

LA APLICACIÓN DEL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

The application of neocostitutionalism as an instrument of protection and guarantee of fundamental rights in constitutional interpretation

Carlos Marcelo Orive González¹

Resumen

El neoconstitucionalismo es una nueva teoría del derecho, surgida después de la segunda guerra mundial, como una respuesta a la necesidad de volver a plantear la forma en que se debe aplicar el derecho. Dicha teoría busca establecer nuevas modalidades de posicionar y entender el constitucionalismo clásico.

El primer problema que se plantea al adentrarse en el estudio de esta nueva teoría radica en que es casi imposible encontrar una definición sobre su contenido. Existe una gran cantidad de exponentes y autores que aportan sus posturas al tema, pero aún falta que se pongan de acuerdo en lograr definirla. Sorprendentemente, y a pesar de no haber unanimidad sobre su definición sí existe un consenso en cuanto a las principales características: a. más principios que reglas; b. preeminencia de la ponderación sobre la subsunción; c. presencia de la constitución en el derecho; d. omnipotencia judicial y aplicabilidad de valores en lugar de homogeneidad ideológica.

Dichas características, al aplicarse en la interpretación del derecho, dan como resultado una clara superación del positivismo jurídico. Esta afirmación conduce a encontrar que el neoconstitucionalismo es una teoría que busca que se puedan garantizar y proteger los derechos fundamentales de la persona. Esto solo se puede lograr al tomar en cuenta la justicia como el valor primordial del derecho, reconocer la conexión que existe entre el derecho y la moral y con ello lograr la exclusión de leyes injustas. Para que esto ocurra los jueces deben asumir un nuevo rol, en el que dejen de ser meros observadores y pasen a ser actores claves en la aplicación del derecho, porque son ellos quienes tienen en sus manos la defensa jurídica de la estructura ontológica de la persona.

Palabras clave

Neoconstitucionalismo, principios, interpretación, Constitución, derechos fundamentales, Estado, persona, leyes injustas, justicia, positivismo.

¹ Carlos Marcelo Orive González: Abogado y Notario de la Facultad de Derecho, Universidad del Istmo. Correo electrónico: marcelo.orive@gmail.com

Abstract

Neoconstitutionalism is a new theory of law, emerging after the Second World War, as a response to the need to rethink the way in which the law should be applied. This theory seeks to establish new ways of positioning and understanding classical constitutionalism.

The first problem that arises when entering into the study of this new theory is that it is almost impossible to find a definition of its content. There are many exponents and authors who contribute with their position on this matter, but they have not agreed on its definition. Surprisingly, and in spite of not having unanimity about its definition, there is a consensus regarding the main characteristics: a. more principles than rules; b. pre-eminence of weighting over subsumption; c. presence of the constitution in the law; d. judicial omnipotence and applicability of values instead of ideological homogeneity.

These characteristics, when applied in the interpretation of law, result in clearly overcoming legal positivism. This statement leads to finding that neoconstitutionalism is a theory that attempts to guarantee and protect the fundamental rights of the person. This can only be achieved when justice is considered the primary value of the law, recognizing the connection between law and morality and thereby achieving the exclusion of unfair laws. In order for this to happen, judges must assume a new role in which they stop being mere observers and become key actors in the application of the law, because they are the ones who have in their hands the legal defense of the ontological structure of the person.

Key Words

Neoconstitutionalism, principles, interpretation, Constitution, fundamental rights, State, person, unjust laws, justice, positivism.

Sumario: 1. Introducción 2. La teoría del neoconstitucionalismo y su contenido meta jurídico 3. El pragmatismo jurídico del neoconstitucionalismo. 4. El *telos* del neoconstitucionalismo y su interpretación en materia constitucional

1. Introducción

El presente artículo tiene como objetivo argumentar de manera objetiva y racional por qué el neoconstitucionalismo es el instrumento que garantiza los derechos fundamentales del hombre mediante la interpretación constitucional.

En la actualidad se ha olvidado que la persona es el fundamento de todo el orden social. Y al ser lo más importante que existe en el universo se debe proteger y defender desde su estructura ontológica, porque posee una dignidad intrínseca.

Por ello se debe proteger su dignidad desde el derecho, garantizándole, la protección de aquellos derechos que son inherentes a su condición y que responden a su simple existencia, a los que se les denominan fundamentales. Sin embargo, muchas

veces estos derechos no son respetados, son transgredidos y violentados de distinta forma, éste es el gran problema al cual se busca dar solución a lo largo de este escrito.

Lo que se pretende con este trabajo es argumentar de forma racional, por qué el neoconstitucionalismo, junto con el conjunto de sus características, es la nueva forma que han de adoptar los jueces al momento de interpretar el derecho para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

2. La teoría del neoconstitucionalismo y su contenido meta jurídico

Hablar siempre sobre una nueva teoría ha sido una tarea ardua y compleja en cualquier ciencia. Establecer los parámetros y límites de la misma más aún; pero sobre todo, establecer una definición y características en la que todos los expositores o autores estén de acuerdo es una de las tareas más complicadas.

El derecho no es ajeno a estas complicaciones, no se diga, si se entra en el campo de la constitución en la que se habla de un concepto abierto. Un concepto que hace relación a una toma de postura tanto desde el punto de vista jurídico, como político; en el que la filosofía del derecho necesariamente vuelve una y otra vez a medir sus reflexiones.

Es esto lo que sucede con el neoconstitucionalismo, ya que es una nueva teoría, pero es tan nueva que ninguno de los exponentes sobre el tema se termina de poner de acuerdo y establecer qué es o en qué consiste. Textos, argumentos y opiniones hay muchísimos, pero un consenso general, no existe. Así lo afirma Figueroa Gutarra: “La primera dificultad reside en el carácter gravemente ambiguo y extremadamente vago que presenta el uso de este neologismo: se puede enarbolar el neoconstitucionalismo en sentidos muy distintos y, luego, una vez fijado el sentido, tampoco resultan nada claros los rasgos o elementos que han de concurrir para ostentar legítimamente dicho título”².

Tiene tan variados sentidos y significados que no resulta claro establecer una definición, elementos o características que conceptualicen en qué consiste el neoconstitucionalismo. Es más, es común señalar que consiste en una doctrina de caracteres un tanto difusos, puesto que como lo establece Larrea “...los principales autores que se adscriben a ella, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Santiago Nino y Gustavo Zagrebelsky, presentan notables diferencias en sus planteamientos, y por tanto existe dificultad para decantar los elementos comunes que permitirían identificar esa doctrina”³.

Si los grandes estudiosos del derecho como lo son los autores anteriormente citados no logran ponerse de acuerdo en sus planteamientos, no se puede imaginar la cantidad de ideas que giran en torno a este nuevo concepto. Sin embargo, no todo es oscuro ni negro, aunque así parezca. A pesar de que no hay consenso, el tema del neoconstitucionalismo si ha sido trabajado y estudiado a fondo, aunque sin mucho éxito, como lo establece Leonardo García “...la profusión de investigaciones y estudios, a nivel transnacional y local, sobre los elementos medulares del neoconstitucionalismo no ha

² Figueroa Gutarra, Edwin. La constitucionalidad de las leyes [en línea] <https://edwinfigueroag.wordpress.com/7-la-constitucionalidad-de-las-leyes/> [13 de julio de 2017].

³ Larrea, Ana María. Neoconstitucionalismo: una aproximación crítica, Tesis inédita de doctorado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2011. Pág. 6.

conducido sin embargo a una clarificación particularmente meridiana del concepto ni a una delimitación precisa de los límites de su contenido”⁴.

Desde grandes autores hasta personas con un mínimo de inquietud intelectual se han pronunciado acerca del concepto del neoconstitucionalismo, como lo afirma Leonardo García “...casi cualquier persona cercana a los estudios jurídicos cree tener por lo menos alguna idea o intuición sobre aquello que (al menos) parece significar o implicar el concepto neoconstitucionalismo”⁵.

Es por ello que es preciso que el concepto del neoconstitucionalismo sea en palabras de Ahumada “...un término acuñado para introducir y plantear en el terreno de la filosofía jurídica una discusión a propósito de los desafíos que diversos aspectos del funcionamiento de los sistemas constitucionales actuales lanzan a la teoría del derecho tradicional”⁶.

Se debe empezar una discusión que lleve a plantearse acerca de la profundidad que puede haber dentro del concepto y su consecuente aplicabilidad. No se trata de imponer un concepto, se trata de establecer la repercusión y alcance que éste pueda llegar a tener en el mundo jurídico.

El problema tal y como lo afirma Sanchís es que “hoy no existe una filosofía jurídica neoconstitucionalista, y tampoco es fácil encontrar esferas de discusión mínimamente relevantes en las que no aparezca una posición así calificada, por lo común desempeñando una función crítica frente al positivismo”⁷. Se trata más bien de discusiones sobre el alcance ontológico del concepto, en donde la discusión y argumentación de este término se ha caracterizado por establecer cuál es su razón de ser dentro del ámbito jurídico; y se ha dejado por un lado su aplicabilidad e injerencia dentro del mundo del derecho. Lo cual más que clarificar el concepto ha acarreado grandes interrogantes.

Discutir en el ámbito del derecho y en especial dentro de un ámbito filosófico jurídico siempre ha sido complejo y presenta diversidad de posturas. Es justo el problema que se observa en el neoconstitucionalismo, no es que haya dos posturas opuestas, sino una diversidad de opiniones encontradas y difusas entre sí, tal y como lo que afirma Bernal Pulido “...la carencia de unanimidad en su uso despierta una cierta sospecha y la heterogeneidad en el recurso al concepto es un argumento que desaconseja su uso”⁸.

Podemos hablar de tres modos de enfocar el término neoconstitucionalismo: metodológico, teórico e ideológico.

Así como explica Mauro Barberis, “un problema metodológico: ¿qué autoriza a hablar de diversas tesis sostenidas por autores diferentes bajo varias etiquetas en

⁴ García Jaramillo, Leonardo. “Intento de conceptualización y defensa del neoconstitucionalismo”, Revista Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. No. 4. (2015), 459-482. Pág. 472.

⁵ Loc. Cit.

⁶ Ahumada, María Ángeles. Neoconstitucionalismo y constitucionalismo, en P. Comanducci, M. A. Ahumada y D. González Lagier, Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, Pág. 134.

⁷ Sanchís, Pedro. “¿Neoconstitucionalismos? (un catálogo de problemas y argumentos)”, Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 (2010), 461-506. Pág. 463.

⁸ Cfr. Bernal Pulido, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. cap. 3, segunda parte. UNAM, México, 1993. Pág. 234.

términos de una (nueva) teoría del derecho? después, un problema ideológico: admitiendo después de todo la existencia del neoconstitucionalismo, ¿cómo conviene definirlo y reconstruirlo? Por último, problemas teóricos: ¿el neoconstitucionalismo representa una alternativa teórica plausible al positivismo jurídico?"⁹.

No se puede establecer cuál es la mejor o la correcta, simplemente son formas que buscan conceptualizar de la mejor manera el término neoconstitucionalismo. En el fondo cada una aporta a su manera como lo afirma Comanducci "el neoconstitucionalismo no se presenta solo como una ideología, y una correlativa metodología, sino también como una teoría concurrente"¹⁰.

De ahí que sea importante hablar de las distintas maneras de formular el concepto, tomando como referencia lo que establece Paolo Comanducci¹¹ para cada una de ellas.

Por un lado, se encuentra el neoconstitucionalismo teórico, el cual busca describir los logros de la constitucionalización de los sistemas jurídicos contemporáneos, es decir que "centra su propio análisis en la estructura y en el papel que, en estos sistemas, asume el documento constitucional"¹². Al establecer de esta forma cuál es el papel primordial de la constitución frente al concepto de neoconstitucionalismo.

Por otro lado, se tiene el neoconstitucionalismo ideológico que lo que establece, a diferencia del constitucionalismo, es garantizar los derechos fundamentales dejando en un segundo plano el de la limitación del poder. Esta forma de neoconstitucionalismo "no se circunscribe a describir los cambios que ha sufrido el constitucionalismo, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación"¹³. En definitiva, lo que hace es ubicar en segundo lugar el poder estatal, y le da un primer plano a la garantía de los derechos fundamentales, como una prioridad dentro del ordenamiento jurídico.

Por último, se tiene el neoconstitucionalismo teórico, el cual considera que "...los principios constitucionales, así como los derechos reconocidos, como elementos que conforman el puente entre el derecho y la moral"¹⁴. Un puente imprescindible no solo para crear derecho sino sobre todo para aplicar derecho. La constitución no es solo normas textuales, en ella se recogen principios, pero sobre todo, se exterioriza la moral que tiene una estrecha relación con el derecho.

Cada uno de estos aspectos aporta lo suyo desde su propia perspectiva, siendo complementarios. Ver cada uno de manera separada no muestra el panorama completo de lo que es el neoconstitucionalismo, es ver la parte y no el todo, pero sirven para entender los distintos aspectos de lo que debe comprender esta teoría jurídica. Es querer reducir un concepto tan amplio en una sola forma, ya sea metodológica, ideológica y argumentativa, cuando las tres aportan a su manera, elementos esenciales para su conceptualización.

⁹ Barberis, Mauro. "¿Existe el Neoconstitucionalismo?", Revista Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. No. 4. (2015), 455-478. Pág. 459.

¹⁰ Comanducci, Paolo. "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico". En Isonomia, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 16 (2002), 89-112. Pág. 89

¹¹ Loc. Cit.

¹² Ibíd., Pág. 90.

¹³ Ibíd., Pág. 96.

¹⁴ Ibíd., Pág. 107.

Obviamente como en todo y siguiendo lo que menciona Pozzolo "...las críticas a esta tripartición no han tardado en surgir. Por empezar, porque resulta un tanto forzada al presuponer en el neoconstitucionalismo un grado de desarrollo y articulación que realmente no tiene"¹⁵.

No es que no tenga desarrollo y articulación, porque el neoconstitucionalismo si lo tiene, el problema es que aún no está tan desarrollado. Es necesario reconocer que tanto la concepción metodológica, como la ideológica y como la teórica realizan un aporte excepcional en la búsqueda acertada del verdadero concepto del neoconstitucionalismo.

Por lo que a manera de corolario y según lo expuesto por cada una de las posturas, se puede afirmar que existe una superación del constitucionalismo clásico, al tomar en cuenta el texto constitucional, con especial énfasis en los derechos fundamentales, lo que genera un vínculo entre la moral y el derecho. Dando paso así, a una nueva forma de constitucionalismo.

2.1 Evolución del termino

Lo anteriormente expuesto nos lleva a darnos cuenta de la complejidad que el término tiene dentro del ámbito jurídico y de la dificultad que se tiene para ponerse de acuerdo en su conceptualización. Definir el neoconstitucionalismo es una tarea ardua que presenta muchos retos, pero esto no quiere decir que no se puede conceptualizar. Para ello, es necesario hacer un recorrido histórico de la forma en que surge y ha evolucionado el concepto a lo largo de la historia, como veremos en el siguiente apartado.

Para poder establecer la definición de un concepto lo primero que se tiene que hacer es llegar a su origen. No se puede pretender entender algo si no se sabe de dónde proviene. Es por ello que en este apartado se abordará la historia del origen del neoconstitucionalismo y su evolución hasta nuestros tiempos.

Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, el mundo siente un tiempo de advenimiento a un nuevo modelo de constitucionalismo¹⁶. Esto porque se dieron cuenta que el modelo constitucional con el cual se venía trabajando no era suficiente, y que además ocasionó los estragos que son bien conocidos.

De esta forma surge la etapa denominada constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo. Una etapa en la que se busca dejar atrás los vestigios ocasionados por la Segunda Guerra Mundial. Esta teoría no tiene una fecha concreta de inicio; lo que se sabe es que inicia con la profunda transformación que se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la promulgación de las constituciones surgidas después de la Segunda Guerra Mundial y la tarea que, a partir de ellas, comienzan a desarrollar los tribunales constitucionales en Europa¹⁷.

Estas transformaciones son claramente perceptibles, a partir de la vigencia de las constituciones de la posguerra, en países como Alemania, Italia y Francia y, más tarde en España. Se inicia una nueva fase en el marco del proceso histórico del constitucionalismo

¹⁵ Pozzolo, Susana. "Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di 'Neo-costituzionalismo e positivismo giuridico'", *Diritto & questioni pubbliche*, n.3, 2003 Pág. 58.

¹⁶ Cfr. Grados, Guido Aguila. *Op.cit.* Pág. 1375.

¹⁷ Cfr. Santiago, Alonso. "Neoconstitucionalismo". *Anales de la academia nacional de ciencias morales y políticas*. 2008. 1-26.

europeo que tuvo comienzo a finales del siglo XVIII, en el que este constitucionalismo contemporáneo surge con características propias y diferenciales respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de neoconstitucionalismo¹⁸.

Algunas de estas transformaciones estructurales del sistema jurídico se expanden luego, especialmente a partir de la década de los 90, hacia América Latina y otros países como Sudáfrica, India y Turquía. Sobre todo por la importancia que van adquiriendo dentro de ellos la constitución como norma jurídica y los tribunales constitucionales como órganos que velan por asegurar su supremacía, especialmente mediante la tutela y el desarrollo de los derechos fundamentales por parte de los jueces constitucionales.

Se da un gran paso de transformación muy importante no solo del ordenamiento normativo, sino de todo el sistema jurídico en varios países. Por eso, especialmente para sus partidarios, el neoconstitucionalismo es una corriente europea pero en proceso de expansión global.

Por ello se puede afirmar que el neoconstitucionalismo no deja por un lado el constitucionalismo sino que lo transforma. De ahí que el jurista italiano Guastini señala siete condiciones que permiten hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico:

1. Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales;
2. La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional;
3. La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”
4. La “sobreinterpretación” de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos;
5. La aplicación directa de las normas constitucionales, que también se aplican las relaciones entre particulares;
6. La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores;
7. Influencia de la Constitución en el debate político¹⁹.

Estas condiciones son muy importantes para el neoconstitucionalismo ya que las toma como punto de partida y fundamento para desarrollar su teoría. No se trata solo de establecer unas normas constitucionales de índole social. El neoconstitucionalismo destaca la centralidad que los derechos fundamentales o derechos humanos.

Los derechos fundamentales comienzan a tener una injerencia real en la vida jurídica y política, pasan a ser considerados como valores que impregnan todo el ordenamiento político-jurídico del Estado y extienden, también, su influjo a las relaciones privadas.

De este modo en el neoconstitucionalismo se verifica una omnipresencia constitucional que impregna e invade la totalidad del ordenamiento jurídico. Se reconocen y detallan minuciosamente los derechos constitucionales de las personas y grupos sociales y se consagran las garantías jurídicas que los hacen efectivos.

¹⁸ Santiago, Alonso. Loc. Cit. 13.

¹⁹ Cfr. Guastini, Riccardo, La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano, en Estudios de teoría constitucional, IJ-UNAM, Fontamara, México, 2001. Pág. 356.

El neoconstitucionalismo tiene un carácter marcadamente garantizador y garantista de los derechos constitucionales. No se atiende tanto a la consideración de la constitución como norma que organiza el sistema institucional de un estado, sino, fundamentalmente, su sistema normativo. Que al mismo tiempo sirve como base para crear derecho, dejando por un lado su carácter rígidamente positivista, y da paso a un carácter que tiene una relación estrecha con el ser de la persona humana.

Por eso el rol del neoconstitucionalismo supone una modificación importante de este esquema básico del sistema de fuentes del derecho ya que, por un lado, se incorporan los derechos fundamentales con numerosas disposiciones llamadas a regir en las relaciones intersubjetivas internas y, por el otro, el juez puede aplicar directamente la constitución sin que sea indispensable la mediación legislativa, lo cual tampoco quiere decir que se deje por un lado la ley, sino que más bien busca que se deje de aplicar de una manera automatizada.

Es así como Zagrebelsky afirma que, "...el derecho se transforma en una realidad "dúctil" en manos de los jueces, abandonando así las rigideces legalistas. Se adopta por parte de los jueces una actitud antiformalista, que orientan su actuación en los principios "pro homine" y "favor libertatis"²⁰.

Por tanto, se afirma y sostiene lo que dice Commanducci: "El neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX–, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales"²¹.

2.2 el problema ontológico del neoconstitucionalismo.

Al referirse al problema ontológico del neoconstitucionalismo, debe hacerse énfasis en el problema que representa el término. En opinión de Susana Pozzolo una de las máximas representantes de esta teoría. "El término "neoconstitucionalismo" fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires en el año de 1997"²².

Ya en años anteriores a este congreso, se vislumbraba un cambio en la forma de ver el constitucionalismo, pero nadie se había atrevido a darle un nombre a esta evolución que se ha estado gestando hasta nuestros días.

El hecho de no haberle dado un nombre, no se debía a que hubiera un problema relacionado con el lenguaje, sino que el problema radica en que su concepción ontológica es muy variada y poco delimitada. Varios estudiosos del tema aportan un término conforme a la visión que tienen del derecho y no conforme a la esencia propia de esta nueva teoría. De ahí que podamos afirmar con Pozzolo "...el vocablo fue introducido para

²⁰ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo., Op.cit. Pág. 286.

²¹ Comanducci, Paolo. "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico". En Isonomia, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 16 (2002), 89-112. Pág. 90.

²² Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", Doxa, vol. 21, núm. II, 1998, Págs. 339-353. Pág. 339.

indicar una serie de posiciones teóricas –defendidas por algunos autores representativos de un cierto modo de enfocar el derecho– que estaban delineándose y definiéndose²³.

No es raro que algunas teorías se presentaran como mutuamente conectadas desde diferentes puntos de vista hasta el punto de poder ser reconstruidas unitariamente para dar cuenta de una nueva doctrina del derecho, en la que no existe una definición universal utilizada, sino una reconstrucción del término tomando como base los aportes que se han hecho en torno al tema.

Como afirma Carbonell “...el término neoconstitucionalismo fue acuñado para identificar una doctrina filosófica acerca del derecho, que surgió al observar cómo unas propuestas teóricas, defendidas por algunos influyentes académicos, se unían evidenciando la necesidad de un cambio en la tradicional aproximación positivista al derecho por parte de diferentes sectores de la doctrina”²⁴.

El término neoconstitucionalismo surge como una necesidad de plantear de una manera renovada el derecho. Una forma en la que se supera el constitucionalismo que va de la mano del positivismo. Aunque esto no quiere decir que con esto se logrará una unificación de criterios para establecer su verdadero significado, sino una corriente jurídica que se pudiera aplicar.

Pero a pesar de haber sido pensado en un principio para designar una corriente jurídica, en la actualidad, según Pozzolo²⁵ se le pueden dar dos significados distintos. El primero, como un término que indica un tipo de ordenamiento jurídico en donde el derecho se estructura según una jerarquía que finaliza en la constitución, ubicada en su cúspide. Y el segundo, un significado en el que se hace referencia a la doctrina del derecho en la que los principios constitucionales se tienen que interpretar de acuerdo con su contenido moral o a las doctrinas morales que ellos transmiten.

Estas dos acepciones del término neoconstitucionalismo pueden entenderse como los dos sentidos extremos a los que se acercarían de manera gradual los diferentes usos del término por parte de la doctrina jurídica. Son las formas en las que se ha logrado que el término tenga un gran éxito. Sin embargo, este éxito ha venido acompañado por la pérdida de capacidad connotativa, porque a pesar de ello el significado, sigue siendo difuso para los distintos exponentes de esta teoría.

Lo que consuela es saber que a pesar de esto, sus propuestas teóricas se fueron combinando, al ofrecer la oportunidad de una reconstrucción unitaria que daba cuenta de una nueva doctrina o de una nueva perspectiva hacia el derecho, que se opone explícitamente al positivismo jurídico, al tiempo que pretende apartarse del tradicional iusnaturalismo, sin dejarlo por eso a un lado, se genera, así: el neoconstitucionalismo²⁶.

A continuación se analizarán algunas definiciones de algunos de los exponentes más connotados del neoconstitucionalismo, que abordan puntos en común, pero ninguna es igual a la otra, por las razones apuntadas antes.

²³ Pozzolo, Susanna, “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”, Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, Págs. 363-405. Pág. 363.

²⁴ Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo”, Eunomía, revista en cultura de la legalidad. No. 11, octubre 2016, Págs. 142-151. Pág. 144.

²⁵ *Ibíd.* Pág. 145.

²⁶ *Loc. Cit.*

Para Zagrebelsky el neoconstitucionalismo, "...consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico. Esto constituye un cambio importante respecto a las concepciones del Estado de derecho. Durante mucho tiempo no se advirtió y tales principios fueron relegados al limbo de las proclamaciones meramente políticas, sin incidencia jurídica práctica"²⁷.

Möller lo define como "...el movimiento jurídico de oposición a la lógica del Estado decimonónico, donde imperaba el legalismo, el culto a la ley y la concepción de actividad judicial como actividad mecánica y autómatas de aplicación de la ley"²⁸.

Por su parte Santiago establece que es "...la Constitución, su contenido, sus principios, valores, su función jurídica, política y no la ley formal en su frío deber ser, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica, de la teoría jurídica del neoconstitucionalismo"²⁹.

Sanchís lo define como "...un cierto tipo de Estado de derecho, (...) una teoría del derecho (...) y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada"³⁰.

De igual forma Ferrajoli establece que el neoconstitucionalismo es "...la existencia de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con las normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales"³¹.

Por su parte Bernal afirma que el neoconstitucionalismo establece que "...los derechos de la Constitución son principios, que se aplican judicialmente, mediante su ponderación"³².

Al analizar estas diferentes posturas, se aprecia que no existe una de noción consensuada en la doctrina acerca del "neoconstitucionalismo". Sin embargo, la más aceptada fue la esbozada por el jurista italiano Paolo Comanducci al establecer "...el neoconstitucionalismo es una teoría o ideología que justifica el conjunto de mecanismos normativos e institucionales orientados a reinterpretar la Constitución, limitar los poderes del Estado y proteger los Derechos Fundamentales"³³.

²⁷ Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia, 10a. ed., trad. Gascón, Mariana, Trotta, Madrid, 2011, Pág. 93.

²⁸ Moller, Max. La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos. Universidad de Burgos. Burgos, 2008. Pág. 114.

²⁹ Santiago, Alonso. Op. Cit. Pág. 9.

³⁰ Sanchís, Pedro. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". Publicado en anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001. Pág. 203.

³¹ Ferrajoli, Luigi., Pasado y futuro del estado de derecho, en Carbonell, Miguel (comp.), Neoconstitucionalismo(s), 4a ed., Madrid, Trotta, 2009. Pág. 18.

³² Bernal, Carlos. "El neoconstitucionalismo a debate", en Temas de Derecho Público No. 76, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá, 2006. Pág. 29.

³³ Cfr. Comanducci, Paolo. "Formas de Neoconstitucionalismo: un Análisis Metateórico" Revista Isonomia No. 16. Abril. México, D.F. 2002.

Por tanto podríamos afirmar que esta es la definición que más se acerca a la esencia del neoconstitucionalismo porque responde a su concepción ontológica y a su evolución a lo largo de la historia. De tal forma que de la misma manera se reconoce que estos tres elementos constituyen los ejes básicos de dicho concepto:

- 1) Teoría o ideología;
- 2) Conjunto de mecanismos normativos e institucionales;
- 3) Reinterpretación de la constitución, limitación del poder y protección de derechos fundamentales;

El neoconstitucionalismo no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y fomenta su defensa y ampliación. En particular subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales, pero se da cuenta que eso no es suficiente que además se necesita de los principios, la moral y sobre todo de jueces dispuestos a aplicar los que preceptúa el neoconstitucionalismo.

Por lo tanto y en definitiva, podemos ver que el término neoconstitucionalismo tiene varios significados, grandes juristas, expositores y estudiosos coinciden en algunas características, pero no terminan de unificar criterios y ponerse de acuerdo sobre cuál sería un concepto del neoconstitucionalismo que más o menos fuera aceptado. Esto es comprensible si tomamos en consideración que la constitución es un concepto abierto y ofrece variedad de conceptos, como se ha señalado.

3. El pragmatismo jurídico del neoconstitucionalismo

Como ya se mencionó anteriormente, definir el neoconstitucionalismo puede llegar a ser una tarea ardua y complicada, sin embargo al momento de establecer sus características ningún exponente o estudioso del tema se opone a las mismas. Aunque esto no quiere decir que dentro de las características que definen al neoconstitucionalismo se encuentren distintas posturas y opiniones respecto a los elementos que conforman esta teoría.

Las características del neoconstitucionalismo preceptúan que el control deja de corresponder a un tribunal independiente que es mitad político y mitad judicial y pasa el control a los jueces ordinarios. Porque la constitución deja de ser un ente independiente y empieza a ser un ente que abarca todas las esferas jurídicas posibles. Como lo menciona Larrea, "El Neoconstitucionalismo toma del constitucionalismo americano, la tendencia a limitar durante su vigencia la acción del legislador, sin renunciar a incorporar normas sustantivas sobre los objetivos de la acción política"³⁴. Es decir, que el legislador pasa a un segundo plano y es el juez el que toma el control, creando él mismo derecho sobre unas normas preexistentes.

En consecuencia, estas características buscan rematerializar la constitución, determinando no solo la forma de producir la ley, sino también al predeterminar el contenido de la regulación jurídica. Y, por otro lado, se puede afirmar que, al reconocer a

³⁴ Larrea, Ana María. Op. Cit. Pág. 20.

la constitución, dentro del ordenamiento jurídico como norma suprema, los operadores jurídicos puedan acceder a ella directamente, y no solo a través del legislador.

Por tal motivo, Ferrajoli, señaló que "...el estado constitucional o neoconstitucional, es el modelo en el que la función de garantía del derecho es posible por la complejidad de su estructura formal, que se caracteriza por su doble artificialidad, es decir, ya no solo por el carácter positivo de las normas producidas, sino por su sujeción al derecho, que es el rasgo característico del estado constitucional de derecho, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales, como sustanciales de derecho positivo"³⁵.

Por lo que el neoconstitucionalismo propone unas características que buscan superar el constitucionalismo de tal forma que resultan "repositivadas" por un sistema de reglas que condicionan la formación del derecho mediante los valores éticos políticos, la igualdad, la dignidad de la persona y los derechos fundamentales; en definitiva, su deber ser y no solo su ser son los que se encuentran incorporados al ordenamiento del estado constitucional de derecho.

Por lo tanto, las características del neoconstitucionalismo, son producto de la evolución del concepto y responden a una superación del constitucionalismo. Y es por esta razón, que llegar a un acuerdo sobre las mismas fuera más fácil, porque no se quería volver al constitucionalismo, era el momento de superarlo, con unas características que refutaran de manera contundente el planteamiento que éste proponía. Lo cual no significaba que fuera erróneo, más bien que fuera incompleto.

No se puede crear derecho si la persona no es el eje del ordenamiento jurídico. Las normas son preceptos establecidos en la constitución, pero su contenido no es el derecho, el derecho lo crea el juez con su correcta aplicación y valoración.

Por los motivos anteriormente expuestos es que surgen las características que buscan definir el sentido del neoconstitucionalismo. A lo largo de este apartado se abordarán cada una de ellas, para finalizar señalando el aporte que cada una de dichas características dan en el ámbito jurídico y sobre todo el rol que juega cada una dentro del neoconstitucionalismo.

3.1 Más principios que reglas

³⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi. El Derecho como sistema de Garantías, Derechos y Garantías: La Ley del más Débil, Editorial Trotta, 2009, Madrid. Pág. 128.

Pozzolo menciona que "...con esta formulación me refiero a la expresión de tesis dirigidas a sostener que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios"³⁶.

A lo largo de la historia se ha sabido que el derecho está compuesto por normas y principios. Sin embargo, esto es una auténtica utopía, porque la realidad jurídica es otra. La regla ha optado por tomar un rumbo en el que preceptúa lo que el legislador quiere imponer y no busca corresponder al principio que la motiva.

Esto ha llevado a que el juzgador se limite a imponer la regla y no juzgar mediante principios. Esto ha ocasionado un debate en torno a si prevalece el principio o la regla. El neoconstitucionalismo tiene una postura definida en cuanto a este debate, como se analizará más adelante.

Por su parte Guastini define la regla como "un enunciado condicional que conecta alguna consecuencia jurídica con una clase de hechos. -Si F entonces G-"³⁷.

Y por otro lado establece que "...el principio es toda norma que presenta conjuntamente dos características: (A) por un lado que tenga un carácter fundamental y (B) por el otro, que se encuentre afectada por una peculiar forma de indeterminación"³⁸.

Claro está que la regla es una creación mecánica y poco fundamentada mientras que el principio responde a bases ontológicas porque busca abarcar más campos en el momento de su aplicación. Los principios presentan ese carácter fundamental que los hace indeterminables, lo cual no quiere decir que no sean aplicables. Pues entre más fundamental es el principio, mayor grado de aplicación posee.

En la misma línea Alexy³⁹ en su obra Derechos Fundamentales, establece que la distinción entre reglas y principios representa la base de la teoría de los derechos fundamentales, puesto que sin ella no puede existir una adecuada teoría de los límites de los derechos fundamentales, ni una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos fundamentales; y tampoco una teoría suficiente del rol que cumplen los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

En ese sentido con frecuencia las normas que regulan derechos fundamentales son llamadas principios y de ellos es de donde se extrae. No obstante, existe confusión y polémica, pues se emplea una desconcertante variedad de criterios de distinción. La delimitación de los principios, con respecto a los valores es oscura, y la terminología ambigua.

De ahí que Larrea indique que "...tanto reglas como principios son normas, porque ambas establecen lo que es debido; ambas pueden ser formuladas como mandato,

³⁶ Pozzolo, Susana. "Neconstitucionalismo y especificidad en la interpretación judicial", Revista DOXA 21-II (1998) 339-353. Pág. 340.

³⁷ Guastini, Ricardo. "La interpretación de la Constitución". En J. Fabra Zamora, & E. Spector (eds.), Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, v. 3, 2015. Pág. 2011-2086. Ciudad de México., UNAM. Pág. 2028.

³⁸ *Ibid.*, Pág. 2029.

³⁹ Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág. 63.

permiso o prohibición; por lo cual, la distinción entre reglas y principios es una distinción entre tipos de normas"⁴⁰.

El criterio de distinción más frecuentemente utilizado entre principios y normas es el de la generalidad, según el cual, los principios son normas con un alto grado de generalidad, mientras las reglas son normas con un nivel menor.

No obstante, Alexy⁴¹ incorpora otros criterios de distinción, como son: la forma de su génesis, por ejemplo la distinción entre normas creadas y desarrolladas; la explicitud del contenido valorativo; la referencia "a la idea de derecho" o a un "derecho supremo"; la importancia para el ordenamiento jurídico; y, por último, en cuanto si son fundamento de reglas o reglas en sí mismas.

Ante tales posturas muchas de ellas ambiguas y complicadas, Prieto Sanchís introduce un criterio bastante esclarecedor, según el cual "...los principios son normas que carecen o presentan de un modo fragmentario, el supuesto de hecho o condición de aplicación, como sucede con la igualdad o los derechos fundamentales"⁴².

Con base en estos criterios⁴³, es posible sostener tres tesis distintas sobre la distinción entre reglas y principios:

Primero no es posible diferenciar claramente las reglas de los principios, puesto que los criterios de diferenciación muchas veces se presentan de forma contradictoria en unos y otros;

Segundo la diferenciación es de grado, tesis de la que son partidarios los autores que consideran la generalidad como criterio decisivo; y,

Tercero, la diferencia no es solo gradual sino cualitativa, por cuanto explica la mayoría de los criterios señalados como "típicos de los principios", y es la que considera a los principios como mandato de optimización.

Al analizar los distintos criterios, se aprecia que, el neoconstitucionalismo no es que deseche la regla, al contrario sabe que las reglas son parte importante dentro de su teoría, pero está plenamente convencido que son los principios los que realmente configuran y deben guiar el derecho, y más allá de guiar la forma de aplicarlo por medio de los juzgadores.

Ahora bien, una vez esclarecidas las definiciones y diferencia entre principio y reglas, cabe preguntarse ¿cuál es papel de los principios en el neoconstitucionalismo? Y ¿por qué establece que su uso debe aumentarse sobre el uso de la regla?

La respuesta estriba en que para el neoconstitucionalismo los principios tienen una mayor fuerza porque establecen su carácter fundamental sobre el carácter parcial que proporciona una regla. Ese carácter fundamental de los principios se sostiene por dos

⁴⁰ Larrea, Ana María, O. Cit. Pág. 22.

⁴¹ Cfr. Alexy, Robert. Op.cit. Pág 64.

⁴² Cfr. Sanchís, Pedro. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Artículo Editorial Trotta, Madrid, 2009. Pág. 130.

⁴³ Ibíd. Pág. 130.

razones, en primer lugar, porque dan un fundamento axiológico a otras normas, en segundo lugar, porque estas normas también son entendidas como justas⁴⁴.

Por lo que, el campo de los principios es tan variado que se pueden aplicar en cualquier circunstancia. Pero sobre todo la belleza de los principios radica en que los mismos son fundamentales porque provienen de raíces axiológicas y eso es lo que asegura no solo su carácter fundamental, sino su correcta aplicación en el derecho.

Aunado a lo anterior, es importante señalar que los principios pueden ser expresos o inexpressos. Esta distinción no es meramente doctrinaria sino que en ella reside el *quid* de porqué el neoconstitucionalismo valora más los principios que las reglas.

Como indica Solano "...los principios expresos son aquellos que han sido formulados en una disposición normativa especial de la cual pueden ser extraídos mediante interpretación"⁴⁵. Estos son los más comunes y sencillos de aplicar, porque la misma norma o regla los establece.

En la misma línea Solano establece que, "...los principios inexpressos en cambio son siempre producto de reconstrucción jurídica son no explícitamente formulados en ninguna disposición normativa, pero elaborados por los exégetas o por la doctrina. Éstos emanan de los operadores jurídicos, ya sea de reglas particulares, o de un conjunto de reglas y en ocasiones de la totalidad de un ordenamiento jurídico"⁴⁶. Estos son los más complicados, pero al mismo tiempo son los principios de donde más se puede extraer para aplicar derecho. No son principios dados en la norma, son principios que hay que encontrar en la norma, hay que extraerlos, hay que interpretarlos. Y esa tarea de interpretación solo le corresponde al juzgador.

Lo anterior conduce a concluir esta característica del neoconstitucionalismo al establecer lo que mencionaba Pozzolo en uno de sus escritos, "Respecto al texto constitucional, aunque los principios no sean una peculiaridad absoluta del mismo, sí que es cierto que en él, en general, y en la mayor parte de las constituciones contemporáneas, se encuentran presentes en un número particularmente elevado, expresados en un lenguaje extremadamente vago y con un alto nivel de abstracción, hasta determinar un cambio cualitativo del propio documento"⁴⁷.

Es por esta razón que para el neoconstitucionalismo los jueces deberán servirse en mayor medida de los principios al momento de la interpretación y en la argumentación jurídica. El juez constitucional debe basar sus argumentaciones no en aplicar la regla por la regla, sino en justificaciones basadas en argumentos de justicia, extraídos de los principios que pueden propugnar cada una de las normas.

Lo anterior lo sostiene Susana Pozzolo al establecer que el neoconstitucionalismo "...tiende a sugerir una interpretación de la constitución y la consiguiente argumentación,

⁴⁴ Cfr. Solano, Vicente. "El neoconstitucionalismo. Una definición y una taxonomía latinoamericana" *Ius Humani*. Revista de Derecho Vol. 5 (2016), Págs. 161-172.

⁴⁵ *Ibid.* Pág. 167.

⁴⁶ *Ibid.* Pág. 168.

⁴⁷ Cfr. Pozzolo, Susanna. "Neoconstitucionalismo y especificidad en la interpretación judicial", *Revista DOXA* 21-II (1998) 339-353. Pág. 340.

dirigida a extraer del texto constitucional normas y principios idóneos para regular directamente las controversias”⁴⁸.

Más principios que reglas, no quiere decir que la regla carezca de validez. La postura del neoconstitucionalismo es que, para la correcta aplicación de las reglas, se ha de extraer de cada una de ellas el principio fundamental que cada una contiene y posteriormente será tarea del juez interpretar no sobre el texto formal de la regla sino también el principio que emana de cada regla.

La pregunta lógica que debe surgir es: ¿de qué manera se pueden aplicar dichos principios? La respuesta se comentará en el siguiente apartado.

3.2 Principios de ponderación y subsunción

De las distintas acepciones que presentan tanto el verbo ponderar como el sustantivo ponderación en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a “... la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión, o el equilibrio entre el peso de dos cosas”⁴⁹. En la ponderación efectivamente siempre hay dos razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en definitiva, normas que suministran razones diferentes a la hora de adoptar una decisión.

Por la misma razón, Larrea afirma que “...en el mundo del derecho, el resultado de la ponderación no ha de ser el equilibrio entre intereses contrapuestos, razones o normas en conflicto, sino precisamente el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto”⁵⁰. El buscar equilibrar el derecho ya no dirige a corresponder a dar a cada uno lo que le corresponde, sino a buscar un consenso, lo cual nos lleva desvirtuar el fin último del derecho.

De esta manera, el equilibrio debe existir en el plano abstracto, pues de otro modo no sería necesario ponderar, sino imponer el derecho, en razón o principio del de mayor valor.

Se concuerda con Larrea en que ponderar es buscar la mejor decisión, cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas y del mismo valor. Es un medio para la solución de conflictos de derechos, principios o razones, en los que, el resultado del balance determina la prioridad absoluta de uno de los mandatos⁵¹.

De este modo se afirma que los conflictos o antinomias que se someten a juicio de ponderación se caracterizan por los siguientes motivos:

primero porque concurren mandatos que ordenan observar distintas conductas en la mayor medida posible;

segundo porque dada la naturaleza constitucional de los principios en conflicto, y el propio carácter de estos últimos, la antinomia no puede resolverse mediante la

⁴⁸ Ibíd. Pág. 340.

⁴⁹ Cfr. Larrea, Ana María. Op. Cit. Pág. 29.

⁵⁰ Ibíd. Pág. 30.

⁵¹ Ibíd. Pág. 31.

declaración de invalidez de una de las normas, ni tampoco concibiendo una de ellas como excepción permanente de la otra; y

tercero porque cuando en la práctica se producen estas contradicciones, la solución puede consistir en el triunfo de una de ellas para el caso concreto, sin que pueda pretenderse que en otros casos se aplique la misma solución.

Por otro lado, la subsunción se puede definir como: “Operación lógica en que se establece una dependencia de especie a género o de hecho a ley, o de afirmación individual a afirmación general. En derecho, más estrictamente, es la relación lógica de una situación particular, específica y concreta con la previsión abstracta e hipotética de la ley”⁵².

Para la subsunción no existe la valoración, solo la aplicación. Si el hecho encuadra en la norma, entonces se aplica sin más. La ponderación y la subsunción “...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”⁵³.

Por lo cual vemos que, entre la ponderación y la subsunción, hay una oposición diametral, lo cual no quiere decir que una sea necesaria para la otra, porque para ponderar es necesario el subsumir hasta cierto punto, pero está claro que la subsunción es una simple aplicación mecánica del derecho. La subsunción busca automatizar la forma de crear derecho, no existe un valorar las circunstancias concretas de cada caso, para llegar al fondo del mismo, interpretarlo y extraer lo fundamental del mismo, sino se basa en encuadrar el hecho en una norma legalmente constituida y una vez encuadrada aplicarlo.

El problema que esto ocasiona es una fractura en el derecho puesto que adquiere una función meramente legalista y deja por un lado que lo que protege, el ser humano, y se dedica a encuadrarlo en normas que muchas veces ni siquiera corresponden a su esencia.

Lo que sí es cierto es que antes de ponderar es preciso de alguna manera subsumir, mostrar que el caso individual que se examina forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna, después de ponderar aparece de nuevo la exigencia de subsunción.

Y ello es así porque en palabras de Madrazo, “...la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por tanto, como la premisa normativa de una subsunción”⁵⁴.

Por eso Alexy menciona, “...cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la

⁵² ¿Qué es la subsunción jurídica? [en línea] www.significadolegal.com/2011/06/que-significa-subsuncion.html [19 de febrero de 2018].

⁵³ Cfr. Madrazo, Sergio. El principio de omnipresencia constitucional en la tutela judicial del debido proceso, Tesis inédita de doctorado, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2016. Pág. 106.

⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 106.

satisfacción del otro”⁵⁵. Ponderar es atender los principios del derecho, no los intereses de la norma como tal, busca armonizar y llegar a un equilibrio que busca satisfacer los principios emanados de las normas y a su vez del derecho.

Ahora bien, dentro del neoconstitucionalismo se establece que la línea interpretativa debe ser la ponderación sobre la subsunción. Así lo refiere Pozzolo en uno de sus escritos: “Ponderación versus subsunción. Con esta expresión me refiero al peculiar método interpretativo/aplicativo que requieren los principios. En efecto, ligada a la tesis de los principios se encuentra una peculiar teoría de la interpretación. Los principios no serían interpretables/aplicables según el común método llamado «subsunción», peculiar de las normas”⁵⁶.

Los principios, que como vimos son los que han de regir la interpretación del derecho y la constitución, no pueden ser subsumidos porque sería reducir su naturaleza y esencia a algo que realmente no es. Es por esta razón, que los principios necesitan de un método llamado ponderación o balanceo. Esta técnica interpretativa consta principalmente de tres pasos⁵⁷:

En primer lugar, una operación interpretativa tendiente a localizar los principios aplicables al caso concreto. Se presupone que los principios idóneos para regular el caso concreto son siempre más de uno y que se presentan siempre en una relación de antinomia parcial.

En segundo lugar, los principios son localizados internamente dentro de la norma y de esta forma sopesarlos, y posteriormente ponerlos en relación jerárquica, obviamente de su carácter valorativo; en donde el principio de mayor peso prevalece sobre el principio de menor peso;

Y por último en tercer lugar, la jerarquía axiológica establecida por el intérprete se caracteriza por no estar construida en abstracto, sino en concreto. Es decir que, se construye en relación al caso examinado y tiende, por tanto, a presentarse cambiante en el sentido de que dependerá de las características peculiares de cada caso específico. De este modo, el principio que prevalece en el caso examinado podrá sucesivamente ceder en el juicio de otro caso concreto. La relación axiológica, pues, se da cada vez, para cada caso individual con base a los juicios de valor formulados por el juez individual.

Lo anterior evidencia la necesidad que existe respecto de que el neoconstitucionalismo debe basar toda su interpretación en la ponderación. Subsumir es solo ver la parte y no el todo. Subsumir es dejar en manos del legalismo auténtico el derecho, por su parte, ponderar es llegar al fondo de la norma, escogiendo los principios que se han de aplicar en el caso concreto de la mano de una jerarquización de valores que busca dar ese sentido de justicia al derecho.

Es decir, tal como apunta Madrazo “...una de las características de los derechos y de sus límites es que en la Constitución aparecen indeterminados, en el sentido de que

⁵⁵ Alexy, Robert. Op Cit., Pág. 138.

⁵⁶ Pozzolo, Susana. “Neoconstitucionalismo y especificidad en la interpretación judicial”, Revista DOXA 21-II (1998) 339-353. Pág. 340.

⁵⁷ Cfr. Guastini, Ricardo. Distinguyendo, Giappichelli, Torino, 1996. Pág. 46.

no resultan enumeradas las condiciones o circunstancias en la que uno ha de ceder o triunfar en presencia de otro⁵⁸.

Esta tarea si puede llevarla a cabo el neoconstitucionalismo mediante la ponderación, valorando las circunstancias y jerarquizando los principios que motivaros dichas disposiciones constitucionales contenidas en un texto.

Por tanto, la característica de la ponderación es una de los elementos rectores para configurar y definir el neoconstitucionalismo, que se basa ante todo en principios rectores del Derecho.

3.3 Presencia de la constitución en todas las ramas del derecho

La constitución ya no es sólo el fundamento de autorizaciones y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de derecho, democracia y Estado social, la constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico.

La constitución ha dejado de ser una simple norma suprema reguladora de garantías constitucionales amplísimas, ha dejado de ser una norma constituida bajo un marco legal y formal y ha pasado a ser una norma que regula el derecho, que configura todas las esferas de la persona, que protege y vela porque cada uno de los derechos en ella contenidos se cumplan.

La constitución pasa a estar en todos los ámbitos jurídicos posibles, primero porque regula todo el ordenamiento jurídico y segundo porque ante la falta de disposiciones legales específicas o lagunas legales, la constitución las sule. Por tal motivo y siguiendo la relación del apartado pasado, Sagües indica que "...esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia incita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales"⁵⁹.

Esto es lo que Guastini ha llamado el efecto impregnación o el efecto irradiación del texto constitucional "...de alguna manera, todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos"⁶⁰. La ley se sigue aplicando, pero quien manda es la constitución.

Por eso en el neoconstitucionalismo como dice Zagrebelsky, "...la ley, que en otro tiempo fue la medida de todas las cosas en el campo del Derecho, ha de ceder el paso a la Constitución, convirtiéndose ella misma en objeto de mediación"⁶¹. Es la constitución la que ha de tomar las riendas del derecho y establecer desde la misma el camino que ha de tomar la ley en su aplicación. No es nuevo saber que muchas leyes contraríen la

⁵⁸ Madrazo, Sergio. El principio de omnipresencia constitucional en la tutela judicial del debido proceso, Tesis inédita de doctorado, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2016. Pág. 115.

⁵⁹ Sagües, Nestor., Manual de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007. Pág. 342.

⁶⁰ Guastini, Ricardo. Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Editorial Trotta. IJ UNAM. Madrid. 2010. Pág. 56.

⁶¹ Zagrebelsky, Gustavo. La corte constitucional u la interpretación de la constitución. Editorial Tecnos. Madrid. 1987. Pág. 123.

constitución. Pero tampoco es nuevo el saber que es la constitución la que muchas veces resuelve los conflictos que devienen de las leyes ordinarias.

La constitución es una norma que está presente en todo tipo de conflictos, y no solo en los de naturaleza política o de competencia que se entablan entre los órganos supremos del Estado, el constitucionalismo desemboca en una cierta omnipotencia judicial, en el sentido que "...el juez, antes o al mismo tiempo que se pregunta por la mejor solución legal al caso, ha de hacerlo también por la más adecuada solución constitucional"⁶².

Y es que el neoconstitucionalismo ha adoptado lo anteriormente dicho como una de sus características más notables. Ha establecido que la constitución no se puede dejar por un lado al aplicar el derecho, sino más bien ha de ser el medio para aplicarlo y la razón es porque la constitución encuentra su fundamento en la esencia de la persona, en su estructura ontológica.

Las constituciones de nuestros días asumen la función de modelar el conjunto de la vida social, pero ¿cómo y en qué sentido lo hacen? Aquí se encuentra el nudo del problema como menciona González, la normativa constitucional no busca regular algunas cuestiones constitucionales, porque así lo decidió un grupo de personas que tenían una visión excepcional del derecho⁶³.

Se trata más bien de lo que se ha dado en llamar una regulación principalista donde se recogen derechos y deberes fundamentados en los que al derecho corresponde y tomando como base a la persona. La constitución no es un simple texto que regula todas las esferas del derecho, sino un texto que recoge los principios básicos en los que se ha de fundar un Estado, que a su vez responde a la dignidad propia del ser humano.

Ya lo decía Pozzolo que el neoconstitucionalismo busca una "tesis dirigida a sostener una penetración general del texto constitucional"⁶⁴. Una tesis en la que la penetración del texto constitucional no solo sirva como un marco de referencia sino como una objetiva aplicación real y sustentada de los principios en ella contenida.

De esta forma dentro del neoconstitucionalismo, se puede hablar de una subordinación de la ley que puede parecer obvia desde el momento que se afirma la superioridad del texto constitucional, como lo expresa La Torre "...lo que es peculiar de este modo de ver las cosas es la «materialización» o «sustancialización» de la constitución"⁶⁵ deja por tanto de ser un texto de consulta y pasa a ser más bien, un texto que se puede utilizar y aplicar en el momento de resolver un conflicto y de esta forma crear derecho.

Con el uso de estos términos se quiere indicar que la constitución no tiene por objeto únicamente la distribución y la organización de los poderes del Estado, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas que se

⁶² Cfr. Madrazo, Sergio. Op.cit., Pág. 108.

⁶³ González Álvarez, Roberto. Constitución ley y proceso. Ara Editores, Perú, 2013. Pág. 30.

⁶⁴ Pozzolo, Susana. "Neoconstitucionalismo y especificidad en la interpretación judicial", Revista DOXA 21-II (1998) 339-353. Pág. 341.

⁶⁵ Cfr. La Torre, Massimo., "Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 16, 1993, Págs. 67-93.

denominan subconstitucionales o leyes ordinarias. Esto, no en el sentido kelseniano según el cual "...la constitución constituya una suerte de «marco» en el cual el legislador ordinario lleva a cabo sus decisiones políticas"⁶⁶.

Por tanto, se puede afirmar que el neoconstitucionalismo al establecer que la constitución ha de estar en todas las ramas del derecho, propugna y promueve que sea la persona el eje central de su aplicación y que los principios que protegen deben gobernar el sistema jurídico.

Que la constitución se encuentre en todos los ámbitos legales, no quiere decir que sea solo una guía para la ley o el juzgador sino que tiene que ser el vehículo para impartir justicia, pero una justicia basada en la dignidad de la persona.

Es el juzgador el que ahora tiene en sus manos la posibilidad de darle un rol activo a la constitución en el momento de crear derecho, ya no depende de la ley creada por un legislador, depende de la correcta aplicación de la constitución, pero que más allá de aplicar su literalidad debe aplicar los principios contenidos en el texto constitucional. Es de acá de donde surge la siguiente característica del neoconstitucionalismo, al otorgar el poder judicial a los jueces, en lugar de dejarlo en manos de un legislador, ¿es esto lo correcto?

3.4 Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario

Con esta característica del neoconstitucionalismo se debe de tener mucho cuidado. Ya que la aseveración de omnipotencia judicial sobre la autonomía del legislador ordinario puede llevar a erróneas interpretaciones, al estimar que se puede dar una desestabilización de los poderes del Estado, cuando en realidad esto no es así.

A lo que se hace referencia es a que debe existir una interpretación creativa en materia judicial como lo refiere Pozzolo "...al juez, supuesta la presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto constitucional, se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales"⁶⁷.

Por lo que, esta característica tiene una estrecha relación con lo que se abordó anteriormente, y se refiere a que la constitución debe tener una omnipresencia en todas las ramas del derecho. Ya que, si con anterioridad el juez interpretaba y aplicaba el derecho independientemente de la valoración del caso concreto, ahora el juez debe interpretar el derecho a la luz de las exigencias de justicia ordenadas y llevadas por el caso. De esta forma, la interpretación moral del caso incide, en la interpretación de las palabras del derecho⁶⁸.

El juez ahora toma un papel distinto del que venía desempeñando, ya no es un juez legalista que simplemente subsume. Es un juez que, con base a los principios y a la ponderación, crea derecho. De tal forma que su valoración y función, tiene una mayor presencia en el ámbito jurídico que la que pueda tener un legislador.

⁶⁶ Cfr. Kelsen, Hans. "Sulla teoria dell'interpretazion", en P. Comanducci y R. Guastini (a cura di), L'analisi del ragionamento giuridico. (1934) págs. 107-120, Pág. 108.

⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 342.

⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 341.

Aclaremos que no por esto, el legislador deja de tener una función muy importante dentro del ordenamiento jurídico, sino que hay un desplazamiento natural del legislador en la que conlleva a una elección a favor de la legalidad constitucional y la argumentación judicial respecto de la formulación del modelo de democracia deliberativa, siendo la mejor opción posible en torno a la custodia de la fuerza normativa constitucional⁶⁹. El legislador crea las normas como los presupuestos sobre los cuales el juzgador, se ha de basar para impartir justicia. Pero su función no estriba en crear normas amplias de aplicación dentro del derecho, sino en normas que permitan al juzgador realizar una necesaria y correcta interpretación de las mismas.

Sin embargo, lo antes afirmado parece una contradicción: si el legislador elabora la ley, ¿no es acaso el mismo, a través de la interpretación auténtica, quien determinará los alcances de la ley elaborada? ¿No reviste lógica que el creador de la norma sea el intérprete natural de la misma?⁷⁰

Si bien es cierto, las preguntas son lógicas, también es cierto que cuando la ley ingresa al ordenamiento jurídico deja de ser parte del legislador, por lo que su control deja de ser estático y pasa a tener un control dinámico ya que será determinante establecer si la norma es aplicable o no y si la misma no contradice la constitución.

Este dinamismo se encuentra reservado normativamente a favor del juez constitucional, quien a través de los procesos de tutela de derechos fundamentales y de control normativo, determinará si la norma es constitucional o si por el contrario no, y en consecuencia la norma debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

Antonio Domínguez, al respecto opina “Esto no significa que desde la constitución se impongan límites sustanciales al legislador democrático, sino que en la determinación de los derechos se muta del procedimiento legislativo a la actividad jurisdiccional: en otras palabras, en lugar de ser la mayoría del parlamento la que dispone que derechos nos corresponden, es el tribunal en su voto mayoritario quién titulariza el control de constitucionalidad”⁷¹.

De ahí que Sagüés explica que “...incluso en aquellos países donde el modelo de control de constitucionalidad se encuentra concentrado en una Corte Constitucional, el juez ordinario no deja de tener una dimensión de juez constitucional”⁷².

Por eso para el neoconstitucionalismo los jueces ordinarios también son jueces constitucionales, porque ya no utilizan la constitución como un marco regulatorio, sino que la aplican como una compenetración con el ordenamiento jurídico por el simple hecho de que buscan proteger los derechos fundamentales.

En consecuencia, el neoconstitucionalismo busca, en la medida de lo posible, que a los jueces ordinarios que se denominan mecánicos por el hecho de aplicar la norma al caso concreto, sin utilizar principios, puedan convertirse en palabras de Baquerizo “...en

⁶⁹ Domínguez Antonio., Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, y vta. Ediar, Buenos Aires, 2005. Pág. 89.

⁷⁰ Cfr. Edwin Figueroa Gutara. Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional [en línea] <https://edwinfigueroaag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/> [17 de marzo de 2018].

⁷¹ Cfr. Domínguez Antonio., Op. Cit., Pág. 89.

⁷² Sagüés, Nestor., Del Juez legal al juez constitucional en Estado Constitucional, Editorial Adrus, Lima, 2011, Pág. 25.

jueces constitucionales guiados por principios constitucionales que ayudan a configurar el Derecho, constituyéndose en una pieza clave de su evolución”⁷³.

Dicha afirmación coincide con lo que propone Berizonce, quien demanda que con la existencia de una buena administración de justicia constitucional se guarda estrecha relación con la independencia judicial sumada al conocimiento de los operadores judiciales de técnicas apropiadas de interpretación.

Esto significa que, los jueces ordinarios deben saber cuándo deben desempeñarse como juzgadores constitucionales, debiendo además conocer, en palabras de Sagüés, “...qué debe hacer y cómo puede desempeñarse”⁷⁴.

De ahí que Möller afirme “...la aplicación directa de las normas constitucionales está íntimamente relacionada con la fuerza vinculante de la constitución”⁷⁵.

La fuerza vinculante de la constitución proviene cuando sus normas son directamente aplicadas, y es esto lo que precisamente busca el neoconstitucionalismo, “...el paso que la aplicación directa sería la consecuencia de la aceptación de la fuerza vinculante”⁷⁶.

Y es que, la aplicabilidad directa de las normas constitucionales constituye un paso adelante en relación con el control de constitucionalidad. A partir de este postulado o afirmación, es posible utilizar la norma constitucional no solamente para orientar y limitar el contenido de las leyes, sino también para fundar pretensiones directamente en una norma constitucional.

De esa forma, la aplicabilidad directa consiste en un argumento ideológico del neoconstitucionalismo, el cual propone un cambio de postura por parte de los jueces, como lo establece Möller “...se deben aplicar directamente las normas constitucionales, sacando de ellas todos los efectos jurídicos posibles, los cuales el juzgador considere adecuados”⁷⁷. De esta forma y ante esa nueva postura, muchos de los derechos previstos en una constitución adquieren una nueva dimensión, de ser protegidos y garantizados no solo ya por un texto constitucional, sino por jueces ordinarios.

De ahí que Viera de Andrade, establezca que “...ya no es posible sostener que los derechos fundamentales solamente tengan aplicación en razón de la ley, sino que poseen validez en sí mismos. La ley les puede facilitar la aplicación, pero no es indispensable para ésta”⁷⁸.

⁷³ Baquerizo, Jorge., *Sobre Neoconstitucionalismo, principios y ponderación. Notas desde la teoría y la filosofía del Derecho*, Edilex S. A. editores, Guayaquil, 2011, pág. 189.

⁷⁴ Vintimilla, Jaime., “El Neoconstitucionalismo en la mira”, *Revista Iuris Ictio* Año 13. Vol 15 enero- junio, (2013). Pág. 47.

⁷⁵ Cfr. Möller, Max. *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos*, Tesis inédita de doctorado, Universidad de Burgos, Burgos, 2008. Pág. 125.

⁷⁶ *Ibíd.*, Pág. 126.

⁷⁷ *Ibíd.*, Pág. 126.

⁷⁸ Viera, Jose., *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. Ed. Coimbra: Almedina. 2004. Pág. 206

Y que a su vez Schmitt refuerza diciendo "...la última palabra la pronuncia el juez al dirimir un litigio, no el legislador que crea las normas"⁷⁹.

Lo cual es totalmente aplicable a lo que se ha indicado anteriormente acerca de esta característica del neoconstitucionalismo, la aplicabilidad de la ley no proviene únicamente por su carácter formal sino por su aplicación directa en el ordenamiento jurídico. De esta aplicación, se pueda dar una tutela efectiva de los derechos fundamentales, que es lo que precisamente se busca defender al establecer que ha de existir una omnipresencia del juzgador y no un legislador que no pueda darle ese dinamismo necesario a la aplicación del derecho.

3.5 Aplicabilidad de valores en lugar de homogeneidad ideológica

La aplicabilidad de valores es parte importante del neoconstitucionalismo. Ya no se debe considerar la aplicación de un criterio uniforme al momento de valorar los principios contenidos en la constitución, llevar a cabo esto sería regresar a un constitucionalismo clásico en donde, no solo se niegan los principios, sino que además se niegan los valores, y se establece una homogeneidad a la hora de aplicar el derecho. Esto no quiere decir que se trae de principios de variable contenido, existen principios inmutables que solo varían en su aplicación.

Y es que el neoconstitucionalismo, presume que en la constitución priman los valores y principios, estableciendo además que es un conjunto de los más variados principios, ya no solo se encuentran unos pocos, sino más bien como se indica, son una constelación de principios a través de los cuales se pretende regular o por lo menos considerar cierto tipo de situaciones que se puedan dar.

De esta manera los jueces quienes son los encargados de dirimir las controversias que se lleguen a presentar, cuentan con varios principios y valores para poder realizar un análisis, ponderar y dar solución a un conflicto.

Por esta misma razón, Sanchís establece que "...el neoconstitucionalismo no representa un pacto en torno a unos pocos principios comunes y coherentes entre sí, sino más bien un pacto logrado mediante la incorporación de postulados distintos y tendencialmente contradictorios"⁸⁰.

En efecto, la constelación plural de valores representa un concepto amplísimo que traduce el criterio de apertura del neoconstitucionalismo al albergar soluciones interpretativas frente a colisiones de principios cuya solución resulta compleja⁸¹.

En el neoconstitucionalismo la esencia de su fuerza argumentativa la toma de los principios contenidos en la constitución, y como se aprecia en los apartados anteriores, busca ponderar esos principios contenidos en cada una de los derechos que se defienden. Sin embargo, para el neoconstitucionalismo esto no es suficiente, sobre todo porque algunos principios no terminan de estar claros y se necesita una valoración

⁷⁹ Schmith, Karl., Legalidad y legitimidad, en Héctor Orestes Aguilar (comp.), Karl Schmitt, teólogo de la política, México, Fondo de Cultura Económica, 2001. Pág. 26

⁸⁰ Sanchís, Pedro. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". Publicado en anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001. Pág. 9.

⁸¹ Cfr. Edwin Figueroa Gutara. Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional [en línea]

<https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/> [17 de marzo de 2018].

particular para cada caso, no homogenizar, que sería reducir el derecho a un solo criterio, cuando el derecho está impregnado por una infinidad de valores.

Como opina Figueroa Gutara "...se logra acrisolar un resultado material a la luz de los supervalores de la Constitución, luego de una confrontación que bien puede expresar, en la posición de otras teorías, la prevalencia de un puñado de principios apenas coherentes entre sí. En el neoconstitucionalismo valores diferentes coexisten entre sí. Ello representa un indudable avance frente a otras teorías"⁸².

Con lo anteriormente dicho se pretende destacar el extenso campo que identifica la solución de las controversias constitucionales. Esto se debe a que en la constitución están plasmados valores radicalmente contrapuestos, pero que los mismos encuentran una solución con rasgos de compatibilidad, bajo el principio de unidad de la Constitución, formando una constelación plural en la cual convergen valores tan disímiles⁸³. Aunque lo anterior suena complicado, es muy sencillo, ya que, en pocas palabras, a lo que nos referimos es que en la constitución existen principios, pero dichos principios muchas veces pueden colisionar, es entonces cuando entra en juego el establecer los valores de cada principio para aplicarlos al caso concreto.

Por el contrario, la idea de homogeneidad ideológica solo transmite los valores uniformes de la norma o de las reglas. Si bien la norma jurídica es también objeto de interpretación, la asignación de valores respecto a la misma, no puede desvincularse del valor imperativo del mandato normativo. Así opina Sanchís "En la ponderación, por el contrario, la esencia de una jerarquía móvil nos permite que valores contrapuestos sean objeto de contraposición, que sean sopesados y que se busque, bajo condiciones x, y, z, la prevalencia de un principio sobre otro"⁸⁴.

Por lo tanto, aplicar un criterio de homogeneidad dentro de la teoría neoconstitucionalista es querer quitarle no solo su finalidad sino también la esencia propia del neoconstitucionalismo. Se aprecia a lo largo de este escrito como es que esta teoría logra aplicar los principios del derecho mediante el método de la ponderación.

Al aplicar la ponderación es lógico que exista una variedad muy grande de valores que hay que determinar. Dicha aplicación y determinación se debe llevar a cabo tomando como base los principios, para una correcta interpretación.

De esta forma, no se puede dejar por un lado el carácter axiológico de los principios, que a su vez es muy variado, pero esa variedad es la que logra que el neoconstitucionalismo, una teoría distinta a las demás, no busque aplicar criterios iguales a casos distintos, sino de aplicar derecho a partir de principios que encarnan una pluralidad de valores.

⁸² Loc. Cit.

⁸³ Loc. Cit.

⁸⁴ Sanchís, Pedro. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". Publicado en anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001. Pág. 13.

Después de haber abarcado las características esenciales del neoconstitucionalismo y haber explicado cada una de ellas y como operan dentro de esta teoría, en este apartado se abordará una de las cuestiones que son más importantes y que sirve para apreciar lo que busca proponer el neoconstitucionalismo y es la superación del positivismo jurídico.

Cabe resaltar además que este apartado es muy importante porque contiene, la introducción del siguiente apartado, es decir la propuesta de cómo se ha de aplicar el neoconstitucionalismo como garantía y defensa de los derechos fundamentales y de la interpretación constitucional.

3.6 La superación del positivismo.

La superación del positivismo no es una contraposición al iusnaturalismo, sino el surgimiento de una nueva teoría que, si bien es cierto toma elementos del iusnaturalismo, no es igual, ya que su propuesta es muy distinta tal y como hemos venido analizando.

Para entender que es lo que el neoconstitucionalismo supera, lo primero es determinar qué es lo que propone el iuspositivismo.

El iuspositivismo parte del supuesto de que el derecho no es más que la expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el poder soberano. Estas normas, las cuales constituyen el derecho positivo, son válidas por el simple hecho de que emanan del soberano, no por su eventual correspondencia con un orden justo, sino por su simple creación formal.

Según García Máynez "...el derecho positivo, por el simple hecho de su positividad, esto es, de emanar de una voluntad soberana, es justo"⁸⁵. Dicho en otras palabras, para el iuspositivismo las normas que emanan de un Estado fundan su validez en este hecho y no en valores éticos trascendentales o en fines comunes buenos y verdaderos que deben perseguir las normas. Sin embargo, esto ocasiona un problema porque la norma no está basada en la persona humana sino en el consenso de una mayoría, lo cual genera una ruptura con la finalidad del derecho.

Para el positivismo jurídico el derecho, no es otro más que el derecho positivo, persigue un fin inmanente y, por ende, ni se refiere ni está sujeto a ningún contenido preestablecido. El derecho emana de un procedimiento formal. Más aún, el derecho está históricamente determinado por el tiempo y el espacio de cada formación estatal, o sea, es contingente. Por eso desde esta perspectiva resulta inconsistente tratar de otorgar validez universal a un conjunto particular de normas por el solo hecho de que se consideran universalmente validadas por su carácter formal.

Al analizar lo anterior nos damos cuenta que el neoconstitucionalismo es totalmente lo opuesto a lo que propone el positivismo. Sin embargo, no por esto deja de tomar algunos elementos de esta corriente y los introduce dentro de su teoría; esto precisamente es lo que dificulta establecer el grado de superación del neoconstitucionalismo, sobre el positivismo.

⁸⁵ García Maynez, Eduardo. Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo. México. Universidad Nacional Autónoma de México–FFL. 1968. Pág. 12.

A raíz de esto, surge la pregunta, ¿qué tipo de superación ofrece el neoconstitucionalismo?

La respuesta no es sencilla pero podemos decir que el neoconstitucionalismo, aporta en conjunto nuevos enfoques y aproximaciones, una presentación original de los problemas y una combinación propia de los mismos y de sus posibles soluciones; en definitiva, "...pretende dar respuesta a una realidad que ya no es la premoderna o la del Estado legislativo de Derecho, que fueron el contexto histórico, respectivamente, del iusnaturalismo y del positivismo. Revisan o recrean ideas ya conocidas, tomando partido a veces por alguna versión del iusnaturalismo y otras veces por alguna de las presentaciones del positivismo"⁸⁶.

Podría decirse que con el neoconstitucionalismo se renuevan no solamente las críticas al positivismo jurídico, sino que también resulta posible observar una revitalización de las propias ideas iusnaturalistas de un derecho ligado a valores.

Esto puede ser fácilmente atribuido a una nota esencial dentro del neoconstitucionalismo, donde los criterios materiales que debe tener una constitución, han de ser principalmente en lo que se refiere a los catálogos de derechos fundamentales.

Además, las normas fundamentales y amplias que caracterizan las constituciones actuales y los valores contenidos en ellas demandan al intérprete, que en este caso al juez, un rol activo y no autómatas; se le exige un papel relevante en la construcción del propio derecho. Este tiene una posibilidad mucho mayor de buscar el mejor sentido a un determinado valor presente en el ordenamiento jurídico, al superar así los preceptos contenidos en el positivismo.

De esta forma, resulta posible encontrar semejanzas entre la propuesta neoconstitucionalista y muchos puntos de la teoría iusnaturalista, principalmente en lo que se refiere a la posibilidad de agregar principios y criterios valorativos al derecho. Contrario totalmente a la propuesta positivista en la que el derecho carece de principios y valores, ya que su aplicación y validez depende solo de su creación formal y de un consenso de la mayoría.

De ahí se puede afirmar que el neoconstitucionalismo es en cierto modo comparable con la visión iusnaturalista en tanto realiza una vinculación necesaria entre derecho y moral y lo es también en términos normativos, en cuanto añade que es bueno que exista esa vinculación, la cual no existe de ninguna manera en la teoría positivista.

De esta manera secundamos lo que establece Sanchís "...el neoconstitucionalismo como filosofía política o doctrina del Estado justo ofrece un parecido asombroso con la doctrina de los derechos naturales que históricamente fue el motor fundamental (aunque no el único) del constitucionalismo"⁸⁷.

Al afirmar que el neoconstitucionalismo, es eminentemente iusnaturalista y que a pesar de que su teoría contiene elementos del positivismo, se aprecia que nos

⁸⁶ Ibíd. Pág. 478.

⁸⁷ Ibíd. Pág. 463.

encontramos frente a una teoría totalmente renovada que se toma el iusnaturalismo como base y supera el positivismo. Al crear así una nueva teoría del derecho que busca un espacio para poder ser aplicada, como se explicará en el siguiente capítulo.

4. El telos del neoconstitucionalismo y su interpretación en materia constitucional

Hasta aquí, se han analizado los retos que plantea el neoconstitucionalismo, cuál ha sido su evolución a lo largo de la historia y la dificultad que presenta establecer un concepto homogéneo y mayoritariamente aceptado para este nuevo término jurídico.

Se abordaron cada una de sus características, con la finalidad de demostrar que es en lo único que varios exponentes de esta nueva teoría han logrado ponerse de acuerdo, aunque muchas veces con opiniones muy variadas.

Sin embargo, el quid de este artículo se encuentra a continuación, al tratar de responder la siguiente pregunta, ¿De qué modo la aplicación del neoconstitucionalismo puede ser un instrumento de protección y garantía de los derechos fundamentales en la interpretación constitucional?

Al tomar como premisa que el neoconstitucionalismo sigue siendo una teoría con distintas opiniones y que no existe una definición aceptada, la tarea es formular un enfoque propio de esta teoría, sin olvidar las distintas posturas acerca de su definición y tomando muy en cuenta cada una de sus características.

El neoconstitucionalismo debe estar apegado al término justicia, y su aplicación en el mundo del derecho, aunque complicada, debe ser un vínculo entre la moral y el derecho, para llegar a establecer como esta nueva teoría es la forma en que se pueden garantizar y proteger los derechos fundamentales, sin olvidar el nuevo rol que el juez constitucional y también el juez ordinario debe desempeñar al llevar a cabo esta tarea.

La teoría del neoconstitucionalismo ha estado íntimamente relacionada a la idea de derecho. Afirmar esto, nos lleva a reconocer que el neoconstitucionalismo está relacionado con la justicia. Derecho y justicia, no se contraponen, se complementan el uno con la otra.

El neoconstitucionalismo se pretende consagrar en un Estado constitucional que dé lugar a un orden jurídico justo. Por lo tanto, representa, ante todo, una teoría de la justicia.

Precisamente esto es lo que se busca desarrollar en este apartado. La razón de por qué el neoconstitucionalismo necesita de la justicia para su correcta aplicación, al estar plenamente convencido que sin justicia no se puede proteger los derechos fundamentales y sin ella no podemos hablar de neoconstitucionalismo.

Lo primero a determinar es la definición de justicia. Se sabe que la justicia no es, una distribución equitativa de los bienes y de los males que a cada quien le corresponden, en palabras de Platón, "es dar a cada cual aquello que se le debe"⁸⁸. La justicia es una virtud, y como tal ha de ejercitarse, pero su ejercicio como lo establecía Aristóteles consiste en dar a cada uno lo suyo.

No se trata ya de impartir justicia por cuestiones meritorias, sino de impartir según lo suyo, lo que el mismo ejercicio de la virtud impone

Este sentido, lleva necesariamente a darse cuenta que la justicia no es una cuestión consensual en la que cada uno decide que es lo justo, es la misma justicia la que establece la medida de lo que le corresponde a cada quien. Esta medida no es por méritos propios o por razón de cierta condición social, sino con base a su actuación, ya sea en contra o a favor de su estructura ontológica.

El derecho, por su parte, es justamente lo que busca declarar: lo que en justicia le corresponde a cada uno. Y es aquí, donde reside la íntima relación entre justicia y derecho: el derecho materializa la aplicación de la justicia y busca la plena satisfacción de este valor supremo.

Históricamente, la justicia siempre ha estado íntimamente relacionada, cuando no identificada y confundida, con el derecho. El mundo del derecho se manifiesta dentro del ámbito de la justicia, fuera del cual nos parece que no tiene sentido y que no puede subsistir.

Todo ello se observa incluso en el origen etimológico de los términos que en uno y en otro caso se utilizan para referirse al derecho y a la justicia: *Ius* que es el Derecho y *Iustum* que significa lo justo.

De ahí que "el término Derecho proviene del latín *directum*, que significa lo recto, lo correcto, lo adecuado y, en definitiva, lo justo"⁸⁹. Sin embargo, como pasa en varios conceptos dentro del mundo del derecho, el término justicia puede llegar a tener varias acepciones, así lo refiere Martínez, al establecer que los usos más habituales de la justicia son tres⁹⁰:

Primero, en sentido ético se relaciona con las creencias morales que se manifiesta en: una cualidad moral que puede ser referida a distintos sujetos; una capacidad humana para juzgar en cada momento lo que es justo y lo que no; o bien en alguna teoría ético-política la justicia liberal, justicia libertaria, justicia socialista, etc.

En sentido jurídico, se trata de una concordancia de la ley o de un acto concreto con el sistema legal al que pertenece.

Y por último en el sentido institucional se refiere al poder judicial, la institución o conjunto de instituciones encargadas expresamente de administrar justicia conforme al sistema jurídico.

⁸⁸ Platón, La república o de lo justo, en Diálogos, México, Porrúa, Pág. 438.

⁸⁹ Martínez Roldan, Luis y Fernández, Jesús. Curso de teoría del Derecho., Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, Pág. 21.

⁹⁰ Cfr. Martínez, Emilio. Justicia, en JO palabras clave en Ética. Adela Cortina (Dir.) Navarra: Editorial Verbo Divino, 1998, Pág. 159.

La amplia variedad de ideas asociadas a la noción de justicia, así como su complejidad interna y su larga historia, hacen que muchas percepciones diferentes de la justicia parezcan igualmente aceptadas y algunas veces aplaudidas. Sin embargo, ninguna de las anteriores responde a la esencia propia de la justicia, para nosotros la justicia es un valor dentro del ámbito del derecho. La finalidad del derecho es la realización de la justicia, sino qué sentido tendría el derecho.

Lo anterior ocurre con las distintas disciplinas que regulan los diferentes planos de la vida humana al tener sus particulares criterios de valoración. “Así para la economía el valor fundamental es la utilidad; para la ética, el bien; para la estética, la belleza; para el Derecho, la justicia”⁹¹.

La justicia en palabras de Pérez Luño “es un valor que permite diferenciar lo que es jurídicamente valioso: lo justo, de lo que, por no serlo, entraña el disvalor de la injusticia”⁹². La justicia es un valor esencialmente humano y social, sobre todo, porque sólo puede aplicarse, con propiedad, respecto de las acciones de los hombres, porque es ahí donde reside la forma en que la justicia se materializa frente al derecho.

De esa forma, la justicia implica una relación deóntica, es decir, que contiene un deber ser y precisamente lo que caracteriza a las acciones humanas es la tensión entre el ser y el deber ser, en donde se busca que las acciones del ser humano sean encaminadas y guiadas por su estructura ontológica. Por lo tanto, representa un valor, un ideal de comportamiento al que las personas deben tender, pero sin que por ello implique que todas las acciones humanas sean necesariamente justas, ya que actuar en contra de su esencia o en contra de la estructura ontológica de otra persona implica actuar de manera injusta.

Así se puede afirmar lo que dice Pérez Luño respecto a la justicia “se dice que la justicia es un valor social, ya que se refiere a comportamientos o actos de una persona que afectan a otras. La justicia exige la concurrencia de al menos dos sujetos y la existencia de relaciones entre ellos, circunstancia que al igual que la utilidad, la belleza o la bondad, son siempre acciones humanas referidas a otros”⁹³.

La expresión anterior, conduce necesariamente a darse cuenta que la justicia no es un yo, sino un tú. La justicia se mide en relación a los demás, no se puede hablar de justicia si previamente no existe una base de relación social. La justicia encuentra su sentido en la persona, pero no ya en la persona misma, sino en la forma en la que actúa esa persona⁹⁴.

El derecho busca regular la conducta humana con reglas y en consecuencia su aplicación debe ser justa. Pero dichas reglas además de que deben estar basadas en la dignidad de la persona, deben responder a un concepto de justicia porque si no serían inaplicables dentro del mundo del derecho. De ahí que la justicia tenga una estrecha relación con el derecho, y sobre todo con su aplicación dentro del ámbito jurídico. No se puede concebir el derecho sin justicia, ni aplicar la justicia sin el derecho.

⁹¹ Pérez Luño. Antonio Enrique., Teoría de Derecho. Tecnos. Madrid. 2004, Pág. 213.

⁹² *Ibíd.* Pág. 215.

⁹³ *Ibíd.* Pág. 213.

⁹⁴ Cfr. Lumia, Giuseppe. Principios de teoría e ideología del Derecho., Debate, Madrid,1993, Pág. 113.

Todo lo anterior nos lleva necesariamente a afirmar que si la justicia es el fin del derecho y que su aplicación no es solo necesaria, sino obligatoria, el neoconstitucionalismo debe estar impregnado de justicia, responder a dicho valor, porque también esa es su finalidad pues busca proteger los derechos fundamentales, pero para ello es necesario y de carácter obligatorio utilizar y aplicar la justicia, para una correcta injerencia judicial, como más adelante se analizará.

El neoconstitucionalismo además de tomar elementos del derecho positivo, debe afirmar, sostener y fundarse en que existe un derecho natural universal, absoluto e inmutable, que la razón descubre y formula con base al conocimiento de la naturaleza humana, solo de esta forma se puede alcanzar la seguridad jurídica que el Derecho constitucional provee.

Por ello la justicia es algo esencial al derecho -tanto natural como positivo- y en función de la misma debe elaborarse la definición y aplicación del neoconstitucionalismo⁹⁵.

El principal objetivo del neoconstitucionalismo dentro de la teoría de la justicia consiste precisamente en la correcta determinación de lo justo, hasta el punto de que sería más adecuado utilizar la denominación teoría de lo justo, como también sucede con el neoconstitucionalismo ya que todas ellas consisten en sistemas que tratan de determinar qué es lo justo o cómo puede llegar a conocerse, y cómo se debe organizar una comunidad política conforme a las exigencias de la justicia. Pero sobre todo, como lograr que se dé una protección y garantía en los derechos fundamentales.

Es importante mencionar que existen dos teorías de la justicia, estas suelen dividirse, al menos, en materiales y procedimentales. Las primeras, es decir las materiales, aspiran a fijar directamente qué es lo justo. Y por otro lado, las procedimentales, buscan y pretenden establecer el itinerario a seguir para llegar a conocer a fondo, no solo el significado de la justicia, sino su sentido último⁹⁶.

De acuerdo con esta división, cabría afirmar que la constitución ha establecido una teoría material de la justicia basada en el reconocimiento de que la dignidad humana y el respeto a los derechos fundamentales de la persona, al exponer de esta manera las bases sobre las que se funda el neoconstitucionalismo. Como se observa, la dignidad humana y los derechos fundamentales se presentan estrechamente vinculados, dentro de lo que propone el neoconstitucionalismo, por lo que conviene precisar qué papel desempeña dentro del término justicia.

Es evidente que a través de esta noción se destaca el especial valor del ser humano, sin importar sobre qué valor se funde, y es que la dignidad humana significa, en suma, la exigencia de respeto incondicional al ser humano.

Ahora bien, el reconocimiento de esta exigencia plantea la cuestión de cómo se materializa tal respeto y la respuesta se encuentra precisamente en los derechos fundamentales, que son la expresión tangible de esa dignidad recogidos en un texto constitucional. Los derechos fundamentales, pueden contemplarse como un conjunto de

⁹⁵ Martínez Roldan, Luis y Jesús A. Fernández. Curso de teoría del Derecho. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, Pág. 53.

⁹⁶ Domingo, Tomas. Op. Cit. Pág. 248

bienes intrínsecos y ontológicos para que los seres humanos desarrollen su esencia en el marco de una determinada sociedad.

El desarrollo de esta dignidad y la respuesta del hombre a su estructura ontológica, no sólo se logra mediante la protección de determinados ámbitos de la actuación humana, sino garantizando también bienes encaminados a asegurar un orden justo para todas las personas. Por ello se puede afirmar que la aplicación de la justicia dentro del término neoconstitucionalismo posibilita un equilibrio en la forma en que los derechos fundamentales se deben de garantizar y defender.

Por consiguiente, Tomas Domingo establece “los derechos fundamentales son propiamente lo justo, aquello reconocido y/o atribuido a cada ciudadano mediante normas de rango constitucional, mientras que la dignidad es el título en que se funda dicho reconocimiento y/o atribución”⁹⁷.

Este es el papel que juega la justicia dentro de la teoría neoconstitucionalista, no ya como un mero espectador, sino como un actor real dentro de los distintos postulados que este sostiene. De esta forma Domingo afirma que “...los derechos fundamentales se convierten en el criterio básico de justicia: aquellas acciones -tanto de particulares como de poderes públicos- y normas que los lesionen podrán calificarse de injustas y, por tanto, sería lógico que el ordenamiento jurídico dispusiera de mecanismos adecuados para reaccionar frente a ellas”⁹⁸.

De esta manera el vocablo justicia adquiere su pleno sentido y finalidad respecto a la teoría del neoconstitucionalismo, que responde a su esencia en la medida que su finalidad se oriente a establecer un ordenamiento jurídico justo, que a su vez, este basado no en el consenso de unos pocos, sino en la dignidad de la persona.

Solamente de esta forma, las normas que reconocen derechos fundamentales contenidas en un texto constitucional, aparecen en palabras de Böckenförde “...como un orden objetivo axiológico y como un sistema de valores que demanda aplicación en todos los ámbitos del derecho”⁹⁹.

Lo anteriormente expresado lleva al siguiente apartado el cual puede analizarse luego de haberse establecido que la justicia, no solo permea el neoconstitucionalismo, sino que además lo ordena y guía de acuerdo con su finalidad.

De este modo, se establece al mismo tiempo, una complejidad al momento de aplicar lo que es justo, lo que en derecho corresponde. Esta aplicación en el ámbito jurídico no es imposible, pero tampoco es sencilla, como veremos a continuación.

Con el neoconstitucionalismo, el derecho se hace más complejo, debido a la evolución de los derechos fundamentales, la concurrencia de los principios y sus relativos márgenes de indeterminación para la resolución de conflictos constitucionales. Pero a pesar de lo anterior, su aplicación no es imposible, es más el neoconstitucionalismo está

⁹⁷ Ibíd. Pág. 250

⁹⁸ Ibíd. Pág. 251

⁹⁹ Böckenförde, Ernst-Wolfgang., Escritos sobre Derechos Fundamentales, prólogo de Francisco J. Bastida, traducción Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Nomos, Baden-Baden, 1993, Pág. 107.

enfocado y busca establecer que su teoría encuadra dentro del derecho, aunque la tarea no sea sencilla.

Para ello existen dos elementos que el neoconstitucionalismo debe tomar en cuenta para su aplicación dentro del derecho; la primera es una conexión real entre el derecho y la moral y la segunda un ordenamiento jurídico en que las leyes sean justas por naturaleza.

De esta manera afirma Alexy, que algunos neoconstitucionalistas aportan otro elemento de conexión entre el derecho y la moral que parece separarse del positivismo ético y aproximarse más al iusnaturalismo. Se trata del llamado argumento de la injusticia, y que consiste en negar carácter jurídico a las normas no ya simplemente injustas, sino injustas de una manera insoportable, cuando se traspasa un determinado umbral de injusticia, las normas aisladas de un sistema jurídico pierden el carácter jurídico¹⁰⁰.

El argumento de Dworkin es parecido, pues supone negar la aplicabilidad de las normas claramente injustas, determinando de esta manera que "...si el juez fuera llamado a la aplicación de una ley profundamente inmoral tendría que considerar, si debería mentir y decir que aquello no era Derecho"¹⁰¹.

Establecer el carácter moral de una norma o la implicación que tiene el derecho en la moral y viceversa, es una cuestión intrínseca y no extrínseca. No se puede establecer la moralidad de una norma solo viendo o leyéndola, se tiene que destacar su moralidad, si es que la tiene, profundizar en la misma y establecer la repercusión que puede llegar a tener en el ordenamiento jurídico.

De esta manera Sanchís¹⁰² afirmaba que con solo ver una norma no se puede establecer su carácter moral y consecuentemente si es justa o injusta, esto depende de la valoración que le puedan llegar a dar los jueces, que como se ha afirmado juegan un rol muy importante dentro de la teoría del neoconstitucionalismo.

De tal forma, que la moralidad de una norma, además de establecerse porque responde a la dignidad de la persona, también depende de la forma en la que el juez la aplica al caso concreto. La única manera de establecer si hay conexión o no, entre moral y derecho será inaplicando las normas injustas o aplicando aquellas normas justas. Obviamente, para el neoconstitucionalismo en que la respuesta entre el derecho y la moral es necesaria, las normas han de ser justas y la valoración de las mismas será de carácter moral, porque es el fin al que aspira esta teoría.

De otra parte, Laporta establece que "...parece cuando menos extraño que el participante que hace suyas las claves morales del sistema pueda, sin abandonar esa posición, captar injusticias notorias, puesto que su moral crítica se agota en la moral social encarnada por el derecho positivo"¹⁰³.

¹⁰⁰ Cfr. Alexy, Robert. El concepto y la validez del Derecho, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, Pág 45.

¹⁰¹ Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, Pág. 233.

¹⁰² Moreso, José. Lo que queda del positivismo jurídico, en La Constitución: modelo para armar, M. Pons, Madrid, 2009, Pág. 245.

¹⁰³ Laporta. Entre el Derecho y la moral, Ed. Fontamara, México, 1993, Pág. 113.

Las normas tienen un carácter positivo, porque han sido creadas bajo una estructura formal, ello no hace una norma moral o no. La moralidad se establece como respuesta a la noción de justicia y su alcance dentro del derecho porque responde, no a una estructura desequilibrada de la vida social, sino a la esencia de ese orden social, fundado en la persona.

Esto es así, y por ello el neoconstitucionalismo debe abandonar la tesis positivista, la relativa a la separación entre derecho y moral, hacer esto es afirmar y responder siempre a esa estructura ontológica de la persona y a que las normas no se apliquen porque son positivas, sino porque son justas.

De tal manera que el neoconstitucionalismo viene a establecer que la conexión entre derecho y moral, es sumamente necesaria dentro de su teoría, para una correcta aplicación en el derecho; por dos motivos a los que también hace referencia Sanchís¹⁰⁴: el primero, es darse cuenta que una característica de las constituciones contemporáneas es la rematerialización, es decir, la incorporación de normas sustantivas y de conceptos morales no como contenido de las normas de conducta dirigidas a los ciudadanos, sino como contenido necesario de los propios criterios de reconocimiento, identificación o validez de las normas.

Y el segundo porque, por esa misma causa, una de las aportaciones más destacadas del neoconstitucionalismo ha sido el desarrollo de la argumentación jurídica, que supone una contundente apertura a razonar el derecho a partir de valores morales, como la dignidad humana y sus derechos inalienables. Es así como, no es el derecho que se aproxima a la moral, sino que al parecer es la propia moral la que impregna el derecho.

Así en palabras de García Figueroa “el neoconstitucionalismo ha aproximado el Derecho a la moral a través de la incorporación de elementos morales al Derecho en lo que podría denominarse un caso de deixis ética y el constructivismo ético ha aproximado la moral al Derecho porque la moral ha dejado de ser un dominio individual y confinado a la conciencia de cada uno para transformarse en un discurso entre diversos participantes que siguen un procedimiento”¹⁰⁵.

El positivismo pasa a ser inservible justamente para el neoconstitucionalismo, porque se produce una fuerte fusión entre la ética y el derecho, de modo que lo que exige el derecho depende en buena medida de lo que exige la moral.

A partir de esta afirmación es como varios neoconstitucionalistas argumentan que desde la perspectiva del concepto de derecho se sostiene que su esencia incorpora siempre una pretensión de justicia o corrección. Al determinar de esta forma que las normas notoria y absolutamente injustas no pueden ser normas jurídicas.

De esta forma se llega a una cuestión de mucha importancia en la esfera del neoconstitucionalismo y del derecho en general. Para que de verdad exista una finalidad del neoconstitucionalismo hacia la justicia y para poder establecer una correcta relación

¹⁰⁴ Cfr. Sanchís, Pedro. “¿Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 (2010), 461-506.

¹⁰⁵ García Figueroa, Andrés. “Criaturas de la moralidad”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 (2010), 461-506. Pág. 481.

entre moral y derecho tan importante dentro de la teoría neoconstitucionalista, no pueden existir leyes injustas.

Las leyes y sobre todo el texto constitucional debe estar basado en normas justas, que respondan a la estructura ontológica del hombre, porque solo de esta forma se estaría hablando de una correcta aplicación del neoconstitucionalismo en el ordenamiento jurídico y de una correcta protección de los derechos fundamentales.

Es bien sabido que un verdadero Estado guiado y orientado a la luz del derecho, responde a la estructura ontológica de la persona y sus leyes emanan de la misma, y si esto es así, entonces, ¿por qué existen leyes injustas?

Lo importante para responder a esta pregunta es determinar en primer lugar que la ley no tiene un carácter castigador y en segundo lugar que la ley es la base para reconocer derechos y obligaciones, que tienen como finalidad establecer un orden social. Pero este orden, debe ir orientado hacia la persona humana y la comprensión ontológica del concepto de derecho.

De ahí que sea fundamental para entender el sentido de la ley, la definición de derecho, que Hervada define como: “aquella cosa que en virtud de un título y según una medida pertenece a un sujeto como suya y le es debida con deuda en sentido estricto”¹⁰⁶. Es aquí donde encuadra la ley, porque no se puede hacer derecho sin referirse a la ley, no porque la ley sea el derecho, sino por su importancia dentro del derecho. La ley al final es una medida del derecho, que otorga lo debido u obliga en lo debido al sujeto; pero la ley no es el derecho.

Es inconcebible que la ley agote el derecho. Reducir el derecho a la ley, es apartarlo del ámbito de la justicia, pierde su fin último, y se deja un derecho a merced del consenso de la mayoría, y ese derecho no porque es justo, sino porque emana de la voluntad del hombre, con lo cual se desvirtúa la esencia propia del derecho. De lo que estamos claros, es que al hablar de derecho no se puede dejar por un lado la ley, de ahí que Hervada mencione, “No se puede hacer una teoría del derecho sin referirse a la ley, pues la ley tiene una importancia de primer orden para dicha teoría. Por eso, recordar las verdades fundamentales de la teoría del derecho y del oficio de jurista nos lleva a recordar algunas de esas verdades sobre la ley”¹⁰⁷.

Dentro de estas verdades que menciona Hervada acerca de la ley, hay varias que hay que tomar en cuenta, la primera es la ya mencionada, sobre que la ley no es el derecho, pero el derecho forma parte del conjunto que integran los elementos jurídicos. De ahí, que la ley sea al mismo tiempo causa y medida del derecho.

Causa porque reparte cosas y se las atribuye a los sujetos, creando así derechos y es medida porque esas cosas se le atribuyen a determinados sujetos a través de títulos. Es causa si atribuye las cosas, ya sea que provenga del Estado, de la costumbre o de los particulares en sus relaciones privadas. Es medida del derecho si lo limita (regula los

¹⁰⁶ Hervada, Javier. Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho, Pamplona, Eunsa, 1992. Pág. 198

¹⁰⁷ Hervada, Javier. 1988. Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico Javier Hervada [en línea] [revista Dikaion, Vol 2]

presupuestos de capacidad, protege su ejercicio, etc.). Por ello, lo distintivo de la norma jurídica es la justicia, es decir: que regule lo justo, el ius¹⁰⁸.

Buscar regular lo justo, que se traduce en aplicar la esencia y fin último del derecho, a través de leyes o normas jurídicas, necesariamente responde un orden, a una estructura dinámica y a una regulación de relaciones jurídicas. En donde, como menciona Hervada "...la norma jurídica es, pues, estructura de la vida social y en cuanto estructura es una ordenación, pues establece un orden"¹⁰⁹. Un orden encaminado a que la ley obligue a seguirla, una obligación de cualquier persona que se somete a la misma, salirse de ella es crear desorden y no cumplir con la obligación.

De ahí que se entienda porqué toda norma jurídica es una prescripción obligatoria, ya que la misma prescribe conductas que son un deber de justicia, y al ser un deber de justicia, obliga. Por eso, la ley no es solamente imperativa. De esta manera la ley no puede reducirse a tener un carácter imperativo, al hacer esto se circunscribiría a ser una norma puramente positivista, en donde ya no se cumpliría por su carácter justo, sino por su fuerza imperativa. Hervada al respecto, menciona que "Toda norma jurídica autentica obliga, pero no necesariamente es imperativa. Imperar es propio del gobierno. Obliga, "jurídicamente" hablando, solo lo que es deuda de justicia"¹¹⁰.

Por ello, no basta que una norma tenga la formalidad de ley para que sea una norma jurídica. Si la norma positiva no responde a la estructura ontológica del hombre, a la naturaleza de las cosas y al entorno social, sencillamente esa norma no es válida. Pero no es válida en el sentido legalista, que atiende al proceso formal de creación de una ley, sino más bien porque no está basada en la naturaleza del hombre y su actuar.

Y cuando esto sucede, cuando el Estado crea leyes y se olvida de la persona humana, surgen las famosas leyes injustas, es decir, normas jurídicas en apariencia, que en realidad son solo arbitrariedad que lesiona derechos, y que no obligan en conciencia. Son injustas no solo porque lesionan un derecho particular a una persona, sino porque lesionan su dignidad.

Es así como las leyes injustas, es decir, aquellas que emanan de la voluntad de unos pocos que nos representan, una minoría que actúa bajo el telón del Estado, que no conoce el derecho en su esencia, que lo politizan, ese es el porqué de su aparición.

"Quita el derecho y, entonces, ¿qué distingue el Estado de una gran banda de bandidos?"¹¹¹, dijo en cierta ocasión San Agustín. Esta frase puede que suene un tanto dura, pero lo cierto es que es muy gráfica y sobre todo, verdadera. Y es que, desde hace ya varios años, se viene acarreado esa lucha entre el Estado y el derecho. El lugar del derecho, que es responder a la dignidad humana, se ha despreciado y se ha visto más bien como un método de poder, un arma que utiliza el Estado para realizar lo que le plazca. Porque o bien, el Estado y el derecho crecen juntos, o bien perecen juntos. Solo así se entiende la necesidad de un Estado configurado por el derecho. De ahí, que Benedicto XVI dijera en el Parlamento alemán: "El poder se separó del derecho, se enfrentó contra él; cómo se pisoteó el derecho, de manera que el Estado se convirtió en

¹⁰⁸ Cfr. Hervada, Javier. Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho, Pamplona, Eunsa, 1992. Págs. 194 y 195.

¹⁰⁹ Ibíd. Págs. 327 y 328.

¹¹⁰ Ibíd. Págs. 203 y 204.

¹¹¹ San Agustín. La ciudad de Dios, España, Tecnos, 2007. Pág. 75.

el instrumento para la destrucción del derecho; se transformó en una cuadrilla de bandidos muy bien organizada, que podía amenazar el mundo entero y llevarlo hasta el borde del abismo”¹¹².

Por lo tanto, es cierto, que la aplicación del derecho dentro del neoconstitucionalismo puede llegar a ser complejo, pero no por eso lo hace imposible.

Ahora bien, esta aplicación de la teoría neoconstitucionalista en el derecho, pasa en primer lugar porque el derecho y la moral deben de ir de la mano. De tal suerte que, el derecho configura la moral y la moral le da al derecho el marco no solo en el momento de su creación sino el momento de su aplicación.

De ahí, que se afirme que para que la aplicación del neoconstitucionalismo dentro del mundo del derecho sea de acuerdo a sus características y los fines que persigue; las leyes en las que se base y sobre todo las índole constitucional deben ser justas, no por su proceso de creación formal, sino porque responden a la dignidad de la persona, y sobre todo buscan la protección de los derechos fundamentales, basados en la estructura ontológica del ser humano, como lo busca y sostiene el neoconstitucionalismo, que tiene en sus manos la forma de protegerlos y garantizarlos.

Los derechos fundamentales son la parte medular de la teoría neoconstitucionalista, porque no solo busca que esos derechos se reconozcan, sino que además busca garantizarlos y protegerlos, y eso le da un carácter valioso a estos derechos fundamentales.

Este carácter valioso hace posible referirse a los derechos fundamentales como bienes, y es lo que permite fundar en ellos la justicia como fin del neoconstitucionalismo, pues su jerarquía axiológica reclama la instauración de una organización institucional de la comunidad política que los preserve y fomente y en consecuencia sean una realidad contenida dentro de la constitución.

Al tener presente lo anterior, se podría definir el derecho fundamental en palabras de Tomas Domingo como “aquel ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana que la Constitución reconoce como digno de protección, y al que otorga, en consecuencia, una protección de alto nivel, consistente al menos en que el respeto de dicho ámbito se configura en un principio básico del ordenamiento, es declarado inmune a la acción de los poderes públicos -especialmente el legislador, y el particular ve reconocida una facultad procesal a que dicho ámbito le sea protegido judicialmente”¹¹³. Se desprende de esta definición que los derechos fundamentales son primariamente bienes jurídicos, y que las facultades de las que disponga el titular para lograr la protección ocupan un papel fundamental. No se puede hablar de derechos fundamentales, sin antes hacer referencia a la dignidad propia de la persona, que a su vez es el fundamento para su correcta protección jurídica.

Ahora bien, una vez se ha establecido qué es un derecho fundamental se está en condiciones de examinar en qué consiste su legítimo ejercicio, para ello es importante

¹¹² Benedicto XVI. 2011. Visita al Parlamento Alemán [en línea]
http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin_sp.html#_ftn1 [9 de marzo de 2014]

¹¹³ Domingo, Tomas. Op. Cit. Pág. 266.

situarse en la perspectiva del titular del derecho que protagoniza dicha acción. El derecho fundamental se presenta como un bien a su servicio mediante el cual alcanzar un determinado fin que constituye la razón de su reconocimiento y por tanto de su atribución.

La delimitación del contenido de los derechos fundamentales, dada la indeterminación de las normas que reconocen derechos fundamentales, exigirá una indagación teleológica que explique cuál es la finalidad a la que obedece cada derecho fundamental. Lo anterior refuerza también la finalidad del neoconstitucionalismo dentro de los derechos fundamentales, como garante del mismo.

Ahora es cuando el panorama se abre, y se cae en la cuenta, de lo que menciona Hervada: “Una persona “debe” cumplir una norma no solo porque provenga de una autoridad exterior legítima, sino porque la misma responde a la finalidad propia de su naturaleza racional orientada a su plenitud personal y social”¹¹⁴. Así se entiende porque cuando la ley es buena y compatible con el fin del hombre se ha de seguir, pues además de responder a la naturaleza humana, responde a la justicia, según la realidad humana y de las cosas.

De esta manera, el Derecho contemporáneo o bien el denominado neoconstitucionalismo encuentra su fundamento en la naturaleza humana, el Estado por más que se diga Estado de derecho no lo será nunca, porque solo el Derecho natural, es fundamento del Estado de derecho.

Cuando se habla de Estado, lo que se viene a la cabeza muchas veces es un ente opresor. Esto debido a los múltiples abusos que se han consumado por parte del mismo. Sin embargo, al consultarlas definiciones clásicas, se aprecia que el Estado en palabras de Maritain es “...la institución que organiza formalmente las conexiones socio-políticas fundamentales de una comunidad, ordenándolas al bien común”¹¹⁵.

Por eso al prestar atención a la definición anterior, necesariamente se hace referencia a la persona, porque no tendría razón de ser un Estado sin tomarla en cuenta es la condición indispensable para que un Estado pueda subsistir. Además, es preciso recordar que la persona no es un ser individual, es un ser social por naturaleza. Y si el Estado atiende las conexiones de una comunidad y las ordena al bien común, reconoce que la persona que vive en sociedad y la sociedad existe para el bien de los hombres.

Si el hombre es social por naturaleza, y el vivir en sociedad lleva a la búsqueda del bien común, entonces ¿Por qué surge el Estado? El Estado surge como esa necesidad de delegar el poder del pueblo en un órgano supremo que sea el que lo administre, un órgano único, sujeto a la ley, que busca el bien común como fin último. Y que además sea un órgano que sepa regular esas relaciones interpersonales entre los ciudadanos.

El rol del Estado está al servicio de las personas. Por eso se afirma Derisi que el Estado “...abandonando a sí mismo, sin conexión adecuada con la totalidad de las personas que agrupa, pierde su recta orientación”¹¹⁶. Esto deriva del mero hecho de que el Estado es una creación de las personas, supone a las personas. No puede excluir a ninguno los miembros de la comunidad, porque todas las personas poseen dignidad

¹¹⁴ Hervada, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural, Pamplona, EUNSA, 2007. Pág. 136.

¹¹⁵ Maritain, Jaques. El Hombre y el Estado, Encuentro, España, 1983. Pág. 43.

¹¹⁶ Derisi, Octavio. Los fundamentos metafísicos del orden moral, Universitas, Argentina, 1980. Pág. 429.

personal. Aquí deriva el hecho de que el Estado no es un fin en sí mismo, en cambio la persona sí lo es. La raíz del valor ontológico de la persona se encuentra en este hecho. Por eso Barraca afirma que “la persona ha de colaborar con el Estado, en la medida en que éste resulte fecundo para la comunidad”¹¹⁷.

El sentido del Estado y en concreto del neoconstitucionalismo, consiste en favorecer la convivencia adecuada entre las personas, por medio de la organización de las relaciones socio-políticas fundamentales de una comunidad de acuerdo con el bien común. Su meta consiste así, en “establecer y crear las condiciones y requisitos sociales más acordes con el buen desarrollo de la convivencia, más en concreto precisamente con este alcance global y básico, que es su tenor específico”¹¹⁸.

Es aquí donde debe surgir el derecho de la mano del neoconstitucionalismo, porque si la meta consiste en establecer y crear las condiciones y requisitos sociales más acordes con el buen desarrollo de la convivencia; que mejor que sea en el neoconstitucionalismo. Como se mencionó anteriormente el neoconstitucionalismo y el derecho van de la mano, porque el derecho, siendo ese arte de lo bueno y de lo justo y tiene por objeto establecer las condiciones y requisitos sociales más acordes con el buen desarrollo de la convivencia; hará que el neoconstitucionalismo postule las políticas y normas necesarias, no solo para aplicarlas, sino para contribuir al desarrollo de la sociedad y la búsqueda del bien común.

No deben confundirse el derecho y el nuevo Estado de derecho. El derecho precisa del Estado y el Estado en su nueva concepción necesita a su vez del derecho. Por tanto, la visión del nuevo Estado de derecho que configura una sociedad, condiciona algunos elementos de su concepción de lo jurídico. En concreto Barraca menciona que “...el Estado ha de contribuir a la convivencia y el bien común a través de su forma específica, la equidad común, el derecho”¹¹⁹.

Esa contribución al bien común y a la convivencia se traduce en, dejar que el hombre se perfeccione como persona. La búsqueda de perfección, por su parte y su felicidad, se inserta así en lo más íntimo de su ser, pues, en palabras de Hervada “...lo propio del hombre es alcanzar su fin, que es perfeccionar al máximo sus capacidades, en especial las superiores: la inteligencia y la voluntad. Lo que corresponde a ambas es la verdad (para la razón) y el bien (para la voluntad). Luego, lo natural para el hombre es alcanzar la verdad y el bien”¹²⁰.

Alcanzar esta perfección solo es posible dentro un ordenamiento totalmente justo, con leyes justas, que serán posibles en la medida que el neoconstitucionalismo apegado al derecho natural sea el fundamento de dichos ordenamientos jurídicos. Tomando como base esto, Hervada define el Derecho natural como: “conjunto de normas jurídicas naturales- está constituido por prescripciones de la razón natural que enuncian un deber de justicia. Estas prescripciones son parte de la ley natural”¹²¹. Y esto es en lo que se basa el neoconstitucionalismo, como una perspectiva trascendente y de reflexión al

¹¹⁷ Barraca Mairal, Javier. *Pensar el Derecho*, Palabra, Madrid, 2005. Pág. 84.

¹¹⁸ Gómez Pérez, Rafael. *Deontología Jurídica*, EUNSA, Pamplona, 1988. Pág. 87.

¹¹⁹ Barraca Mairal, Javier. *Op. Cit.* Pág. 96.

¹²⁰ Hervada, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*, EUNSA, Pamplona, 2007. Pág. 76.

¹²¹ *Ibíd.*, Pág. 15.

derecho natural como criterio axiológico que informa el contenido de los principios constitucionales rectores.

Dicha ley natural responde a un grado elevado del ser humano, que es la inteligencia y la misma solo puede ser conocida por la racionalidad del hombre. Así es como se entiende porque el derecho natural procede y se fundamenta en la persona humana en su naturaleza, es por eso que podemos afirmar como lo hace Hervada que: “el punto de referencia indicado es el hombre mismo, será lo del hombre que es capaz de constituirse en regla, es decir, la estructura fundamental de su ser, -su esencia- en cuanto el obrar es la expresión de su dinamismo, lo que será su naturaleza, es decir, la naturaleza humana”¹²².

En sentido propio y estricto, el derecho natural es lo justo natural, o cosa adecuada al hombre por naturaleza, aun cuando la expresión admite usos más amplios. En tal sentido, podemos afirmar que el neoconstitucionalismo no es un sistema jurídico que subsista separado y paralelamente al derecho positivo, como otro sistema jurídico. Al contrario, ha de ser el núcleo básico, primario y fundamental de cada sistema de derecho u ordenamiento jurídico.

Si atendemos al fin del nuevo Estado de derecho desde el neoconstitucionalismo afirmamos que “es aquel que se fundamenta, mantiene y desarrolla sobre la base el respeto al orden jurídico”,¹²³ porque ya está sentado en una base naturalista, donde su fin principal es responder al hombre y su esencia.

En este orden de ideas, es preciso señalar que el neoconstitucionalismo, como una variante del Estado de derecho, es resultado de la conciliación entre dos posturas constitucionalistas que, con frecuencia, han sido mostradas de una forma aislada entre sí. La primera de ellas consiste en entender a la constitución como un conjunto de reglas de juego, que regula la competencia social y política. Un pacto que posibilita garantizar el valor autónomo de las personas, para permitir que sean ellas, dentro de un círculo determinado por la democracia y una relativa igualdad, quienes desarrollen el derecho. Aquí es donde se considera a la constitución como una entidad jurídicamente superior a los demás cuerpos normativos y se encomienda su garantía al poder judicial¹²⁴.

La segunda tradición constitucional estima a la constitución como la materialización de una elaborada proyección política. Con esta postura, la constitución no se limita a instaurar reglas de comportamiento, sino que asume un papel mucho más activo, el cual busca ampliar su ejercicio hacia el pueblo, su titular indiscutible¹²⁵.

A manera de síntesis, determinamos que, en el primer caso, la constitución precisa quién, cómo y hasta dónde se manda, mientras que, en el segundo, se señala qué se debe mandar.

¹²² Barraca Mairal, Javier. Op. Cit. Pág. 86.

¹²³ Barraca Mairal, Javier. Op. Cit. Pág. 219.

¹²⁴ Cfr. Gil Rendón, R. “El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales”, Revista Quid Iuris, México, v. 12, 2011, págs. 43-62.

¹²⁵ Loc. Cit.

Pues bien, el neoconstitucionalismo acoge elementos de estas dos concepciones: un marcado contenido normativo y una también notable garantía jurisdiccional en detrimento de la confianza depositada sobre el legislador.

Ya lo decía Gil Rendón cuando manifiesta que: "...una Constitución transformadora con la pretensión de ser condicionante y guía para las decisiones grupales, cuyo protagonismo estriba en la figura judicial y no en el Poder Legislativo"¹²⁶.

Y es que esto es una respuesta a la forma en que el neoconstitucionalismo sabe que la protección de los derechos fundamentales reside en sus características y su forma de aplicar el derecho dentro del ordenamiento jurídico.

Por la misma razón, para Alexy, los derechos fundamentales¹²⁷ son: i) normas expresas en la constitución, es decir, están plasmadas en el texto constitucional, o ii) adscritas que tienen una argumentación iusfundamental en su contenido. En sus propias palabras, "los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la propia Constitución"¹²⁸. Y que a su vez, responden a la dignidad de la persona y son derechos fundamentales por el hecho en el que se fundan y no por su forma de estar establecidos en un texto.

En la misma línea, Ferrajoli considera que los derechos fundamentales son aquellas normas "inalienables, indisponibles, inviolables, intransigibles y personalísimas de toda persona"¹²⁹.

De esta manera se concluye que el neoconstitucionalismo, no solo es un término que alude a un nuevo "Constitucionalismo", sino una opción diferente para el "Estado de derecho"; es decir, una novedosa y distinta teoría del derecho.

Una teoría en cuyo significado prevalece o tiene primacía la fuente del derecho que rige todas normas jurídicas: la constitución. Bajo esta concepción, la norma suprema, es fuente de toda la producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al positivismo. Teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho creadas de manera formal por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de subsunción, muy distinto al nuevo método de la ponderación¹³⁰.

Así pues, tras el triunfo del constitucionalismo, se abre una nueva etapa que encuentra sustento en los derechos fundamentales, la etapa neoconstitucional, como lo refiere Alonso "Es como una nueva fase en el marco del proceso histórico del constitucionalismo europeo que tuvo comienzo a fines del siglo XVIII, con características propias y diferenciales respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de neoconstitucionalismo"¹³¹.

¹²⁶ Cfr. Ibid.

¹²⁷ Cfr. Alexy, Robert., Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

¹²⁸ Cfr. Gil Rendón, Raymundo. Op. Cit. Págs 43-62.

¹²⁹ Rafael Enrique Aguilera Portales y Rogelio López Sánchez, "Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli", Ciudad de México: Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004), Págs. 57-60.

¹³⁰ Cfr. Gil Rendón, Raymundo. Op. Cit. Págs. 43-62.

¹³¹ Santiago, Alonso. Op. Cit. Pág. 5.

El neoconstitucionalismo es considerado una nueva Teoría del derecho, que se cuestiona acerca de la utilidad de poseer derechos consagrados si no son de posible realización¹³².

Es así que en numerosas ocasiones, tal y como lo establece Redondo, “Afirmamos sin lugar a dudas que el Neoconstitucionalismo es una Teoría práctica aplicada al Derecho procesal. El fundamento de esta afirmación radica en que este paradigma es una nueva Teoría del Derecho porque el objeto de estudio son los Derechos fundamentales, busca identificarlos, ubicarlos en los Tratados y Constituciones, analizarlos y determinar su alcance”¹³³.

Pero en este artículo vamos a ir aún más allá, que cuando hablamos de neoconstitucionalismo hablamos de una metateoría.

La razón de esta afirmación es que comprende dentro de ella al constitucionalismo, pero no se queda allí, sino que también promueve los mecanismos necesarios para lograr un acceso real al goce y la protección de los derechos.

De esta forma, el neoconstitucionalismo no solo se queda en lo que respecta al positivismo, con que los derechos fundamentales se encuentran positivizados en la constitución, y que tienen peso normativo, y su incumplimiento acarrea una sanción. Para el neoconstitucionalismo, de los derechos fundamentales se desprenden principios que sin estar legislados son de cumplimiento obligatorio porque protegen valores fundamentales que importan a todo el ordenamiento jurídico y que en su esencia buscan proteger la dignidad de las personas.

Así se afirma en palabras de Redondo que “lo novedoso de esta Teoría es que está dirigida a los tres poderes del Estado, al Poder Legislativo que le encomienda positivizar los derechos pero también las garantías, entendidas como mecanismos de efectivización de aquéllos”¹³⁴.

De ahí que para Cárdenas¹³⁵, el modelo neoconstitucionalista es una visión que impacta la vivencia del derecho. La constitución se presenta como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el típico esquema y método tradicional del derecho de subsunción, sino mediante la ponderación, como se ha insistido arduamente.

De tal forma que en la aplicación del neoconstitucionalismo en relación a los derechos fundamentales, la constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso y la ley pasa a segundo plano, es más la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la constitución. En este sentido Gil Rendón establece

¹³² Cfr. Redondo, María Belén; “Derechos Humanos y acceso a la justicia, una mirada al Neoconstitucionalismo”, Revista Electrónica Iberoamericana, Vol. 9, no2. 2015, Págs. 1-20.

¹³³ Loc. Cit.

¹³⁴ Loc. Cit.

¹³⁵ Cfr. Cardenas, Jaime. Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional, México, UNAM, 2000. Páginas 203-206.

que el “derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores tendencialmente opuestos”¹³⁶.

Por tal motivo el neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley.

El positivismo es una visión ilusoria del derecho, no porque no haya aportado nada, sino que solo establece el deber por el deber, sin detenerse a contemplar si el derecho es fundamental o no. Para el positivismo el aplicar derecho simplemente se reduce a aplicar la norma, porque es norma, no por su moralidad y su alcance justo.

Ante esto, el neoconstitucionalismo no se engaña, sabe que los casos difíciles están ahí, al igual que la colisión entra principios contrapuestos; reconoce esas circunstancias y obliga al juzgador y a toda autoridad a una argumentación suficiente que justifique las decisiones. Porque se está frente a normas cualquiera, estamos ante normas de carácter fundamental.

Desde el punto de vista de Jaime Cárdenas¹³⁷, la conexión entre derecho y moral y esa protección de los derechos fundamentales es inevitable. Los sistemas normativos están interrelacionados entre ellos, y los problemas jurídicos se resuelven aduciendo razones jurídicas. De tal forma que es el neoconstitucionalismo, el que busca en lo más profundo de todo el sistema jurídico y sobre todo en los derechos fundamentales contenidos en la constitución; principios expresos o implícitos para encontrar las soluciones.

Aunque en última instancia toda norma, ya sea principio o regla, como establece MacCormick¹³⁸, se funde dentro del ordenamiento jurídico, lo realmente trascendente consiste en que el juez y la autoridad al decidir lo hagan con fundamento en la moral o en la naturaleza humana.

No se puede desconocer el papel de la moral en el derecho, no se pueden garantizar y proteger los derechos fundamentales sin una tutela judicial constitucional efectiva.

Antes el derecho podía ser definido como un sistema de reglas, en el cual la subsunción era la tarea sustancial del juez. Hoy, el derecho es un conjunto valores, principios y directrices, que concurren en forma conjunta con las reglas, normas jurídicas y leyes en la solución de los conflictos.

La propuesta del neoconstitucionalismo en la que optemos por proponer la prevalencia de más principios que reglas, no implica en modo alguno que las reglas desaparezcan en la resolución de controversias. Todo lo contrario, las normas van a seguir subsistiendo ya que van a representar, siempre, la base para resolver una controversia.

¹³⁶ Gil Rendón, Raymundo. Op. Cit.

¹³⁷ Cfr. Cárdenas, Jaime. Op. Cit.

¹³⁸ Cfr. MacCormick, Neil. Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford University Press, 1978.

Es decir, solo ante la insuficiencia de las reglas, aparecen los principios. Algunas veces los conflictos serán resueltos en parte por el contenido de las reglas y de la misma forma, en otros casos, cuando se configuran cuestiones demasiado complejas en una controversia, la resolución tendrá en cuenta, el derecho, la moral, la justicia y garantizar y proteger los derechos fundamentales.

Todos estos elementos, en forma cohesionada, juegan un rol fundamental en la solución de conflictos y constituyen la base del neoconstitucionalismo. Sin embargo, no todo es tan sencillo como parece. Para lograr esa cohesión y para lograr finalmente garantizar y proteger los derechos fundamentales mediante la aplicación del neoconstitucionalismo, los jueces deben jugar un rol distinto en la forma en que o aplican derecho y la forma en que conciben la constitución y las normas contenidas en ella.

La interpretación moral de la constitución, contrapuesta a una interpretación en sentido literal, responde a una demanda de justicia sustancial, pero, por otro lado, vuelve al derecho incierto. Porque no se logra determinar que alcance tienen los jueces en el modo de aplicar el derecho.

Y en esta ardua tarea por parte del juez al momento de interpretar conforme a principios y de acuerdo a la limitación del poder y la garantía de los derechos, surgen algunos problemas.

En la misma línea, veremos algunos de los problemas que implican el nuevo rol de los jueces en cuanto a la interpretación judicial constitucional a la luz del neoconstitucionalismo. Para ello, se analizarán en los problemas que establece Pozzolo, la mejor expositora sobre el nuevo papel que han de jugar los jueces en el neoconstitucionalismo.

En primer lugar, aparece el problema que según la doctrina neoconstitucionalista, el juez constitucional está consciente del cambio constitucional, o de la interpretación evolutiva de la constitución. Pero también lo debe ser el juez ordinario en la medida en que el texto constitucional esté sujeto a una interpretación dirigida a obtener normas directamente aplicables a las controversias. Esto genera un problema de compatibilidad con el equilibrio de poderes constitucionales reconocido en gran parte de las constituciones contemporáneas¹³⁹.

En segundo lugar, esta interpretación de la constitución implica el hecho de que ésta no pueda ya ser asumida como la norma más elevada del ordenamiento jurídico¹⁴⁰. Ante este problema Troper establece que “ello conlleva que el texto constitucional sea interpretado a la luz de algunos principios superiores, lo cual genera el interrogante acerca de la naturaleza de tales principios supraconstitucionales”¹⁴¹.

En tercer lugar, la tutela de los derechos no es ya confiada al derecho, sino a la interpretación moral del juez. De esta forma su tutela se coloca a un nivel de discurso moral y no al nivel del discurso jurídico, lo cual presupone necesariamente que hay un

¹³⁹ Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, vol. 21, núm. II, 1998, pp. 339-353. Pág. 348.

¹⁴⁰ *Ibid.* Pág. 349.

¹⁴¹ Cfr. Troper, Michel., *La nozione di principio sovraconstituzionale*, en P. Comanducci y R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto* 1996, Giappichelli, Torino, 1996. ¿Página o páginas?

conjunto de normas morales objetivamente válidas y no un relativismo que pueda dar lugar a interpretaciones arbitrarias. Sólo así se explica esta operación¹⁴².

En cuarto lugar y como último problema en el nuevo papel de los jueces, es que la aplicación del derecho incide directamente sobre la tutela de los derechos. La perspectiva que la doctrina neoconstitucionalista toma en consideración, los principios y valores contenidos en cada norma, y esto obliga al juez a que no pueda dictar sentencia de manera automatizada sino razonado, bajo un criterio axiológico y deliberativo¹⁴³.

Ante los problemas, que presenta Pozzolo, no podemos ceder. Aunque existan y sean ciertos, no quiere decir que no sean superables o solucionables.

Y este es precisamente el objetivo del neoconstitucionalismo: establecer que los jueces constitucionales deben dejar de interpretar el derecho como lo han venido haciendo, dar un giro y buscar hacerlo en la forma en que los principios se impugnan en una interpretación *pro homine*; al aceptar de esta forma todas sus características para que su aplicación sea real y certera en el ámbito jurídico, donde la protección y garantía de los derechos fundamentales sea una realidad.

Se considera pues, que una correcta interpretación de los jueces constitucionales al tomar como base la teoría neoconstitucionalista, es la prevalencia de la exigencia de justicia sustancial del caso concreto respecto a la exigencia de certeza de la ley, se ha de apoyar en una interpretación justa y en cierta medida equitativa que supere una dura aplicación, y que se conduzca a sobreponer el plano moral al jurídico. Lo cual no quiere decir, que se deje por un lado el plano jurídico, pero su valor pasa a un segundo plano.

Además, se entiende que los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones como inherentes a la persona, a las cuales, corresponden una obligación por parte de otro sujeto, nos lleva a encontrar que su solidez reside en la moralidad de dicha norma. Pues solo a partir de una correcta aplicación de principios y valores, a través de una correcta ponderación, se logra garantizar que el neoconstitucionalismo proteja y garantice los derechos fundamentales que contienen la dignidad de la persona humana.

Si esto es así, si un derecho es considerado un derecho moral no jurídico, su defensa estaría a merced de las creencias éticas del juez individual, sin que el ciudadano pueda reivindicar su tutela efectiva.

Pero no se trata de ser tan radicales, se trata de establecer lo que más conviene en el mundo contemporáneo, se trata de establecer una jerarquía de valores y principios ponderados por el juez y basados en un derecho jurídico; pero desarrollados y contemplados en cada uno de los derechos fundamentales que le corresponde al hombre en cuanto su esencia.

De tal forma que la tarea interpretativa de los jueces constitucionales debe significar una materialización de los derechos fundamentales demandados, naturalmente

¹⁴² Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, vol. 21, núm. II, 1998, pp. 339-353. Pág. 351.

¹⁴³ *Ibíd.* Pág. 352.

concediendo tutela cuando corresponda y utilizando las herramientas a su alcance para que sea efectiva.

En ese orden de ideas, solo el neoconstitucionalismo bajo sus características bien desarrolladas puede prestar un apoyo invaluable al constituir, como nuevo planteamiento en la Teoría del derecho, un medio no solo necesario, sino indispensable para la defensa de los derechos fundamentales.

La necesidad de esta tutela preferente obedece, en gran medida, a que las controversias vinculadas a derechos fundamentales manejan parámetros interpretativos distintos. A pesar de que el positivismo y como lo estableció el constitucionalismo en su momento, establecieron las expresiones del principio de legalidad, la supremacía de la norma jurídica y la ley, y el principio de congruencia procesal, como sus máximos valores.

El neoconstitucionalismo zanjó de manera contundente dichas propuestas, al postular una teoría que tiene como fin la justicia, la conexión entre derecho y moral y que como consecuencia asegura una efectiva tutela y garantía de los derechos fundamentales no por pertenecer un texto constitucional, sino porque en ellos se recoge la dignidad de la persona humana, base y fin del derecho.

Por lo tanto y a manera de conclusión, la interpretación en el Estado neo constitucional, por excelencia, corre a cargo de los jueces constitucionales. Ello no implica una reducción del rol del legislador sino la afirmación de la premisa de que es atribución de los jueces constitucionales tanto la interpretación de la Constitución como la resolución de controversias constitucionales a la luz de las herramientas interpretativas que contemplan la ponderación, el principio de proporcionalidad y los principios de interpretación constitucional. Y que la ponderación viene a ser el eje principal de la interpretación.

Conclusiones

1. La evolución histórica del neoconstitucionalismo tiene como punto de partida el constitucionalismo y a raíz de las etapas del constitucionalismo es que se da su surgimiento. La primera se desarrolla en Inglaterra, desde comienzos del siglo XVII hasta la época de la emancipación de las colonias americanas, con una fecha clave: la Revolución de 1688. A la segunda se le denomina etapa de positivización, se da con el surgimiento de las primeras constituciones a finales del siglo XVIII, en donde el denominador común es la Libertad. Por ello, la doctrina lo ha denominado constitucionalismo liberal, debido a esa búsqueda indetenible por lograr la abstención y limitar a un Estado absoluto, vertical y cortante de los derechos del individuo. Por último y como tercera etapa, surge el constitucionalismo contemporáneo o que también se le denomina neoconstitucionalismo, el cual busca dejar atrás los vestigios dejados por la Segunda Guerra Mundial, y el constitucionalismo clásico, dando paso a un constitucionalismo contemporáneo que surge con características propias y diferenciales respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de neoconstitucionalismo

2. Es difícil dar una definición del neoconstitucionalismo uniforme y aceptada por los autores que propugnan por esta teoría. Pero no por esta razón deja de ser definible.

Existen varias definiciones de distintos autores, que tienen puntos en común y que ayudan a entender su finalidad en el ámbito jurídico. Aunque vale la pena resaltar que como punto de partida se coincide en que es una teoría del derecho.

3. Las características del neoconstitucionalismo son aceptadas por la gran mayoría de autores, aunque muchas veces difieran en las posturas respecto de cada una. Destaca dentro de las características del neoconstitucionalismo el reconocimiento de que la ponderación debe prevalecer sobre la subsunción. Es decir, que se han de aplicar principios y valores y no una automatización de la norma. Estas características son el eje sobre las cuales se aplica el neoconstitucionalismo, y son en el fondo las que realmente terminan definiéndolo. El neoconstitucionalismo busca de esta forma que dichas características impregnen la constitución y que la misma forme parte en la interpretación de todas las ramas del derecho, porque solo de esta manera se logra una total aplicabilidad e integración de los principios y valores que contiene.

5. Al juez constitucional, dentro de la teoría neoconstitucionalista, le corresponde valorar esos principios y valores y no solo aplicar la norma, solo porque su formación fue legal. De ahí que, la interpretación de los jueces constitucionales al tomar como base la teoría neoconstitucionalista, busca la prevalencia de la exigencia de la justicia sustancial del caso concreto respecto a la exigencia de certeza de la ley, apoyar en una interpretación moral que supere una dura aplicación, y que se conduzca a sobreponer el plano moral al jurídico. Lo cual no quiere decir, que se deje por un lado el plano jurídico, pero su valor pasa a un segundo plano.

6. Lo anterior nos lleva a una clara superación del positivismo jurídico, para el neoconstitucionalismo ya no se trata de aplicar la norma por aplicarla, se trata de valorar la moralidad de cada una de las normas y su fundamento en el derecho natural. Para esto es importante, establecer la validez del derecho en razón de la justicia. El peligro con esto es que el juez confunda los actos morales con los actos jurídicos siendo estos dos actos totalmente distintos y tomando como punto de partida que la moral está por encima del derecho. Los jueces tendrán más argumentos al momento de impartir justicia, pero no por eso pueden juzgar sobre campos en los que no les atañe, porque no pertenecen al ámbito jurídico.

7. El neoconstitucionalismo debe apegarse al valor justicia, porque es allí donde encuentra su sentido y finalidad. Su aplicación en el mundo real del derecho, debe ser un vínculo entre la moral y el derecho, expulsando de esta forma toda norma injusta que contravenga la naturaleza humana. Esta nueva teoría postula los principios para garantizar y proteger los derechos fundamentales y el reconocimiento de la dignidad de la persona, como respuesta a su estructura ontológica.

9. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en recientes sentencias ha empezado a utilizar algunas de las características del neoconstitucionalismo, se espera que esta tendencia continúe. Se puede evidenciar un claro uso predominante de la ponderación, en donde se busca aplicar principios y llegar al fondo de la norma su fin último. Aún se está lejos de llegar a aplicar todas las características del neoconstitucionalismo en todas las sentencias; pero no por esta razón se deja de ver que se está haciendo el intento que al momento de dictar sentencia en cuanto a derecho, se haga basado en una base justa, que responde a la dignidad de la persona, a su estructura ontológica.

Bibliografía

Referencias bibliográficas

Aguilera Portales, Rafael Enrique y Rogelio López Sánchez, “Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli”, revista Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004, 57-60.

Ahumada, María Ángeles. **Neoconstitucionalismo y constitucionalismo**, en P. Comanducci, M. A. Ahumada y D. González Lagier, Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

Alexy, Robert.

Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

El concepto y la validez del Derecho, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.

Baquerizo, Jorge., **Sobre Neoconstitucionalismo, principios y ponderación**. Notas desde la teoría y la filosofía del Derecho, Edilex S. A. editores, Guayaquil, 2011.

Barraca Mairal, Javier. **Pensar el Derecho**, Madrid, Palabra, 2005.

Barberis, Mauro. “¿Existe el Neoconstitucionalismo?”, Revista Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. No. 4. (2015), 455-478.

Berizonce, Roberto. (Coordinador), **El Juez y la magistratura**., Tendencias en los albores del siglo XXI, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.

Bernal Pulido, Carlos.

“El neoconstitucionalismo a debate”, en Temas de Derecho Público No. 76, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá, 2006.

El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Cap. 3, segunda parte, UNAM, México, 2007.

Bidart Campos, José. **Teoría General de los Derechos Humanos**. Buenos Aires, Editorial Astrea. 1989.

Campbell, Tom. **La justicia. Los principales debates contemporáneos**. Trad. Silvina Álvarez. Editorial Gedisa, Barcelona, 2002.

Carbonell, Miguel., **Nuevos tiempos para el constitucionalismo**, en carbonell, m. (coord.), Neoconstitucionalismo(s), trota, madrid, 2003.

Cardenas, Jaime, **Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional**, México, UNAM, 2000.

Comanducci, Paolo.

“Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”. En *Isonomia, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 16 (2002), 89-112.

“Modelos e interpretación constitucional”, en Gaxiola, Jorge et al., (Coords.), *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2006, 2a ed.*, México, Fontamara, 2012.

Derisi, Octavio. **Los fundamentos metafísicos del orden moral**, Universitas, Argentina, 1980.

Domingo, Tomas. “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad”, *Revista Persona y Derecho*, No. 56 (2007) 245-280.

Domínguez Antonio., **Neoconstitucionalismo y derechos colectivos**, y vta. Ediar, Buenos Aires, 2005.

Dworkin, Ronald.

El Imperio de la Justicia. Gedisa, Barcelona, 1988.

Los derechos en serio, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

Eisenmann, Charles, “La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d’Autriche”, *Presses Unversitaires D’aix, Marseille*, 1986.

Ferrajoli, Luis.

El Derecho como sistema de Garantías, Derechos y Garantías: La Ley del más Débil, Editorial Trotta, 2009, Madrid.

Los fundamentos de los derechos fundamentales, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Editorial Trotta, 2001

Pasado y futuro del estado de derecho, en Carbonell, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a ed., Trotta, Madrid, 2009.

“Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 15. 2006.

García Figueroa, Antonio, “Criaturas de la moralidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), 461-506.

García Máynez, Eduardo. **Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo**. Universidad Nacional Autónoma de México–FFL. México. 1968.

García Jaramillo, Leonardo. "Intento de conceptualización y defensa del neoconstitucionalismo", Revista Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. No. 4. (2015), 459-482.

Gil Rendón, Raymundo. "El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales", Revista Quid Iuris, México, v. 12, 2011.

Gómez Pérez, Rafael. **Deontología Jurídica**, Pamplona, EUNSA, 1988.

González Álvarez, Roberto. **Constitución ley y proceso**. Ara Editores. Perú 2013.

Grados, Guido. "¿Hacia un (neo) neoconstitucionalismo?". Revista Electrónica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2. (2013), 1366-1394.

Guastini, Riccardo,

Distinguendo, Giappichelli, Torino, 1996.

La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano, en Estudios de teoría constitucional, IIJ-UNAM, Fontamara, México, 2001.

"La interpretación de la Constitución". En J. Fabra Zamora, & E. Spector (eds.), Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, v. 3, México, 2015. Págs. 2011-2086.

Hervada, Javier.

Introducción Crítica al Derecho Natural, Pamplona, EUNSA, 2007.

Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho, Pamplona, EUNSA, 1992.

1988. Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico Javier Hervada [en línea] [revista Dikaion, Vol 2]

Larrea, Ana María. **Neoconstitucionalismo: una aproximación crítica**, Tesis inédita de doctorado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2011.

Laporta. **Entre el Derecho y la moral**, Ed. Fontamara, México, 1993.

La Torre, Massimo. "Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea", en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 16, 1993.

Lumia, Giuseppe. **Principios de teoría e ideología del Derecho**. Editorial Debate, Madrid, 1993.

Madrazo, Sergio. **El principio de omnipresencia constitucional en la tutela judicial del debido proceso**, Tesis inédita de doctorado, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2016.

Maccormick, Neil, **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford University Press, 1978.

Maritain, Jaques. **El Hombre y el Estado**, España, Encuentro, 1983.

Martínez, Emilio. **Justicia, en JO palabras clave en Ética**. Adela Cortina (Dir.) Navarra: Editorial Verbo Divino, 1998.

Martínez Roldan, Luis y Jesús A. Fernández. **Curso de teoría del Derecho**. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1999.

Möller, Max. "**La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos**". Burgos: Universidad de Burgos. 2008.

Moreso, José. **Lo que queda del positivismo jurídico, en La Constitución: modelo para armar**, M. Pons, Madrid, 2009.

Pérez Luna. Antonio-Enrique. **Teoría del Derecho**. Tecnos, Madrid, 2004.

Platón, "La república o de lo justo", en Diálogos, México, Porrúa.

Pozzolo, Susana.

"Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di 'Neocostituzionalismo e positivismo giuridico'", *Diritto & questioni pubbliche*, n.3, 2003

"Neoconstitucionalismo", *Eunomía, revista en cultura de la legalidad*. No. 11, octubre 2016 páginas. 142-151.

"Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, vol. 21, núm. II, 1998, pp. 339-353.

Rawls, John., **Teoría de la justicia**, FCE, México, 1997.

Redondo, María Belén;

"Derechos Humanos y acceso a la justicia, una mirada al Neoconstitucionalismo", *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 9, no2. 2015, Páginas: 1-20

"El debido Proceso en el Neoconstitucionalismo", publicado en *Revista e-Universitas U.N.R. Journal Año 8-Volumen 1-Noviembre 2015*.

Sagüés, Nestor., "Del Juez legal al juez constitucional en Estado Constitucional" *Revista No. 1-abril 2011*, Editorial Adrus, Lima, 2011.

San Agustín. **La ciudad de Dios**. Tecnos, Madrid, 2007.

Sanchís, Luis Pedro.

“Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, Artículo “Presupuestos Ideológicos y Doctrinales de la Jurisdicción Constitucional”, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

“¿Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 (2010), 461-506.

“Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. Publicado en anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001.

Schmith, Karl., **Legalidad y legitimidad**, en **Héctor Orestes Aguilar (comp.), Karl Schmitt, teólogo de la política**. Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

Solano Vicente. “El neconstitucionalismo. Una definición y una taxonomía latinoamericana” *Ius Humani*. Revista de Derecho Vol. 5, 2016.

Troper, Michel **La nozione di principio sovraconstituzionale**, en **P. Comanducci y R. Guastini (a cura di)**, **Analisi e diritto 1996.**, Giappichelli, Torino, 1996.

Vieria, Joao, “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”. 3. Ed. Coimbra: Almedina. 2004.

Vintimilla, Jaime., “El Neoconstitucionalismo en la mira”, *Revista Iuris Dictio* Año 13. Vol 15 enero- junio, (2013).

Vitale, Estuardo. **¿Teoría del Derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli**. En L. Ferrajoli, L. Baccelli, M. Bovero y otros *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.

Zagrebelsky, Gustavo,

El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Trotta, Madrid, 1995.

La corte constitucional u la interpretación de la constitución. Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

Referencias electrónicas

Benedicto XVI. 2011. Visita al Parlamento Alemán [en línea]
http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2011/september/documents/hf_b-en-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin_sp.html#_ftn1 [9 de marzo de 2014]

Edwin Figueroa Gutara. Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional [en línea]
<https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/> [17 de marzo de 2018].

Edwin Figueroa Gutara. Dimensiones del Estad neoconstitucional [en línea] <https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/> [17 de marzo de 2018].

Edwin Figueroa Gutarra. La constitucionalidad de las leyes [en línea] <https://edwinfigueroag.wordpress.com/7-la-constitucionalidad-de-las-leyes/> [13 de julio de 2017].

Joaquín Varela Suanzes-Carpegna. Las cuatro etapas de la historia constitucional comparada [en línea] <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/las-cuatro-etapas-de-la-historia-constitucional-comparada/>. [13 de marzo de 2018].

¿Qué es la subsunción jurídica? [En línea] www.significadolegal.com/2011/06/que-significa-subsuncion.html [19 de febrero de 2018]