

## NEOCONSTITUCIONALISMO<sup>1</sup>

### NEOCONSTITUTIONALISM

JORGE RAÚL ARROYAVE REYES<sup>2</sup>

#### Resumen

El Neoconstitucionalismo es referido por algunos de sus defensores como una nueva corriente teórica del Derecho, que ha venido a cambiar la propia Teoría General del Derecho. Le atribuyen a Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Santiago Nino, entre otros, ser los precursores de esta corriente teórica, aunque ellos en lo personal no hacen referencia en ninguno de sus textos al neoconstitucionalismo, pero se les carga de ser partidarios de esta por los postulados que defienden y lo que entienden por Derecho.

Cada uno de ellos desarrollan posiciones epistemológicas, orientadas generalmente a la distinción entre reglas y principios, su método de interpretación y de aplicación como parte del derecho o bien la relación entre el derecho y la moral.

En la filosofía del Derecho, existe y existirá una lucha entre iusnaturalistas e iuspositivistas, quienes defenderán el origen del derecho atendiendo a sus propios postulados. En esa labor intelectual, se ha pretendido situar al Neoconstitucionalismo como una corriente nueva, pero no es más que un disfraz del derecho natural. De esa cuenta algunos operadores jurídicos, principalmente en las cortes constitucionales, abusando de la interpretación y de la ponderación, en sus ponencias han desvirtuado el sentido del texto de la Constitución afirmando que ese texto dice, lo que en realidad no dice, pero ellos dicen que lo dice, todo bajo la sombrilla protectora del famoso Neoconstitucionalismo.

#### Palabras clave

Derecho Natural, Derecho Positivo, Constitución, Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo.

---

<sup>1</sup>El contenido de este artículo forma parte del capítulo IV del libro El Neoconstitucionalismo y el Lawfare, instrumento de politización de la justicia, escrito por Jorge Raúl Arroyave Reyes, publicado por Editorial Estudiantil Fenix. <https://editorialestudiantilfenix.com/>

<sup>2</sup>Doctor en Derecho, Maestro en Derechos Humanos, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, por la Universidad de San Carlos de Guatemala, catedrático de Derecho Procesal Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo. Correo electrónico: [jarroyave@unis.edu.gt](mailto:jarroyave@unis.edu.gt)

## **Abstract**

Neoconstitutionalism is referred to by some of its defenders as a new theoretical current of Law, which has come to change the General Theory of Law. Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Santiago Nino, among others, are considered the forerunners of this theoretical current, although they personally do not refer to neoconstitutionalism in any of their texts, but they are credited with being supporters of this theory, due to the postulates they defend and what they understand by Law.

Each of them developed epistemological positions, generally oriented to the distinction between rules and principles, their method of interpretation and application as part of the law or the relationship between Law and morality.

In the philosophy of Law, there is and will be a struggle between iusnaturalism and iuspositivism, who will defend the origin of law based on their own postulates. In this intellectual work, it has been tried to place Neoconstitutionalism as a new current, but it is nothing more than a disguise of natural law. On this account, some legal practitioners, mainly in the constitutional courts, abusing interpretation and consideration in their presentations have undermined what the Constitution says or does not say, under the protective umbrella of the famous Neoconstitutionalism.

## **Key words**

Natural Law, Positive Law, Constitution, Constitutionalism, Neoconstitutionalism.

**Sumario:** 1. Concepto. 2. Clasificación.

### **1. Concepto**

Al decir de Luis Vigo<sup>3</sup>, el neoconstitucionalismo propone

- a) En primer lugar, una filosofía jurídica que utiliza en buena medida como banco de prueba o respaldo de su tesis la misma realidad del Estado de Derecho Constitucional, de modo que terminan explicando, avalando y auspiciándolo;
- b) En segundo lugar, los neoconstitucionalistas no asimilan el derecho a solo reglas o normas (supuestos fácticos a los que se les atribuye hipotéticamente consecuencias jurídicas), sino que también lo reconocen al derecho contenido en derechos humanos, principios o valores. De ese modo es posible para los juristas extraer desde ellos ciertas respuestas jurídicas que están implícitas u ocultas, e incluso hacerlas prevalecer sobre las respuestas explícitas autoritariamente dispuestas por medio de normas. Así la moral se constituye un límite al derecho,

---

<sup>3</sup> Vigo, Rodolfo Luis. Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo, coincidencias y diferencias, Editorial Porrúa, S.A. de CV, México, 2016. Pág. 226.

- y dentro del mismo circula la moral contenida en los derechos humanos, principios o valores;
- c) En tercer lugar, se rehabilita la razón práctica en tanto se confía que es posible valorar racionalmente las soluciones jurídicas autoritativas e identificar las mejores respuestas para los casos jurídicos.

Los autores neoconstitucionalistas confían en la argumentación, es decir, en la capacidad de que las soluciones a sus problemas jurídicos se establezcan por medio de razones o argumentos que las respalden. Más que la seguridad jurídica, preocupan valores como la justicia o la equidad, y son los jueces los encargados de velar por que estos fines no se aborten o se frustren. Se pretende que todo el derecho -también el legislativo- sea fruto de decisiones racionales a las que se pueda controlar judicialmente en esa racionalidad procedimental y sustancial<sup>4</sup>.

“El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas «materiales» o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”<sup>5</sup>.

Hago un paréntesis acá luego de las citas anteriores para puntualizar y cuestionar, si el neoconstitucionalismo pretende explicar a todo un conjunto de textos constitucionales, ¿ello lo hace ser una teoría? Si es tan novedoso el término neoconstitucionalismo, ¿Por qué si ya han transcurrido más de cincuenta años, desde que surgieron constituciones con un contenido de los llamados derechos fundamentales y derechos humanos en sus diferentes generaciones, hoy resulta ser novedoso el neoconstitucionalismo? Nadie duda de la existencia de principios como parte del derecho y que su método o forma de interpretar es distinta a la de las reglas, ¿Cuál es lo novedoso entonces? Si el neoconstitucionalismo constituye una teoría del derecho, ¿Cuáles son sus postulados epistemológicos? ¿La pretensión de explicar un conjunto de textos constitucionales, lo convierte en una teoría?

Pozzolo, nos dice que “El neoconstitucionalismo, es necesario advertir, no resulta del todo homogéneo al positivismo jurídico (metodológico). Ello en cuanto no se presenta en absoluto como una forma descriptiva sino, como mínimo, como una reconstrucción racional y, como máximo, como una justificación del sistema. La doctrina neoconstitucionalista, en definitiva, es también, si no, sobre todo, una política constitucional: que indica no como el Derecho es, sino como el Derecho debe ser”<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Loc. Cit.

<sup>5</sup> Carbonell, Miguel, Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, -UNAM-, Editorial Trotta, S.A., 2007. Pág. 10.

<sup>6</sup> S. Pozzolo, Susanna. Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico (Spanish Edition). Palestra Editores. Edición de Kindle. Posición 291.

El neoconstitucionalismo puede ser reconstruido como modelo<sup>7</sup>. Éste presenta las siguientes tesis:

1. El Derecho ofrece razones para actuar. Ello implica que el derecho debe ser digno de respeto: este se distingue del mero mandato por su pretensión de justicia. El Derecho incorpora los principios morales que pertenecen a una moral racionalmente fundada.
2. La autoridad del Derecho deriva de estándares internos al derecho mismo, a través de la conexión necesaria y no contingente entre el Derecho positivo y la justicia.
3. El objetivo de la teoría es reproducir el modo en el que el Derecho funciona en aquellos que adoptan su punto de vista: esto último es necesariamente normativo de modo que también la doctrina tendría que asumir un punto de vista no neutral sino comprometido. De este modo, en realidad, forma parte de las actividades de la teoría la construcción de interpretaciones sistemáticas coherentes con el desarrollo de los principios fundamentales.
4. La idea que el Derecho sea un sistema coercitivo es una perversión de la teoría porque la aceptación del derecho no puede deberse a razones prudenciales.
5. El objetivo anti-formalista que tiende a la justicia sustancial perseguido por la jurisprudencia, exige que haga referencia a principios y valores que limitan o eluden la discrecionalidad judicial.
6. La teoría de la interpretación es ejemplificada por la técnica de la ponderación entre principios: ella, en efecto, incluye la correlación con un orden independiente de valores. La interpretación, además, no está configurada tanto como resultado sino como un proceso racional que conforma el Derecho.
7. La normatividad del Derecho está relacionada con su promoción del bien común; por esta vía la obligatoriedad del Derecho encuentra una justificación independiente de las preferencias de juristas y ciudadanos. Y la justificación del Derecho es claramente moral: el derecho y la moral son parte del mismo discurso.
8. El Derecho es una realidad dinámica que consiste, sobre todo, en una práctica social compleja.
9. La validez del Derecho debe entenderse en términos sustanciales y la jurisdicción tiene entre sus tareas la interpretación adecuada de la ley a los principios constitucionales.
10. Existen criterios objetivos (como la universalización) que pueden ofrecer un carácter racional a la justificación práctica de las decisiones (la jurisprudencia es solo instrumental y, por lo tanto, insuficiente).

El Neoconstitucionalismo contemporáneo es una doctrina que, según sus partidarios, surge justamente en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del

---

<sup>7</sup> Ibidem, posición 4373 y ss.

derecho que pretende superar y en un sentido suplantar sea al positivismo jurídico sea al iusnaturalismo<sup>8</sup>.

Otro autor<sup>9</sup>, afirma que el Neoconstitucionalismo es un conjunto de doctrinas de variada índole que examinan o justifican la reconfiguración del derecho constitucional o del orden jurídico-vinculada al fenómeno de la constitucionalización del Derecho. Indicando además que dicha corriente se distinguiría fundamentalmente por la forma en que se concibe la Constitución, no tanto por ciertas cualidades que esta como texto normativo reúna. Señalando la importancia de indagar en los componentes básicos de esa comprensión constitucional.<sup>10</sup> Esa comprensión constitucional consistiría inicialmente en una aproximación moral al Derecho impulsada por la incorporación expansiva de contenidos morales en las Constituciones y por la manera de entender la interpretación constitucional<sup>11</sup>.

Al decir de García Amado,<sup>12</sup> “el llamado neoconstitucionalismo entiende que la Constitución no se agota en los enunciados constitucionales ni en las interpretaciones posibles que de esos enunciados quepan de la mano con la semántica y la sintaxis de nuestro lenguaje ni con los cánones de la interpretación usuales en la práctica jurídica y que sirven para justificar la elección de alguna de esas interpretaciones posibles. La Constitución es más que el texto constitucional, puesto que de ella forma parte también un contexto axiológico, razón ésta por la que la aplicación de la Constitución debe en muchas ocasiones ir más allá de la pura interpretación de sus enunciados y de la apreciación de la prueba de los hechos del caso y buscar que en los fallos constitucionales se realicen esos valores objetivos que son, al tiempo que morales, también valores constitucionales.”

El neoconstitucionalismo puede ser entendido como aquel esquema teórico que explica el proceso de transformación de la tradición formalista del derecho, derivado de la aceptación y comprensión de la norma fundamental como norma jurídica que integra un sistema de principios y valores que respaldan todo el derecho y, por consiguiente, al Estado y sus actividades<sup>13</sup>.

Las diferentes definiciones del concepto neoconstitucionalismo, nos conducen a visualizar en ellas elementos comunes, como los términos “valores”, “principios”, “moral”, y eso no es por nada nuevo en un sistema u ordenamiento jurídico, y menos aún en la Teoría y Filosofía del Derecho.

---

<sup>8</sup> P. Comanducci, Estudios sobre Constitución y Derechos Fundamentales, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, Págs. 41 y 42.

<sup>9</sup> Casal Hernández, J. María, Las Transformaciones del Constitucionalismo y la Justicia Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2017, Pág. 20.

<sup>10</sup> Ibidem, Pág. 24.

<sup>11</sup> Loc. Cit.

<sup>12</sup> García Amado, J. Antonio, El Derecho y sus Circunstancias Nuevos Ensayos de Filosofía Jurídica, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010, Pág. 200.

<sup>13</sup> Romero Martínez, J. Manuel, Ob. Cit. Pág. 18.

Pareciera esto un círculo vicioso del conflicto decimonónico entre iusnaturalismo y el iuspositivismo, pero va más allá de esos postulados, porque no podemos negar que los valores como tales van implícitos en la norma, ya que los creadores de la misma son seres humanos y por lo tanto en cada uno de ellos existen valores y principios, pero si es importante indicar que ambas posiciones epistemológicas tienen claros y definidos sus postulados como teorías, y no a medias tintas utilizando a conveniencia unas y otras como lo hace el neoconstitucionalismo, que quiere ser naturalista y positivista en cualquiera de sus variantes, o negando a una o a otra a conveniencia al momento de ser aplicado en “un caso difícil” para utilizar un término de Dworkin.

Al igual que Pozzolo, García Amado,<sup>14</sup> identifica diez caracteres definitorios del Neoconstitucionalismo:

1. Dato histórico: la presencia en las constituciones contemporáneas de cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía, así como de cláusulas de carácter valorativo cuya estructura y forma de obligar y aplicarse es distinta de las de las “reglas”. Se trataría del componente material axiológico de las constituciones.
2. La muy relevante presencia de ese tipo de normas, que conforman la Constitución material o axiológica, implica que las constituciones tienen su parte central o su pilar básico en un determinado orden de valores, de carácter objetivo.
3. Así entendida, la Constitución refleja un orden social necesario, con un grado preestablecido de realización de ese modelo constitucionalmente prefigurado y de los correspondientes derechos.
4. Ese orden de valores o esa moral constitucional(izada) poseen una fuerza resolutoria tal como para contener respuesta cierta o aproximada para cualquier caso en el que se vean implicados derechos, principios o valores constitucionales. Tal respuesta será una única respuesta correcta o parte de las respuestas correctas posibles. La pauta de corrección es una pauta directamente material, sin mediaciones formales ni semánticas.
5. Esa predeterminación de las respuestas constitucionalmente posibles y correctas lleva a que deba existir un órgano que vele por su efectiva plasmación para cada caso, y tal labor pertenece a los jueces en general y a los tribunales constitucionales en particular, ya sea declarando inconstitucional normas legisladas, ya sea excepcionando, en nombre de la Constitución y sus valores y derechos, la aplicación de la ley constitucional al caso concreto, o ya sea resolviendo con objetividad y precisión conflictos entre derechos o principios constitucionales en el caso concreto.

---

<sup>14</sup> García Amado, J. Antonio, Ob. Cit. Págs. 134, 135 y 136.

6. Puesto que en el orden axiológico de la Constitución quedan predeterminadas las soluciones para todos los casos posibles con relevancia constitucional, el juez que resuelve tales casos no ejerce discrecionalidad ninguna (Dworkin) o la ejerce sólo en aquellos casos puntuales en los que, a la luz de las circunstancias del caso y de las normas aplicables, haya un empate entre los derechos o principios constitucionales concurrentes (Alexy).
7. En consecuencia y dado que las respuestas para esos casos con relevancia constitucional están predeterminadas en la parte axiológica de la Constitución, el aplicador judicial de ella ha de poseer la capacidad y el método adecuado para captar tales soluciones objetivamente impuestas por la Constitución para los casos con relevancia constitucional. Tal método es el de ponderación.
8. La combinación de constitución axiológica, confianza en la prefiguración constitucional –en esa parte axiológica– de la (única) respuesta correcta, la negación de la discrecionalidad y el método ponderativo llevan a las cortes constitucionales a convertirse en *suprainstancias judiciales de revisión*, pero, al tiempo, les proporcionan la excusa teórica para negar ese desbordamiento de sus funciones, ya que justifican su intromisión revisora aludiendo a su cometido de comprobar que en el caso los jueces “inferiores” han respetado el contenido que constitucionalmente corresponde necesariamente a cada derecho.
9. Puesto que los fundamentos de ese neoconstitucionalismo, por las razones expuestas en los puntos anteriores, son metafísicos y se apoyan en una doctrina ética de corte objetivista y cognitivista, en las decisiones correspondientes de los tribunales, y muy en particular de los tribunales constitucionales, hay un fuerte desplazamiento de la argumentación y de sus reglas básicas. Dicha argumentación adquiere tintes pretendidamente demostrativos, puesto que no se trata de justificar opciones discrecionales, sino de mostrar que se plasma en la decisión la respuesta que la constitución axiológica prescribe para el caso. Con ello, la argumentación constitucional se tiñe de metafísica y adquiere visos fuertemente esotéricos.
10. El neoconstitucionalismo, en consecuencia, posee tres componentes filosóficos muy rotundos. En lo ontológico, el objetivismo derivado de afirmar que, por debajo de los puros enunciados constitucionales, con sus ambigüedades y su vaguedad, con sus márgenes de indeterminación semántica, sintáctica y hasta pragmática, existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional, bien preciso y dirimente. En lo epistemológico, el cognitivismo resultante de afirmar que las soluciones precisas y necesarias que de ese orden axiológico constitucional se desprenden pueden ser conocidas y consecuentemente aplicadas por los jueces. En lo político y social, el elitismo de entender que sólo los jueces o prioritariamente los jueces, y en especial los tribunales constitucionales, están plenamente capacitados para captar ese orden axiológico constitucional y lo que exactamente

dicta para cada caso, razón por la que poseen los jueces el privilegio político de poder enmendar al legislador excepcionando la ley y justificando en el caso concreto la decisión contra *legem*, que será decisión *pro constitutione*, por cuanto que es decisión basada en algún valor constitucional.

## 2. Clasificación

Luis Rodolfo Vigo,<sup>15</sup> hace referencia a que fue Luigi Ferrajoli quien se encargó de poner claridad al afirmar de la existencia de dos grupos de neoconstitucionalismos:

- a. **Los no-positivistas**, incluso iusnaturalistas o tendencialmente iusnaturalistas, identificando entre ellos a Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, Nino, Atienza, Ruiz Manero y García Figueroa. Estos reconocen lo siguiente: a) un límite moral dilucidado racionalmente para el derecho; b) se apartan de las visiones que reducen el derecho a reglas, y reclaman en el mismo principios y valores; c) confían en la existencia de una razón práctica idónea para resolver conflictos morales por medio de ponderaciones; d) prestan atención privilegiada a los casos concretos, y no sólo a los casos genéricos y fáciles; e) sin perjuicio de conceptos “descriptivistas”<sup>16</sup> del derecho, entienden que la definición más explicativa incluye necesariamente valoraciones; f) el análisis de la validez de una norma jurídica no puede reducirse a la dimensión justificatoria formal o lógica, pues debe incorporar el contenido; g) importa la racionalidad práctica sustancial, pero también importa la racionalidad procedimental; h) la filosofía jurídica constituye un saber jurídico específico diferenciado de la ciencia jurídica, y es imprescindible para operar el derecho; i) el concepto del derecho termina siendo interpretativo o argumentativo; j) el sistema jurídico que puede postularse requiere apertura, dinamismo, pluralidad y flexibilidad, poniéndose a prueba en los casos resueltos; k) defienden una teoría amplia de las fuentes del derecho no atada a soberanías nacionales, a nóminas exhaustivas ni a jerarquías apriorísticas; l) asumen una preocupación orientada a la vigencia de la democracia y los derechos humanos; ll) reconocen el papel decisivo de los jueces a la hora de controlar la validez jurídica de todas las normas, m) admiten que el contenido moral de los derechos impregna a todo el derecho; n) postulan controlar desde una moral racional a las morales sociales vigentes; o) defienden una filosofía o razón práctica con sus dimensiones morales, política y jurídicas.

En síntesis, nos dice Vigo<sup>17</sup>, rechazan las tres tesis centrales que caracterizan al positivismo según Bulygin:

---

<sup>15</sup> Vigo, Rodolfo Luis, Ob. Cit. Págs. 416, 417, 418.

<sup>16</sup> Autores que estudian o se ocupan del Estado Constitucional de Derecho, lo critican y se limitan a perspectivas meramente explicativas o descriptivistas.

<sup>17</sup> Vigo, Rodolfo Luis, Ob. Cit. Pág. 420.



1. La tesis conceptual de la positividad del derecho, en tanto admiten que existen contenidos inadmisibles o necesarios para el derecho.
  2. La tesis epistemológica que reclama un punto de vista descriptivo, sin conexiones con valoraciones o prescripciones dado que privilegian un conocimiento que las incluya.
  3. La tesis del escepticismo ético o axiológico, pues frente al rechazo de cualquier razón práctica de los positivistas, los neoconstitucionalistas no positivistas y los iusnaturalistas defienden cierto cognitivismo y objetivismo ético.
- b. Los positivistas.** Dentro de ellos Luigi Ferrajoli. También podría denominárseles positivistas críticos. Son los que mantiene firmes convicciones positivistas, siendo estas las siguientes: a) el rechazo a una razón práctica, lo que conlleva que los valores se asumen pero no se justifican, denunciando a todos los objetivismos y cognitivismos éticos por degenerar en absolutismo; b) el reivindicar un derecho constituido por reglas que pueden aplicarse subsuntivamente; c) la desconfianza en la judicialización del derecho, atento a que los jueces ostentan un “poder-saber” y la creación del derecho los deslegitima; d) el compromiso político de los juristas que exige denunciar lagunas y antinomias en orden a lograr que el “deber ser” contenido en la Constitución se convierta en “ser” derecho; e) defensa de la democracia sustancial y no meramente procedimental como la del Estado del derecho legal, en donde hay cuestiones ya decididas que están sustraídas de la voluntad popular; f) promoción del proyecto constitucional llevándolo del plano nacional al internacional, garantizando a la totalidad de los derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares.

Por otra parte, Paolo Comanducci, realiza una clasificación del neoconstitucionalismo partiendo de la triple distinción del positivismo formulada por Norberto Bobbio.

#### **a. Neoconstitucionalismo Teórico**

El neoconstitucionalismo como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además que por una Constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la Constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> P. Comanducci, Ob. Cit. Pág. 44.

### **b. Neoconstitucionalismo Ideológico**

Según el neoconstitucionalismo ideológico contemporáneo, en cambio, se debe obediencia al derecho solo si tiene un determinado contenido, es decir, si se conforma a una Constitución que tiene a su vez un determinado contenido: una Constitución formada por un conjunto de principios, valores y derechos fundamentales que constituyen —al menos en opinión de algunos autores cognitivistas como Dworkin; no en opinión de otros, no cognitivistas como Ferrajoli— la positivización de la moral crítica. La justificación de la obediencia al derecho, no a cualquier derecho, es brindada por una moral que “nace” fuera del derecho y después se incorpora al sistema jurídico en su más alto nivel, la constitución. Solo está justificada la obediencia a las leyes de un Estado constitucional y democrático de derecho<sup>19</sup>.

### **c. Neoconstitucionalismo Metodológico**

Tal denominación recuerda explícitamente y se contrapone al positivismo metodológico y conceptual, que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir el derecho como es, y distinguirlo por tanto del derecho como debería ser. Esta tesis tiene, al menos dos corolarios: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la de la no conexión necesaria entre derecho y moral. El neoconstitucionalismo metodológico sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral.<sup>20</sup>

Esta triple clasificación basada en la distinción que Norberto Bobbio hace del Derecho Positivo:

1. Una determinada forma de abordar el estudio del Derecho
2. Una determinada Teoría del Derecho
3. Una determinada ideología sobre el Derecho

---

<sup>19</sup> P. Comanducci, Ob. Cit. Págs. 48 y 49.

<sup>20</sup> Ibidem, Pág. 53.

### CUADRO COMPARATIVO

Clasificación Paolo Comanducci <b>NEOCONSTITUCIONALISMO</b>	Clasificación Norberto Bobbio. <b>POSITIVISMO</b>
<b>Teórico.</b> El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además que por una Constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la Constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley	<b>Teórico.</b> Como Teoría del Derecho, parte de seis concepciones fundamentales: a) La teoría coactiva del Derecho; b) La teoría legislativa del Derecho; c) La teoría imperativa del Derecho; d) La teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico; e) La teoría de la interpretación lógica o mecanicista del Derecho.
<b>Ideológico.</b> Según el neoconstitucionalismo ideológico contemporáneo, en cambio, se debe obediencia al derecho solo si tiene un determinado contenido, es decir, si se conforma a una Constitución que tiene a su vez un determinado contenido: una Constitución formada por un conjunto de principios, valores y derechos fundamentales que constituyen —al menos en opinión de algunos autores cognitivistas como Dworkin; no en opinión de otros, no cognitivistas como Ferrajoli— la positivización de la moral crítica	<b>Ideológico.</b> La obediencia incondicional al Derecho, por el simple hecho de ser Derecho; El Derecho ya de por sí posee un determinado valor, el del orden, independientemente de su justicia.
<b>Metodológico.</b> El neoconstitucionalismo metodológico sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral	<b>Metodológico.</b> El estudio del Derecho deber ser realizado concibiéndolo como un hecho y no como valor: el juicio de valor excedería el ámbito de la Ciencia jurídica.

La comparación nos conduce a formularnos la pregunta ¿Por qué utilizar los signos distintivos o característicos del Derecho Positivo, para clasificar a una “nueva” corriente teórica? Si el Neoconstitucionalismo es algo novedoso, algo nuevo, algo diferente, ¿Por qué su clasificación parte de las que le son propias al positivismo?

Si analizamos la clasificación dada, esta se manifiesta contradiciendo los postulados del positivismo, y si ello es así ¿acaso no estaríamos situados en la corriente iusnaturalista? ¿Neoconstitucionalismo no es más que una palabra llamativa, que nos lleva de nuevo hacia el camino de pugna eterna entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo?

El profesor García Amado, realiza una diferenciación entre la visión del constitucionalismo positivista y la visión neoconstitucionalista de la Constitución. La visión del constitucionalismo positivista se caracterizaría por la defensa de las siguientes tesis: “a) Las Constituciones (como cualesquiera otras normas jurídicas) mandan por sí lo que claramente se corresponda con la referencia de sus términos y enunciados”. “b) En los márgenes de vaguedad o zonas de penumbra la Constitución es abierta y podrá ser

concretada de diferentes modos, tantos como no sean patentemente contradictorios con la semántica constitucional”. “c) La elección de una de entre esas varias posibles concreciones compatibles con la indeterminación del precepto constitucional corresponde a los intérpretes autorizados de la Constitución. Intérpretes autorizados de la Constitución son, en primer lugar (aunque no sólo), el legislador, los jueces y el Tribunal Constitucional”. “d) Los jueces y, muy en particular, el Tribunal Constitucional, cumplen prioritariamente funciones de control constitucional, y ese control es control negativo puro, consistente en inaplicar y declarar inconstitucional, en su caso, las normas legales que patentemente vulneren la semántica de los enunciados constitucionales”. “e) Por el contrario, al poder legislativo le corresponde una función de realización constitucional, consistente en elegir de entre las alternativas que los enunciados constitucionales permiten por no ser contradictorias de sus significados posibles”. “f) Todo este entramado doctrinal positivista tiene un fundamento político, cual es la defensa de la prioridad del legislador democrático y, con ello, de la soberanía popular”<sup>21</sup>.

En cambio, el neoconstitucionalismo defendería las siguientes tesis, incompatibles con las anteriores: “a) El contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica; la naturaleza última de las normas constitucionales es prelingüística, es axiológica. Por eso las Constituciones dicen más de lo que sus términos significan”. La Constitución es “una entidad ideal, axiológica, cuya materialidad y concreción son independientes en gran medida de las palabras y, por tanto, no sometidas a los límites denotadores y conformadores de éstas”. “b) Consiguientemente, la indeterminación semántica de las normas constitucionales es compatible con su plena determinación material; son mandatos precisos, pese a su imprecisión lingüística”. “c) Los intérpretes autorizados de la Constitución no están llamados a elegir entre interpretaciones o concreciones posibles de los enunciados constitucionales, sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados”. Los intérpretes pueden conocer la idea verdadera que cada norma tiene para cada caso concreto. “d) Los jueces y, en particular, el Tribunal Constitucional cumplen funciones de control negativo-positivo: deben inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de toda norma legal que no lleve a cabo dicha maximización”. “e) Consiguientemente, tanto el legislador como, principalmente, los jueces tienen acceso al conocimiento de esos contenidos prelingüísticos que componen la Constitución material o axiológica, y lo tienen con suficiente amplitud como para poder determinar la solución que el mandato constitucional prescribe para todos o la mayor parte de los casos concretos”. “f) Este entramado doctrinal neoconstitucionalista tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumáticas de la judicatura”<sup>22</sup>.

La Constitución como el resto del ordenamiento jurídico, se encuentra escrito con palabras, estas palabras tienen un significado, este significado es el natural que le

---

<sup>21</sup> García Amado, Juan Antonio, en Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos de Miguel Carbonell, Ob. Cit. Pág. 239.

<sup>22</sup> Loc. Cit.

corresponde conforme al idioma que escribimos y hablamos. Si esto es así, entonces ¿Podrán otras personas darles un significado distinto a esas palabras? García Amado,<sup>23</sup> nos dice, que la Constitución, diga cosas y que los jueces sean garantes de la obligatoriedad de lo dicho es poca novedad. En cambio, lo determinante son tres cuestiones concretas:

-Como lo dice

-Qué dice

-Quien interpreta o concreta lo que dice

Derivado de ello, tiene sentido la siguiente tripartición de lo decible por la Constitución:

- a) Cosas que la Constitución claramente dice, para mandarlas, prohibirlas o permitir las. (Ejemplo artículo 130 de la Constitución Política de la República, donde se prohíben los monopolios y privilegios.)
- b) Cosas de las que no dice absolutamente nada. (Ejemplo, cuantos vehículos puedo tener)
- c) Cosas de las que no sabemos si dice algo o no, y en su caso qué, pues depende de cómo interpretemos sus términos y enunciados. (Como el caso que señala García Amado, si, la pareja estable no casada, o la homosexual, es familia o no, a efectos de ser acreedora de la protección que demanda los poderes del Estado, ver artículo 47 de la Constitución Política de la República).

Profundizando un poco más sobre esta facultad sobrenatural que le es dada únicamente al Juez, como único ser humano capaz de encontrar y descifrar lo que en el caso particular la Constitución establece, utilizando las palabras de García Amado: El Juez dice que la Constitución dice, pero no dice lo que en realidad dice, en conclusión esta no es más que una galimatía conceptual.

El lenguaje como un sistema simbólico complejo que sirve a la comunicación tiene tres aspectos o dimensiones: la sintáctica, la semántica y la pragmática. La dimensión sintáctica es la relación que se establece entre los signos de un lenguaje. La sintaxis estudia las diversas combinaciones de signos que dan lugar a combinaciones de ellos con la propiedad de estar bien formadas. Por ejemplo, no es lo mismo afirmar congruentemente “No hay que afanarse en ser justo, sino parecerlo”, que expresar incongruentemente “si no parecerlo afanarse en ser no hay”, lo que demuestra la importancia de la construcción sintáctica. La dimensión semántica se refiere a las relaciones de los signos con sus correspondientes significados (signos-significados). La semántica trata de investigar las relaciones de los signos con aquello que constituye su

---

<sup>23</sup> García Amado, Juan Antonio, Derechos y Pretextos en Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos de Miguel Carbonell, Ob. Cit. Pág. 238.

interpretación (aunque al margen de los contextos en que estos signos son usados por sus hablantes)<sup>24</sup>.

El lenguaje, en sentido estricto, es un sistema convencional de signos. Sirve para afirmar o negar (oraciones aseverativas o declarativas), expresar deseos (oraciones desiderativas), formular preguntas (oraciones interrogativas), expresar sorpresa o admiración (oraciones exclamativas o admirativas) e indicar exhortación, mandato o prohibición (oraciones exhortativas o imperativas)<sup>25</sup>.

González Ibarra, en cuanto a los requisitos que debe de cumplir una expresión lingüística para ser considerada proposición, deben de cumplirse con tres requisitos:

- 1) Ser oración.
- 2) Ser oración aseverativa, y
- 3) Ser o bien verdadera o bien falsa.

González Ibarra<sup>26</sup>, señala que es preciso diferenciar una proposición (objeto conceptual o constructo) de las oraciones (objetos lingüísticos) que la designan, expresan o formulan, así como distinguir una oración de sus diversas enunciaciones (acto psicofísico) orales, escritas, o ademanes. La enunciación y la percepción de una oración son procesos y objetos físicos en sentido amplio. No así la oración misma, esta puede considerarse una clase de enunciaciones concretas, en circunstancias particulares. Por ejemplo, las oraciones “ $5 > 2$ ”, “ $VI > II$ ”, “Five is greater than two” y “Cinco es mayor que dos” expresan o designan una misma proposición.

El lenguaje cumple distintas funciones. Con el lenguaje interrogativo formulamos preguntas, con el lenguaje directivo damos órdenes, con el expresivo comunicamos distintos estados de ánimo. El lenguaje en que se manifiesta el conocimiento científico recibe el nombre de informativo, dicho lenguaje está formado por enunciados. Utilizamos esta expresión como sinónimo de proposición o de afirmación. La característica principal de los enunciados, y que los hace aptos para volcar en ellos el conocimiento científico, es que pueden ser verdaderos o falsos.

Debe tenerse presente que solo los enunciados son verdaderos o falsos y en el caso de los argumentos estos solo pueden ser válidos o inválidos. La validez es la relación objetiva de correspondencia entre las premisas y la conclusión<sup>27</sup>.

Ejemplo: “Mañana es 30 de febrero”, es un argumento inválido ya que sabemos que ningún mes de febrero tiene 30 días. La lógica se ocupa primeramente de establecer una clara distinción entre razonamientos válidos y razonamientos inválidos. Los razonamientos válidos son aquellos en los que la inferencia entre las premisas y la

---

<sup>24</sup> González Ibarra, Juan de Dios y José Luis Díaz Salazar, La Axiomatización de la Teoría Garantista, Revista Diálogos de Saberes, Universidad Libre de Colombia, No. 38, Enero-Junio 2013, Pág.167.

<sup>25</sup> Ibidem, Pág. 165-178.

<sup>26</sup> Ibidem, Pág. 170.

<sup>27</sup> Gonzáles Ibarra, Juan de Dios, Ob. Cit. Pág. 171.

conclusión es perfecta. Lo esencial para determinar si un argumento es o no válido es analizar su forma o estructura (independientemente de su contenido material). Tres formas equivalentes de establecer el criterio de validez:

- Si las premisas de un argumento válido son verdaderas, entonces su conclusión también es verdadera.
- Es imposible que la conclusión de un argumento válido sea falsa siendo sus premisas verdaderas.
- En un argumento válido, la verdad de las premisas es incompatible con la falsedad de la conclusión.

Quise introducir estos párrafos propios de la lógica, derivado a que no es posible desde ninguna posición extraer de la lectura de un párrafo lingüístico cosas que este no dice, en el caso particular que el Juez señala con tal propiedad que lo que quiere decir un texto de la Constitución, es algo que este no lo diga, esto no significa que por ejemplo en los casos de derechos humanos, esta interpretación no sea extensiva, y esto por supuesto congruente con su texto.

Entonces ¿Cómo es posible que la Constitución material le diga más al juez que al legislador? Porque si admitimos que dice lo mismo y con igual grado de concreción y certeza a uno y a otro, la pregunta pasa a ser ¿Cómo sabe el juez que el legislador yerra cuando ese yerro no se traduce en incompatibilidad semántica o como se justifica la preferencia de la opinión judicial?

Para el positivista los derechos vinculan, irradian, inundan, impregnan y todo lo que queramos decir, sin duda, pero sólo en lo que de determinado hay en sus enunciados que los recogen<sup>28</sup>. A la hora de optar entre lo indeterminado, prima la decisión del legislador *in dubio pro legislatore*<sup>29</sup>.

Por el contrario, para el neoconstitucionalismo la indeterminación semántica es un problema secundario, pues la Constitución no es un artefacto lingüístico y comunicativo, sino una entidad ideal, axiológica, cuya materialidad y concreción son independientes en gran medida de las palabras, y, por tanto, no sometidas a los límites denotadores y conformadores de éstas. Y puesto que lo semánticamente indeterminado de la Constitución no deja por ello de estar materialmente determinado, con la Constitución chocan y deben ser declaradas inconstitucionales también normas legales que no contradicen lo que dice ningún enunciado constitucional<sup>30</sup>.

Para el neoconstitucionalista siempre que el juez acierta con lo justo habla a través de él la Constitución, diga esta lo que diga en sus palabras; para el positivista lo único tangible

---

<sup>28</sup> García Amado, Juan Antonio, Derechos y Pretextos en Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos de Miguel Carbonell, Ob. Cit. Pág. 241.

<sup>29</sup> Ibidem. Pág. 242.

<sup>30</sup> Ibidem. Pág. 242-243.

con que medir si el juez atiende a la Constitución, la complementa legítimamente o la enmienda subrepticamente es el texto constitucional, con lo que tiene de determinado lo que deja indeterminado. Todo otro juicio sobre aciertos o desaciertos será un juicio político y dependiente de variables personales y grupales, de ideologías e intereses. Porque otra característica del positivismo es la triste convicción de que no sólo los legisladores, también los jueces, y magistrados constitucionales, tienen intereses e ideologías<sup>31</sup>.

“Neoconstitucionalismo” es ciertamente sólo una etiqueta para una tesis sostenida, en los últimos cincuenta años, por autores diversos bajo nombres diferentes: circunstancia que no obstante no torna al neoconstitucionalismo menos interesante, sostenible y criticable de cuanto lo son el iusnaturalismo, el iuspositivismo o el iusrealismo<sup>32</sup>.

El Neoconstitucionalismo como ha quedado evidenciado, se sostiene de tres tesis que no le son propias al derecho constitucional:

- a) La conexión necesaria entre el derecho y la moral
- b) La distinción entre reglas y principios
- c) La distinción entre aplicación de las reglas y principios, es decir subsunción y ponderación.

¿Existe entonces el Neoconstitucionalismo? ¿Es el Neoconstitucionalismo una entelequia?

## Referencias

Barberis, Mauro, en Fabra Zamora, Jorge Luis, y otro, *Filosofía del Derecho Constitucional, cuestiones fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015.

Bielsa, Rafael y Pedro Peretti, *LAWFARE, Guerra judicial-mediática*, Editorial Ariel, Argentina, 2019.

Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico, Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*. Editorial Debate, S.A., Madrid, España, 1998.

Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.

---

<sup>31</sup> Ibidem. Pág. 243.

<sup>32</sup> Barberis Mauro, en Fabra Zamora, Jorge Luis, y otro, *Filosofía del Derecho Constitucional, cuestiones fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, Pág. 467.



Carbonell, Miguel, Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, -UNAM-, Editorial Trotta, S.A., 2007.

Carpintero Benítez, Francisco, Historia del derecho natural, Un Ensayo, Universidad Autónoma de México, México, 1999.

Casal Hernández, Jesús María, Las Transformaciones del Constitucionalismo y la Justicia Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2017.

Comanducci, Paolo, Estudios sobre Constitución y Derechos Fundamentales, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016.

Comanducci, Paolo, Modelos e Interpretación de la Constitución en Teoría del Neoconstitucionalismo de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, S.A., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.

González Ibarra, Juan de Dios y José Luis Diaz Salazar, La Axiomatización de la Teoría Garantista, Revista Diálogos de Saberes, Universidad Libre de Colombia, No. 38, Enero-Junio 2013.

Pozzolo, Susanna. Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico (Spanish Edition). Palestra Editores. Edición de Kindle, 2018.

Vigo, Rodolfo Luis. Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo, coincidencias y diferencias, Editorial Porrúa, S.A. de CV, México, 2016.