismo que se reafirma con el activismo judicial se ve altamente reflejado en los postulados Neoconstitucionalistas. “La definición de activismo judicial dependerá del concepto que se tenga de democracia [y] del rol de los jueces dentro del sistema político.”²²⁷ Como ya se ha mencionado a lo largo de este trabajo, la democracia²²⁸ en un Estado Constitucional, así como el rol del juez en este, ven intensificadas las potestades de este último en procura de la tutela de la Constitución y los principios que esta recoge;

226 Maraniello Patricio, ob.cit, 126.

227 José Francisco García y Sergio Verdugo, *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?* (Santiago de Chile: Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013), 65.

228 N.A.: La democracia por su intrínseca relación con los Derechos Humanos y el cumplimiento y tutela por parte del Estado Constitucional.

además de la importante función de ponderar intereses en casos de colisión de aquellos del mismo rango.

Continuando con estas críticas dirigidas al Neoconstitucionalismo, Luis Fernando Torres califica al Neoconstitucionalismo como una corriente que “abrió la puerta para que tanto los jueces de esa Corte (Constitucional) como los demás jueces practiquen un activismo judicial orientado a destruir los cimientos legales de la sociedad (...)” (subrayado no es del original)²²⁹.

En una visión más mesurada y apegada a lo que representa, por sus postulados, el Neoconstitucionalismo, Alfonso Santiago señala que:

(...) el modelo del neoconstitucionalismo, principalmente a través de la función que encomienda a los jueces, contiene una posibilidad de lograr que los derechos constitucionales estén más asegurados frente a la distracción, desentendimiento o violación por parte de los otros poderes de gobierno. (...) el modelo del neoconstitucionalismo tiene dos riesgos principales: la extralimitación judicial y una impronta excesivamente individualista y relativista en la concepción e instrumentación de

229 Luis Fernando Torres, “El Activismo Judicial en la era Neoconstitucional” *Revista Iuris Dictio*, 15, (enero a junio 2013) http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdicio_015_004.pdf (consultado el 3 de junio de 2017)

*los derechos humanos que llegue a desvirtuar su contenido y alcance.*²³⁰

Es innegable la tendencia a mezclar y confundir los conceptos²³¹ de activismo judicial, gobierno de jueces y judicialización de la política (a este último se hará referencia en el punto 4 de la sección 2, próximamente). Si bien es cierto, tienen rasgos comunes, como señala Feoli, tienden a tener en común un comportamiento distinto por parte de los jueces, que asumen un rol determinante.²³² No obstante, es importante indicar que, en cuanto al activismo judicial,²³³ no es posible decir que este sea “bueno” o “malo”,²³⁴ sino que es una realidad propia de la actividad jurisdiccional y que sus defectos o virtudes dependen de esa función judicial, que para efectos de este trabajo ha de verse en relación con los pilares ya trazados del Neoconstitucionalismo.

El Gobierno de Jueces, el cual ya fue definido, claramente ostenta un carácter negativo al rol del juez, esto amén de las implicaciones de una usurpación de las

230 Santiago Alfonso, *Neoconstitucionalismo*, (Sesión privada del Instituto de Política Constitucional, Argentina, 2008), 19. <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (consultado el 9 de Junio de 2017).

231 N.A.: otro claro ejemplo de confusión de los conceptos de activismo judicial y gobierno de jueces (según las conceptualizaciones brindadas, lo vemos con la definición que brinda Ventura sobre activismo judicial: “(...) la sustitución por parte del juez de los otros poderes, mediante la cual se colocan los razonamientos jurisdiccionales por encima de los que han realizado aquellos, constituye activismo judicial.” Manuel Ventura Rodríguez, “Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo”, (Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2004), 156. Citado por Marco Feoli Villalobos, “Activismo judicial y justicia constitucional: los casos de Colombia y Costa Rica” (Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, España, 2012), 117.

232. Feoli Villalobos, *ibídem*, 114.

233 “(...) la tendencia judicial de lograr el equilibrio adecuado entre el conflicto social a través de un cambio en la legislación vigente mediante la creación de una nueva disposición normativa que no existía previamente gracias a la interpretación que hace el juez de la constitución o de la ley.” Aharon Barak, *The judge in a democracy*, (New Jersey: Princeton University, 2006), 271. Citado por Feoli Villalobos, *ibídem*, 117.

234 Gustavo Caramelo Díaz, “Activismo judicial y derechos sociales”, *Revista Pensar en Derecho*, 4-6, (Agosto 2015), 101.

potestades²³⁵ que se le atribuyen a los otros poderes.²³⁶ En fin, con el objetivo de brindar un mismo criterio para determinar los supuestos que pueden reconocer un Gobierno de Jueces, se tomarán como guía los cuatro puntos enunciados por Michel Troper. Esto con la finalidad de evitar caer en confusiones de conceptos que llegan a resultar un tanto atractivas (debido a la vaguedad en la definición de Gobierno de Jueces), pero que se deben evitar para efectos de esta investigación, y determinar si el Neoconstitucionalismo propicia un marco ideal para este Gobierno de Jueces.

1) Los jueces gobernarían porque disponen de una parte del poder legislativo (...) 2) *La segunda forma se relaciona con la posibilidad de los jueces de iniciar de oficio ciertas acciones o controles como el de constitucionalidad.* 3) *Una tercera forma hace referencia a la posibilidad de los jueces de aplicar principios vagos. Según Eisenman, discípulo de Kelsen, «si el juez pudiera enunciar él mismo los principios aplicables, el gobierno de los jueces substituiría al gobierno de legislador». Troper explica diciendo: «si los principios son formulados de manera precisa y no vaga, y si el juez se encuentra encerrado en su propia jurisprudencia, entonces el gobierno de los jueces no estaría aquí materializado».* 4) *Una cuarta posibilidad dice que existiría un gobierno de los jueces si*

235 “(...) la jurisdicción terminará sustituyendo a la “...representación política y a los gobernantes en los dominios también eminentemente políticos...” Huges Portelli citado por: German Alfonso López Daza, *La justicia constitucional ¿un gobierno de los jueces?*, (Colombia: Editorial Universidad Surcolombiana, 2005), 219. Citado por Feoli Villalobos, ob.cit, 116.

236 “(...) ha sido empleado por quienes critican la participación de la magistratura en la determinación de temas tradicionalmente decididos por los otros poderes del estado. Implica una clara valoración negativa.” Feoli Villalobos, ibídem, 115.

éste fuera en contra de la voluntad del legislador. Ardant citado por Troper, dice, a propósito de la Corte Suprema americana: «Por cinco votos contra cuatro, ella puede poner en jaque la aplicación votada por representantes elegidos de la nación». Habría gobierno de los jueces porque la Corte expresaría una voluntad que va en contra de los elegidos de la nación.^{237, 238} (subrayado no es del original)

Sección 2) El Neoconstitucionalismo, la no representación *per se* del Gobierno de Jueces y la tutela máxima de los Derechos Fundamentales.

Teniendo un mismo parámetro para definir si se está en presencia de un Gobierno de Jueces en el Neoconstitucionalismo, es menester realizar una breve acotación: ni el Neoconstitucionalismo, ni el garantísmo, o cualquier otro paradigma o teoría del Constitucionalismo representa *per se* un Gobierno de Jueces. Este supuesto teórico del gobierno de los jueces debe de estudiarse de manera casuística para cada situación, es decir, analizar si en “x” o “y” decisión judicial el juez constitucional acapara y usurpa las funciones de los otros poderes del Estado, para lo cual serán de gran ayuda los puntos enunciados por Michel Troper. Estos enunciados llegan a fungir como parámetro pero, aunado a estos, es preciso tomar en consideración la posible trasgresión de un Derecho Fundamental tutelado por el cuerpo constitucional y que, para su tutela, el juez deba entrar

237 N.A.: Este punto debe ser analizado a la luz de los intereses y principios tutelados en la Constitución, pues como se ha indicado existe la posibilidad de que una normativa cumpla con los requisitos legales e incluso sea reflejo del sentir del pueblo (como por ejemplo lo fue la segregación racial y la esclavitud en Norteamérica) pero que va en contra de los derechos fundamentales.

238 Michel Troper, «Existe-t-il un concept de gouvernement de juges?». Citado por López Daza, ob.cit, 12.

a un rol más preponderante como se ejemplificó mediante la exposición de Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Sin embargo, se partirá de lo enmarcado dentro de un escenario de Gobierno de Jueces, y según las críticas señaladas al Neoconstitucionalismo; si este último representa una “vía fácil” al Gobierno de Jueces. Dicho ejercicio intelectual se hará mediante el desarrollo de un conjunto de “pautas”, con las cuales se explica por qué el Neoconstitucionalismo no propicia un Gobierno de Jueces. Esto obliga, en ciertos puntos, a retomar las bases del Neoconstitucionalismo, para así demostrar que este, en su formulación teórica y según las expectativas que –en ese plano– se hacen del órgano jurisdiccional (dígase de la ponderación de principios, a fin de discernir el conflicto interno que se verifica en el seno mismo de las normas sustantivas de la Constitución, la actividad interpretativa del juez constitucional y el desarrollo [o creación] de Derechos Nuevos), no favorece ni propicia, por sí mismo, un llamado “Gobierno de Jueces” que implique una usurpación de las competencias de otros titulares públicos.

1. La Resistencia Constitucional

Este concepto de resistencia constitucional tiene estrecha relación con las bases fundamentales del Estado Constitucional; en especial con la ductilidad del Derecho de la Constitución. Se puede definir esta resistencia constitucional como “la posibilidad de

reinterpretación de la Constitución como forma de adaptación a la dinámica de la sociedad.”²³⁹

*Uno y otro conceptos (sic) (rigidez y resistencia) derivan del principio de supremacía constitucional y tratan de resolver el problema político del conflicto entre la Constitución como poder constituyente objetivado y la voluntad democrática de cambio respecto al contenido de la Constitución que con el tiempo es previsible que surja. La duración de la Constitución parece ser el objetivo a conseguir.*²⁴⁰

Entonces, el Neoconstitucionalismo, lejos de promover un Gobierno de Jueces mediante ese rol asignado al juez constitucional para lograr el objetivo de ductilidad del Derecho en el Estado Constitucional, busca asegurar una Constitución que en todo momento tenga como centro de sus postulados el conjunto de principios reflejados en la pluralidad de intereses. Teniendo como medio para lograr dicho cometido una Constitución adaptable (y por este motivo rígida) a las distintas épocas sociales en las que se ve inmersa.

2. La discrecionalidad débil propia del Neoconstitucionalismo

Previamente se indicó que Dworkin reclamaba, por así decirlo, a los positivistas su actividad discrecional a la hora de solucionar conflictos entre reglas. Esta discrecionalidad

239 Germán Alfonso López Daza, “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?”, *Cuestiones Constitucionales*, 24, (México: junio 2011). Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100005&lng=es&nrm=iso . (consultado el 11 junio 2017).

240 Francisco Tomas y Valiente, "La resistencia constitucional y los valores", citado por Joseph Aguiló, *La Constitución del Estado Constitucional*, (Bogotá-Lima: Palestra-Temis, 2004), 114.

señalada por Dworkin es aquella que él denominó como una discrecionalidad en sentido fuerte. Esta se define como aquella que, ante algún conflicto, el juez constitucional no se encuentra vinculado por ningún tipo de estándares o límites. El sistema de reglas, garantías, o cualquier otro que propugne por un reforzamiento al positivismo jurídico, al momento de encontrarse el juez constitucional frente a un conflicto normativo que propicie una antinomia o, sobre todo, una laguna, quedándose sin reglas aplicables, implica que “no está limitado por estándar alguno procedente de la autoridad.”²⁴¹

Ahora bien, el Neoconstitucionalismo, según lo visto por Prieto Sanchís,²⁴² también representa e implica un margen de discrecionalidad. Esta discrecionalidad es la conocida como discrecionalidad débil, defendida por Robert Alexy y, hasta cierto punto, por el propio Dworkin.²⁴³ Este concepto débil de la discrecionalidad es aquel que “implica que las normas que debe aplicar el funcionario, por alguna razón, no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento (...).”²⁴⁴ O sea, que requiere que el juez constitucional, para asegurar la debida aplicación de la Constitución y lograr la solución al caso concreto, debe acudir a un método interpretativo. El Neoconstitucionalismo que se adhiere a la teoría de los principios, por el carácter general y abstracto de estos y de los criterios valorativos ubicados en ese plano meta valorativo de la Constitución, permea de estos a toda la norma constitucional y al ordenamiento jurídico; encontrando el juez en todo

241 Alterio, ob.cit, 94.

242 Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, ob.cit.

243 “(...) son R. DWORKIN y R. ALEXY los autores en que con mayor intensidad se aprecian las implicaciones de una teoría de los principios que es, en suma, una teoría del constitucionalismo contemporáneo; implicaciones que van más allá del ámbito meramente explicativo acerca del funcionamiento de los sistemas jurídicos para alcanzar las esferas metodológicas y conceptuales sobre la idea de Derecho y su relación con la moral. Vid. sobre el particular A. GARCÍA FIGUEROA, Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de R. Dworkin y R. Alexy, CEPC, Madrid, 1998.” Tomado de Ibídem, 210.

244 Alterio, ob.cit, 94.

momento (contrario a lo esbozado en el concepto fuerte de la discrecionalidad) límites a su actividad.

Además, es conveniente recalcar que el Neoconstitucionalismo, a partir de esta premisa que parte de una discrecionalidad débil, no “promueve” una creación de Derechos Nuevos, en el sentido literal de la palabra “creación” (invención). Más bien se puede enmarcar a la actividad realizada por el juez constitucional en relación con los Derechos Nuevos, como una interpretación de los principios y valores de la Constitución y no una invención. “Tal distinción y diferenciación permite establecer un límite a la discreción judicial al momento de decidir sobre un problema jurídico.”²⁴⁵ El Neoconstitucionalismo, en la interpretación producto del juicio de ponderación, reconoce la posibilidad real al juez de desarrollar un conjunto de derechos que antes no se encontraban explícitos en la Constitución, aquellos que la Corte Constitucional de Colombia denominó como “Derechos por Derivación”.

*Invención es la acción o efecto de inventar, hallar o descubrir algo nuevo o desconocido. Con la interpretación el juez parte de una regla conocida y le fija su alcance para poder aplicarla a un caso, (...) puede ocurrir que el juez cree una regla a partir de otra ya conocida.*²⁴⁶

Estos derechos por derivación no pueden llegar a ser considerados como una creación (en sentido de invención) por parte del juez. Es gracias a la labor interpretativa,

245 López Daza, Germán Alfonso. El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?, ob.cit.

246 Idem.

producto de la ponderación de intereses, que el juez en defensa de la Constitución hace referencia a eso que se conoce como el “bloque de constitucionalidad”, que mediante la interpretación del conjunto de normas constitucionales interpreta una serie de derechos conexos que “componen la misma Constitución (y) conforman un conjunto o bloque especial de preceptos que se deben tomar como referencia al momento de juzgar la constitucionalidad de una norma.”²⁴⁷

3. Realismo Jurídico

Como teoría, el Neoconstitucionalismo, y por consiguiente, en su influencia en el sistema jurídico del constitucionalismo, encuentra grandes sustentos del Realismo Jurídico. Ese realismo que surge como respuesta a una necesidad de que la Ciencia del Derecho no sea ajena a aquellos problemas extra jurídicos que, de una u otra forma, afectan el contexto en que se desenvuelven los efectos del Neoconstitucionalismo.

*Esta corriente propugna por un juez pensante y no un simple mecanicista aplicador de la norma; éste debe conocer los antecedentes históricos de la ley y tener en cuenta los intereses conocidos para la resolución de cada caso.*²⁴⁸

Es decir que se debe aceptar y ser conscientes de que el juez no es una máquina que se limita a aplicar el Derecho, y entender que este es un ser humano, con convicciones y pensamientos propios que influyen en su actividad intelectual. “El realismo jurídico es una

247 Idem.

248 Idem.

doctrina filosófica que identifica al Derecho con la eficacia normativa, con la fuerza estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales.”²⁴⁹ (subrayado no es del original)

Señala el Realismo una cuestión obvia, pero que en reiteradas ocasiones es dejada de lado por la sociedad, y es que la interpretación será llevada a cabo por un juez (ni más ni menos que otro ser humano). El cual como ha dicho Haba en su artículo “Del Subjetivismo en la Decisión Judicial” tiene voluntad, sentimientos y hasta pensamientos. Resulta poco convincente creer la aplicación de los preceptos constitucionales tal y como están preestablecidos; sin ningún acto de intelecto de por medio. Sería casi como querer que se volviera una aplicación mecánica, programática, lo cual termina siendo hasta un insulto a la razón. Siendo el ser humano el único ser capaz de generar conocimiento sobre aquello que aprecia, sería algo ilógico creer que es posible la aplicación del Derecho sin un proceso de intelecto de por medio; sin ninguna interpretación previa.

4. Cuestiones políticas no Judiciables y los objetos de estudio del Derecho Constitucional.

Otro punto, que a criterio de los investigadores, brinda el argumento principal que permite decir que el Neoconstitucionalismo, por lo desarrollado en sus postulados, no propicia *per se* un Gobierno de Jueces, está basado en la teoría de las cuestiones políticas no judiciales. Dicha teoría acarrea retomar aquellos elementos fundamentales del Constitucionalismo, como lo son sus objetos de estudio. Teniendo presente que el

249 Evelyn Campos et al. “El realismo jurídico norteamericano: escuela de derecho”, (Tesis de licenciatura, Universidad de Chile, 2013) http://tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1

Neoconstitucionalismo tiene como finalidad la mayor protección y tutela de los derechos fundamentales, y que este encuentra en la ponderación de principios y valores del bloque de Constitucionalidad, el medio ideal para el cumplimiento de dicho fin. Sin olvidar el elemento diferenciador del Neoconstitucionalismo para con otras concepciones clásicas y contemporáneas (como el Garantismo) del Constitucionalismo.

Esta teoría de las cuestiones no judiciales no debe verse separadamente de los otros puntos previamente desarrollados. Más bien se pueden tomar esta teoría y sus criterios como el punto de partida de la relación que se hará del Neoconstitucionalismo con los objetos de estudio del Derecho Constitucional. Las cuestiones políticas no judiciales “atañen a facultades inherentes o privativas de toda competencia; o las que entrañan la interpretación de normas constitucionales referidas a la organización, procedimientos y prerrogativas de los órganos políticos”²⁵⁰ que no es (y no debe ser) revisable judicialmente²⁵¹. Feoli habla del concepto de la judicialización de la política:

La judicialización de la política implica, en resumen, dar a las cortes un determinado papel de control sobre los otros órganos públicos o utilizarlas como arena de combate para la resolución de asuntos que antes se ventilaban en el ámbito del poder legislativo o del poder ejecutivo. (...) Lo novedoso no es que los jueces tengan poder (sino) de que su poder se haya extendido de manera

250 Carlos Bidegain, “Cuadernos del curso de derecho constitucional”; Tomo I; (1986), 105. Citado por Raúl Borello, *Sobre el Gobierno de Jueces*, (Rosario, Argentina, 2014), 13.

251 German Bidart Campos, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”; Tomo II, (1988), 371. Citado por Idem.

*extraordinaria sobre el campo que tradicionalmente pertenecía en
exclusividad a los otros poderes del estado.*²⁵²

Dicho esto, le atañe al juez entrar a conocer, con las prerrogativas y alcances del Neoconstitucionalismo, únicamente aquellas cuestiones relativas a los derechos fundamentales.²⁵³ El Derecho Constitucional se puede bifurcar en dos ámbitos de estudio. El primer ámbito es relativo a los dos primeros objetos del Derecho Constitucional, la estructuración del ordenamiento jurídico y la relación entre las instituciones y poderes del Estado, así como las políticas públicas que emanan de estos; siendo el segundo objeto el relativo al derecho sustantivo de la constitución. Surge la problemática de que al querer diferenciar estas cuestiones del primer ámbito (que se llamarán cuestiones institucionales) de las del segundo ámbito (derechos fundamentales), no siempre puede realizarse de manera clara y plena; pues existen casos en que se superponen dichos ámbitos y generan la necesidad de aclarar si debe o no el juez entrar a conocer el problema que origina el conflicto entre normas constitucionales; teniendo la daga en la espalda de acarrear un gobierno de jueces. Motivo por el cual, el juez constitucional debe realizar un estudio previo mediante el cual logre determinar si existe o no una flagrante vulneración a un derecho fundamental,²⁵⁴ ya que:

*cuando se trata de precisar el contenido de los derechos humanos
fundamentales, adquiere preeminencia el Poder Judicial a cuyos
integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primor-*

252 Feoli Villalobos, ob.cit, 115.

253 Borello, ob.cit, 21 -22.

254 Ibídem, 22 - 23.

*diales de la actividad jurídica de un estado de derecho: garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas frente al Poder del Estado.*²⁵⁵

Este postulado deja al descubierto una crítica presente en toda la ciencia jurídica, ¿quién impone al juez constitucional el límite de sus actuaciones para evitar que este usurpe las prerrogativas de los otros poderes e instituciones del Estado? No queda más que decir que este límite se ve reducido a la cruda realidad de que, además del bloque de constitucionalidad, es su propia labor jurisprudencial y los límites que los Jueces Constitucionales se impongan. Empero, esto se refleja, como ya se ha dicho en todas las teorías de la interpretación y argumentación del Constitucionalismo, que no es un “problema” que aqueja única y exclusivamente al Neoconstitucionalismo, por lo tanto, no se puede asegurar, como lo han hecho varios críticos del Neoconstitucionalismo, que este mismo, por sus fundamentos y postulados, implique un Gobierno de Jueces.

Más allá de los límites que el Tribunal (Constitucional) tiene como cualquier órgano de poder, resulta muy importante que sepa autolimitarse, es decir, el self-restraint, que el activismo judicial²⁵⁶ no sea desbordado, que aplique con prudencia las técnicas de la interpretación constitucional, que jamás pretenda usurpar funciones que la Constitución atribuye a otros órganos, que

255 Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallo 308:2268, (1986). Citado por Santiago Alfonso, ob.cit, 25. 256 N.A.: que si bien deben ejercer las Cortes Constitucionales un activismo que les permita tutelar de manera eficaz los intereses resguardados en el cuerpo Constitucional.

*siempre tenga presente que está interpretando la Constitución, no creando una filosofía o moral constitucionales.*²⁵⁷

5. Un rol del juez y la tutela constitucional, un juez estructural

En el Neoconstitucionalismo, y en estrecha relación con el punto anterior, el rol del juez es caracterizado por un activismo propio de la función que estos realizan. Su rol se ve inmiscuido en una necesidad de tutelar y asegurar la pluralidad y dinamismo de la Constitución Política, reflejo de la sociedad. El activismo judicial, en los términos que fueron expuestos anteriormente, debe de ser parte de la actividad interpretativa del juez. Nuevamente se debe insistir en que este activismo judicial no implica, conlleva o desarrolla, necesariamente, una judicialización de la política y mucho menos un Gobierno de Jueces. Este estudio está de acuerdo en que puede darse el caso de que estas decisiones que tome el juez, en apego a su rol y según los cánones Neoconstitucionales, pueden generar una afectación paralela a otras esferas ajenas a aquello estrictamente jurídico; pero, su finalidad de tutela máxima de los derechos fundamentales, es decir, principios y valores constitucionales, al fin y al cabo son, ni más ni menos, que acuerdos políticos básicos. Empero, la tutela se ha de ver manifestada en una actuación en pro de los Derechos Fundamentales. Estas palabras se ven acogidas por el denominado “juez estructural”. Para el profesor Owen Fiss, según reseña Feoli, las Constituciones Políticas:

(...) establecen una estructura organizativa junto a valores y aspiraciones sociales. Estos valores y aspiraciones están

257 Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, (Lima, 2009), 57.

*redactados de manera general por lo que la definición de sus contenidos se convierte en una tarea en la que deben involucrarse muchas voces (...) los jueces otorgan un significado a los valores públicos (...) el juez dentro de un proceso asume la tarea de impactar a una determinada estructura pública con el objeto de eliminar las amenazas que unas prácticas vigentes representan para los valores superiores recogidos en la constitución, valores cuyo significado el juez contribuye a determinar.*²⁵⁸

No se puede dejar pasar, para relacionar esta cita de Fiss con el pensamiento de Madison, su relación con Zagrebelsky y el Estado Constitucional. El juez, dentro del Neoconstitucionalismo, debe procurar la tutela de los principios acogidos por la Constitución, en especial cuando se está en presencia de un conflicto entre estos pues, de lo contrario, se vería reducido el pluralismo profesado por Zagrebelsky. Hay que admitir, nuevamente, que el juez constitucional debe fungir un rol necesariamente protagónico; lo que no implica, y se niega rotundamente, que esta actividad propicie un Gobierno de Jueces.

Claro ejemplo de esto que se ha venido enunciando son los casos de Berlusconi y de Trump, contra las funciones de los jueces. En primer lugar se encuentra el “caso Ruby” que enfrentó al Estado Italiano en contra del Ex primer ministro de la República de Italia, Silvio Berlusconi. Dicho proceso penal versaba sobre la supuesta incitación a la prostitución de

258 Feoli Villalobos, Ob.cit, 85-86

menores y el supuesto abuso de poder por parte del Ex Primer Ministro²⁵⁹. Supuestos delitos por los cuales, en primera instancia, el Tribunal de Milán lo condenó a siete años²⁶⁰. Sobre dicha condena, Berlusconi aseveró que se le quería eliminar de la vida política, declarando estar verdaderamente convencido de que iba a ser absuelto porque respecto a los hechos no había ninguna posibilidad de condenarle.²⁶¹ Bajo la misma línea argumentativa, la hija del Ex primer ministro, Marina Berlusconi, declaró que la condena a su padre estaba ya escrita desde el inicio del caso y que: “mi padre no podía ser condenado, pero si era posible, el Tribunal ha ido más allá, superando las peticiones de la acusación.”²⁶² La anterior crítica responde a que Berlusconi fue condenado a siete años de prisión y no a seis, como lo solicitaba la Fiscalía de Milán, ya que la interpretación del Tribunal varió al condenar a Berlusconi por el delito de abuso de poder por constricción y no por inducción como figuraba en la acusación.²⁶³ Sentencia que, siendo recurrida por el Ex Primer Ministro, alegando como defensa falta de fundamento en los hechos que se dieron por comprobados,²⁶⁴ fue revocada por el Tribunal de Apelaciones de Milán y confirmada la

259 Para ver más sobre el caso Ruby, el Diario El País realizó un compilado con diversas notas periodísticas sobre el asunto. https://elpais.com/tag/caso_ruby/a consultado el 6 de julio del 2017.

260 Pablo Ordaz, “Siete años de cárcel para Berlusconi por el “caso Ruby””, Diario el País, 25 de junio del 2013, tomado de: https://internacional.elpais.com/internacional/2013/06/24/actualidad/1372059815_882595.html

261 EFE, “Berlusconi denuncia que con el caso Ruby se le quiere eliminar de la política”, Diario El Espectador, 24 de junio del 2013, tomado de: <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/berlusconi-denuncia-el-caso-ruby-se-le-quiere-eliminar-articulo-429739>

262 Idem.

263 Idem.

264 De igual forma la defensa del Ex Primer Ministro alegó que las interceptaciones telefónicas en las que se basó la imputación de abuso de poder, no podían utilizarse en el juicio. EFE, “La Justicia confirma la absolución de Berlusconi en el "caso Ruby", pero insiste en que hubo prostitución”, El Mundo, 16 de octubre del 2014, tomado de: <http://www.elmundo.es/internacional/2014/07/18/53c90346268e3e446b8b4586.html>

sentencia por el Tribunal Supremo Italiano en todos sus extremos.²⁶⁵ Gian Luigi Gatta critica la absolutoria mediante el siguiente texto:

*La vicenda giudiziaria - accompagnata, in Italia e all'estero, da un enorme clamore mediatico (a detrimento dell'immagine del Paese) - è paradigmatica di quanto, a volte, la giustizia penale possa essere avvertita come ingiusta. Ma come, si domanda il cittadino, si accerta un abuso di potere commesso dal Presidente del Consiglio, si accerta altresì che lo stesso ha pagato una minorenne per avere rapporti sessuali, e tutto finisce nel nulla, con un'assoluzione? Ebbene sì. Perché ciò che rileva per il giudizio morale-politico, che orienta (o dovrebbe orientare) le libere scelte del cittadino-elettore, non sempre coincide - come mostra la vicenda in esame - con quel che, in un sistema retto dal principio di legalità, è sufficiente per fondare l'affermazione della responsabilità penale. **La valutazione etica, insomma, non sempre combacia con quella penalistica, almeno da quando si è reciso e reso non imprescindibile il nesso tra diritto e morale. Se ben amministrata, in conformità al canone della soggezione del giudice alla legge, la giustizia penale non risponde agli umori o allo sdegno dei più, per fatti eticamente riprovabili: risponde e deve rispondere solo alla legge, per l'appunto, e ai***

265 Soraya Melguizo, "El Tribunal Supremo italiano absuelve a Berlusconi por el "caso Ruby"", El Mundo, 11 de marzo del 2015, tomado de: <http://www.elmundo.es/internacional/2015/03/11/54ff7a8dca47412e408b457d.html>

*principi che fondano il sistema, a partire da quelli di rango costituzionale. Anche a costo di apparire come ingiusta.*²⁶⁶

Como lo demuestra la cita anterior, se critica la absolutoria que con posterioridad se confirma mediante la resolución del Tribunal Supremo, con especial énfasis en ese “tecnicismo” del desconocimiento de la edad, utilizado para absolverlo del delito de haberle pagado a una menor de edad para tener sexo. Este caso, pese a haber sido desarrollado en la sede penal, es atractivo a esta investigación ya que demuestra la manera en que fue criticada arduamente, por parte de Berlusconi y sus seguidores, la sentencia con la que, en primera instancia, se le condenaba.

Caso aparte, y más reciente, es el protagonizado por Donald Trump con el decreto ejecutivo del 27 de enero del 2017, en el cual suspende la entrada de refugiados y ciudadanos de determinados países musulmanes²⁶⁷. Ante dicho decreto, el Juez Federal James L. Robart,²⁶⁸ de Seattle, suspendió temporalmente la orden de Trump a nivel

266 “El caso (Ruby) es paradigmático de lo que, a veces, la justicia criminal puede ser percibida como injusta. Pero, ¿cómo, se pregunta el ciudadano, asegura un abuso de poder cometido por el Presidente del Consejo también se asegurará de que el mismo que pagó una menor de edad a tener relaciones sexuales, y todo termina en nada, con una absolución? Sí. Porque lo que es importante para el juicio político-moral, que dirige (o deberían influir en) la libre elección del ciudadano-elector, no siempre coinciden - como se muestra en el caso de que se trate - con lo que, en un sistema que lleva el estado de derecho, es suficiente para apoyar la afirmación de la responsabilidad penal. En la evaluación ética, en definitiva, no siempre encaja con la ley penal, al menos cuando se corta y vuelve no esencial el vínculo entre el derecho y la moral. Si bien administrado, de acuerdo con el canon de sometimiento a los tribunales de justicia, justicia criminal no responde al estado de ánimo o el resentimiento de la mayoría, de los actos éticamente reprobables respuestas y debe responder únicamente a la ley, precisamente, y los principios sistema basado, empezando por los que el estado constitucional. Aun a riesgo de aparecer como injusto.” Gian Luigi Gatta, La sentenza della Cassazione sul caso Berlusconi-Ruby: tra morale e diritto, Diritto Penale Contemporaneo (2015), tomado de: <http://www.penalecontemporaneo.it/d/3972-la-sentenza-della-cassazione-sul-caso-berlusconi-ruby-tra-morale-e-diritto>.

267 BBC Mundo, “Donald Trump firma una orden ejecutiva que suspende la entrada a EE.UU. de refugiados y de los ciudadanos de ciertos países musulmanes”, British Broadcasting Corporation, 28 de enero del 2017, tomado de: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38776156#orb-footer>

268 Ainhoa Murga, “Quién es el juez que desafía el veto migratorio de Trump”, El Español, 5 de febrero del 2017, tomado de: http://www.elespanol.com/mundo/america/eeuu/20170204/191231434_0.html

nacional, argumentando que “la labor de los jueces es asegurar que las acciones tomadas por el gobierno "se ajustan a las leyes de nuestro país".²⁶⁹ Robart señalaba que el gobierno no ofreció prueba alguna en que se acreditara un peligro a la seguridad nacional que ameritara la entrada en vigencia de un decreto que, claramente, ponía en cuestión la protección de derechos y principios constitucionales.

La suspensión del decreto de veto migratorio fue ratificada por parte del noveno Tribunal Federal de Apelaciones,²⁷⁰ y el Presidente de los Estados Unidos inició una serie de ataques mediante críticas, aduciendo que podría elevar el asunto hasta la Corte Suprema de Justicia.²⁷¹ Lo relevante de este caso se evidencia en el conflicto de intereses generado por el Presidente Trump, quien aseguraba que se estaba en un inminente riesgo de seguridad nacional ante las decisiones tomadas por los jueces. Estos jueces, de dos instancias distintas, ponderaron la situación y concluyeron que el decreto en sí iba en contra de la libre circulación y promovía la discriminación contra los migrantes, una sociedad que se considera vulnerable.

En fin, una vez ilustrado cómo se dan las críticas al rol del juez, se debe recalcar que la función del juez está perpetua y constantemente en la lupa de la sociedad, por lo que es común que se les critique por sobrepasarse en sus funciones,²⁷² inclusive hasta ha llegado a

269 Editorial: “Corte escucha argumentos en la feroz batalla por el veto migratorio de Donald Trump”, Periódico La Nación. 07 de febrero del 2017. Tomado de: http://www.nacion.com/mundo/norteamerica/Corte-argumentos-veto-migratorio-Donald-Trump_0_1614438571.html.

270 Para ampliar más sobre los alegatos de cada parte ver: <http://www.elfinanciero.com.mx/mundo/decreto-migratorio-de-trump-un-rompecabezas-juridico.html>

271 Editorial: “Veto migratorio: Trump pide a la Corte Suprema de Estados Unidos que reinstale la prohibición de viajar a las personas de 6 países mayoritariamente musulmanes”, British Broadcasting Channel, 2 de junio del 2017, tomado de: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40128804>

272 N.A.: Tal y como lo hizo Berlusconi y sus adeptos y defensores en el caso anteriormente citado.

decirse que son los juzgadores los que están gobernando, es decir, que se está cayendo en un Gobierno de Jueces. Resultando esto un claro ejemplo de que el Neoconstitucionalismo tampoco podría escapar a esta crítica sobre el Gobierno de los Jueces, tan común para cualquier jurisdicción, modelo interpretativo y paradigma constitucional.

Conclusiones

Se ha llegado a la conclusión de que el Neoconstitucionalismo viene a ser un concepto que no cuenta con una intersubjetividad plena, tanto por parte de sus cultores como de sus críticos. El Estado Constitucional y el Neoconstitucionalismo, cuentan con una relación de dependencia innegable, así como la que ostenta en la teoría del Estado y del Derecho Constitucional el Estado de Derecho y el Constitucionalismo.

Partiendo del dualismo esbozado por el Constitucionalismo contemporáneo de Ferrajoli, se ha acogido la idea que el concepto de Constitucionalismo se divide en un Constitucionalismo jurídico y un Constitucionalismo político. Es en el primero en el que se hará referencia al Neoconstitucionalismo como sistema jurídico y como teoría del derecho, que impulsa un cambio en el paradigma Constitucional, mismo que tiene su origen en dar una solución a la positivización desmedida o creación desmesurada de normas, propiciadas por el positivismo y el Garantismo.

Como solución a esta llamada pulverización del Derecho, el Neoconstitucionalismo como teoría del Derecho explica y defiende la coexistencia, convivencia y relación entre de las normas (deontológicas y axiológicas) más allá de un fundamento del deber ser y el ser, tanto interno como externo del Derecho en pro de los derechos fundamentales que tienen por finalidad acaparar la pluralidad de intereses y la necesidad de una ciencia jurídica que dé respuesta a cada uno de los conflictos entre normas y, en específico, entre aquellas del mismo nivel constitucional. Así, a la luz de esta teoría, es un sistema jurídico del Constitucionalismo (modelo institucional del Derecho) basado en una superación al positivismo, que influye en el modelo institucional del Estado Constitucional. Lo anterior,

al propugnar un rol interpretativo del juez hacia la Constitución con mayor preponderancia de este sobre el legislador, amparado en una necesidad social de tutela efectiva de las normas Constitucionales sustantivas y repercutiendo en la forma en que se pone en práctica el Constitucionalismo (político), actuando la Constitución y ejerciendo un verdadero límite al poder.

El Neoconstitucionalismo encuentra sus pilares en primera instancia en los fundamentos de Madison y Zagrebelsky. El fundacionalismo constitucional y sus bases de la buena convivencia de los principios, la materialización del pluralismo a través de un conglomerado de intereses sociales y esa necesidad de superación del positivismo, que impide un desarrollo eficaz de los principios e intereses constitucionales. El Estado Constitucional desarrollado por Zagrebelsky a través del pluralismo de principios y su convivencia, aunado a la ductilidad necesaria para desarrollar cabalmente los postulados, resultan indispensables. La ductilidad y pluralidad de principios y su convivencia, lejos de ser considerados como problemas y elementos de discordia con los cánones del derecho, promueven una superación que genera un cambio en el paradigma constitucional. Estos puntos son las bases primigenias del Neoconstitucionalismo.

De igual forma, es de suma importancia destacar el desarrollo brindado por Dworkin con su teoría primigenia y Alexy con su teoría de la única respuesta en relación al rol interpretativo del juez, que nos conduce al cambio del paradigma constitucional, permitiendo brindar un margen coherente a la disputa de “principios vs. reglas”, en pro de la defensa efectiva de los derechos fundamentales y su relación con la creación de Derechos Nuevos mediante el reconocimiento de estos para cada caso en específico.

El cambio de paradigma impulsado a través de todo este desarrollo teórico, se ve reflejado en dos puntos esenciales: primero, la superación del positivismo mediante la aceptación de la existencia de conflictos a lo interno del “deber ser” interno del Derecho. Segundo, por ese rol protagónico que adquiere el juez constitucional, tanto en el establecimiento de limitaciones al poder mediante la tutela efectiva de las normas constitucionales sustantivas, como en la creación de nuevos derechos. Este rol del juez se genera a la luz de la ponderación de intereses desarrollada por las teorías de Dworkin y Alexy; sistema de ponderación que se vuelve de importancia, no solo al brindar solución a los casos en que existen posibles antinomias entre principios constitucionales, sino también porque brinda solución a los casos de lagunas normativas, problemática que no ha logrado solventar el Garantismo.

La ponderación de intereses y la búsqueda de una jerarquía móvil que garantice el cumplimiento de los pilares esenciales del Neoconstitucionalismo, se expresa a través de la función interpretativa que tiene el juez, en la cual es necesario separarse de ese “legicentrismo” y se acoge a la Constitución que, además de norma suprema, adquiere la función de proteger ese conglomerado de intereses subsistentes en la sociedad, buscando generar una cristalización mayor de los principios constitucionales y una eficacia ágil y directa en el marco de una democratización del Estado Constitucional.

La materialización de la teoría Neoconstitucional tiene su sentido en la ponderación que se realice entre los principios propios del seno mismo de la Constitución, y que el juez, en su rol interpretativo, se valga de argumentos con un sustento que no implique que se limite únicamente a lo dicho expresamente por la Constitución. Es esta función interpretativa la que adquiere bajo la teoría Neoconstitucionalista una connotación

importantísima y que, a su vez, le ha generado numerosos detractores al Neoconstitucionalismo cuando se relaciona con aquellos derechos producto de la interpretación, los ya expuestos “Derechos Nuevos”. Como se citó sobre lo expuesto por la Corte Constitucional de Colombia, en ocasiones:

“la existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, como de una interpretación sistemática y teleológica a partir de las cuales se mire el ordenamiento en su conjunto, o la norma de acuerdo con su consagración implícita.”²⁷³(sic)

Esta función que adquieren los jueces a la luz de la teoría Neoconstitucionalista, les ha ocasionado la crítica de ser categorizados como neo naturalistas, subjetivistas, moralistas y hasta precursores de un Gobierno de Jueces. Críticas que, en su mayoría, por no decir que todas, son producto de una débil definición de Neoconstitucionalismo. Los propios adjetivos que se le dan al Neoconstitucionalismo, como el activismo judicial, judicialización de la política y Gobierno de Jueces, son comúnmente desarrollados de manera imprecisa. En definitiva, el rol del juez debe verse inmerso en un activismo judicial (según los términos expuestos en este trabajo). Sin embargo, esto no implica que se ha de caer en un Gobierno de Jueces.

El Neoconstitucionalismo por sí mismo, es decir, por sus cánones, mediante la formulación teórica aquí empleada y las expectativas que le son brindadas a los jueces

²⁷³ Corte Constitucional de Colombia, ob.cit.

constitucionales, no favorece un Gobierno de Jueces ya que, lejos de promoverlo, el Neoconstitucionalismo mediante ese rol asignado al juez constitucional para lograr el objetivo de ductilidad del Derecho en el Estado Constitucional, busca asegurar una Constitución que, en todo momento, tenga como centro de sus postulados el conjunto de intereses reflejados en la pluralidad de intereses.

También, es imperante aclarar que la actividad realizada por el juez constitucional, en relación con los Derechos Nuevos, consiste en una interpretación de los principios y valores de la Constitución, y no en una invención de Derechos Nuevos como muchos detractores de esta teoría le han, erróneamente, señalado. La resistencia constitucional, la discrecionalidad propia del Neoconstitucionalismo, el desarrollo de una teoría Realista del Derecho, y los límites impuestos, tanto externos como internos, son elementos que guían la función del juez Constitucional.

Este Gobierno de Jueces puede decirse que es una daga presente en todo momento en la actividad jurisdiccional, dígase por ejemplo en el Garantismo o en el Neoconstitucionalismo, indiferentemente. Pero la función de tutela máxima de los derechos consagrados por todo el Cuerpo Constitucional, no se puede minimizar, ni verse reducido ante ese “temor” de que el juez adquiriera un activismo.

Es este el fin esencial del Neoconstitucionalismo, un sistema jurídico y una teoría del Derecho, que genera un cambio en la forma en que se concibe el Derecho Constitucional, es decir, un cambio en el paradigma Constitucional.

Bibliografía

- Aguiló, Joseph. 2004. *La Constitución del Estado Constitucional*. Bogotá-Lima: Palestra-Temis.
- Aldunate Lizana, Eduardo. 2010. “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”. *Revista de Derecho* XXIII, 1, (julio).
- Alfonso, Santiago. 2008. *Neoconstitucionalismo* (Sesión privada del Instituto de Política Constitucional). Argentina.
<http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (consultado el 9 de junio de 2017).
- Alterio, Ana Micaela. 2015. *Una Crítica Democrática al Neoconstitucionalismo y a sus Implicancias Políticas e Institucionales*. Tesis Doctoral en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid.
- Andalúz, Horacio. 2008. “El Control de Constitucionalidad desde la Teoría del Derecho”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31. Chile.
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200011
(consultado el 6 de mayo de 2017)
- Aragón, Manuel. 1941. *La constitución como paradigma*. México: UNAM.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/130/3.pdf> (consultado el 5 de mayo de 2017).

Arango, Rodolfo. 2004. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Asamblea Nacional Constituyente Francesa. 1789. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Francia.

Berman, Harold. 1983. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press.

Bidegain, Carlos. 1986. *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, Tomo I. Universidad de Buenos Aires: Argentina.

Borello, Raúl. 2014. *Sobre el Gobierno de Jueces*. Rosario, Argentina.

Campos, Evelyn, et al. 2013. “El realismo jurídico norteamericano: escuela de derecho”. Tesis de Licenciatura, Universidad de Chile.
http://tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1

Caramelo Díaz, Gustavo. 2015. “Activismo judicial y derechos sociales”. *Revista Pensar en Derecho* 4-6, (Agosto, 2015).

Carbonell, Miguel. 2007. “El neoconstitucionalismo en su laberinto”. En *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta.

Carbonell, Miguel. 2008. *Democracia y garantismo de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta.

Carbonell, Miguel. s.f. *¿Qué es Garantismo?*

http://www.miguelcarbonell.com/docencia/sobre_Ferrajoli.shtml (consultado el 10 de mayo de 2017)

Carpizo, Jorge. 2009. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima, Perú.

Cienfuegos Salgado, David y Luis Gerardo Rodríguez Lozano, comp. 2008. *Estado, Derecho y Democracia en el momento actual*. Monterrey, Nuevo León: Editorial FEJ.

Comanducci, Paolo. 2011. “Constitucionalismo: problemas de definición y tipología”. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34. Universidad de Génova.

Constitución Política de los Estados Unidos de América. Constitution Society.

<http://www.constitution.org/cons/constitu.htm> (consultada el XX de XX de XXX)

Correas, Óscar. 2004. “Retórica, Racionalidad y Derecho”. *Reforma judicial: Revista Mexicana de Justicia* 4, (julio-diciembre 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-406/92, (Colombia, 1992).

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm> (consultado el 10 de mayo de 2017).

Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallo 308:2268. 1986.

Cruz Villalón, Pedro. 1987. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: España.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2011866.pdf> (consultado el 6 de mayo de 2017).

Díaz, Elías. 1998. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Editorial Taurus.

Dworkin, Ronald. 2002. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho.

Editorial BBC: “Veto migratorio: Trump pide a la Corte Suprema de Estados Unidos que reinstale la prohibición de viajar a las personas de seis países mayoritariamente musulmanes”, *British Broadcasting Channel*, 2 de junio del 2017.
<http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40128804>

Editorial: “Corte escucha argumentos en la feroz batalla por el veto migratorio de Donald Trump”, *Periódico La Nación*. 07 de febrero del 2017. Costa Rica.
http://www.nacion.com/mundo/norteamerica/Corte-argumentos-veto-migratorio-Donald-Trump_0_1614438571.html.

EFE. 2013. “Berlusconi denuncia que con el caso Ruby se le quiere eliminar de la política”. *Diario El Espectador*, 24 de junio de 2013.
<http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/berlusconi-denuncia-el-caso-ruby-se-le-quiere-eliminar-articulo-429739>

EFE. 2014. “La Justicia confirma la absolución de Berlusconi en el "caso Ruby", pero insiste en que hubo prostitución”. *El Mundo*, 16 de octubre del 2014.
<http://www.elmundo.es/internacional/2014/07/18/53c90346268e3e446b8b4586.html>

Encinar, José Juan. 1996. “Rechtsstaatlichkeit in Spanien”. En *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, eds. Rainer Hofmannl et al. Alemania: C.F. Müller.

Feoli Villalobos, Marco. 2012. “Activismo judicial y justicia constitucional: los casos de Colombia y Costa Rica”. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, España.

Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, Luigi. 2005. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, Luigi. 2006. *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. Trad. Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. México.

Ferrajoli, Luigi. 2007. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, Luigi. 2011. “Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”. *Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34.

Ferrer, Eduardo et al. 2014. *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, tomo I. México: UNAM.

Fix-Zamudio, Héctor. s.f. *Tres instituciones francesas revolucionaras y el Derecho Constitucional Mexicano*.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/410/6.pdf> (consultado el 7 de mayo de 2017)

Friedrich, Carl. s.f. “Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America, Boston”. Citado en Aragón, Manuel. 1941. *La constitución como paradigma*. México: UNAM.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/130/3.pdf> (consultado el 5 de mayo de 2017)

García Cuadrado, Antonio. 2010. *Derecho, Estado y Constitución*. España: Editorial Club Universitario. <http://www.editorial-club-universitario.es/libro.asp?ref=4560>

García de Enterría, Eduardo. 1994. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.

García Pelayo, Manuel. 1984. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: España.

García, José Francisco y Sergio Verdugo. 2013. *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?* Santiago de Chile: Ediciones Libertad y Desarrollo.

Gassiot, Oliver. 2014. *Curso Derecho Constitucional*. Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

Gatta, Gian Luigi. 2015. *La sentenza della Cassazione sul caso Berlusconi-Ruby: tra morale e diritto, Diritto Penale Contemporaneo*. <http://www.penalecontemporaneo.it/d/3972-la-sentenza-della-cassazione-sul-caso-berlusconi-ruby-tra-morale-e-diritto>.

Gaviria, Julián. 2013. “El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica de Luis Prieto Sanchís”, *Revista de Cultura de la Legalidad* 5, septiembre 2013 – febrero 2014: 305-309

Grothe, Rainer. 2002. “Rule of Law, Rechtsstaat y Etat de Droit”. *Revista Pensamiento Constitucional* 8: 127-176.

Hamilton, Alexander; Madison, James y John Jay. 2001. *El Federalista*. Trad. Gustavo Velazco. México.

Haro Reyes, Dante. s.f. “Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia” *Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2897/7.pdf> (consultado el 18 de abril de 2017)

Haro Reyes, Dante. s.f. “Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia”. *Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2897/7.pdf> (consultado el 18 de abril de 2017)

Hayek, Friedrich. 2005. *The Road to Serfdom*. Londres: Institute of Economic Affairs.

Highton, Elena. s.f. *Sistema concentrado y difuso de control de constitucionalidad*.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/10.pdf> (consultado el 7 de mayo de 2017)

López Daza, German Alfonso. 2005. *La justicia constitucional ¿un gobierno de los jueces?* Colombia: Editorial Universidad Surcolombiana.

López Daza, Germán Alfonso. 2011. “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?” *Cuestiones Constitucionales* 24, junio 2011. México.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S14051932011000100005&lng=es&nrm=iso (consultado el 11 junio 2017)

- Maraniello Patricio, Alejandro. 2012. “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”. *Revista Pensar en Derecho* 1. Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf> (consultado el 3 de julio de 2017)
- Marquez, Sergio. 2008. “Estado de derecho en México”. *Estado, Derecho y Democracia en el momento actual*. Comp. David Cienfuegos Salgado y Luis Gerardo Rodríguez Lozano. Monterrey, Nuevo León: Editorial FEJ.
- Mateos, José. 2012. “Fundamentos filosóficos del surgimiento y la evolución del fenómeno constitucional” *Revista Internacional de Filosofía* 57. <http://revistas.um.es/daimon/article/viewFile/143241/142601>
- Melguizo, Soraya. 2015. “El Tribunal Supremo italiano absuelve a Berlusconi por el “caso Ruby””, *El Mundo*, 11 de marzo de 2015. <http://www.elmundo.es/internacional/2015/03/11/54ff7a8dca47412e408b457d.html>
- Miranda, Haideer. 2017. *Nuevos Derechos en la jurisprudencia constitucional*. Costa Rica.
- Moreno, Rodolfo. 2007. “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos Generales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XL, N.120, septiembre a diciembre 2007.

Murga, Ainhoa. 2017. “Quién es el juez que desafía el veto migratorio de Trump”, *Diario El Español*, 5 de febrero del 2017.
http://www.elespanol.com/mundo/america/eeuu/20170204/191231434_0.html

Ordaz, Pablo. 2013. “Siete años de cárcel para Berlusconi por el “caso Ruby”. *Diario el País*, 25 de junio del 2013.
https://internacional.elpais.com/internacional/2013/06/24/actualidad/1372059815_882595.html

Peczenik, Aleksander. 1990. “Dimensiones morales del derecho”. *DOXA, Filosofía del Derecho* 8. <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/dimensiones-morales-del-derecho-0/>

Peña Freire, Antonio Manuel. 2007. “Constitucionalismo y Garantismo: Una relación difícil”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Revista de Filosofía Jurídica y Política* 41. <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/871>

Pietro Sanchís, Luis. 2007. “El Constitucionalismo de los derechos”. Comp. Miguel Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta.

Pietro Sanchís, Luis. 2008. “Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional”. *Cuadernos de Filosofía del Derecho* 31.

Pietro Sanchís, Luis. 2013. *El Constitucionalismo de los derechos: ensayos de Filosofía Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.

Prieto Sanchís, Luis. 2001. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. *Anuario de la Facultad de Derecho UAM*. Madrid. España.

Quesada Alpizar, Tomás. 2008. *¿Gobierno por los Jueces? Interpretación de la teoría democrática liberal por parte de la jurisdicción constitucional en Costa Rica*. Tesis de Grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica.

Real Academia Española. 2014. *Diccionarios 23 Edic.* Madrid: Espasa Calpe.
www.rae.es/publicaciones/obras-académicas/diccionarios-de-la-real-academia-española (consultado el 25 de abril de 2014)

Redacción BBC Mundo. 2017. “Donald Trump firma una orden ejecutiva que suspende la entrada a EE.UU. de refugiados y de los ciudadanos de ciertos países musulmanes”, British Broadcasting Corporation, 28 de enero del 2017.
<http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38776156#orb-footer>

Robert, Alexy. 2014. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Romero, Juan Manuel. 2015. *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México.

Romero, Juan Manuel. 2015. *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista, Bases para la toma de decisiones judiciales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3966/10.pdf> (consultado el 10 de mayo de 2017).

Rousseau, Juan Jacobo. 2010. *El contrato social*. Trad. Enrique López Castellón. Madrid: Edimat.

Ruiz, Alfonso. 2004. "Constitucionalismo y democracia", *ISONOMÍA* 21.
<http://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucionalismo-y-democracia-0/>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 2003-04654. 2003.

http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=242094&strTipM=T&strDirSel=directo (consultado el 10 de mayo de 2017).

Sala Constitucional de la República de Costa Rica, voto 2001-09384. 2001.

Salas Porras, Ricardo. 2016. "Un intento de aproximación al neoconstitucionalismo", *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 25.

Tamayo y Salmoran, Rolando. s.f. *El concepto de constitución*.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/399/7.pdf>, 142 (consultado el 23 de abril del 2017)

Thompson, José. 2002. *Participación Democracia y Derechos Humanos*.
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08068-2.pdf> (consultado el 30 de abril de 2017)

Torres, Luis Fernando. 2013. "El Activismo Judicial en la era Neoconstitucional". *Revista Iuris Dictio* 15, enero a junio 2013.

http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdictio_015_004.pdf (consultado el 3 de junio de 2017)

Tribunal Constitucional Español, Sentencia del 320/1994. 1994.

Tribunal Constitucional Peruano, voto STC 5854-2005-AA. 2004.

Ventura Rodríguez, Manuel. 2004. “Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo”. Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid.

Viciano Pastro, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén. 2013. “La Constitución Democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”. *Debates Constitucionales en nuestra América* 48.

Villar Borda, Luis. 2007, “Estado de Derecho y Estado Social de Derecho” *Revista Derecho del Estado*, 20. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3400539> (consultado el 18 de abril de 2017)

Villar Borda, Luis. 2007. “Estado de Derecho y Estado Social de Derecho” *Revista Derecho del Estado*, 20: 73-96. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3400539> (consultado el 18 de abril de 2017)

Zabala Egas, Jorge. 2010. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil, Ecuador: Edilex.

http://biblioteca.unach.edu.ec/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=7921

(consultado el 1 de mayo de 2017)

Zagrebelsky, Gustavo. 1995. *Derecho Dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.