

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL NEO-CONSTITUCIONALISMO Y EL ESTADO NEO-CONSTITUCIONAL

Janeth Milagritos Ortega Calvo¹.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO. III. EL SENTIDO DEL NEO-CONSTITUCIONALISMO. IV. NEO-CONSTITUCIONALISMO E INTERPRETACION CONSTITUCIONAL V. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORIA JURIDICA. 5.1. Rasgos Distintivos del Neo-constitucionalismo como Teoría del Derecho a) Más principios que reglas b) Más ponderación que subsunción c) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas, en lugar de espacios exentos d) Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario e) Coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica VI. CONSECUENCIAS DEL NEO-CONSTITUCIONALISMO a) Cambio de tesis en la definición del Derecho b) Mayor complejidad del Derecho c) Plena vigencia de los derechos fundamentales d) Reposicionamiento del rol de los jueces constitucionales VII. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LOS MAGISTRADOS 7.1. El Neo-constitucionalismo y la Misión Institucional de los Jueces en una Democracia Constitucional 7.2. Posibilidades y Riesgos del Modelo Neo-constitucionalista en lo que hace a la Función de los Jueces y Tribunales Constitucionales VIII. NEOCONSTITUCIONALISMO SE RIGE POR REGLA O PRINCIPIO. 8.1. Estado de Derecho por principios: Neo-constitucionalismo vs. Estado de Derecho Legislativo 8.2. ¿Cuál es la diferencia entre las “reglas” y los “principios?” 8.3. Distinción entre reglas y principios IX. CARACTERÍSTICAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO O ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO. X. CONCLUSIONES. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

I. INTRODUCCION

En los últimos años es frecuente oír hablar acerca del neo-constitucionalismo, sin, a veces, saber con mayor precisión a qué realidad alude este concepto. El propósito principal de esta exposición es brindar un panorama general de esta corriente doctrinaria, que tiene su origen y desarrollo en el marco de la tradición constitucional europea de los últimos 50 años.

¹ Estudiante de Derecho de la Universidad San Pedro - Chimbote, asistente legal en el Estudio Jurídico Rodríguez & Aguilar Abogados.

Podemos comenzar diciendo que en el constitucionalismo moderno existen dos grandes tradiciones: la norteamericana y la europea. El neo-constitucionalismo pertenece a la segunda de ellas, aun cuando varios de sus principios e instituciones pueden reconocer su fuente de inspiración en la tradición norteamericana. Su origen histórico más inmediato está en las valiosas elaboraciones jurisprudenciales del tribunal constitucional alemán en los primeros años de labor jurisprudencial luego de la sanción de la llamada Ley de Bonn², aunque su conceptualización y denominación son más recientes y han tenido lugar principalmente en Italia y España³. Es una corriente jurídica reciente y en proceso interno de conformación y consolidación.

Siguiendo criterios ya propuestos por otros autores, podemos considerar al neo-constitucionalismo como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional, se podría decir también ideológica, acerca de la función que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional.

También, el llamado neo-constitucionalismo es una doctrina de caracteres un tanto difusos, no obstante, entre los autores que a menudo son adscritos a la misma los más mencionados son Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelsky; ciertamente, son importantes las diferencias entre todos ellos, lo cual marca una primera dificultad para decantar esos elementos comunes que permitirían identificar esa doctrina neo-constitucionalista, que ha sido calificado como nuevo paradigma. Posiblemente la formulación más radical y terminante del neo-constitucionalismo aparece en el libro *El Derecho dúctil*, de Gustavo Zagrebelsky, obra que ha tenido importante eco, pero que no deja de ser un producto de menor enjundia que los escritos capitales de los otros autores mencionados⁴. En cualquier caso, nos encontramos frente a una teoría que no ha encontrado aún,

² Entre muchos otros, se pueden mencionar como ejemplos de esta etapa inicial los siguientes fallos del tribunal constitucional alemán: convalidación de la negación de la personería jurídica a los partidos neonazi y comunista; caso “*Eljes*”, en el que se declara la inconstitucionalidad de una norma administrativa que negaba la renovación del pasaporte cuando corrían peligro “los intereses de la Nación”, por entender que la aplicación concreta de la norma al caso violaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, que es considerado un derecho que informa todo el sistema jurídico, más allá de los contenidos concretos de otros derechos; caso “*Lütt*”, en el que se establece que el régimen de responsabilidad civil de la prensa debe ser interpretado a la luz del ejercicio del derecho constitucional a la libertad de expresión; etc. En estas sentencias se aprecia la consideración de la constitución como un orden de valores llamado a informar la totalidad del ordenamiento jurídico alemán

³ Pueden ser considerados dentro de corrientes neo-constitucionalistas autores europeos como Alexy, Zagrebelsky, Ferrajoli, Comanducci y Prieto Sanchís.

⁴ GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precursores* [en línea]. EN, Portal de la Universidad de Antioquia., passim.

plasmación completa y coherente en una obra central. Sin embargo, hoy está muy presente esa impregnación neo-constitucionalista en numerosos escritos teóricos y sentencias, empero, esa falta de definición clara de rigor analítico, son los que alimentan el éxito del neo-constitucionalismo; pues el equilibrio entre derechos humanos y soberanía popular, en el que tanto insiste por ejemplo Habermas, se rompe a favor de una concepción moralizante y absolutizadora de los derechos humanos.

Empero, en el devenir histórico se ve implicado la evolución del término Estado de Derecho que inicialmente se desprende de la concepción liberal en la cual el Estado sólo funge como mero guardián del cumplimiento de la ley. Debido a la ambigüedad del término resulta casi imposible dar un concepto único o exclusivo, por lo que para términos de este artículo se abordará en una expresión técnico-jurídica, entendida como aquellas condiciones jurídicas indispensables para el funcionamiento del Estado; bajo la cual, se considera como modelo ideal aquél en que se vislumbra el cumplimiento formal de la ley como fin del Estado de Derecho. A través de la Declaración Francesa de los Derechos del Ciudadano se observa la separación de poderes y la existencia de derechos; y de acuerdo al pensamiento de Hans Kelsen, el Estado de Derecho es más que una estructura formal de respeto a la ley, pues va encaminado a considerar exigencia de índole material y espiritual, como lo es el respeto a la dignidad humana.

El constitucionalismo surgió entre los siglos XVII y XVIII, tendiendo como marco Inglaterra, y las revoluciones Francesas y Americana, lo que dio como consecuencia, la existencia de nuevos modelos de organización política del Estado, cuyo sustento se funda en el principio de la “División de poderes y en la defensa de los derechos del hombre”; así, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se sostiene que una Sociedad que no tiene como premisas la División de poderes y la garantía de sus derechos del hombre, no cuenta con una “Constitución”⁵.

⁵ Las revoluciones liberales se hicieron basándose en el Derecho Natural como derecho supremo. En Inglaterra con Sir Edgard Coke, surge la doctrina del “Common Law”, como una lucha contra el absolutismo, aclarando que esta doctrina sólo se mantuvo algunos años, ya que se regresó a que el Parlamento siguiera teniendo el control de las leyes, pero además la doctrina de “Common Law” tiene vital importancia ya que tuvo trascendencia jurídica de Estados Unidos. Es en Estados Unidos donde ondea el principio de supremacía constitucional, éste aparece en forma más clara y contundente en el artículo 6º de la Constitución de 1776, ya que se establece la superioridad de la Constitución, sobre las constituciones y las leyes locales así como sobre las leyes y tratados federales. En Francia, el constitucionalismo nace como la expresión racionalizada de los principios liberales, que intentan sustituir al gobierno de los hombres por el de las leyes.

La Constitución en su sentido actual tiene como base la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. La conciencia de supremacía constitucional nace en el momento mismo en que nace la Constitución. El problema de garantizar la efectividad constitucional y hacer real su contenido jurídico, nace con el judicialismo en Estados Unidos, como parte de la defensa constitucional por parte de los jueces y el antijudicialismo en Francia que intenta sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes.

La jurisdicción constitucional desemboca en dos puntos, por un lado la organización de la justicia constitucional en la Constitución de “Weimar”, así como en la Constitución como experiencia histórica del “Tribunal del Imperio” de Hans Kelsen. Kelsen abre un sistema de justicia constitucional basándose en su “Teoría Pura del Derecho”; éste autor fundador de la escuela de Viena, sitúa en el vértice de su pirámide normativa a la Constitución⁶.

La justicia constitucional se concibe como una garantía jurisdiccional de la constitución. La justicia constitucional es concebida por Kelsen como un elemento que asegura la solidez del ordenamiento. Para Kelsen deben prevalecer los valores legislativos codificados en la Constitución, por lo que quiere garantizar la norma suprema, para así afianzar el sistema democrático. Es la visión pura del “Derecho”, y la identificación del “Estado y el Derechos”, donde impera el “Estado Legalista de Derecho”, o como una concepción iuspositivista o iusnormativista.

II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El término alude a un nuevo “*Constitucionalismo*”, o bien a una opción diferente para el Estado de Derecho, donde impera un concepto distinto acerca del Derecho; lo cual implica una novedosa y distinta “*Teoría del Derecho*”, en cuyo significado prevalece o tiene primacía la fuente del derecho que rige todas normas jurídicas: “La Constitución”. Bajo esta concepción, la norma suprema o “*norma-normarum*”, 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 “*aleo positivismo*”, teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de “*subsuncion*”, muy distinto al nuevo método de la ponderación o “*balancing*”(balanceo).

⁶ GIL RANDON, Raymundo. *El Neo-constitucionalismo y los Derechos Fundamentales*. EN, Revista Quid Iuris. Año 6. Volumen 12. Publicación Indexada, Folio 17756. Chihuahua - México. Publicado: marzo 2011. PP. 43-61. ISSN: 1870-5707., ob. p. 48-49.

Se puede distinguir históricamente al nuevo constitucionalismo, como uno de los dos modelos del Estado de Derecho; el primero y más antiguo, se refiere al “*Estado Legal de Derecho*”, donde el principio de legalidad prima sobre el principio de constitucionalidad, en el primero la ley impera y en el segundo la constitución y sus principios. El Estado constitucional de Derecho sería el nuevo modelo en formación teórica y práctica⁷ -no consolidado- a partir de la Segunda Guerra Mundial con ejemplos paradigmáticos en las constituciones de Italia (1947); Alemania (1949); Portugal (1976) y España (1978), en donde surgen las constituciones rígidas y el control de la constitucionalidad de las Leyes ordinarias, con un triple cambio en el paradigma: a) en la naturaleza y estructura del Derecho, b) en la naturaleza de ciencia jurídica y c) en la jurisdicción

En otra parte de su obra nos habla de tres paradigmas: El Derecho pre-moderno, El Estado legislativo del Derecho y El Estado constitucional del Derecho, como las transformaciones que se han producido en el tránsito de uno a otro.

- El primer cambio de paradigma del Derecho se produjo con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente.
- Un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo con la subordinación de la legalidad misma –garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad- a constituciones rígidas, jerárquicamente supra-ordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Cambia, en segundo lugar, las formas de producción legislativa donde se le impone en el Estado constitucional de Derecho, prohibiciones y obligaciones de contenido tales como a los derechos de libertad y a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.
- Por otro lado, cambia el papel de la jurisdicción, si es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre un juicio de valor sobre la ley, que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad.
- Una cuarta transformación, en la cual la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión substancial de la democracia, donde existe un límite en los derechos constitucionales que corresponden a prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de tales

⁷ CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid. Trotta. 2007. ISBN: 978-84-8164-928-4., ob. p. 144 y ss.

poderes que podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.

Por último para Ferrajoli, el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar el Estado de Derecho como el Positivismo Jurídico, que alcanzan con su forma última y desarrollada. Paolo Comanducci, concibe al Neo-constitucionalismo -siguiendo la clasificación de Bobbio- tanto una ideología, una metodología y una teoría. La primera pone en segundo plano la limitación del poder y garantiza los derechos humanos, (Ferrajoli y Alexy). Una metodología porque sostiene que los principios constitucionales y los derechos fundamentales son un puente entre el Derecho y la Moral. Y es una teoría porque al abandonar el estatismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo adopta un modelo no sólo descriptivo de la norma constitucional sino axiológico.

Prieto Sánchez ha tratado de resumir el Neo-constitucionalismo de la siguiente manera⁸:

- Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe.
- Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no sólo es una norma sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario.
- Tercero, eficacia o aplicación directa. No requiere de ningún otro acto jurídico-ley- para desplegar su fuerza vinculante;
- Cuarto, garantía judicial. Las posibilidades son amplias: control concreto y abstracto, a priori y a posteriori, encomendado a órganos especiales o a jueces ordinarios. Un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico incluida por tanto la Constitución.
- Quinto, presencia de un denso contenido normativo, formado por principios, derechos y directrices.
- Y en sexto y último lugar, la rigidez constitucional.

Para Jaime Cárdenas, el modelo Neo-constitucionalista es una visión que impacta le 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 vetusto esquema de los métodos tradicionales

⁸ PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. 2da Edición. Madrid. Trotta. 2009. ISBN: 978-84-9879-089-4., ob. p. 116 y ss.

del derecho (subsunción), sino mediante la ponderación; La Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores tendencialmente opuestos.

El Neo-constitucionalismo 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. La certeza de paleo positivismo era ilusoria y sólo cabe recordar cómo las posiciones de Kelsen o Hart derivan en una fuerte discrecionalidad.

El Neo-constitucionalismo no se engaña, sabe que los casos difíciles están ahí, al igual que la colisión entra principios contrapuestos; reconoce esas circunstancias u obliga al juzgador y a toda autoridad a una argumentación suficiente que justifique las decisiones. La discrecionalidad judicial es controlada, no con una herramienta falsa e inadecuada - la subsunción y silogismo-para todos los casos, sino con argumentos diferentes que significan un mayor esfuerzo justificatorio, como es el caso del uso del principio de proporcionalidad.

Metodológicamente se dice que el Neo-constitucionalismo conecta el Derecho y la Moral. Desde el punto de vista de Jaime Cárdenas, ésta conexión es inevitable. Los sistemas normativos están interrelacionados entre ellos, lo relevante es que los problemas jurídicos se resuelvan aduciendo razones jurídicas, y el sistema jurídico abierto de Neo-constitucionalismo hurga en el sistema jurídico-principios expresos o implícitos-para encontrar las soluciones.

Aunque en última instancia toda norma, ya sea principio o regla, como dijera Mac Cormick, tenga un fundamento en la moral o en la naturaleza afectiva del ser humano, lo realmente trascendente consiste en que el juez y la autoridad al decidir lo hagan con fundamento en el ordenamiento jurídico.

No se puede desconocer el papel de la moral en el Derecho. Como dice Santiago Sastre, es innegable que la presencia de principios y derechos en la constitución ha supuesto la plasmación jurídica de pautas que tienen indudablemente un carácter moral. Así como sostiene Jurgen Habermas, la “Moral” ha emigrado al “Derecho” sin agotarse en el derecho positivo⁹.

⁹ GIL RANDON, Raymundo. *El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales*. EN, Revista Quid Iuris. Año 6. Volumen 12. Publicación Indexada, Folio 17756. Chihuahua - México. Publicado: marzo 2011. PP. 43-61. ISSN: 1870-5707., ob., p. 53-54.

III. EL SENTIDO DEL NEO-CONSTITUCIONALISMO

La definición más óptima de neoconstitucionalismo, a nuestro juicio, la brinda, entre varios autores, Luis Prieto Sanchís¹⁰, para quien esta novísima expresión del tradicional Estado constitucional implica, la vía del Estado neo-constitucional, “un cierto tipo de Estado de derecho, (...) una teoría del derecho (...) y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada”.

En cuanto a concebirlo como un Estado de derecho, señala el autor español¹¹ que “es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales: la tradición norteamericana originaria que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política; y la de la revolución francesa, que concibe a la Constitución como un proyecto político bastante bien articulado”. Para nuestro dilecto profesor de la Universidad de la Mancha, el neo-constitucionalismo reúne elementos de las dos tradiciones: de un fuerte contenido normativo y de garantías jurisdiccionales. Entonces solemos hablar de “*constituciones normativas garantizadas*”.

La propuesta es sumamente interesante por cuanto la tradición norteamericana constitucional, ha sido concebir su Constitución - la misma desde el discurso original de Benjamin Franklin- como herramienta para la defensa de los derechos de los ciudadanos, y a su vez, como instrumento para la materialización de los derechos a la propiedad, la vida, la libertad, en tanto que la tradición francesa ha optado por el sentido de garantías que ofrece una Constitución. De una lectura comparativa entre las Declaraciones de Derechos de Filadelfia y sus enmiendas (1787) y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789), podremos verificar lo expresado.

De la misma forma, como ideología que defiende una fórmula política designada, Prieto Sanchís señala que “*puede identificarse con aquella filosofía política que considera que el Estado Constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política (...) y como modelo óptimo de Estado de Derecho*”. Naturalmente no constituye el neo-constitucionalismo una panacea frente a los problemas de toda democracia pero las herramientas del sistema permiten enfrentar, de mejor modo, de garantías judiciales.

Por último, para nuestro autor ibérico, el neo-constitucionalismo también es una teoría del derecho y he aquí donde vamos a centrar nuestros esfuerzos dada la vinculación natural respecto a nuestro tema.

¹⁰ PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. EN, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 2001. Ob., p. 78 -79.

¹¹ Ibidem, p. 80

Prieto Sanchís¹² indica, en este extremo, que el neo-constitucionalismo “*representa la incorporación de postulados distintos y contradictorios e impone una profunda revisión de la teoría de las fuentes del derecho*”. Efectivamente, las nuevas herramientas de interpretación que esta tradición propone- entre ellas la ponderación de intereses, el principio de proporcionalidad y la postulación de principios como mandatos de optimización- nos plantea la interrogante válida de cuánto está cambiando nuestra tradicional forma de resolver los conflictos. Si bien antes al juez antes solo le bastaba acudir a la ley para resolver una controversia, hoy en día la evolución incesante de los derechos fundamentales en el plano de los ordenamientos jurídicos nacionales, y de los derechos humanos en la justicia supranacional, con un marcado carácter de progresividad, nos hace reflexionar sobre la insuficiencia de los métodos de interpretación propuestos a comienzos del siglo XIX, por von Savigny, fundador de la Escuela histórica del derecho alemana, para la dilucidación de controversias que, en forma constante, van a implicar valorar la aplicación de principios frente a normas, e inclusive, en otros casos, van a significar la confrontación de principios unos frente a otros.

Es pertinente afirmar, con certeza, que en algún momento el intérprete, al resolver conflictos de la justicia ordinaria, aplica principios. Ello ocurre, por cierto, si el juez, al observar un vacío, se cerciora de que la ley no acude suficientemente en su ayuda para resolver el conflicto. Sin embargo, no nos referimos simplemente a una actividad integradora de llenar las lagunas que se producen, sino a una teoría de la Constitución como actividad de integración. En este caso, los principios y sus distintas valoraciones, representan una nueva concepción de teoría del derecho, en tanto propone, sobre la base de una Constitución normativamente garantizada, producto de las tradiciones norteamericana y francesa, nuevas fuentes de derecho en cuanto herramientas de interpretación. Pasando revista a otras acepciones sobre neo-constitucionalismo, en relación a la vinculación entre derecho y democracia, Fioravanti señala¹³: “*La Constitución deja de ser solo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores, una norma directiva fundamental*”.

Por otro lado, en la misma línea de ideas, Ferrajoli¹⁴ argumenta: “Podemos resaltar una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente un Estado Constitucional.”

¹² PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. EN, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 2001. Ob., p. 82 y ss.

¹³ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de la teoría de las Constituciones*. Sexta Edición. Madrid. Trotta. 2009. ISBN: 978-84-8164-119-6., ob., p. 133.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. EN, CARBONELL Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismos*. Trotta. Madrid, 2003., p. 110.

Zagrebelsky¹⁵, ex Presidente de la Corte Constitucional italiana, nos acerca todavía más a una idea tangible del neo-constitucionalismo y señala: “ *el Derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del Derecho(...)* La ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente de Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista.” Commanduci¹⁶ sostiene que: “*En el neo-constitucionalismo se esconden una teoría, una ideología, y también una metodología*”. La concepción es muy similar a la de Prieto Sanchís en tanto considera una tesis triple de definición del neo-constitucionalismo. Para Bernal Pulido¹⁷, en alusión al neo-constitucionalismo “*los derechos de la Constitución son principios, que se aplican judicialmente, mediante su ponderación*”.

Podemos inferir, a tenor de lo expuesto, una tendencia común a redefinir los criterios primigenios del Estado Constitucional, reposicionando tendencias definidas y orientadas hacia una nueva forma de entender el Derecho, a una reformulación de las premisas tradicionales en que el sistema de fuentes fue concebido. En el Estado neo-constitucional, variamos los supuestos de antaño de la forma del Estado, redefinimos la fórmula política hacia una concepción más garantista de las demandas sobre derechos fundamentales y replanteamos la forma de resolver las controversias constitucionales.

Importante es notar que no se trata de una tendencia aislada; por el contrario, se trata de una comunidad de ideas y no simplemente de una posición solitaria en la interpretación del Derecho. Creemos que, por el principio de progresividad, esta corriente de la historia debe inclusive mejorar sus contenidos, haciéndolos inclusive más garantistas, reformando sus bases mismas para la consecución de la defensa plena de los derechos fundamentales. Estimamos que si es así, entonces, no hay regresión.

IV. NEO-CONSTITUCIONALISMO E INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

La interpretación del Derecho es una tarea indesligable para el juez desde el momento en que debe resolver conflictos sometidos a su conocimiento. García Figueroa hace una reflexión válida al preguntarse que si los jueces por siglos siempre resolvieron los conflictos basados en los expedientes, el conocimiento de la ley y cierto sentido

¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid. Trotta., 1995. p. 65

¹⁶ COMMANDUCI, Paolo. *Conferencia: Constitucionalización y teoría del derecho*. EN, discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Anales, tomo XLIV, año académico 2005, Córdoba. p. 175.

¹⁷ 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. p. 29

común¹⁸, ¿por qué ahora las cosas tendrían que cambiar hacia nuevos horizontes argumentativos y con nuevos parámetros trazados por las teorías de la argumentación jurídica?

En realidad, las teorías de la argumentación jurídica sustancialmente apoyadas en bases del Derecho Constitucional, aportan a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer y sobre todo, hacen trascendente la labor interpretativa del juez. De igual forma, coadyuvan a que los jueces puedan manejar estándares argumentativos y brinden a sus decisiones una suficiente motivación.

En el Derecho Constitucional asume mayor protagonismo la tarea de la interpretación en tanto los conflictos a ser resueltos, implican la defensa de derechos fundamentales, los cuales gozan de un status especial. Por ende, discutir sobre derechos fundamentales exige un ejercicio argumentativo de mayor envergadura, apoyándose en cuestiones de juricidad y moralidad, lo que en contexto exige establecer cuáles son los caracteres de la interpretación en el denominado Estado neo-constitucional, el cual prevé herramientas interpretativas de suyo más amplias, sujetas a nuevos valores, en referencia a los principios como mandatos de optimización, por oposición a la aplicación de la ley como parámetro tradicional de solución de las controversias.

La interpretación en el Estado neo-constitucional, asume un contexto diverso al de la justicia común. Se exige, en sede de derechos fundamentales, una motivación de contenidos más profundos, de discernimiento de supra valores en relación a los derechos esenciales de las personas, y se busca, como fin supremo, la compatibilidad entre los principios, valores y directrices que emanan de la Constitución y los conflictos que atañen a las personas. En ese modo, la interpretación constitucional marca una sustancial diferencia con la tradicional interpretación del Derecho que manejamos en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en los cuales la observancia del principio de legalidad, la prevalencia de la ley y el acatamiento del principio de congruencia, representan otro modo de discernir los conflictos jurídicos, modalidad que en rigor, no es tampoco ajena al Derecho Constitucional pues esta última disciplina aborda tanto normas- regla como normas- principio. En ese orden de ideas, habrá controversias

¹⁸ GARCIA FIGUEROA, Alfonso, y GASCON ABELLÁN, Marina. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores. Lima. 2003. ISBN: 9972-733-47-5., acotando, que el neo-constitucionalismo representa un concepto de evolución representativo con relación al Estado Legislativo. En éste, prevalecen la ley, la norma jurídica y las reglas como expresiones representativas del principio de legalidad. En el Estado neo-constitucional prevalece un plexo de principios, valores y directrices como expresión, mutatis mutandis, de los derechos fundamentales., ob., p. 54 y ss.

jurídicas, casos fáciles en la terminología de Atienza¹⁹, para los cuales bastará una fórmula silogística, y a su vez, habrá casos difíciles y trágicos.

Pretendemos, en suma, denotar un activismo interpretativo que resulta hoy protagonista en el Estado neo-constitucional, confiriendo prevalencia al juez constitucional, asignándole al mismo la aplicación de más principios que reglas e inclusive proyectando lo que viene a denominarse ya la irrupción en el ámbito de lo jurídico, del Estado jurisdiccional.

La prevalencia de la ley como concepto regulador del ordenamiento jurídico mantuvo su vigencia con fuerza en el sistema kelseniano, como expresión de la corriente positivista en el derecho. Ese Estado Legislativo que en su momento antecedió a Kelsen y que éste consagró través de la vigencia plena de la propuesta de la norma como elemento fundamentador del sistema de fuentes jurídico, al presente, en el siglo XXI, ha sufrido evoluciones notables y hoy, conforme planteamos, la propuesta es la de un Estado neo-constitucional cuyos rasgos, sustancialmente distintos a los del Estado Legislativo, expresa una visión interpretativa distinta del Derecho.

Surge entonces, una interrogante concreta:

- ¿En qué medida cambia la interpretación tradicional del juez en el Estado neo-constitucional?
- ¿Cuánto aporta una visión de los derechos fundamentales como principios, mandatos de optimización y supra valores en este nuevo tipo de Estado?
- ¿Cuáles son esas herramientas interpretativas que caracterizan al nuevo Estado neo-constitucional?

Es nuestra opinión que la absolución de estas interrogantes, resume la inquietud manifiesta de que, a medida que los derechos fundamentales evolucionan, acudimos hacia nuevos sitios de producción jurídica en la doctrina constitucional. El principio de progresividad de los derechos fundamentales encuentra aquí su expresión suprema en tanto que a mayores herramientas interpretativas, mayor evolución favorable de los derechos fundamentales de las personas, prohibiéndose regresiones o restricciones severas respecto de estos derechos, salvo estrictas circunstancias de suma excepcionalidad.

¹⁹ ATIENZA, Manuel. *Los límites de la interpretación constitucional*. EN, Interpretación constitucional. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (Coordinador). México, Porrúa. UNAM, 2005. Tomo I. p. 121.

Por regla general, no nos podemos sustraer a una fortísima corriente en la historia contemporánea: la de la exigencia de nuevos horizontes en el Estado neo-constitucional.

V. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORÍA JURÍDICA

El neo-constitucionalismo también puede ser visto como la teoría jurídica que describe, explica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico antes descripto. Es una toma de conciencia, una reflexión e intento de conceptualización de las transformaciones jurídicas que se advierten. Con el neo-constitucionalismo se da un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Pareciera que, desde esta perspectiva, el estudio del neo-constitucionalismo interesa casi más a los filósofos del Derecho y a los que se ocupan de la Teoría del Derecho, que a los propios constitucionalistas²⁰.

²⁰ El paradigma jurídico predominante en Europa al momento de surgir el neo-constitucionalismo era el positivismo jurídico. De las tres preguntas fundamentales de la teoría jurídica –validez, eficacia y justicia de la norma jurídica– el positivismo sólo pretendía responder a la primera y dejaba las restantes a la Sociología Jurídica y a la Filosofía o la Ética, respectivamente. Ahora la teoría jurídica pretende ocuparse de las tres cuestiones. Hay un abandono del legalismo, del juridicismo extremo, del legicentrismo, del formalismo jurídico. Se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa porque respete y desarrolle los derechos humanos, y sea eficaz y operativa porque ellos estén garantizados en la práctica. Hay una redefinición de los conceptos de validez y vigencia normativa. Ahora bien, la vigencia señala simplemente que una norma ha sido dictada por las autoridades públicas y pretende producir efectos jurídicos, mientras que validez jurídica pasa a significar conformidad con los derechos humanos de los ciudadanos. Hay una profunda rematerialización del derecho. Adquiere importancia el contenido y la valoración moral del derecho y no tan sólo de su perfección formal. Hay un intento de “remoralizar” el derecho, si bien realizado desde variadas perspectivas axiológicas. Así, el constitucionalista italiano Mauro Capeletti señala que el constitucionalismo incorpora, positiviza y formaliza las exigencias del derecho natural, movilizándolo, permitiendo su crítica interna, incorporando en su seno una teoría de la justicia, fundada en los Derechos Humanos. Por su parte, desde una perspectiva diferente, Dworkin escribe sobre la necesidad de hacer una lectura moral de la Constitución, lo que hubiera sido un contrasentido desde la perspectiva iuspositivista clásica. Autores como Ferrajoli reconocen el carácter normativo y no sólo descriptivo de la ciencia jurídica y de la interpretación constitucional. El derecho que se descubre debe ser realizado y garantizado en la práctica de modo efectivo. Estos nuevos enfoques y afirmaciones motivaron la acusación de cierto iusnaturalismo a las nuevas doctrinas neo-constitucionalistas, por parte de algunos autores positivistas más tradicionales.

De autores como Kelsen, Hart, Ross y Bobbio, cuyas doctrinas predominaron en la primera parte de la segunda mitad del siglo pasado, se pasa a otros, como Alexy, Dworkin, Arnio y Zagrebelsky, que son los iusfilósofos que comienzan a destacarse en el pensamiento jurídico en los ambientes académicos germano, anglosajón, escandinavo e italiano, respectivamente.

La nueva teoría del neo-constitucionalismo se ocupa atentamente de la metodología y el razonamiento jurídico, en especial del judicial, acercando la reflexión filosófica a la práctica jurídica. Así, Zagrebelsky llega a decir que la idea de derecho sólo se puede conocer desde el interior, participando en la práctica social llamada derecho, en la que junto a las normas aparecen los hechos y los valores. Afirma que, antes que una “*scientia iuris*”, el derecho es básicamente una “*iuris prudentia*”.

La interpretación constitucional, que pasa a ser la decisiva en el quehacer jurisdiccional, tiene principios y reglas propias que la distinguen en parte de la interpretación legal. Fundamentalmente la incorporación del criterio de la ponderación, que completa y a veces reemplaza al paradigma de la subsunción y el silogismo judicial, propio de la etapa ius-positivista.

El neo-constitucionalismo es, en esta segunda dimensión, un nuevo paradigma de la ciencia y la filosofía del derecho que responde, de modo diverso al positivismo, las tres cuestiones básicas de toda teoría ius-filosófica: ¿Qué es el derecho? ¿Cuál es su fundamento? ¿Cómo se lo conoce?

5.1. Rasgos Distintivos del Neo-constitucionalismo como Teoría del Derecho

La propuesta de revisión de las fuentes del derecho en el neo-constitucionalismo conlleva caracteres especiales, distintos de la postura tradicional a través de la cual el derecho resuelve los conflictos.

Los postulados de la propuesta de Prieto Sanchís son resumidos de la siguiente forma:

a) Más principios que reglas

Las reglas en su concepción tradicional son la norma jurídica y la ley. En el Estado neo-constitucional, ellas son referentes de los principios de legalidad y de congruencia para manifestar la estricta correspondencia entre las pretensiones y las respuestas de los juzgadores a los conflictos jurídicos. Dworkin suele diferenciar entre problemas fáciles y difíciles en cuanto, para la solución de los primeros, basta la subsunción, es decir, la inserción de los supuestos de hecho

dentro de la norma y en tal sentido, se produce un decisorio que viene a ser la manifestación tangible de la aplicación de la ley²¹. Deviene entonces justificado que en el Estado neo-constitucional podamos referirnos a muchos conflictos de difícil solución que van a exigir herramientas interpretativas que trasvasen el espíritu de la ley, en tanto muchas veces van a referirse a controversias sobre derechos fundamentales que exigen progresivamente distintos postulados esenciales.

La tesis de la aplicación de principios la suscribe de igual modo, Konrad Hesse²², quien propone la confluencia de principios de interpretación en sede constitucional: de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de corrección funcional, de función integradora y de fuerza normativa de la Constitución. Estos principios van a funcionar como elementos de valoración interpretativa, permitiendo una relectura de la Constitución desde ángulos más abiertos respecto de los derechos fundamentales que tutela.

b) Más ponderación que subsunción

¿Cuándo subsumimos y cuándo ponderamos? Aplicamos subsunción en el tradicional silogismo aristotélico de una premisa mayor, usualmente referida a la norma, una premisa menor, vinculada a cuestiones fácticas, y una conclusión, que involucra la transposición de los hechos en los supuestos de la norma. En cierto modo, referimos “*una concepción mecanicista*” de aplicación del derecho en tanto nuestros parámetros objetivos son la ley y los hechos. En esa corriente de sujeción estricta a la ley, si el juez de la Revolución Francesa no podía encontrar una solución al conflicto, al no existir solución directa en la norma, debía aplicar el denominado “*referé legislativo*”²³, es decir, debía remitir el asunto litigioso al legislador para que éste pudiera manifestarse respecto a la correcta aplicación de la ley, bajo pena inclusive de cárcel para el juez si se excedía en su obligación de solo aplicar la ley. La subsunción entonces implica una transposición matemática de

²¹ Pero a su vez también concurren en el derecho muchos problemas difíciles, a los cuales no les basta la presencia de la ley y respecto de los cuales, los principios generales del derecho constituyen solo parte de un marco aplicativo integrador. En dichos casos complejos, vamos a tener necesidad sustantiva de acudir a criterios interpretativos, en los cuales los principios van a desempeñar un rol sustancial.

²² HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Edición. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 45.

²³ RECASENS SICHES, Luis. *La concepción mecánica de la función jurisdiccional, especialmente en Francia y otros países latinos durante el siglo XIX*. En, Nueva Filosofía de la interpretación del derecho. México. Ed. Porrúa S.A., 1980. p. 190.

los supuestos normativo y fáctico para una respuesta dentro del marco de congruencia que el principio de legalidad exige.

Ponderamos en perspectiva, cuando nos persuadimos de la manifiesta insuficiencia de la ley y cuando recurrimos convencidos, a la fórmula de que los principios expresan valores más allá de la norma y cuando nos percatamos, de la misma manera, que podemos hacer un ejercicio argumentativo sólidamente vinculado a la defensa de los derechos fundamentales como mecanismos extraordinarios de defensa de los principios, valores y directrices que emanan de la Carta Magna²⁴.

No se trata de infravalorar el concepto por cierto respetado por la doctrina constitucional de que todos los derechos fundamentales están en un mismo nivel y que todos los derechos fundamentales gozan de las mismas prerrogativas. Aludimos, en la ponderación, a una metodología distinta de interpretación de los principios para que solo en condiciones fácticas determinadas, pueda el juez constitucional aseverar que prima, en vía de ejemplo, el derecho a la vida, cuando frente a una necesaria y urgente transfusión de sangre de un niño que ha sufrido un grave accidente, a este ser indefenso solo queda aplicarle como medio de salvarle la vida, la transfusión inmediata como procedimiento médico de urgencia, y sin embargo, por convicción religiosa, sus padres, se oponen a esa última alternativa, aceptando incluso el riesgo de muerte del menor. La controversia aludida resulta sumamente compleja: ¿hasta qué punto los padres pueden decidir, con amplia libertad, sobre la vida del menor? ¿En qué medida el derecho fundamental a la convicción religiosa, también un principio para efectos de nuestro estudio, debería subordinarse al bien jurídico vida? ¿Es la defensa del derecho fundamental a la vida siempre más importante que el derecho a una convicción religiosa que rechaza una transfusión de sangre inclusive bajo riesgo?

En estricto, no existen leyes positivas y concretas que manifiesten que prime el valor jurídico vida sobre el bien jurídico referido a la convicción religiosa. La teoría de los saltos interpretativos, la cual entiende el resultado de la interpretación como un producto que proviene en gran medida de la interioridad del intérprete, nos diría que opta en libertad el médico que decide hacer la transfusión de sangre al niño herido aún sin consentimiento de los padres, pues protege el valor jurídico vida. Y por otro lado, el salto interpretativo justifica, de igual modo, que debe

²⁴ En la ponderación, en abstracto, trazamos una línea de valoración entre los principios y fijamos valores para la identificación de los mismos, en sus diversos grados de afectación: elevado, medio y leve. Del mismo modo, estimamos la prevalencia de un principio frente a otro más solo en condiciones de *“jerarquía móvil y bajo las condiciones fácticas x.y.z.”*

respetarse el derecho a la convicción religiosa en el sentido de observarse las valoraciones de quienes deciden incluso sobre su salud. Sin embargo, de suyo apreciamos, en este caso, la gran dificultad que este problema representa para ser resuelto en los términos que la ley ofrece, no existiendo, en esta situación, una norma que privilegie el derecho a la vida sobre el derecho a la convicción religiosa.

Es aquí, que la ponderación acude como herramienta interpretativa, para expresar un redimensionamiento del derecho respecto a la importancia que adquieren los principios en el Estado neo-constitucional. La ponderación no va minusvalorar el derecho a la convicción religiosa en el sentido de asignarle al problema un infra-valor que el ordenamiento jurídico no tolera, ni va a restarle valor a un derecho fundamental, minusvalorándolo.

La ponderación inclusive nos dice que ese concepto de “*jerarquía móvil*” bien podrá implicar que en otras condiciones fácticas, **el derecho no prevalente podrá primar sobre el derecho que ahora prospera**, mas ello dependerá de las condiciones de hecho que identifiquen un nivel de justificación interna y externa que nos persuada de que la propuesta del derecho o principio a elegir, también es respetuosa de los derechos fundamentales.

La alusión a la ponderación de intereses no puede omitir una necesaria referencia al principio de proporcionalidad. Existen diferencias de matiz de este principio con relación a la ponderación como técnica interpretativa, orientándose los mismos hacia un fin común, cual es resolver conflictos vinculados a derechos fundamentales que no pueden ser resueltos con la simple concurrencia de la norma.

Respecto al principio de proporcionalidad, la nota distintiva se traduce en que en las controversias constitucionales que impliquen la actuación de este principio, siempre se producirá la inclusión de poderes públicos como parte, es decir, de entidades representativas del Estado, en sus diversos grados. La razón de ello parece residir en que a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, medimos el grado de intervención del poder público respecto de un derecho fundamental, valoramos en qué extensión se ha producido la intervención del Estado en la esfera de un derecho en concreto, y por cuanto valoramos la proporción de la intervención, a través de los sub-exámenes de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto. Es una forma de activismo interpretativo acudir a estos sub-exámenes en forma similar a como evaluamos una medida cautelar, es decir, que haya concurrencia copulativa de los requisitos.

Si uno de ellos no prosperara, entonces la ley o medida sometida a valoración en sede constitucional, a través del principio de proporcionalidad, deviene inconstitucional.

Así corresponde preguntarnos: ¿es acaso idónea la medida o la norma para intervenir eficazmente en la regulación de un derecho, como por ejemplo, a través de una ordenanza municipal²⁵, regular la actividad de los negocios en la calle de las pizzas en Miraflores, cuyos negocios sufrieron una restricción en el horario de atención los fines de semana dado el ruido que se generaba en los alrededores, con el consiguiente perjuicio en el derecho al descanso por parte de los vecinos? Prima facie, siempre respondemos en forma positiva a este examen en tanto las entidades públicas gozan de atribuciones en abstracto para regular las materias de su competencia. Difícilmente podríamos deducir que un gobierno local no está habilitado para regular un tema como el de funcionamiento de los negocios en el ámbito de su jurisdicción²⁶.

Por último, la ponderación en sentido estricto, como sub-principio, refleja en su real extensión una de las bases interpretativas del Estado neo-constitucional, cual es la real contraposición entre principios, en tanto uno finalmente prevalece sobre otro. Así, en el caso antes referido, el principio del derecho al descanso, es decir, a un entorno acústicamente sano como parte del derecho al descanso, prevaleció, en las condiciones específicas dadas, frente al derecho al trabajo que a su vez invocaban los comerciantes de la calle de las pizzas.

En la doctrina neo-constitucional, el examen se expresa así: “*cuanto mayor es el grado de afectación del derecho al trabajo, tanto mayor es el grado de satisfacción del derecho al descanso*”. En este postulado se expresa la esencia de la ponderación en sentido estricto²⁷, en tanto cuanto hacemos es extender un análisis valorativo de ambos principios y en una postura de “jerarquía móvil y en las condiciones x, y, z” del problema propuesto, hacemos prevalecer un derecho fundamental sobre otro, mas no en la postura de afirmar que uno es más importante que su opuesto, o que el derecho preterido siempre podrá expresar un menor rango valorativo frente al derecho prevalente. No es ésa la postulación de la ponderación en estricto, sino la

²⁵ STC 007-2006-PI/TC. Caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari.

²⁶ El examen de necesidad es un tanto más complejo en razón de que busca materializar la imperativa aplicación de la medida dispuesta y que no haya existido otra medida menos gravosa que la norma en cuestión, pues si hubiera existido otra alternativa menos onerosa, la regla impuesta, sujeta a examen de constitucionalidad, devendría inconstitucional.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, 1993. p. 161.

propuesta fáctico- argumentativa de que en las condiciones presentadas, el derecho prevalente expresa una posición de preferencia debidamente sostenida. Y a su vez, la situación inclusive podrá cambiar en otras condiciones fácticas.

En la línea del mismo ejemplo, el caso Chinchorros²⁸ representa, por oposición a nuestro ejemplo, una situación totalmente inversa. En el caso aludido, los comerciantes chinchorreros logran la inaplicación de una Ordenanza Municipal que precisamente afectaba su derecho al trabajo, en razón de que la medida de gobierno local que los desalojaba de una zona de carga y descarga de pescado en el distrito de Santa Rosa, en Lambayeque, trasladándolos a otro mercado por crearse continuamente conflictos de tránsito y circulación en el día por las actividades de estos comerciantes, no había contemplado una medida menos gravosa, como por ejemplo, fijar horarios de carga y descarga en determinados horarios, medida que se pudo aplicar antes que el oneroso y perjudicial traslado. En este caso, la norma cuestionada no pasó el examen de necesidad (aunque sí lo había hecho con relación al examen de idoneidad) en tanto existía una medida menos gravosa para su propósito- implantación de horarios de carga y descarga- cual era también otra forma restricción posible, menos onerosa, frente al derecho protegido.

En suma, la ponderación en sentido estricto sí observa el sentido de “jerarquía móvil” que propone la doctrina del neo-constitucionalismo y ello representa un punto capital para nuestra propuesta, la cual no aduce caracteres absolutos sino esencias compatibles con la teoría de los derechos fundamentales.

c) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas, en lugar de espacios exentos

Los espacios exentos no pueden existir en un Estado neo-constitucional. No se puede alegar islas exentas de control constitucional y por ende, espacios no sujetos a ningún tipo de control, en razón de que la Constitución representa un valor supremo y por tanto, rige sobre todas las áreas del ordenamiento jurídico.

Un caso que identifica con propiedad esta propuesta de carácter del Estado neo-constitucional, en relación a nuestra realidad, es la tesis asumida por el Tribunal Constitucional²⁹, en relación a la interpretación del artículo 142 de la Constitución, respecto a un conflicto relativo al Jurado Nacional de Elecciones

²⁸ STC 4408-2005-PA/TC. Lambayeque. Caso Empresa de Comerciantes Mayoristas de Productos Hidrobiológicos S.A.

²⁹ STC 5854-2005-Pa/TC. Piura. Caso Pedro Andrés Lizana Puelles.

JNE. El Jurado defendió, con lógica proposicional, la tesis de que sus decisiones en materia electoral son irrevisables en sede judicial y ese es el tenor interpretativo que fluye de esta norma constitucional. En el caso en comento, la tesis del JNE fue defendida sobre la base de la autonomía que le asiste a este órgano constitucional y a la prohibición de interferencia en sus decisiones en materia electoral. Creemos que no le faltaba razón al JNE desde el punto de vista de una interpretación puntual del artículo en mención, en tanto el criterio de interpretación literal informa de que la solución de toda controversia, debe producirse en el ámbito de la norma.

Sin embargo, la propuesta argumentativa del supremo intérprete de la Constitución, en este caso, fue sustancialmente distinta a la posición del JNE, pues acudió a los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, para sostener que no existían espacios exentos de control constitucional, así como que no podía producirse una interpretación aislada del artículo 142 de la Constitución. Entendió el Tribunal que no podía asumirse una interpretación literal del artículo acotado y que era necesario concordarlo con los principios, valores y directrices que emanan de la Carta Magna, para luego asumir que no se había consagrado en nuestro ordenamiento constitucional, la no revisión de las decisiones del JNE, sino que ante afectaciones de carácter constitucional, de vulneraciones sustanciales a los postulados de defensa de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, aún de órganos constitucionales autónomos, entonces quedaba habilitado el juez constitucional, en forma por demás extraordinaria, para hacer un examen de las decisiones aún autónomas del JNE.

El argumento sustentado merece capital importancia pues implica entender la Constitución como un todo, en concepción similar a la de Bobbio, cuando proponía la unidad como un carácter del ordenamiento jurídico. Según el Tribunal, debemos entender el principio de unidad de la Constitución como un todo, como la existencia de muchas normas jurídicas que, aún todas ellas con contenidos distintos e incluso a veces hasta incompatibles, están en su totalidad, subordinadas a la Constitución, es decir, le deben obediencia, en una estela de acatamiento de los postulados de la Norma normarum. En consecuencia, podrán existir normas que en apariencia contradicen a la Constitución pero sin embargo, tras una interpretación del principio de unidad, debemos entender que dichas normas se subordinan y sujetan a los postulados de la Carta Fundamental³⁰.

³⁰ A su vez, por el principio de concordancia práctica, asumimos una relación sistemática entre distintos postulados constitucionales para elaborar una tesis de interpretación más cercana de la realidad que promueven los principios, valores y directrices como plexo normativo de

En suma, no podrán existir espacios exentos o blindados contra la justicia constitucional y habrá necesidad de que, aun a pesar de normas que les asignan a algunos órganos constitucionales cierta autonomía, ésta se mantendrá vigente en tanto no se produzca una vulneración ostensible de un derecho fundamental.

d) Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario

La propuesta de Prieto Sanchís incide en un redimensionamiento del concepto de Estado desde la perspectiva de la interpretación judicial. Autores como Schmitt³¹, afirman “*la última palabra la pronuncia el juez, al dirimir un litigio, no el legislador que crea las normas*”, y en esa tesis expone la tesis de que vivimos en un Estado jurisdiccional, en el cual el poder de los jueces, al interpretar la Constitución, se refuerza en grado máximo cuando éstos ejercen la atribución de definir y resolver los conflictos jurídicos desde la lectura de los valores que informa la Constitución, por sobre las tareas interpretativas del legislador.

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?. Pues bien, asumimos posición cuando afirmamos que la ley, al ingresar al ordenamiento jurídico, se aleja de su creador, en términos puntuales, para resultar patrimonio del ordenamiento jurídico y del plexo normativo de principios, valores y directrices, y por tanto, su compatibilidad con estos postulados, estará en función de cumplir los parámetros de validez correspondientes. No bastará el control estático de la ley sino por el contrario, el control dinámico de la misma será determinante para concluir si la norma es compatible con la Carta Magna. Y esa tarea de control constitucional, por extensión, se encuentra reservada normativamente a favor del juez constitucional, quien a través de los procesos de tutela de derechos fundamentales y de control

argumentación de los derechos fundamentales. Bajo esta pauta, hay necesidad de concordar el artículo 142 de la Constitución, sin sacrificar su contenido, con otros valores constitucionales, entre ellos, a modo de ejemplo, el principio del debido proceso, como postulado fundamental. Esto es, en términos materiales si se produce, en vía de ejemplo, la afectación sustancial del derecho al debido proceso en un procedimiento de carácter electoral, entonces dicha vulneración grave, habilita al juez constitucional, en forma extraordinaria, para asumir competencia en un proceso constitucional, en el cual podrá revisar la constitucionalidad de la decisión del supremo órgano electoral.

³¹ SCHMITT, Karl. *Legalidad y legitimidad*. En Héctor Orestes Aguilar (comp.). Karl Schmitt, teólogo de la política. México. Fondo de Cultura Económica. 2001. p. 26

normativo, determinará si la norma es constitucional o si por el contrario, en procesos de la libertad, resulta inaplicable, y en procesos de control del principio de supremacía normativa de la Constitución, la norma debe resultar expulsada del ordenamiento jurídico.

e) Coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica

Nuestro profesor ibérico sintetiza esta propuesta en el siguiente postulado³²: “*El neo-constitucionalismo 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.*” En efecto, la constelación plural de valores representa un concepto amplísimo que traduce el criterio de apertura del neo-constitucionalismo al albergar soluciones interpretativas frente a colisiones de principios cuya solución resulta compleja.

En el neo-constitucionalismo la esencia de la fortaleza argumentativa de la propuesta se expresa, del mismo modo, en la ponderación de intereses cuando a través de ella, inferimos soluciones a los problemas concretos, reconociéndose el valor de derecho fundamental de cada principio en pugna. Es decir, se logra acrisolar un resultado material a la luz de los supra-valores 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 neo-constitucionalismo valores diferentes coexisten entre sí. Ello representa un indudable avance frente a otras teorías.

VI. CONSECUENCIAS DEL NEO-CONSTITUCIONALISMO

Las reflexiones que anteceden han resultado contextualmente muy útiles para describir los rasgos más sustanciales de un Estado neo-constitucional. La propuesta tiene mucha vigencia y actualidad en el sentido de que nos persuade de que los criterios de interpretación constitucional en los ordenamientos jurídicos, están cambiando de sitio, que apuntan hacia nuevos sitios de producción jurídica, en una forma de fraternidad de intérpretes constitucionales, una especie de “sociedad abierta de intérpretes de la

³² PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. EN, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 2001. Ob., p. 123

Constitución”, concepto enunciado por Haberle³³, para significar que los argumentos de interpretación van asumiendo un carácter de criterios comunes.

La propuesta hecha se acerca también a la teoría de la fertilización judicial cruzada, o “*Judicial cross fertilization*”, es decir, el uso de precedentes extranjeros por parte de los jueces. Este concepto alude a que los tribunales internacionales deberían alentar y promover la interacción o fertilización cruzada judicial, tomando en cuenta los fallos judiciales de los demás. La propuesta de la fertilización judicial cruzada también comprende, en casos específicos, diferenciar el pronunciamiento de aquellos tribunales cuya competencia en la materia les concede un mayor rango de autoridad en un caso determinado. Sin embargo, tal puntualización no resulta definitiva en tanto las técnicas interpretativas implican puntos en común³⁴.

Hechas estas descripciones resulta ahora importante, a modo de consolidación de nuestra tesis, puntualizar cuáles son las consecuencias más relevantes de la propuesta de un Estado neo-constitucional.

a) Cambio de tesis en la definición del Derecho

¿Qué propone esencialmente el neo-constitucionalismo, luego de las premisas expuestas? A juicio nuestro y de modo sustancial, un cambio de tesis en la definición del Derecho. Refleja Prieto Sanchís³⁵ que: “*En tanto el positivismo sostiene la tesis de la separación entre el derecho y la moral, el neo-constitucionalismo plantea la tesis de la necesaria vinculación entre el derecho y la moral*”.

Esta vinculación resulta de capital importancia para el neo-constitucionalismo, en tanto que el concepto de dignidad de la persona, nos lleva a juicios de valoración de orden moral. Kelsen proponía la interpretación del Derecho como un producto puro, sin la participación de ninguna otra disciplina. En el neo-constitucionalismo, por el contrario, reafirmamos la tesis de la necesaria interrelación entre moral y derecho. Expresión tangible de ello lo es el artículo 1

³³ HABERLE, Peter. *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución*. EN, Retos actuales del Estado constitucional. Bilbao, IVAP. 1996. Pág. 15 – 46., p. 17 y ss.

³⁴ Las redes judiciales permiten la fertilización cruzada de ideas, compartir las experiencias respecto de la resolución de problemas similares, y sobre todo el fortalecimiento de las propias instituciones judiciales a través de su legitimidad internacional.

³⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. EN, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 2001. Ob., p. 133.

de nuestra Constitución³⁶, el cual propone el parámetro de valoración de la dignidad de la persona como postulado base de todo el ordenamiento constitucional.

Veamos la reflexión que aporta Faralli³⁷ a este respecto:

“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. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales”

b) Mayor complejidad del Derecho

Otra conclusión de relevancia respecto al Estado neo-constitucional, es que el Derecho se hace más complejo, por la evolución sin pausa de los derechos fundamentales, por la concurrencia de los principios y sus relativos márgenes de indeterminación para la resolución de conflictos constitucionales. 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 igual a valores, principios, y directrices, que concurren en forma conjunta con las reglas, normas jurídicas y leyes en la solución de los conflictos³⁸.

³⁶ Constitución 1993. Artículo 1.

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

³⁷ FARALLI, Carla. *La Filosofía del Derecho Contemporáneo*. Madrid. Hispania Libros. 2007. p. 83

³⁸ Por cierto, la propuesta de 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, ellas van a seguir subsistiendo en la medida que van a representar, siempre, la base de definición de una controversia. Es decir, solo ante la insuficiencia de las reglas, concurren 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 extremos sumamente complejos en una controversia, la resolución tendrá en cuenta los márgenes de activismo de los principios y de las herramientas interpretativas que conciernen a derechos fundamentales. Todos estos elementos, en forma cohesionada, juegan un rol fundamental en la solución de conflictos y constituyen la base del Estado neo-constitucional.

c) Plena vigencia de los derechos fundamentales

Estimamos que solo los principios conceptuales y las pautas procedimentales que informan el Estado neo-constitucional, permiten una aplicación plena de los derechos fundamentales, cuyo norte aplicativo, en la definición de Peces Barba³⁹, es la de poseer una juricidad y una moralidad básicas. Juricidad porque los derechos fundamentales contienen mandatos vinculados a realizaciones para la protección de un derecho; y moralidad, porque la vinculación a la protección de la dignidad de la persona, representa una impostergable obligación para el juez constitucional.

En consecuencia, premunido el juzgador de que no solo concurre un mandato respecto al derecho fundamental, en cuanto a su juricidad, sino también un contenido de optimización respecto a la moralidad, entonces, puede aplicar plenamente los criterios de protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.

d) Reposicionamiento del rol de los jueces constitucionales

Con esta expresión queremos significar la importancia capital de las tareas que desarrollan los jueces constitucionales en la protección de los derechos fundamentales. Esta premisa es verificable de suyo en el Perú en el sentido de que no solo existe jurisdicción constitucional como tal, sino que ya existen, además de lo reseñado, órganos constitucionales especializados. Esto es, no solo nuestro país es el primero en Iberoamérica en haber adoptado un Código Procesal Constitucional, desde 2004, sino que ya dispone de jueces constitucionales a exclusividad. Así, ya existe en Lambayeque la primera Sala Constitucional del país, desde abril de 2006 como plaza permanente, con jueces superiores titulares y con competencia exclusiva para procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento en segunda instancia, y procesos de acción popular, en primera instancia. En adición a ello, existe un Juzgado Constitucional en Ayacucho con titular designado. A ello se suma la creación en la ciudad de Lima de 10 juzgados constitucionales, con competencia para procesos de amparo, habeas data y cumplimiento. Esta realidad nos conduce inevitablemente a la premisa de que existe preocupación por la defensa amplia y con sistematicidad jurisdiccional para la defensa de los derechos fundamentales.

³⁹ PECES BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 37

Concurrentemente, la tarea interpretativa de los jueces de dichos órganos debe significar una materialización de los derechos fundamentales demandados, naturalmente concediendo tutela cuando corresponda. En ese orden de ideas, deviene pertinente reforzar la labor de los mismos y en esa línea, el neo-constitucionalismo presta un apoyo invalorable al constituir, como nuevo planteamiento en la teoría del Derecho, un medio invalorable para la defensa de los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, el fundamento de que las sentencias constitucionales resulten prevalentes frente a las de los demás órganos jurisdiccionales, tiene su razón de ser en el ámbito de protección de la jurisdicción constitucional, vinculado a la tutela, en vía de urgencia, 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, como los principios *pro homine*, *favor processum* y el ámbito de los principios, por oposición distintos a los presupuestos de la justicia ordinaria, de suyo vinculados a las expresiones del principio de legalidad, la supremacía de la norma jurídica y la ley, y el principio de congruencia procesal, como valores máximos del positivismo jurídico.

VII. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LOS MAGISTRADOS

7.1. El Neo-constitucionalismo y la Misión Institucional de los Jueces en una Democracia Constitucional

El neo-constitucionalismo puede ser también visto como la doctrina o ideología institucional que considera muy positivo el fenómeno que hemos descrito y lo promueve activamente⁴⁰, especialmente alentando un modelo de Poder Judicial activista que tutele los derechos humanos para lograr su plena vigencia práctica. La nueva visión del ordenamiento jurídico reclama una nueva postura institucional por parte de los integrantes de las magistraturas judiciales. Se postula una nueva postura institucional de los jueces, en particular de los tribunales constitucionales, que podríamos definir como activismo judicial, con fundamento normativo en los derechos humanos

⁴⁰ Tal como lo afirma Comanducci, el neo-constitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales –podríamos en este sentido hablar de neo-constitucionalismo de los contrapoderes– pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previsto en la Constitución

constitucionalizados y/o reconocidos en los documentos internacionales⁴¹. El neo-constitucionalismo vuelve a plantear el complejo y difícil tema de la misión que los jueces, especialmente quienes tienen a su cargo el control de constitucionalidad, están llamados a cumplir en una democracia constitucional.

El neo-constitucionalismo plantea y promueve una nueva relación del Poder Judicial con los demás órganos de gobierno y con la sociedad civil para el logro de la vigencia efectiva de los derechos humanos. Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales. Así como el siglo XIX ha sido el siglo del Poder Legislativo y el siglo XX el del Poder Ejecutivo, el siglo XXI será, de acuerdo a una profecía neo-constitucionalista, el del Poder Judicial.

Hay una consideración muy elevada de la misión que los jueces están llamados a realizar en los sistemas democráticos. “*La verdadera democracia es la democracia de los jueces*”, como bien lo señala Zagrebelsky “*Vengan los jueces a salvar el mundo*”, pues bien, la idea es que jueces ilustrados y abiertos a la deliberación racional contengan los impulsos autoritarios de los políticos profesionales que pueblan los demás poderes de Estado. Se advierte un cierto elitismo epistemológico y ético judicial, una elevada consideración de la misión institucional del Poder Judicial, que en ocasiones es algo exagerada, desbalanceada y descontrolada. Así Gil Domínguez llega a hablar de la omnipotencia judicial en un Estado Constitucional⁴². Algunos, más moderados sostienen que el modelo es el de una democracia deliberativa cuyos límites son los derechos humanos, pero son los jueces quienes, en definitiva, definen de modo dinámico y creativo el contenido de esos derechos fundamentales⁴³.

⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces Constitucionales*. En, discurso pronunciado el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50^a aniversario de la Corte Constitucional italiana.

⁴² DOMÍNGUEZ, Gil. “*Neoconstitucionalismo y última palabra*”, *La Ley*, diario del 14-III-08., el cual comenta, Una de las notas estructurales que presenta el Estado constitucional de derecho es la omnipotencia judicial. En este paradigma, el órgano judicial se encuentra en una situación temporal de detentador de la última palabra respecto de las decisiones colectivas (aun aquellas que tienen que ver con los derechos fundamentales), lo cual genera un natural desplazamiento del legislador

⁴³ Pareciera que el paradigma que sirve para inspirar la actuación de un tribunal constitucional conforme a los parámetros neo-constitucionalistas, es la Corte Warren (1953-1969), seguida de la Corte del Chief Justice Burger, de modo especial por su doctrina de las libertades preferidas y su activa defensa de los derechos constitucionales de igualdad e integración racial, de libertad de expresión, de debido proceso y de privacidad. Este nuevo rol que se asigna a los jueces es, en parte, una realidad muy positiva. Ellos han sido protagonistas y artífices de una creciente concientización y protección de los derechos humanos en nuestras democracias constitucionales. Su rol ha sido fundamental tanto por lo que ellos han hecho a través de sus fallos, como por el estímulo que su

El modelo institucional de Poder Judicial y de Tribunal constitucional propio del neo-constitucionalismo no es ya una corte moderadora, sino una corte activista. La Corte Suprema no aparece tan preocupada en el control de los poderes, por asegurar la división de poderes, como en la promoción y aseguramiento de los derechos personales. No se atiende ya tanto a quién y cómo se decide, sino qué se decide.

El dictado de fallos que hagan operativos los derechos prometidos en el texto constitucional, es la forma que tienen los tribunales constitucionales para legitimarse y prestigiarse ante la sociedad y el modo de lograr imponer algunos valores “*revolucionarios*” o “*progresistas*”, a veces en complicidad con las tendencias predominantes en los medios de comunicación, la opinión pública y el mundo intelectual. También, en ocasiones, los jueces asumen como propias algunas políticas públicas desatendidas por los poderes políticos (por ejemplo, medio ambiente, carcelaria, etc.), convirtiéndose de ese modo en legisladores positivos, y no sólo negativos, en defensa de la supremacía constitucional.

Se propone una interpretación creativa y dinámica de la constitución y los Tratados sobre derechos humanos que revive, en cierto modo, la polémica que se dio en Estados Unidos entre originalistas y partidarios de la “*living constitution*”. En el fondo, esta discusión no es tanto estrictamente jurídica, simplemente sobre los modelos de interpretación constitucional, sino sobre (i) el rol político que los jueces están llamados a cumplir y su relación con la legislatura y (ii) acerca de los valores de fondo que han de regir la sociedad.

En parte, es también una discusión sobre quién ha de actualizar y dinamizar, principalmente, el derecho y el sistema jurídico para adecuarlo a las nuevas realidades y exigencias: los poderes políticos a través de los procedimientos constituyentes y legislativos o los jueces cuando resuelven dinámicamente los denominados “*casos difíciles*”⁴⁴.

actuación significó para los demás poderes de gobierno. Baste para ello recordar la importancia del caso “*Brown*” sobre integración racial en las escuelas norteamericanas, o el fallo de la Corte Suprema argentina en el caso “*Sir*”, en el que se creó pretorianamente la acción de amparo, como garantía de los derechos constitucionales. Sin embargo, existen algunas amenazas teóricas y prácticas que, si se cae en extremos, pueden distorsionar la función judicial.

⁴⁴ Una situación muy interesante para este análisis se ha dado en Estados Unidos en la segunda mitad de la década de los noventa, a través de los intentos de iniciar juicios políticos a algunos jueces federales norteamericanos por parte del Congreso de ese país, por asumir presuntas ilegítimas posturas activistas que desconocían decisiones de otros órganos de gobierno. En el marco de esta ofensiva, y de especial interés para el tema que se aborda en el presente trabajo, se destacan las propuestas de iniciación de juicio político a los seis ministros de la Corte Suprema que conformaron el voto mayoritario en el controvertido caso *Romer v. Evans* (517 U.S. 620, 1996),

donde se declaró la inconstitucionalidad de una enmienda de la Constitución del Estado de Colorado. Dicha enmienda –conocida como la “Enmienda 2”– establecía que “ni el Estado de Colorado, por medio de cualesquiera de sus ramas o departamentos, ni ninguna de sus agencias, subdivisiones políticas, municipalidades o escuelas de distrito, sancionará ley, regulación, ordenanza o política alguna por medio de las cuales la orientación o conducta homosexual, lesbiana o bisexual constituya o sea el fundamento o título de cualquier persona o clase de personas para reclamar un status especialmente protegido o de minoría, ni para exigir cuotas preferenciales o reclamos antidiscriminatorios”. Merece subrayarse que esta reforma a la carta magna estadual tuvo origen en un referéndum estatal, en el cual optaron por la inclusión de la Enmienda el 53% de los habitantes de Colorado. La Corte Suprema de los Estados Unidos, al declarar inconstitucional la Enmienda 2, confirmó el fallo de la Suprema Corte del Estado de Colorado, aunque con distintos fundamentos. Se sostuvo que la enmienda en cuestión colocaba a los homosexuales en una clase solitaria, privándolos de la protección legal existente contra injurias causadas por discriminación, tanto en la esfera privada como en la pública. Por otra parte, se entendió que, dado que no existe una razonable relación entre la desigualdad creada por la norma y un propósito legislativo válido, la reforma de la Constitución estadual resulta violatoria de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, donde se garantiza el derecho de todos los ciudadanos a la igual protección de las leyes. La única explicación a la Enmienda 2, según la opinión de la mayoría, es una cierta animosidad hacia el grupo homosexual. El voto disidente redactado por el Justice Scalia sostiene la validez de la Enmienda 2, fundándose –entre otros argumentos– en que dicha norma supera el test de constitucionalidad fijado por la Corte en el precedente vigente *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186, 1986), a la vez que no lesiona la igualdad ante la ley, sino que se limita a negar un especial tratamiento al grupo en cuestión. Más allá de los distintos argumentos y refutaciones a la opinión de la mayoría presentes en este voto es oportuno comentar, en miras al tema que nos ocupa, que en él se destaca en reiteradas ocasiones y con contundentes afirmaciones el carácter activista de la postura adoptada por la mayoría del Tribunal. En este sentido, el voto de la minoría afirma que la Enmienda 2 da una respuesta a un debate cultural, cuya resolución –a falta de normativa constitucional– debe realizarse por los medios democráticos ordinarios. Por el contrario –continúa la minoría– la Corte, al tomar partido en esta Kulturkampf, impone los criterios y valores de la elite de los abogados a todo el pueblo norteamericano. Se sostiene, con respecto a la opinión de la mayoría, que no tiene fundamento en el derecho constitucional de los EE.UU. y, lo que es peor, que “apenas pretende tenerlo”. Todo lo anterior lleva a concluir a los tres jueces firmantes del voto minoritario que “la declaración de inconstitucionalidad de la Enmienda es un acto, no de índole jurisdiccional, sino de decisión política”. Por último, la disidencia recuerda que el mismo Congreso de los Estados Unidos ha sido reticente ante reiterados intentos de extender a los homosexuales la protección otorgada por distintas leyes a grupos beneficiarios de tratamiento preferencial, lo cual demuestra –una vez más– que la opción que tomó aquí la Corte es propia del ámbito del debate político y la policymaking, y ajena a los limitados alcances que debe tener un recto ejercicio del control de constitucionalidad. La reacción a la controvertida decisión de la Corte no se hizo esperar. Diversos grupos políticos autodenominados “conservadores”, tales como la National Legal Foundation, la Free Congress Foundation, Intercissors for America, Eagles Forum y Wall Builders expresaron públicamente su pedido de juicio político para los *Romer Six*. No obstante, serían las reiteradas apariciones mediáticas de Tom DeLay –uno de los más importantes representantes republicanos en el Congreso– así como sus cartas al diario *New York Times*, las que dieran mayor difusión a los pedidos de impeachment para los jueces integrantes de la mayoría en el

Paradójicamente, mientras hay una disminución progresiva de la discrecionalidad en la actuación de los poderes políticos, se verifica y promueve un notable aumento en la discrecionalidad de los jueces en su función jurisdiccional y constitucional. Existen, algunas de las doctrinas jurídicas a las que más han acudido y desarrollado los jueces y autores partidarios del neo-constitucionalismo son las siguientes:

- carácter operativo de los derechos constitucionales y los reconocidos en los Tratados Internacionales;
- utilización del principio “*pro homine*” para escoger las normas que mayor tutela y protección otorguen a los derechos de las personas;
- análisis intensivo de razonabilidad por parte de los jueces, especialmente en materia de “*libertades preferidas*”;
- máxima protección del derecho a la privacidad y a la autonomía personal;
- máxima tutela del derecho a la igualdad que se transforma en derecho a la no discriminación y surgimiento de las denominadas “*categorías sospechosas*”, con una clara presunción de inconstitucionalidad;
- surgimiento de los denominados derechos sexuales;
- efectivización de los derechos sociales;
- protección judicial de derechos colectivos;
- vasto desarrollo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión;
- obligatoriedad de seguir las pautas de los tribunales internacionales;
- control de “*convencionalidad*” y no sólo de constitucionalidad de las normas internas;

caso *Romer v. Evans*. Por su parte, no faltaron voces que salieran al cruce de estas opiniones, rechazando terminantemente la posibilidad de remover a los presuntos jueces activistas. Ciento cuatro decanos de facultades de Derecho, setenta y cinco presidentes de colegios de abogados e incluso dos de los jueces de la disidencia en *Romer* –Scalia y Rehnquist– expresaron su punto de vista negativo, coincidiendo en que “el impeachment no fue concebido para ser utilizado contra un juez que sostiene una opinión con la cual los miembros de los otros poderes están en desacuerdo”. La American Bar Association, a su vez, conformó ese mismo año una Comisión especial dedicada a estudiar el tema, que elaboró al año siguiente un informe defendiendo la independencia judicial, quedando así sentada la posición de la institución en la controversia. Planteado en estos términos, el debate acerca del activismo judicial y la responsabilidad política de los magistrados se insertó como nunca en la agenda política de los Estados Unidos, país en el cual jamás se ha removido a un magistrado federal por el contenido de sus sentencias. A pesar de que las amenazas de impeachment por parte de DeLay y otros representantes de distintos sectores políticos ocuparon las páginas de los periódicos por meses, finalmente nunca se llegó a tratar en el Congreso la iniciación de juicio político a ninguno de los *Romer Six*. (cfr. GARCIA-MANSILLA, Manuel José. *Historia de los juicios políticos a los jueces federales norteamericanos*. En, Santiago, Alfonso (h) (Director). *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*. Tomo I. Buenos Aires. Ábaco. 2006., p. 569 y ss.).

- flexibilidad y distintas clases de sentencias que pueden dictar los tribunales constitucionales: formulación de recomendaciones, fijación de plazos para la mejora y adecuación a las exigencias constitucionales. Estas medidas permiten la coordinación de las funciones de los tribunales constitucionales con la de los otros poderes. Se trata de las denominadas sentencias aditivas y exhortativas.

7.2. Posibilidades y Riesgos del Modelo Neo-constitucionalista en lo que hace a la Función de los Jueces y Tribunales Constitucionales

Sin lugar a dudas, el modelo del neo-constitucionalismo, principalmente a través de la función que encomienda a los jueces, contiene una posibilidad de lograr que los derechos constitucionales estén más asegurados frente a la distracción, desentendimiento o violación por parte de los otros poderes de gobierno. Los derechos a la vida y a la salud, el derecho a la igualdad, los derechos sociales, el acceso a la justicia, el debido proceso y la tutela judicial efectiva, deben mucho a la labor judicial. La prudente, lúcida y decidida acción de los jueces y en particular de los tribunales constitucionales puede hacer mucho para la mejora del sistema jurídico y político de un determinado país. Esta nos parece que es la principal oportunidad que ofrece este, en alguna medida, nuevo paradigma del neo-constitucionalismo.

Por otro lado, nos parece que el modelo del neo-constitucionalismo tiene dos riesgos principales: la extralimitación judicial y una impronta excesivamente individualista y relativista en la concepción e instrumentación de los derechos humanos que llegue a desvirtuar su contenido y alcance. Empero, una indebida intervención judicial podría llevar a imponer preferencias personales de los magistrados, en coordinación con los medios de comunicación, las ONG “más progresistas” y a veces los organismos internacionales, por sobre las decisiones de base mayoritaria. Con cierta ironía, señala el Justice Scalia que los jueces partidarios de la living constitution son jueces felices, porque encuentran siempre que sus preferencias personales coinciden con lo que, a su criterio, señalan los textos constitucionales.

Se corre el riesgo de promover el surgimiento de jueces iluminados o profetas, que se sienten llamados a resolver desde sus estrados judiciales los más difíciles y complejos problemas sociales y políticos, cuando el proceso judicial no está pensado ni diseñado para ello. Esto puede llevar al excesivo protagonismo y vedetismo judicial, a la preocupación por las grandes causas y la desatención de las normales y habituales y al riesgo latente de una politización indebida del Poder Judicial⁴⁵.

⁴⁵ Hasta fines del siglo XX, la realidad de los tribunales constitucionales latinoamericanos muestra que la amenaza no han sido las cortes activistas, sino que, en todo caso, tendió a predominar un cierto permisivismo judicial. Sin embargo, ahora despunta el peligro de cortes alocadamente

El segundo riesgo que se advierte en algunas versiones del neo-constitucionalismo y frente al que hay que estar prevenidos, es que se realice una interpretación exageradamente individualista, relativista y permisiva de los derechos constitucionales, particularmente del derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, del derecho a la privacidad y, del más reciente, derecho a la diferencia, que desnaturalice el contenido propio de esos derechos y lesione otros legítimos derechos o bienes públicos. En ocasiones, actuando de ese modo, se puede pretender imponer desde los tribunales constitucionales una nueva concepción disolvente de la vida social.

A la hora de interpretar y operar los derechos es necesario tener presente la sabia fórmula expresada en el art. 32 de la de la CADH: *“Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”*⁴⁶. Allí están debidamente contempladas y equilibradas las exigencias que se derivan de la efectiva tutela de los derechos humanos con las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática. El excesivo individualismo y permisivismo podría llevar al debilitamiento de los vínculos sociales y de los ideales de excelencia colectivos, especialmente en ciertas y determinadas áreas como las de la moralidad pública, permitiendo el surgimiento de ciertas *“zonas rojas”* para el ejercicio abusivo de ciertos derechos y dando razón a la queja del tango cuando señala con desdén que *“todo es igual, nada es mejor”*.

También habrá que estar atentos a una apertura incondicional, acrítica e indiscriminada al derecho internacional de los derechos humanos y a las doctrinas de los tribunales y organismos internacionales, en general muy valiosas pero que algunas veces pueden ser algo tendenciosas. Nos parece que es importante reafirmar el necesario margen nacional de apreciación y el carácter de la constitución nacional como instancia jurídica última, suprema y definitiva para los jueces nacionales.

activistas, como pone de manifiesto algunos fallos del tribunal constitucional colombiano. Siempre vale la pena recordar la sabia advertencia del juez norteamericano Frankfurter: *“Si los jueces quieren ser predicadores, deberían dedicarse al púlpito; si pretenden ser primariamente configuradores de una política, el Parlamento es su lugar. Los jueces obstinados son los menos defendibles entre todos los que atacan al imperio del Derecho”*. Y también aquella otra que expresara Eduardo Couture: *“Del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el Poder Judicial; en tanto que del despotismo del Poder Judicial no queda recurso alguno”*. Por eso, es siempre necesaria la autolimitación, el self-restraint judicial, que asegure el equilibrio de los poderes y del juego democrático.

⁴⁶ También en el art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se puede leer: *“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”*

VIII. NEOCONSTITUCIONALISMO SE RIGE POR REGLA O PRINCIPIO

8.1. Estado de Derecho por principios: Neo-constitucionalismo vs. Estado de Derecho Legislativo

La nueva concepción del “*Estado de Derecho*” o “*Neo-constitucionalismo*”, donde se ha superado la idea del “*Estado legislativo*”, lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal. Es Gustavo Zagrebelski⁴⁷ quien distingue la concepción del “*Estado Legislativo*” que se rige por “*reglas*”, al “*Estado Constitucional*”, en donde el Derecho se va a regir por principios. Con la palabra norma se alude a que algo deba ser o producirse; en particular a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Sin embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo, es importante diferenciar lo que podría denominarse regla de lo que podría, por el contrario, denominarse principio.

Si el Derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa a grandes rasgos distinguir la Constitución de la Ley.

8.2. ¿Cuál es la diferencia entre las “reglas” y los “principios”?

En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico. Las reglas aunque están escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. La diferencia sustancial entre “*reglas*” y “*principios*”, está sobre todo el diverso tratamiento que el Derecho hace de ambas⁴⁸. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras.

En los principios se deberán tomar en cuenta tradiciones históricas, contextos de significado, etc., más que interpretadas por el análisis lingüístico deberán ser entendidas en su “*ethos*”. En pocas palabras, a las reglas “*se obedece*” y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las

⁴⁷ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid. Trotta., 1995. p. 109.

⁴⁸ Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador.

formulaciones que contienen las reglas; a los principios en cambio, “*se presta adhesión*” y, por ello, es importante comprender el mundo ontológico, las grandes opciones de la cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino un simple alusión.

8.3. Distinción entre reglas y principios

Según Zagrebelski, su distinción estriba en que las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a ese respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que “*a priori*” aparecen indeterminadas. Puesto que carecen de “*supuesto de hecho*”, a los principios a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance. Se podría indicar señalando simplemente que son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánicamente y pasivamente⁴⁹.

⁴⁹ Podrían, dice este autor, los autómatas, hacer uso de dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La aplicación de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una reacción, se tome posición ante ésta de conformidad con ellos. Lo anterior tuvo lugar en la aceptación en los años treinta, cuando no se podía aceptar la idea de la jurisdicción constitucional o que la garantía de la constitucionalidad de la actuación del Estado no podría configurarse como actividad jurídica, y específicamente judicial. Debería concebirse, por el contrario, en términos políticos y atribuir su competencia a órganos comprometidos y responsable políticamente; es la famosa discusión y polémica de “*Kelsen vs. Schmitt*”, sobre quien debería ser el defensor de la Constitución. La negación de la posible relevancia judicial de los principios constitucionales constituía una simple radicalización operada por motivos polémicos, de la concepción positivista de la jurisdicción, Kelsen cambiaría ésta concepción, inventado el Tribunal Constitucional, concebido inicialmente como un simple defensor de la Constitución. Lejos estaba de entender su nuevo “*rol*” de intérprete de “*principios constitucionales*”. Los enemigos de las normas constitucionales por principios eran, sin proponérselos, unos sostenedores a ultranza del “*Estado Legislativo de Derecho*”, propio del positivismo jurídico. Los partidarios de los “*principios*”, estaban fincando el nuevo “*Constitucionalismo*”, con la adopción de los principios en lugar de las “*reglas*”, sus partidarios, conciente o inconscientemente estaban forjando una nueva concepción del Derecho. Los principios no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una toma de posición conforme con su “*ethos*” en las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente una cuestión de principio.

Los principios constitucionales carecen de supuestos de hecho y, por tanto, no pueden ser utilizados en la operación lógico-jurídica (en particular, en la subsunción en el supuesto de hecho), que, según aquella tradición, es la única a la que habría podido referirse el término aplicación.

Los principios, como dice Zagrebelski⁵⁰, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad. La realidad al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla -como razona el positivismo jurídico-, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de tomas de posición jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). El “*ser*” iluminado por el principio aún no contiene en sí el “*deber ser*”, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio.

IX. CARACTERÍSTICAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO O ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO

El llamado “Neo-constitucionalismo” se caracterizaría, según Jaime Cárdenas, por lo siguiente:

- a) Se reconoce por algunos una conexión débil entre derecho y moral.
- b) Se admite que el derecho no sólo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas.
- c) El derecho no sólo consiste en la estructura normativa sino también en la argumentativa, contextual y procedimental.
- d) La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte.
- e) Las normas que nos son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras.
- f) Más que hablar de interpretación se destaca el papel de la argumentación no sólo en su faceta retórica sino en sus ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales.
- g) La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente, en la calidad de la argumentación.
- h) Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución.

⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid. Trotta., 1995. p. 118.

- i) El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador (“legislador negativo”, según Kelsen), y lo desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática.
- j) Se intenta poner fin con las técnicas de la argumentación a la discrecionalidad judicial en el sentido en que había sido entendida por Kelsen o Hart.
- k) No hay neutralidad ni a-valoratividad en el derecho.

X. CONCLUSIONES

Los presupuestos fundamentales sobre los que gravita la concepción del Estado de Derecho son: la limitación de la actividad de los órganos del poder por la legalidad; la garantía por parte de ésta de los derechos públicos subjetivos, que adquieren tal cualidad por su positivación, al margen de cualquier exigencia de tipo iusnaturalista; y la teoría de la forma o control constitucional de toda actividad del Estado. Así, desde un ámbito estrictamente formal lo jurídico sería aquella conexión sistemática, estructural y jerarquizada de normas generales y abstractas como característica primordial del Estado y del Derecho, llevando esta idea a identificar irremediamente al Estado y al Derecho como dos caras de la misma moneda, pretendiendo purificar la noción jurídica del Estado de cualquier contaminación política, sociológica o ética vaciando de contenido al Estado de Derecho.

La nueva concepción del “*Estado de Derecho*” o “*Neo-constitucionalismo*”, donde se ha superado la idea del “*Estado legislativo*”; lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal, por ello, soy de opinión que es un grave error tratar de caracterizar al Estado de Derecho con cualquier estructura formal donde se respetaran las leyes, carentes de contenido y adaptables a cualquier ideología, sin tomar en cuenta las exigencias materiales y espirituales del ser humano, partiendo de su dignidad como persona.

El neo-constitucionalismo representa una nueva teoría del Derecho y reposiciona la actividad interpretativa a través de nuevos enunciados cuya matriz de pensamiento es su necesaria compatibilidad con los principios, valores y directrices que informa la Constitución.

El neo-constitucionalismo representa un concepto de evolución representativo con relación al Estado Legislativo. En éste, prevalecen la ley, la norma jurídica y las reglas como expresiones representativas del principio de legalidad. En el Estado Neo-constitucional prevalece un plexo de principios, valores y directrices como expresión, *mutatis mutandis*, de los derechos fundamentales.

El principio de progresividad, como carácter sustancial de los derechos fundamentales, justifica que la interpretación constitucional evolucione hacia nuevos sitios de producción jurídica, en los cuales la tutela de urgencia, el carácter complejo de los propios derechos, justifican la irrupción de nuevos criterios de interpretación.

La postulación de que prevalecen más principios que reglas en el Estado Neo-constitucional, reside en la insuficiencia de las reglas para explicar y dar solución a los conflictos complejos que se producen en el Estado neo-constitucional.

La ponderación, el principio de proporcionalidad y los principios de interpretación constitucional, traducen muchos de los nuevos postulados del Estado neo-constitucional. Representan técnicas de interpretación constitucional que involucran procedimientos que bien pueden contemplar la valoración de principios en su dimensión de derechos fundamentales.

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.

En el Estado Neo-constitucional no existen espacios exentos de control constitucional, todo el ordenamiento jurídico se subordina a los controles estáticos y dinámicos de la Constitución. Se requiere que los jueces tomen conciencia de los cambios que representa el Estado Neo-constitucional, pues ellos, van a resultar por excelencia, protagonistas del nuevo sistema en lo que venimos a llamar el Estado Jurisdiccional, del que nos habla Karl Schmitt.

Resulta necesario que las Universidades y centro de formación como la Academia de la Magistratura y los programas de auto-capacitación de las Cortes Judiciales del país, conozcan las propuestas del Estado Neo-constitucional, a fin de lograr una concientización de los jueces constitucionales y de todos aquellos actores del ordenamiento jurídico constitucional.

La comunidad jurídica debe resultar igualmente partícipe de conocer los postulados del nuevo sistema. Ella resulta finalmente destinataria, en la persona de los ciudadanos, de las decisiones de los jueces en la propuesta protagónica de un Estado neo-constitucional.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

AHUMADA, Ángeles. NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO. *A propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci* [en línea]. EN, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Jornada N° 11. Publicado, noviembre 29, 2007. Disponible en:
http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada11/4_AHUMADA.pdf

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

ATIENZA, Manuel. *Los límites de la interpretación constitucional*. EN, Interpretación constitucional. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (Coordinador). México, Porrúa. UNAM, 2005. Tomo I.

BARROSO, Luís Roberto. *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho. Triunfo Tardío del Derecho Constitucional en Brasil*. EN, Instituto de Investigaciones Jurídicas N° 127. Universidad Nacional Autónoma de México. 2008. ISBN: 978-970-32-5026-4.

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.

CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid. Trotta. 2007. ISBN: 978-84-8164-928-4

COMMANDUCI, Paolo. *Conferencia: Constitucionalización y teoría del derecho*. EN, discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Anales, tomo XLIV, año académico 2005, Córdoba.

DOMÍNGUEZ, Gil. “Neoconstitucionalismo y última palabra”, La Ley, diario del 14-III-08.

FARALLI, Carla. *La Filosofía del Derecho Contemporáneo*. Madrid. Hispania Libros. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. EN, CARBONELL Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismos*. Trotta. Madrid, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia constitucional*. En, Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho. Christian Courtis (compilador), Buenos Aires, Ed. Eudeba - Universidad de Buenos Aires, 2001, pp. 255-271.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de la teoría de las Constituciones*. Sexta Edición. Madrid. Trotta. 2009. ISBN: 978-84-8164-119-6

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precursores* [en línea]. EN, Portal de la Universidad de Antioquia. Disponible en: http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticas/BibliotecaDiseno/Archivos/02_Documentos/GarciaAmado-Neoconstitucionalismo.pdf

GARCIA FIGUEROA, Alfonso, y GASCON ABELLÁN, Marina. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores. Lima. 2003. ISBN: 9972-733-47-5.

GIL RANDON, Raymundo. *El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales*. EN, Revista Quid Iuris. Año 6. Volumen 12. Publicación Indexada, Folio 17756. Chihuahua - México. Publicado: marzo 2011. PP. 43-61. ISSN: 1870-5707.

HABERLE, Peter. *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución*. EN, Retos actuales del Estado constitucional. Bilbao, IVAP. 1996.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Edición. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

PECES BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. 2da Edición. Madrid. Trotta. 2009. ISBN: 978-84-9879-089-4

PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. EN, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 2001.

RECASENS SICHES, Luis. *La concepción mecánica de la función jurisdiccional, especialmente en Francia y otros países latinos durante el siglo XIX*. En, Nueva Filosofía de la interpretación del derecho. México. Ed. Porrúa S.A., 1980.

SCHMIT, Karl. *Legalidad y legitimidad*. En Héctor Orestes Aguilar (comp.). Karl Schmitt, teólogo de la política. México. Fondo de Cultura Económica. 2001. p. 26

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid. Trotta., 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces Constitucionales*. En, discurso pronunciado el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50^a aniversario de la Corte Constitucional italiana.

STC 4408-2005-PA/TC. Lambayeque. Caso Empresa de Comerciantes Mayoristas de Productos Hidrobiológicos S.A.

STC 007-2006-PI/TC. Caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari

STC 5854-2005-Pa/TC. Piura. Caso Pedro Andrés Lizana Puelles.