

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA APLICACIÓN
DE LA CORRIENTE NEOCONSTITUCIONALISTA EN GUATEMALA**

MARÍA EUGENIA ALVAREZ AGUILAR

GUATEMALA, MAYO 2014

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA APLICACIÓN
DE LA CORRIENTE NEOCONSTITUCIONALISTA EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Juna Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA EUGENIA ALVAREZ AGUILAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo 2014

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda. Marta Lidia Nij Patzan
Vocal:	Lic. Brayan Balan Ruiz
Secretario:	Lic. Juan Ramón Peña Rivera

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. José Dolores Bor Sequen
Vocal:	Licda. Telma Judith Martínez de Murcia
Secretario:	Licda. Isabel Rodríguez Aldana

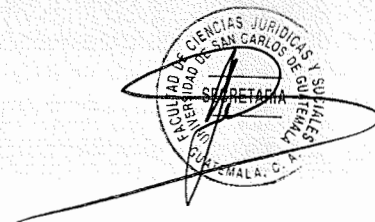
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de las tesis" (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico).

LIC. RUTH LILIANA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ
ABOGADA Y NOTARIA

Colegiado: 5432

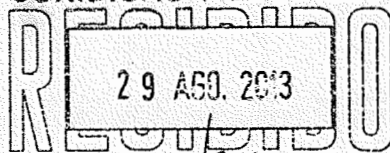
2 Ave. 13-41, Zona 6, San Francisco II, Mixco, Guatemala.

Teléfonos: 24321291



Guatemala, 28 de agosto de 2013.

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**



Hora: _____

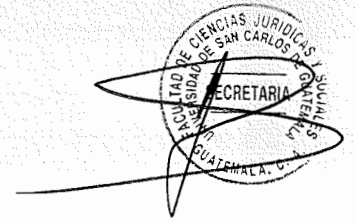
Firma: _____

Doctor Amilcar Bonerge Mejía Orellana
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a resolución de su despacho, he revisado el trabajo de la Bachiller: MARÍA EUGENIA ALVAREZ AGUILAR, la preparación de su trabajo de tesis denominado: "ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA APLICACIÓN DE LA CORRIENTE NEOCONSTITUCIONALISTA EN GUATEMALA."

A este respecto y en cumplimiento a lo que se establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

- a) El tema trabajado es importante, toda vez que el tema tratado realiza un estudio jurídico y doctrinario de la teoría neoconstitucionalista y su aplicación en Guatemala. El contenido del trabajo de investigación tiene las características de ser novedoso y de actualidad y se refiere específicamente a que es necesario que en Guatemala se emitan decisiones judiciales basadas no solamente en la ley, sino que también en los derechos fundamentales y valores de la sociedad, cuando exista conflicto o contradicción entre dos normas.
- b) Los métodos y técnicas empleados en la investigación son idóneos, utilizando el método inductivo y analítico, los cuales permitieron al estudiante la facilidad y eficiencia en cuanto a la recopilación y selección de la información para desarrollar el tema deseado.
- c) El estudiante observó las instrucciones y recomendaciones hechas en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo.



LIC. RUTH LILIANA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ
ABOGADA Y NOTARIA

Colegiado: 5432

2 Ave. 13-41, Zona 6, San Francisco II, Mixco, Guatemala.

Teléfonos: 24321291

- d) Las conclusiones y recomendaciones concuerdan con el plan y el contenido de la investigación, constituyendo un aporte para la solución al tema elaborado.
- e) En cuanto a la fuente bibliográfica consultada es suficiente y adecuada para el tema desarrollado, ya que contiene la exposición de autores especialistas en dicho tema, además de incluir casos concretos en los cuales se ha aplicado la teoría neoconstitucionalista en sentencias de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que hacen que el contenido del tema sea más completo.
- f) El trabajo realizado constituye un aporte para los estudiantes y profesionales del derecho por el enfoque que se le ha dado y además porque es un tema novedoso y de aplicación a la realidad jurídica del país.

Por lo anteriormente expuesto, considero que el trabajo de investigación de la bachiller MARÍA EUGENIA ALVAREZ AGUILAR, puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo y en virtud de ello, emito mi dictamen y opinión favorable y así se pueda continuar con el trámite respectivo.

Atentamente,

Id y Enseñad a Todos

Licda. Ruth Liliana Rodríguez González
Colegiado 5,432
Asesora de Tesis

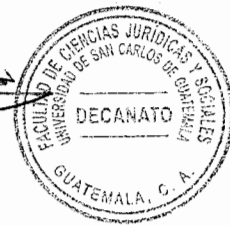
Licda. Ruth Liliana Rodríguez González
ABOGADA Y NOTARIA



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 07 de febrero de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante **MARÍA EUGENIA ALVAREZ AGUILAR**, titulado **ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA APLICACIÓN DE LA CORRIENTE NEOCONSTITUCIONALISTA EN GUATEMALA**. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.





DEDICATORIA

- A Dios:** Por ser la luz que con amor guió cada pasó a lo largo de mis estudios, iluminándome con su poder y sabiduría.
- A Jesús:** Por amarme tanto y ser la niña de sus ojos, por estar a mi lado y ser mi fortaleza, permitiéndome lograr este gran triunfo. Todo lo puedo en Cristo que me fortalece.
- A la Virgensita María:** Por llenarme con su amor de madre cada amanecer, por cuidarme, protegerme siempre y ser mi ejemplo de mujer.
- A mis padres:** **Baudilio Álvarez y Ericka Aguilar**, mis ángeles de la tierra, que me enseñaron a luchar por mis sueños, a nunca rendirme y a dar lo mejor de mí, gracias por su sacrificio, disciplina, comprensión, por enseñare a amar a Dios, por estar a mi lado, pero en especial por su incondicional amor. Estaré eternamente agradecida por todo lo que han hecho por mí. Sin ustedes no hubiera logrado este triunfo. Son los mejores papas del mundo. Los amo con todo mi corazón.
- A mis hermanos:** **Jorge Mario y Danielita Álvarez Aguilar**, por todo su apoyo, desvelos, motivación, alegría, en especial por todo su amor. Siempre contarán conmigo. Los amo hermanitos.
- A mis abuelitos:** **Mama Mery (†) y Papa Man (†)** mis bellos ángeles que desde el cielo velan por mí, y que están conmigo siempre. Saben cuánto los amo y extraño, porque sembraron en mi corazón amor, sabiduría, perseverancia, humildad y mucho más. **A Celso y a Angelita**, por su apoyo, cariño, consejos y sus oraciones que me han dado fortaleza. Gracias Abuelitos.



A mi familia:

Mis tíos Lilian Ivonne y Héctor Aguilar Guerra. Muy en especial a **Vladimir Osman Aguilar Guerra y Ruth de Aguilar** por su amor y apoyo incondicional.

Mis tíos Jorge Mario (†), Rudy, Dora, Oscar y Celia Álvarez Valenzuela. A todos mis primos y demás familia por su incondicional cariño, apoyo y oraciones.

A mis amigos:

En especial y con mucho cariño al Licenciado Carlos Ronaldo Sánchez Luche, por haber estado a mi lado siempre apoyándome. A Claudia María Solís, José Antonio Pineda, Samuel, Feliciano, Misael, Yadira, mis compañeros de salón; a EPJ Antigua, Byron, Juan José, Roca, Emmy, Carol, Yoly, Maricela, AnaLu, Alma, Lulu, Monica, Marisol, Walter, Albert, Cesar, Allan, Heidy, fam. Montenegro, fam. Gradis, fam. Sánchez, fam. Guzmán, a todos mis amigos, gracias por su amistad, oraciones, los momentos compartidos y su cariño.

A los licenciados:

Greta Monzón, José Luis Samayoa, Sergio Pineda, Héctor Villagrán y a la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Antigua Guatemala por sus valiosos conocimientos que enriquecerán mi vida profesional.

A

La gloriosa y tricentenaria Universidad San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, así como sus destacados catedráticos, por haberme abierto las puertas de sus aulas en las que logre obtener todos los conocimientos, valores humanos y bellas experiencias, que me harán crecer como profesional;

A

El Pueblo de Guatemala que gracias a sus impuestos, logre tener el privilegio de estudiar en esta hermosa universidad.



ÍNDICE

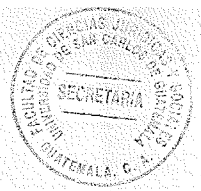
	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Neoconstitucionalismo.....	01
1.1. Antecedentes históricos de la teoría neoconstitucionalista.....	01
1.2. Definición de neoconstitucionalismo.....	04
1.3. Características del neoconstitucionalismo.....	08
1.4. Principios del neoconstitucionalismo.....	10
1.5. Derechos fundamentales.....	12
1.6. El neoconstitucionalismo en un Estado de Derecho.....	13
1.7. El neoconstitucionalismo en un Estado Democrático.....	14
1.8. El neoconstitucionalismo en un Estado Social.....	15

CAPÍTULO II

2. La Ponderación y Proporcionalidad para la correcta interpretación y argumentación la teoría Neoconstitucionalista.....	19
2.1. La ponderación.....	19
2.2. La interpretación de la teoría neoconstitucionalista.....	22
2.3. La argumentación en latería neoconstitucionalista.....	26
2.4. La proporcionalidad.....	28



CAPÍTULO III

3. El Positivism Jurídico.....	31
3.1. Antecedentes históricos del positivismo jurídico.....	31
3.2. Definición positivismo jurídico.....	33
3.3. Características del positivismo jurídico.....	34
3.4. Clases de positivismo.....	37
3.4.1. Positivism ideológico.....	37
3.4.2. Positivism formal.....	37
3.4.3. Positivism imperativo.....	37
3.4.4. Positivism metodológico.....	38
3.4.5 Positivism lógico.....	38
3.5. El Positivism en contraposición del neoconstitucionalismo.....	39

CAPÍTULO IV

4. El Neoconstitucionalismo y la misión institucional de los jueces en una democracia constitucional.....	43
4.1. Posibilidad de la misión institucional.....	43
4.2. Riesgos de la misión institucional.....	48

CAPÍTULO V.

5. Análisis sobre la aplicación de la teoría neoconstitucional en Guatemala.....	53
--	----



Pág.

5.1. Aceptación o negativa de aplicación por parte de los magistrados y jueces guatemaltecos de la teoría neoconstitucional.....	53
5.2. Aplicación de la teoría neoconstitucionalista en la argumentación de las decisiones judiciales, por parte de tribunales y cortes de constitucionales guatemaltecos.....	56
5.3. Sentencias ya emitidas por tribunales o cortes constitucionales basando su argumentación en la teoría neoconstitucional.....	59
CONCLUSIONES.....	65
RECOMENDACIONES.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	69



INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, se ha dado una sucesión de cambio en el ámbito jurídico de carácter no solo estructural sino también, cambios orientados a la interpretación de las resoluciones judiciales en la aplicación del Derecho. Todas ellas son cuestiones o discusiones abiertas que efectivamente han sido y son objeto especial interés por el conjunto de corrientes doctrinales y analíticas del Derecho.

Últimamente con frecuencia se habla acerca de la teoría neoconstitucionalista, sin saber con mayor precisión a qué teoría se alude exactamente, ni de los beneficios que ella implica, razón por la cual se justifica la importancia de la presente investigación.

Podemos considerar al neoconstitucionalismo como una evolución histórica de la estructura jurídico-política que definió sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. Siendo ejemplos de este tipo de constituciones los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949), primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después. Sin embargo, desde entonces el constitucionalismo no ha permanecido como un modelo estático, sino que ha seguido evolucionando en muchos sentidos, conteniendo normas que ya no se limitan a determinar la estructura del Estado y las competencias de los poderes, sino a establecer pautas de carácter sustantivos que instituyen fines y valores morales siendo estos los derechos fundamentales, que condicionan y en ocasiones, limitan el ejercicio del poder al interior del Estado, irradiador su efecto sobre el resto del ordenamiento jurídico.

El centro de la reflexión jurídica, de la teoría general del derecho del neoconstitucionalismo, pasan a ser la Constitución, su contenido, sus principios fundamentales, valores morales, su función jurídica y política, y no la ley formal en su frío deber ser. Adquiriendo importancia el contenido y la valoración moral del derecho y no tan sólo de su perfección formal, existiendo así un intento de *remoralizar* el derecho, si bien realizado desde variadas perspectivas axiológicas.

Guatemala no está ajena a esta nueva teoría ya que el neoconstitucionalismo vuelve a plantear el complejo y difícil tema de la misión que los jueces están llamados a cumplir en una democracia constitucional. Sanchís afirma que este nuevo papel del juez, que se desprende de la supralegalidad constitucional, es fundamental para vincular directa y activamente la norma superior al ordenamiento jurídico y, por eso, es imprescindible si se quiere completar un proceso neoconstitucional.

El neoconstitucionalismo se liga usualmente a la modificación que se ha operado en los parámetros en la forma de interpretación, ponderación y argumentación en las resoluciones de jueces y magistrados constitucionales, en la que ahora entran a jugar un papel fundamental la ponderación de valores morales y principios; podemos mencionar el principio que establecía que los derechos humanos valen en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos, contando con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos.

Dentro de los motivos de realización de la investigación de este tema podemos mencionar la importancia de redefinir el rol institucional que de acuerdo con el nuevo paradigma jurídico, comienzan a desarrollar los jueces y tribunales constitucionales guatemaltecos, con el consiguiente surgimiento de novedosas posturas y doctrinas jurisprudenciales. Con el neoconstitucionalismo se da un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa porque respeta y desarrolla los Derechos Humanos, y sea eficaz y operativa porque ellos estén garantizados en la práctica.

Otro motivo investigación es la divergencia entre la teoría de el neoconstitucionalismo opuesta al positivismo teórico, que se interesa por describir o reconstruir el modelo de sistema jurídico que surge de la constitucionalización de los sistemas jurídicos contemporáneos y que sería compatible con el positivismo actual, en la medida en que sólo acepta, al igual que el positivismo metodológico, la tesis de la no aplicación de la

relación entre derecho y moral, mientras que el neoconstitucionalismo reconoce la insuficiencia del modelo de las reglas para dar cuenta de los estándares normativos del derecho contemporáneo, admitiendo la existencia de otros estándares como los principios y valores morales; igualmente reconoce la necesidad de la ponderación para la adjudicación del derecho y, por tanto, la insuficiencia de la subsunción en la aplicación del derecho.

En cuanto a la hipótesis formulada en el plan de investigación donde se consideraba un predominio de la corriente positivista en las decisiones judiciales de los órganos jurisdiccionales de Guatemala, se pudo comprobar cómo verdadera, ya que el empleo de la teoría neoconstitucionalista es mínimo, porque existe un desconocimiento sobre la misma, no solo conceptualmente sino que también en su aplicación.

El presente trabajo investigativo se ordena sistemáticamente el primer capítulo se inicia con el neoconstitucionalismo, con sus antecedentes históricos, sus definiciones, características, principios, derechos fundamentales, ubicado dentro de un Estado de derecho, ubicado dentro de un Estado Democrático, dentro de un Estado Social. En el segundo capítulo se investigo la ponderación, proporcionalidad para la correcta interpretación y argumentación en el neoconstitucionalismo, explicando cada uno de ellos. El tercer capítulo expone acerca positivismo jurídico, sus antecedentes históricos, definición, características, clases, en contraposición del neoconstitucionalismo. En el cuarto capítulo se investiga el neoconstitucionalismo y la misión institucional de los jueces en una democracia constitucional, posibilidades de la misión institucional y sus riesgos. Finalizando con el Análisis, acerca de la aplicación de la teoría neoconstitucionalista en Guatemala, aceptación o negativa de aplicación por parte de los magistrados y jueces guatemaltecos de la teoría neoconstitucionalista, aplicación de la teoría neoconstitucionalista en la interpretación y argumentación de las decisiones judiciales, por parte de Tribunales y Cortes de Constitucionalidad guatemalteca en el capítulo quinto. Al final se plantean las conclusiones y recomendaciones a las cuales se llegó, como resultado de la investigación realizada.



CAPÍTULO I

1. Neoconstitucionalismo

1.1. Antecedentes históricos de la teoría neoconstitucionalista

El neoconstitucionalismo surge después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años 60 del siglo XX, siendo las primeras constituciones basadas en el neoconstitucionalismo las constituciones de Portugal 1976, España 1978, Brasil 1988, Colombia 1991, Venezuela 1999, y Ecuador 2008.

Históricamente el neoconstitucionalismo ha estado presente en las resoluciones judiciales, en muchos países que han llevado a cabo transiciones a la democracia, con periodos en los que se ha privilegiado el imperio de la ley por encima de los arreglos político-partidistas.

Algunos de los grandes ejemplos de la aplicación del neoconstitucionalismo en los Tribunales Constitucionales Europeos es la actuación del Tribunal Constitucional Federal Alemán, al ordenar tempranamente en la década de los cincuentas la disolución de los partidos neonazis. Además el trabajo de la Corte Constitucional italiana para hacer exigibles los derechos sociales previstos en la Constitución de este país. También la sentencia del Tribunal Constitucional Español para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre el Estado central y las comunidades autónomas. Así mismo, en la Corte Constitucional de Colombia al conocer de



procesos de acción de tutela por medio de las cuales se mandaron a colocar drenajes en barrios marginales, otras en las que se aseguraba una correcta aplicación de justicia dentro de las comunidades indígenas de este país o la que recientemente consagro el derecho a la salud como derecho fundamental, ya que como derechos social que era, conforme a la consagración constitucional, solo podría ser protegido mediante tutela si estaba en conexión con otro derecho fundamental como lo es la vida; la Constitución de Costa Rica tiene en su haber varios procesos en los cuales los jueces constitucionales han demostrado tener participación. En Brasil los jueces constitucionales han logrado salvar vidas ordenando la entrega de medicamentos esenciales para personas de bajos recursos económicos.

Para nuestro país Guatemala una de las participaciones más importantes es la de la Corte de Constitucionalidad en el momento que impide un golpe de Estado que pretendió imponer el entonces presidente Jorge Serrano Elías en 1993.

Durante los últimos años, hemos presenciado una sucesión de cambios en el ámbito jurídico de carácter, no solo estructural sino también doctrinal y por lo tanto el neoconstitucionalismo constituye una doctrina que resulta de la convergencia de dos corrientes. Parafraseando a el profesor argentino Andrés Gil Domínguez señala que: "Este modelo es la integración de las dos grandes corrientes constitucionales que tradicionalmente han caminado separadas: la norteamericana (que estableció una constitución garantizada sin contenido normativo) y la europea (que estableció constituciones con un denso contenido normativo pero sin garantías). El neoconstitucionalismo conjuga ambos modelos y arroja como consecuencia un sistema



de constituciones normativas garantizadas en última instancia (dotando al Poder Judicial de la última palabra en cuestiones controvertidas) por el control de constitucionalidad.”¹ El Estado social y democrático de derecho, estas dos corrientes, la francesa oriunda de la época ilustrada y la anglosajona o inglesa proveniente de los territorios de Norteamérica, sugería respectivamente una postura en la que el documento constitucional era presentado como documento normativo reglamentario de los individuos que evidentemente participaban, en la que dicho documento constitucional consignaba y subsidiaba una serie de garantías jurídicas incluyentes para todos los individuos (doctrina estadounidense).

Un aspecto concreto de las anteriores posturas resulto de los autores como Elías Díaz en 1966 denominaron estos documentos normativos de los individuos, constituciones normativas garantizadas. Estas son constituciones que no solo procuraban la estricta legitimación de leyes, sino que servían como garantes de convivencia y postulados jurídicos de aplicación directa en la sociedad, tornándose entonces en herramientas judiciales incluyentes e imperativas, que marcaban un criterio de fundamentación en la organización del Estado y en las demás fuentes de derecho que de él provengan.

Este concepto diferente dentro de las posturas constitucionales, marcó el punto de origen del cual se desprendió el neoconstitucionalismo en un principio como teoría, corriente o doctrina conceptual que tras su aplicación, resulto en el Estado social y democrático de derecho.

¹ Gil Domínguez, Andrés. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio: su actualidad teórica y jurisprudencia en la Argentina.** En www.eldial.com/suplementos/publico/doctrina/pu041018-b.as#_ftn2.

Esta doctrina surge en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho que pretende superar, y en un sentido, suplantar al positivismo jurídico o el iusnaturalismo. Sin embargo desde el punto de vista jurídico, en la teoría del derecho que se maneja, están presentes elementos del positivismo jurídico, del realismo jurídico y del iusnaturalismo. Actualmente podemos considerar que el neoconstitucionalismo es una teoría en proceso de expansión global.

1.2. Definiciones de neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo también puede ser denominado como constitucionalismo contemporáneo, pospositivismo, garantismo, constitucionalismo fuerte, justicia constitucional contemporánea, constitucionalismo valórico, constitucionalismo avanzado, interpretación constitucional específica o rematerialización constitucional. Sus principales exponentes son Alexy, Habermans, Ferrajoli, Luis Prieto Sanchis, Dworkin, Miguel Carbonell, Carlos Santiago Nino o Gustavo Zagrebelsky.

Existen diversas definiciones de neoconstitucionalismo en general, ya que los tratadistas tienen diferentes puntos de vista sobre esta nueva teoría, como por ejemplo:

Mauricio Iván del Toro Huerta: "El constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo supone un cambio de paradigma, al proponer una alteración también en el sistema de fuentes, al considerar el carácter normativo de la Constitución y al establecer jurisdicciones constitucionales como guardianes de tal normativa. Asimismo, al concebir la normativa constitucional como un sistema abierto a los

diferentes principios que dotan de sentido al ordenamiento y refuerzan el contenido material de la constitución, se refuerza el papel de la argumentación.”² Parafraseando a José Ricardo Díaz Cobón en la revista infocc, considera que el constitucionalismo posee evidente influencia del iusnaturalismo e indica que el constitucionalismo no contrasta con el neoconstitucionalismo, sino el positivismo jurídico con el neoconstitucionalismo. El neoconstitucionalismo no representa un pacto en torno a unos pocos principios comunes y coherentes entre sí clasificados como tales por la sociedad, sino más bien un pacto logrado mediante la incorporación de distintos postulados es decir la ponderación.

Para Fiorravanti: “La Constitución deja de ser solo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores, una norma fundamental.”³

Para Ferrajoli: “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.”⁴

Para Zagrebelsky: “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

² Del Toro Huerta, Mauricio Iván. **La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial.** www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/art/art9.htm#N*

³ Fioravanti, Maurizio. **Los derechos fundamentales.** Pág. 133, en <http://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>

⁴ Ferrajoli, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho,** <http://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>



dejado de ser la única, suprema y racional fuente de Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista.”⁵

Para Commanduci: “En el neoconstitucionalismo se esconden una teoría, una ideología y también una metodología.”⁶

El neoconstitucionalismo como paradigma jurídico explica los desarrollos del constitucionalismo y refuerza la vigencia del argumento de los principios de derecho, sustenta el valor normativo de la Constitución, el efecto de la irradiación de los derechos fundamentales al ordenamiento jurídico y su eficacia horizontal, así como la dimensión ideal y crítica del derecho.

El neoconstitucionalismo se preocupa por conferir el estatus de supralegalidad al documento constitucional, trasladando así una serie de consecuencias jurídicas que marcan una diferencia con la concepción de constitución como documento exclusivamente supremo propio del Estado Liberal. Parfraseando a Vladimir Najaro la supralegalidad, a diferencia de la supremacía, se refiere a un estatus constitucional en el que la norma superior no solo se rige como techo normativo, sino también como techo ideológico y axiológico del ordenamiento jurídico. Las constituciones suelen estimular las medidas de igualdad sustancial, pero garantizan también la igualdad jurídica o formal.

⁵ Zagrebelsky, Gustavo. **El derecho dúctil**. Pág. 65 en <http://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>

⁶ Commanduci, Paolo. Conferencia **Constitucionalización y teoría del derecho**. En <http://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>

Durante los últimos años, hemos vivido una sucesión de cambios en el ámbito jurídico de carácter no solo estructural, sino también, estos cambios han orientado una visión y una voluntad de representar de modo crítico el alcance del positivismo jurídico en la aplicación del Derecho. Todas ellas son cuestiones o discusiones abiertas que efectivamente han sido y son objeto de especial interés por el conjunto de corrientes doctrinales y analíticas del Derecho.

El neoconstitucionalismo desarrolla el nuevo modelo jurídico que presenta al Estado constitucional de derecho. Según Comanducci el neoconstitucionalismo implica una trilogía compuesta de:

a) El neoconstitucionalismo como teoría: El neoconstitucionalismo teórico es el modelo descriptivo de la constitución como norma, es totalmente opuesto al positivismo teórico, que se interesa por descubrir o reconstruir el modelo de sistema jurídico que surge de la constitucionalización de los sistemas jurídicos contemporáneos y que sería compatible con el positivismo actual, en la medida en que solo acepta al igual que el positivismo metodológico buscar descubrir los logros de la constitucionalización. Así como la dogmática constitucional contemporánea en el neoconstitucionalismo requiere una nueva teoría de las fuentes alejadas del legalismo, una nueva teoría de la norma que resuelva el problema de los principios y una reforzada teoría de la interpretación, ni puramente mecanizada, ni puramente discrecional, donde los riesgos que aporta la interpretación constitucional puedan ser conjurados por un esquema plausible de argumentación jurídica.

b) El neoconstitucionalismo como ideología: El neoconstitucionalismo ideológico no se limita a descubrir los logros del proceso de constitucionalización, sino los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación siendo un mecanismo que tutela los derechos fundamentales, produciendo así una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Es aquella que pretende ofrecer consecuencias metodológicas o conceptuales, existiendo una vinculación necesaria entre Derecho y la moral, obedeciendo obligadamente al derecho.

c) El neoconstitucionalismo como metodología: El neoconstitucionalismo metodológico sostiene una situación de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirán un puente entre derechos y moral, la tesis de la conexión necesaria, identificativa, entre derecho y moral. Se contrapone al positivismo metodológico y conceptual, que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y descubrir el derecho como es y distinguirlo por tanto del derecho como debería ser. Principios, derechos fundamentales como puente entre derecho y moral.

1.3. Características del neoconstitucionalismo

Luis Prieto Sanchis establece tres acepciones principales "En primer (o) lugar, el neoconstitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designado por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término el constitucionalismo es también una teoría del derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo.

Finalmente por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.”⁷

El neoconstitucionalismo reúne elementos de dos tradiciones: fuertes contenidos normativos y garantía jurisdiccional, en el neoconstitucionalismo la noción del poder constituyente es más liberal que democrática, de manera que se traduce en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría, no es el apoderamiento de esta mayoría, con el fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular decidido por el legislador, así mismo el neoconstitucionalismo propone un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas del juego.

Parafraseando al Jurista italiano Guastini señala siete condiciones que permiten hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico:

- Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales.
- La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional.
- La fuerza vinculante de la Constitución, que no es ya considerada como un conjunto de normas pragmáticas, sino preceptivas.
- La Sobreinterpretación de la Constitución, ya que su texto es interpretado extensivamente y se deducen de ella principios implícitos.
- La aplicación directa de las normas constitucionales, sin necesidad de la mediación legislativa, que también se extiende a las relaciones entre particulares.

⁷ Sanchis, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Pág. 201



- La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores.
- La presencia e influencia de la Constitución en el debate político.

1.4. Principios del neoconstitucionalismo

Interpretando al tratadista Prieto Sanchis, indica que el neoconstitucionalismo está impulsando una nueva teoría del Derecho, basándose en las premisas de: mas principios que reglas; mas ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las aéreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipresencia judicial, en lugar de autonomía del legislador ordinario; coexistencia de una constatación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre si y en torno, sobre todo a las sucesivas opciones legislativas.

Al hablar de omnipresencia se establece que esta nos ofrece un amplio contenido jurídico que contiene valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos y es difícil encontrar algún problema jurídico que no tenga una orientación en la constitución, detrás de cada precepto legal se argumenta siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice, existe la omnipresencia judicial porque la constitución es una norma que está presente en todo tipo de conflictos. Para el neoconstitucionalismo no es cierto que la ley sea total ejecución del texto constitucional, pero si conlleva cualquier material de regulación legal, llegando a la



conclusión que dicha regulación nunca se verá por completo exenta de la evaluación judicial a la luz de la constitución.

El neoconstitucionalismo propone constituciones normativas en las que se incorporen y garanticen principios fundamentales, derechos y directivas a un texto que posea plena fuerza normativa. Son normativas porque además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho, genera de modo directo derechos y obligaciones de las personas inmediatamente exigibles a los ciudadanos, el carácter garantizado de la constitución supone que sus preceptos pueden hacerse valer a través de los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de los derechos. Los modelos para limitar al legislador son los enunciados de las garantías judiciales deduciendo los parámetros de enjuiciamiento que ya no son reglas formales y procedimientos, sino normas sustantivas para que entre los órganos estatales deje de ser un problema exclusivo que resuelve entre el legislador y el tribunal constitucional, asumiendo las funciones de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetro fundamentales para la argumentación de sus decisiones.

Para el neoconstitucionalismo no se excluye la figura del juez o del legislador solo que ahora el juez efectuara una interpretación constitucional basándose en una correcta y justa ponderación. Los parámetros normativos que suelen recibir el nombre de principios fundamentales, como la libertad o la igualdad están y seguirán estando presentes en las leyes en forma de apelación al orden público, a la moralidad, a la equidad y a la justicia.



Erróneamente pudiera pensarse que estas constituciones referidas para la correcta aplicación de la teoría neoconstitucionalista son un conjunto de normas contradictorias entre sí que se superponen de modo permanente dando lugar a soluciones diferentes. Lo mismo sucedería si las normas constitucionales aparecieran como reglas, pero ya se ha establecido que una de las características principales de la teoría neoconstitucionalista es que los principios predominan sobre las reglas. Luis Prieto Sanchis lo resume de la siguiente manera: “una constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces.”⁸

1.5. Derechos Fundamentales

Según la dogmática constitucional son derechos fundamentales aquellos derechos que tienen carácter universal e indispensable consagrados en el derecho positivo nacional o en la declaración universal y en los pactos internacionales, a diferencia que la filosofía política, no dice que son los derechos fundamentales sino cuales deben ser garantizados como derechos fundamentales y para ello hace uso de tres criterios axiológicos: el primero es el nexo entre derechos humanos y paz, el segundo nexo es entre derechos e igualdad, y el tercer nexo es el de los derechos fundamentales como leyes del más débil.

Hay dos diversas teorías básicas de los derechos fundamentales: una estrecha y rigurosa, y otra amplia y comprehensiva, la primera denominada teoría de las reglas:

⁸ *Ibid.* Pág. 204

aquellas normas que garantizan los derechos fundamentales, no se distinguen esencialmente de otras del sistema jurídico, la segunda la teoría de los principios está estrechamente vinculada a la primera, es que los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino más allá de eso.

Para la interpretación y la argumentación en la teoría neoconstitucionalista los derechos fundamentales son derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo, cuya historia institucional tiene sus antecedentes más remotos en el ámbito anglosajón, con la Carta magna de 1215, la petición de derecho de 1628, las Leyes del Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1689, pero la primera tipificación completa de los derechos fundamentales fue en Norteamérica con la declaración de derechos de Virginia de 1776.

1. 6. El neoconstitucionalismo en un Estado de Derecho

Se entiende por Estado de derecho aquel tipo de organización estatal entre cuyas disposiciones generales y capitales se encuentra la sujeción de todos los individuos y poderes públicos al poder del derecho, esta forma estatal surgió tras la Revolución (gloriosa) de Inglaterra (1688), la Independencia de los Estados Unidos (1778) y la Revolución Francesa (1789), considerando que toda persona ya sea natural o jurídica, particular o publica deberá someterse a los dictámenes jurídicos proferidos por el Estado.



En la actualidad el principio fundamental del Estado de Derecho ha sufrido una modificación, en sentido positivo, que se debe en cierta medida a la introducción del Estado Social y democrático de Derecho y que consiste en que en la actualidad este Estado de Derecho no solo implicara la sujeción al rule of law (no se debe entender como imperio de la ley, sino imperio del Derecho), sino que más específicamente, el sometimiento de todos los componentes estatales a los designios y disposiciones de la Constitución.

1.7. El neoconstitucionalismo en un Estado Democrático

El Estado democrático profiere ciertas garantías jurídicas a favor de sus nacionales sin discriminación alguna por ejemplo la participación en las decisiones políticas de forma directa o representativa, o el reconocimiento de la igualdad ante la ley y del pluralismo social, así como el derecho a ejercer cargos públicos, entre otras, siendo estas manifestaciones concretas de dichas garantías que el precepto democrático despliega sobre individuos.

Parafraseando a Prieto Sanchis afirma que dentro de las características o rasgos principales del neoconstitucionalismo se encuentra el hecho de proporcionar a los individuos nacionales ciertas garantías o prerrogativas jurídicas manifiestas en la constitución, que logre la protección y el cobijamiento de dichos individuos, el neoconstitucionalismo persigue la consecución de un Estado o al menos un sistema que reconozca la responsabilidad potestativa que tiene sobre sus nacionales y no solo se preocupe por la estipulación de parámetros normativos que regulen a la sociedad,

sino que también procure proporcionar facilidades o garantías a quienes se encuentran sometidos a su poder.

Lo que anteriormente explicado da a conocer que el neoconstitucionalismo protege los principios consagrados en el Estado social, ya no será solamente la inclusión de un Estado de Derecho que reconoce la soberanía de la jurisdicción constitucional, el vínculo entre los postulados neoconstitucionalista y el estado social, sino que existirá dentro de dicha organización estatal un Estado democrático que buscara expandir garantías jurídicas sobre la población, tal y como lo proponen los principios de la doctrina del neoconstitucionalismo cuando se refiere a las nuevas manifestaciones de la Constitución.

1.8. El neoconstitucionalismo en un Estado Social

El componente social es el que representa el elemento esencial y diferencial de esta forma de Estado con cualquier otro tipo de organización precedente, interpretando a García Pelayo encuentra cuatro principios fundamentales que caracterizan y en últimas, constituye al Estado Social:

- a) La iniciativa constante de solucionar la dicotomía entre la titularidad formal de derecho y su aplicación y vivencia de la realidad.
- b) La procuración existencial, esto es, la garantía que el Estado debe conferir a sus nacionales para satisfacer sus necesidades básicas y asegurar existencia digna.

- c) El reconocimiento del estatus de ciudadanía, no solo civil, sino cultural.

- d) El otorgamiento de prestaciones y prerrogativas a los individuos cobijados por el poder del Estado.

La doctrina neoconstitucionalista no se aleja de dichos principios, al contrario esta doctrina contiene dos rasgos principales que se relacionan con ellos: El primero de ellos son las garantías jurídicas que propugna en la Constitución ya que dentro del ordenamiento jurídico implica la inclusión de ciertas prerrogativas a los nacionales por parte de la institución estatal, de modo que el documento constitucional ya no sea solo un conjunto de disposiciones y mandatos, sino que también consigne las facilidades y protecciones que el Estado otorga a todas las personas cobijadas bajo su poder, este elemento no solo sirve para encontrar la relación entre el elemento democrático y el neoconstitucionalismo, sino que también permite resaltar la forma en que este último busca hacer realidad la procura existencial promovida por el Estado social.

El segundo rasgo es el papel predominante y fundamental a la moral dentro del desarrollo del derecho de una manera sistemática, estos valores morales corresponde a cualidades que van en procurar el bienestar y buen vivir de los individuos, de manera que el derecho debe estar fundado entonces en dicha procura del buen vivir de sus ciudadanos para ser moral, tener legitimidad y dar validez a su obligatoriedad y la forma de consolidar tal procura se encuentre precisamente en las garantías que el Estado social profiere ya que estas buscan la procura existencial y la vivencia real de los derechos formales, concluyendo el claro vínculo entre dicha forma de Estado y la



doctrina neoconstitucionalista. Carlos Santiago Nino considera cierto ese imperialismo de la moral, y cita las siete razones, estas son: "Razón disciplinaria; Razón metodológica; Razón lógica; Razón teórica; Razón Practica; Razón Política".⁹

⁹Barberis, Mauro. **Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral.** en Carbonell, Miguel, Neoconstitucionalismo(s). Pág. 260



CAPÍTULO II

2. La ponderación y proporcionalidad para la correcta interpretación y argumentación en la teoría neoconstitucionalismo

2.1. La ponderación

La ponderación es el tipo de juicio que se formula para resolver las antinomias o contradicciones normativas entre normas constitucionales para las que no sirve el criterio de especialidad, declarando así una preferencia condicionada con una compleja argumentación que otorga el triunfo a una de las normas en conflicto, no de modo absoluto para todos los casos, sino limitándose dicha decisión únicamente al caso concreto que se examina, consistiendo en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto, la labor de ponderación debe realizarse con una proporcionalidad tal, que al privilegiarse el ejercicio de una facultad respecto de otra, se logre la consecuencia de un fin legítimo y necesario, en palabras más sencillas a la existencia de un conflicto constitucional que no es posible resolver mediante el criterio de especialidad se soluciona mediante la ponderación.

“La ponderación se refiere a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el pero de dos cosas”¹⁰. Ponderar es pues buscar la mejor decisión, cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas y del mismo valor. En la ponderación hay siempre razones en

¹⁰ Sanchis, **Ob. Cit.** Pág. 211

pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes al momento de adoptar decisiones, también las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan en seguir una cierta conducta que puede ser realizada en distintas medidas.

En el neoconstitucionalismo existe más ponderación que subsunción ya que la subsunción no es capaz de solucionar el problema, una vez que es imposible encuadrar el mismo hecho dentro de normas cuyos contenidos son opuestos por lo tanto antes de ponderar en preciso subsumir, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de dos principios, posteriormente se procede a la ponderación.

Es fundamental el criterio de Luis Prieto Sanchis en el cual indica que “la ponderación y la subsunción operan en fases distintas de la aplicación del derecho, es verdad que si no existe un problema de principios el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la ley, sin que se requiera ponderación alguna; pero cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción, al contrario el paso previo a todo ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicable dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso la subsunción, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios”¹¹. La ley representa una forma de ponderación.

¹¹ **ibid.** Pág. 217

En la teoría neoconstitucionalista la ponderación es necesaria porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio resulta exigible en cada caso, depende de distintas circunstancias y en particular de la presencia de otros principios de pugna. Los principios no tienen por qué ser mandatos de optimización, sino que pueden requerir un comportamiento cierto y determinado; los principios no tienen por qué carecer de condición de aplicación.

La ponderación intenta ser un método para la fundamentación en las resoluciones judiciales de cada enunciado de preferencia referido al caso concreto siendo el auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía.

Interpretando a Luis Prieto Sanchis la virtualidad de la ponderación reside principalmente en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos.

Existe una serie de etapas para lograr una correcta ponderación como lo son: a) constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, b) Comprobarse la importancia de la realización del principio contrario, c) investigar si la importancia en la realización del principio contrario, justifica el perjuicio o incumplimiento del otro. Cuando mayor es el número y detalle de las propiedades fácticas que conforman la condición de aplicación de una ley, más factible resulta la ponderación del tribunal constitucional y más factible a la justicia ordinaria.

En el sistema normativo que propone el neoconstitucionalismo convivirían perfectamente el reconocimiento de la libertad personal y la tutela de la seguridad pública, la libertad de expresión y el derecho al honor, la igualdad formal y la igualdad sustancial, el derecho de propiedad y la tutela del medio ambiente o el derecho a la vivienda, la libertad de manifestación y la protección del orden público, el derecho a la tutela judicial y la seguridad jurídica o el principio de celeridad y buena administración de justicia.

2.2. La interpretación en la teoría neoconstitucionalista

Marcial Rubio considera que “la interpretación jurídica es más un arte que una ciencia, en el fondo, nadie ha desarrollado una teoría integral y sistematizada de la interpretación jurídica y la teoría de la interpretación no constituye un conjunto de reglas generalmente admitidas, con unidad metodológica y con capacidad de predecir un resultado dadas determinadas condiciones.”¹² En contraposición otros tratadistas argumentan estar parcialmente en desacuerdo ya que desde la aparición de las primeras teorías de la argumentación jurídicas en los años 50 del siglo pasado el esfuerzo ha sido sostenido por proveer a los decisores racionales de diversas herramientas para argumentar e interpretar los conflictos jurídicos. Inicialmente el juez determina un esquema lógico para resolver su caso, luego optara por escoger los argumentos que servirán de base a la solución del problema y en este tramo, se

¹² Marcial Rubio Carrea. **La interpretación jurídica**. En el sistema jurídico, introducción al derecho. Pág. 175

produce ya una íntima interrelación con la actividad interpretativa. Cumpliendo esta actividad el juzgador cumplirá su obligación de motivar a fin de que las razones de su resolución sean claras, sencillas y no contradictorias, basándose en los principios fundamentales, y valores morales. El neoconstitucionalismo busca que los jueces sean más conscientes de su propio quehacer ya que su labor de interpretación es trascendente para que se cumpla con la justicia.

Se podría creer que es una nueva teoría de la interpretación jurídica, algunos autores determinan que sí es una nueva interpretación ya que es distinta a la interpretación de las normas legales; es una nueva interpretación porque no existe una sola teoría de la interpretación anterior al neoconstitucionalismo, ni tampoco una sola alentada o fundada en el mismo; Prieto Sanchis señala que “desde el positivismo, en efecto, se ha mantenido tanto la tesis de la unidad de respuesta correcta (el llamado paleopositivismo), como la tesis de la discrecionalidad (Kelsen, Hart); y desde el constitucionalismo, o asumiendo las consecuencias del mismo, resulta posible encontrar también defensores de la unidad de soluciones correcta (Dworkin), se la discrecionalidad débil (Alexis) y de la discrecionalidad fuerte (Guastini, Comanducci).”¹³

Pero en contraposición otros autores consideran que es erróneo, ya que es consecuencia natural de la fuerza normativa de la constitución ya se aplique a la interpretación constitucional los métodos tradicionales de la interpretación del derecho como gramática e historia y en ningún momento violando la supremacía constitucional, ni la no irretroactividad de la ley, ni las leyes especiales. El juicio de ponderación

¹³ Sanchis. **Ob. Cit.** Pág. 210

requiere un género de argumentación positiva o prospectiva que se acomoda con algunas dificultades al modelo de juez pasivo propio de la teoría neoconstitucionalista, pues no basta con constar que la medida enjuiciada comporta un cierto sacrificio con aras de un fin legítimo.

Para interpretar en la teoría neoconstitucionalista es necesario una motivación de contenidos más profundos de discernimiento de valores en relación a los derechos fundamentales de las personas, buscando como fin supremo la compatibilidad entre los principios, valores y directrices que emanan de la constitución y los conflictos que atañen a las personas. Este tipo de interpretación es contrario a la interpretación que sugiere la teoría positivista en la cual, la observancia del principio de legalidad, la prevalencia de la ley y el acatamiento del principio de congruencia, pero para el neoconstitucionalismo no es ajena esta interpretación ya que en esta teoría aborda tanto normas legales como los principios fundamentales.

La interpretación de la norma aplicable tiene una doble dimensión, para Comanducci, una, interna y externa, para justificar el acto de decidir avalado por una norma superior y el resultado de la decisión. Si bien, la posición del positivismo jurídico normativista sobre el problema de la individualización de la norma que justifica la decisión judicial no es abiertamente criticada por el autor, si presenta esquemáticamente ciertos problemas que advierten de la necesidad de cambiar la definición de la norma externamente aplicable, colocándole una importancia a la problemática de la noción de aplicabilidad externa, en especial con el actual sistema jurídico realizado por Hart y Kelsen. A diferencia al problematizar la aplicabilidad interna, esto es a la noción de la norma,

apostando porque las normas son aplicables solo desde un punto de vista interno del juez y no en base a metacriterios provistos por el derecho y la cultura jurídica, para obtener un resolución justa.

En resumen, “el neoconstitucionalismo como modelo de organización jurídica política quiere representar un perfeccionamiento del Estado de Derecho, dado que si es un postulado de este el sometimiento de todo poder al derecho, el tipo de constitución que hemos examinado pretende que ese sometimiento alcance también al legislador. Bien es cierto que a cambio el neoconstitucionalismo implica también una apertura al judicialismo, al menos desde la perspectiva europea, de modo que si lo que gana el estado de derecho por un lado, no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales y a mi juicio la ponderación rectamente entendida tiene ese sentido”¹⁴.

Para el neoconstitucionalismo es muy importante la interpretación ya que la ley solo contiene principios y líneas generales de regulación, donde omite ponderar los valores morales y principios fundamentales.

Las Técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, a) la supremacía constitucional, b) la ponderación, c) la proporcionalidad, d) la razonabilidad, e) Maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, f) interpretación finalista de la constitución, g) efectos de irradiación de la constitución, h)

¹⁴ **Ibid.** Pág., 227

principio pro personae, i) interpretación constitucional acorde a los principios y valores constitucionales, j) interpretación constitucional extensiva y sistemática, k) la concordancia práctica y l) unidad de la constitución.

2.3. Argumentación en la teoría neoconstitucionalista

La argumentación es proporcionar razones que justifiquen un determinado enunciado, especificar porque tomamos una decisión, exponiendo las premisas normativas o no, de una inferencia practica es decir, de un razonamiento cuya conclusión es una norma mostrando que ella corresponde a los hechos establecidos en el caso y a las normas jurídicas vigentes. Esta argumentación debe de ser lógica, retorica, tópica, hermenéutica, analítica, dialéctica, llegando así a una justificación interna que es la que se refiere a la validez y justicia de una resolución a partir de premisas dadas, es tan solo cuestión de lógica deductiva y a una justificación externa que es la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas.

Discutir sobre derechos fundamentales en la teoría neoconstitucionalista 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 la teoría neoconstitucionalista, el cual provee herramientas interpretativas sujetas a nuevos valores, en referencia a los principios como mandatos de optimización, ya que la teoría neoconstitucionalista se opone a la aplicación de la ley como paramento tradicional de solución de las controversias.

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.

Interpretando a Perelman expresa que el juez debe hacer aceptable su decisión, a un triple nivel, o frente a tres auditorios como lo son, a) frente a los usuarios del derecho, b) frente a la comunidad jurídica, a fin de demostrar que esta decisión es compatible con los criterios jurídicos aceptados por esta comunidad. c) frente a la sociedad que espera de sus jueces ante todo decisiones razonables, en vez de purismo jurídicos.

El derecho a la debida argumentación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentran justificadas en el mero capricho y decisión con intereses propios de los magistrados o jueces, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico los que se derivan del caso.

El neoconstitucionalismo requiere una nueva teoría de las fuentes alejadas del legalismo, una nueva teoría de la norma que analice el problema de los principios y una reforzada teoría de la interpretación, ni puramente mecanicista ni puramente discrecional, donde los riesgos que comporta la interpretación constitucional puedan ser conjurados por un esquema plausible de argumentación jurídica. En el anterior proceso argumentativo se evidencia que al menos, en los postulados fundamentales



tanto el neoconstitucionalismo como el Estado social y democrático del derecho guatemalteco comparte varios rasgos y disposiciones.

Cuando se interpretan y operan los derechos es necesario tener presente la sabia formula expresada en el Artículo 32 de la Convención Americana de derechos humanos: "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 exigencia del bien común, en una sociedad democrática", así como también debería aplicarse lo regulado en el Artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 "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". En estos artículos utilizan 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

2.4. La proporcionalidad

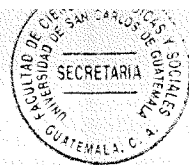
La ponderación se completa con el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto que consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los

daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor; cuando mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna.

Lo que busca la ponderación es la norma adecuada al caso y no como parece sugerir Habermans, la imposición más o menos arbitraria de un punto medio, no se trata de negociar entre valores, sino de construir una regla susceptible de universalización para todos los casos presentes con análogas propiedades relevantes.

A través de la ponderación se pretende que cada solución a la cual se arribe, responda a una conveniencia constitucional o finalidad de determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Exige una concurrencia copulativa de los jueces de idoneidad, necesidad y en este caso de ponderación. Si la acción o norma sujeta al examen de valoración respectivo, no llegaran a satisfacer el requerimiento de idoneidad, en consecuencia, ya no será necesario desarrollar los otros juicios del examen ponderativo.

Esta referencia a la proporcionalidad o ponderación en sentido estricto, implica que debe existir proporcionalidad entre dos pesos o intensidades, de un lado aquel que se encuentra en la realización del fin de la mediada examinada que limita un derecho fundamental, y del otro lado aquel que radica en el daño del derecho fundamental del que se trate.



CAPÍTULO III

3. El positivismo jurídico.

3.1. Antecedentes históricos del positivismo jurídico.

El positivismo es tan antiguo como el derecho mismo, aunque alcanzo su mayor desarrollo teórico a partir de los escritos del filósofo inglés Thomas Hobbes, llevados al ámbito jurídico varios siglos después por Jeremy Bentham. Hobbes y Bentham definieron la validez del derecho por su disposición por una autoridad competente, y negaron que las razones morales pudieran tener parte alguna en la decisión legal, pero el verdadero pilar del positivismo o iuspositivismo es el austriaco Hans Kelsen.

El positivismo ha tenido distintas variaciones a lo largo de la historia, se encuentra al inicio de la república de Platón, parafraseando cuando el dialoguista Trasímaco señala: y así cada gobierno establece las leyes según su conveniencia: la democracia, leyes democráticas, lo que digo que en todas las ciudades es idénticamente justo lo conveniente para el gobierno constituido, lo que es justo es lo mismo en todas partes, la conveniencia del más fuerte. En Alemania durante la primera mitad del siglo XIX que lo denominaban derecho positivo en oposición al derecho natural a la corriente iusnaturalista, así mismo profundizando en el análisis de las normas jurídicas y de sus relaciones lógicas, conduce a la Jurisprudencia Conceptual, su objetivo fue la construcción de un sistema completo y riguroso de conceptos jurídicos de carácter formal.



En la segunda mitad del siglo XIX surge la reacción contra los excesos del formalismo donde nace la Jurisprudencia de Intereses o Jurisprudencia finalista, que explica que el derecho existe para garantizar y proteger intereses humanos, expectativas vitales, y para realizar determinados fines socialmente deseables, el derecho no es un sistema lógico, sino un cuerpo vivo y al momento de interpretar las normas debe hacerse siempre atendiendo a esos fines sociales.

En el sentido de la filosofía positiva de la corriente metodológica fue la Escuela de la Exegesis, siendo sus riesgos: respeto al texto literal de las normas; predominio de la intención del legislador cuando se procede a interpretar las leyes; prioridad de derecho estatal sobre otras fuentes; respeto del precedente y del principio de autoridad. Para la Escuela de la Exegesis, la tarea de juez es una labor casi mecánica de aplicación repetición de las normas a casos concretos por un procedimiento lógico educativo, los jueces no pueden crear derecho, ni siquiera pueden hacer una interpretación extensiva de la ley. Uno de los principales exponentes fue el francés Augusto Comte donde el establecía que la actividad científica es incompatible con las actividades metafísicas y aprioristas.

En Gran Bretaña en los siglos XIX los ingleses Jeremy Bentham y John Austin iniciaron una corriente del pensamiento la Jurisprudencia Analítica, para ellos el derecho es un instrumento creado por los seres humanos para conseguir ciertos fines, siendo el derecho un conjunto de imperativos promulgados por la autoridad soberana y a la validez de las leyes como su imposición formal por esta autoridad a través de sus agentes.

3.2. Definición de positivismo jurídico

La teoría del positivismo jurídico o iuspositivismo es una corriente de pensamiento jurídico la cual es usualmente considerada como analítica, descriptiva y explicativa, que trata de determinar que deber ser el derecho, no respecto de su contenido, sino respecto de su forma. La interpretación normativa del positivismo jurídico evita las discusiones puramente semánticas sobre la definición de derecho. Sus principales exponentes han sido Bertham, Austin, Tomas Hobbes, Joseph Raz, Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Alf Ross y Herbert Hart, Carl Schmitt.

Existen diversas definiciones, como la del tratadista J. Frank, interpretándola indica que la teoría del positivismo se define como conjunto de reglas que son identificadas, comprendidas y aplicadas mediante el conocimiento técnico de los aplicadores del derecho, cuyo trabajo está al margen de lo desacuerdos morales y políticos de la vida diaria. Albert Calsamiglia indica que “la teoría positivista del derecho sostiene básicamente que el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho dictado por los hombres, y que además la teoría posee los métodos adecuados para determinar qué es lo que establece el derecho”¹⁵.

Parafraseando a Hart escribió en 1961 que la expresión positivismo se usaba para designar cinco tesis diferentes: Que las normas jurídicas son órdenes dadas por seres humanos; que no hay conexión necesaria entre derecho y morales, o entre el derecho que es y el que debe de ser; que el análisis del significado de los conceptos jurídicos

¹⁵ Calsamiglia, Albert. **Postpositivismo**. Pág. 209

debe distinguirse de la investigación histórica y sociológica, así como de la valoración moral del derecho; que un sistema jurídico es lógicamente cerrado, es decir sin lagunas, en el cual las decisiones se deducen de reglas jurídicas preestablecidas; que los juicios morales a diferencia de los facticos, o puede apoyarse en argumentos o pruebas racionales.

En la actualidad muchos filósofos y juristas analizan que el positivismo jurídico se encuentra en crisis, sin embargo no significa que la corriente predominante en la filosofía jurídica actual sea el neoconstitucionalismo, porque esta crisis es motivada principalmente por su incapacidad para dar respuestas aceptables a los más sencillos y a los más exigentes problemas éticos jurídicos de la sociedad.

3.3. Características del positivismo jurídico

El positivismo conceptual se asocia con dos tesis importantes: la primera la defensa de la teoría de las fuentes sociales del derecho y la segunda tesis la separación entre el derecho, la moral y la política.

La defensa de la teoría de las fuentes sociales del derecho, son aquellas que pretenden determinar a lo relativo a los límites del derecho. Esta tesis establece que las decisiones del pasado determinan cual es la respuesta que debe darse jurídicamente. Una ventaja para el positivismo es que el derecho como sistema normativo esta institucionalizado mientras que otros sistemas normativos como los sistemas morales

carecen de institucionalización. Los jueces cuando utilizan otros elementos no están aplicando el derecho sino que está inventando el derecho.

La separación entre el derecho, la moral y la política: existe una distinción entre el derecho y su justificación, el derecho es derecho aunque sea injusto y no es necesario la evaluación moral, interpretando a Von Wright expreso una de las consecuencias de esta idea de la manera siguiente, la moralidad trasciende de la legalidad en el sentido de que censura las leyes y las decisiones de los tribunales de justicia. Por esta razón nunca puede ser incorporado en el tipo de orden coactivo que constituye las leyes del estado.

Para la teoría del positivista el derecho no pierde su juridicidad por ser injusto, una situación es el derecho que es y otra muy distinta es el que debe ser, existen derechos positivos que incorporan principios morales pero que esa relación es contingente, no necesaria a diferencia del neoconstitucionalismo que para justificar las argumentaciones es necesario criterios morales y políticos, dotando de concepción a cada caso concreto que se justifique.

La separación conceptual entre el derecho y la moral consideran que mientras el derecho y las normas jurídicas son bilaterales y objetivas por cuanto regula la conducta relativa o relacional de los hombres, valorando esa conducta en referencia a la vida social, no en atención al interés del sujeto obligado, a diferencia las normas morales son subjetivas y unilaterales, es subjetiva por cuanto se refiere al sujeto en sí mismo, es decir regula su conducta en atención a su propio interés sin que la estructura de la

propia norma incluya ningún comportamiento de ningún otros sujeto y es unilateral porque frente al sujeto a quien obliga no sitúa a ninguna otra persona que este legitimada por la misma norma moral para exigirle el cumplimiento de este deber.

Para el positivismo el derecho es una cuestión de normas dictas por autoridades humanas que se manifiestan en fuentes sociales determinadas, imponiendo sus propios valores haciendo pasar sus decisiones como aplicación moralmente neutral de reglas preexistentes y de alentar la creencia de que los ciudadanos y los jueces están de la misma manera, limitados estrictamente por un deber de manifestar total obediencia a los requerimientos de un derecho objetivamente determinado.

Existe como una determinada ideología, que como tal, afirma que todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho positivo, no importando su contenido, siendo la mejor justicia de acuerdo con el sistema moral que se le enjuicie, sus resoluciones son basadas en los hechos pasados y no en las consecuencias que tendrán.

El Derecho contempla las acciones humanas desde el punto de vista social atendiendo a la consecuencia que esas acciones van a tener para la vida de la sociedad, por el contrario la moral contempla la conducta humana desde el punto de vista subjetivo de la actitud o disposición anímica en que esta y con la que actúa el destinatario de la norma. La prevalencia de la ley como concepto regulado del ordenamiento jurídico mantuvo su vigencia con fuerza en el sistema Kelseniano, como expresión de la corriente positivista en el derecho.

3.4. Clases de positivismo

3.4.1. Positivismos ideológico

Es una concepción de la justicia, una ideología relativa a los valores que deben orientar nuestro comportamiento. No tiene ninguna relación lógica con las restantes acepciones del positivismo, se caracteriza por la idea de la supremacía del derecho producido por el estado y en la actualidad está totalmente desacreditada. Todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho positivo, sin importar su contenido, esto al margen de su mayor o mejor justicia. El derecho es el derecho y hay que cumplirlo, debe ser obligatoriamente obedecido. Al actuar en base al derecho se actúa de una forma moral.

3.4.2. Positivismos formal

Se refiere al derecho legislado, siendo un sistema lógico, y goza de la propiedad de la plenitud hermética, no tiene lagunas, interpretando cada norma de manera literal y textualmente siendo las únicas aceptadas, es un sistema cerrado, sin contradicciones internas, por la idea de que las leyes tienen mayor valor como fuentes del derecho.

3.4.3. Positivismos imperativo

Es un sistema de normas que reglamentan el uso de la fuerza y que están respaldadas por la coacción. La norma válida se identifica con un mandato del soberano respaldado



por el hecho de una habitual obediencia. Para esta postura la ley es la fuente de derecho predominante, en cuanto expresa la soberanía del estado.

3.4.4. Positismo metodológico, conceptual o positivismo jurídico en sentido estricto

Consiste en un método de identificación y descripción de lo que se encuentra establecido como derecho. Todo derecho positivo es verdadero derecho, pero puede haber derechos tanto justos como injustos. Afirmar que una ley es válida no es decir nada sobre su calidad moral. Es defendido por Hart en su libro *The Concept of Law* (1961) y posteriormente por Joseph Raz y por Carlos Santiago Nino, por lo que puede ser identificado, definido y analizado sin hacer referencia a valores morales.

Denominada también como una teoría del derecho positivo, que vincula la existencia del derecho a la formación del Estado y que entiende que todo derecho es producto de la actividad del Estado.

3.4.5 Positismo Lógico

Afirma que la ciencia jurídica al ocuparse de lo mandado jurídicamente es una ciencia normativa, la cual para mantenerse dentro de los límites científicos aspira a librar a la ciencia jurídica de elementos extraños, de juicios que no sean normativos. Defendido por Hans Kelsen que explica que la ciencia jurídica no describe la realidad, no formula juicios de hecho, no es empírica, puesto que su objeto son enunciados de deber ser.

3.5. El positivismo en contraposición del neoconstitucionalismo

En un inicio podemos hacernos la interrogante de cuál es la relación entre el positivismo y el neoconstitucionalismo, en diversas opiniones para el Positivismo esta teoría del neoconstitucionalismo generaría la elaboración de constituciones que establecen normas contradictorias entre que si se sobreponen de modo permanente dando lugar a soluciones dispares.

El positivismo del siglo XIX y al neoconstitucionalismo les son comunes una serie de notas: la confianza en el carácter en el fondo perfecto y completo de los sistemas jurídicos; el desdoblamiento del ordenamiento jurídico en una parte superficial, que es defectuosa por indeterminada y por estar llena de lagunas y antinomias, una parte profunda o esencial, que contiene soluciones predeterminadas para cualquier caso difícil; la afirmación de un método que permite hacer de la actividad judicial una tarea más de conocimiento que propiamente decisoria, y la consiguiente negación de la discrecionalidad judicial.¹⁶

Cass Sustein (1996), por ejemplo, desconfía de la posibilidad de la construcción de grandes teorías coherentes, éticas, morales, con valores teorías en mayúscula que sirvan para fundamentar las soluciones jurídicas. Sustein sostiene que los argumentos teóricos del derecho son incompletos y que lo máximo a que podemos aspirar es al análisis de casos y a la utilización de métodos análogos, la pretensión de construir

¹⁶ García Amado, Juan Antonio. *Sobre el Neoconstitucionalismo y sus precursores*. Pág. 2

teorías abstractas y generales que reduzca la indeterminación del derecho es una quimera¹⁷.

Los positivistas no niegan que los jueces asuman criterios morales y políticos para fundamentar sus decisiones o cuando responden a las cuestiones jurídicas, afirmando que los tribunales deben razonar con materiales basados en las fuentes y otros no basados en las mismas, señalando que es excepcional y que los jueces no solo aplican el derecho si no que a veces incorrectamente inventan el nuevo derecho sin seguir las fuentes sociales, incurriendo en un error judicial.

Son muchas las dificultades para concebir los derechos fundamentales como una verdadera ética incluso, aunque se entienda de una forma homogénea en torno a la tradición liberal, pues los derechos encierran más bien un consejo jurídico acerca de lo que se puede hacer.

Al momento de la interpretación en la teoría positivista se basan en la observancia del principio de legalidad, el acatamiento del principio de congruencia y la prevalencia de la ley, a diferencia que la teoría neoconstitucionalista que utiliza este tipo de interpretación pero agrega una ponderación de los principios fundamentales y los valores morales para argumentar sus resoluciones.

En la actualidad las constituciones han dejado de ser la única, suprema y racional fuente del derecho que pretendió ser, posiblemente esta es la causa de la crisis de la

¹⁷ Calsamiglia, **Ob. Cit.** Pág. 213

teoría del derecho positivista, que fue forjada en torno a los dogmas de la estatalidad y de la legalidad del derecho.

El neoconstitucionalismo presupone una posición metodológica que niega la tesis centrales del positivismo metodológico y, contrario a éste, defiende la tesis analítica de la vinculación o tesis identificativa entre derecho y moral, que sostiene, que existe una conexión conceptual necesaria, no contingente, entre el derecho y la moral y que esta se expresa en la inclusión de principios constitucionales y derechos fundamentales en las nuevas cartas constitucionales. Interpretando a Ferrajoli sostiene que el neoconstitucionalismo no pretende poner en crisis o eliminar la tesis de la separación entre derecho y moral sino completar el paradigma positivista.

La diferencia concreta es que mientras que la Moral regula solamente las conductas internas las normas jurídicas se circunscriben a la regulación de las conductas externas de los hombres. Mientras que no se puede obligar a cumplir con la moral, el Estado puede hacer cumplir el derecho, la moral suele referirse a la conducta autónoma de los sujetos mientras que el derecho se impone a ellos. Cualquier norma moral dejaría de ser verdaderamente moral si el sujeto, al cumplirla, no lo acepta como norma para sí mismo, es decir, si la reconoce en su conciencia como norma que debe cumplir, por el contrario las normas jurídicas se constituyen en tales para el individuo con independencia del asentimiento o reconocimiento de este.



CAPÍTULO IV

4. El neoconstitucionalismo y la misión institucional de los jueces en una democracia constitucional

4.1. Posibilidad de la misión institucional

Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entrando en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, entre otros.

Si existiera una constitución material, garantizada, omnipresente es decir que goce de suprallegalidad, esta revalorización del documento constitucional no solo implica una nueva articulación de este último con el resto del ordenamiento jurídico, sino que demanda además de un nuevo papel del juez dentro del proceso judicial, en la medida en que ahora deberá considerar las disposiciones constitucionales como fundamento directo de su decisión, por el hecho de tener la constitución un rol activo dentro de dicho proceso, siendo este un papel fundamental e imprescindible si se quiere completar un proceso neoconstitucional ya que su labor como operador jurídico que aplica y busca salvaguardar los derechos fundamentales y su papel como interpretador y ponderador de dichos derechos en procesos judiciales en general.

Para la aplicación de la teoría neoconstitucionalista en un estado constitucional cooperativo del que se ha mencionado, se requieren jueces analíticos y abiertos que conciban a la constitución no como una normativa estricta en el tiempo sino como un proceso público abierto y evolutivo. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en el compromiso de justificar su decisión a efecto de maximizar el control público de la decisión. De esta manera se toman a los jueces como instrumentos despersonalizados, obedientes ciegos a normas jurídicas pre establecidas, donde no hay lugar a la aplicación de valoraciones morales y principios fundamentales que conlleven a la obtención real de la justicia

La interpretación en el estado neoconstitucionalista, corre a cargo de los jueces constitucionales. Esto no implica una reducción del trabajo del legislador, sino la formación de la premisa de que el legislador atribuye a 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.

Para el neoconstitucionalismo la idea del poder constituyente del pueblo se traduce aquí en una limitación del poder político y en especial del más amenazador de los poderes, el legislativo, mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no pueden traspasar en ningún caso. A diferencia del positivismo en el cual se presta para la manipulación de grupos de poder, para realizar abusos en contra de los valores morales, y los principios fundamentales disfrazados de legalidad, razón por la cual les ha sido muy útil a cierto grupo dominante.

La ponderación constituye una tarea esencialmente judicial, no es que el legislador no pueda ponderar, al contrario nadie puede negar que sería deseable leyes ponderadas, es decir, leyes que supieran conjugar del mejor modo posible todos los principios constitucionales, lo que no puede hacer el legislador es eliminar el conflicto entre principios mediante una norma general.

En un estado de derecho, la cuestión radica en contar con jueces que sean reconocidos frente a la sociedad por su integridad, independientes, responsables y capaces, por consiguiente se requiere una judicatura que no sea mecánica ni arbitraria en sus decisiones, sino democráticamente responsable.

El neoconstitucionalismo propone 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. En su participación los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales.

El nuevo juez por el que clama la sociedad y el constitucionalismo contemporáneo no puede actuar de una manera sistemática y monótona, sino que debe racionalizar jurídicamente sus decisiones, juzgar desde la constitución y por ende debe esforzarse para que sus fallos trasciendan más allá de la legalidad. En el paradigma Neoconstitucional el juez se vuelve el factor principal de la ecuación jurídica. Esto conlleva a una notoria variación en cuanto a la metodología del derecho, a la que tradicionalmente se recurre, obligándonos a acudir a un análisis más apropiado y

cuidadoso de los datos sociales, en lo relativo a las fuentes del derecho, el carácter vinculante de los principios, el respeto al pluralismo y a una división judicial, como una motivación basada en criterios racionales, contextualizados y valorativos. Se propone una interpretación creativa y dinámica de la constitución y los tratados de derechos humanos, así como el modo de encausar las demandas y los valores sociales.

Para el doctor Alfonso Santiago de la Universidad de la Sabana, Colombia, menciona algunas de las doctrinas jurídicas a las que más han acudido y desarrollado los jueces y autores partidarios del neoconstitucionalismo son los siguientes:

- a) "Carácter operativo de los derechos constitucionales y los reconocidos en los tratados internacionales.
- b) Utilización del principio pro homine para escoger las normas que mayor tutela y protección otorguen a los derechos de las personas.
- c) Análisis intensivo de razonabilidad por parte de los jueces, especialmente en materia de libertades preferidas.
- d) Máxima protección del derecho a la privacidad y a la autonomía personal.
- e) 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.

- f) Surgimiento de los denominados derechos sexuales.
- g) Efectivización de los derechos sociales.
- h) Protección judicial de derechos colectivos.
- i) Vasto desarrollo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión.
- j) Obligatoriedad de seguir las pautas jurisprudenciales establecidas por los tribunales internacionales.
- k) Ejercicio del control de convencionalidad, es decir de su adecuación a los principios y las normas del derecho internacional de los derechos humanos, y no solo de constitucionalidad de las normas internas, por parte de los jueces nacionales.
- l) Flexibilidad y distintas clases de sentencia 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 las de los otros poderes. Se trata de las denominadas sentencias aditivas y exhortativas.¹⁸

¹⁸Alfonso Santiago. **Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo.** Pág. 145

En la teoría neoconstitucionalista en un estado jurisdiccional, en el cual el poder de los jueces, al interpretar la constitución, se refuerza en grado máximo cuando estos 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. Los jueces a través de los procesos de tutela de derechos fundamentales y de control normativo, determinaran si la norma es constitucional o si por el contrario, en procesos de la libertad, resulta inaplicable.

4.2. Riesgos de la misión institucional

Ni los jueces, ni la sociedad comparten una moral objetiva y conocida, ni solo coherentes en sus decisiones, no construye un sistema consistente de derecho y moral para solucionar los casos, ni argumentar racionalmente. Así mismo algunas opiniones contrarias al neoconstitucionalismo son de la idea de que los principios y el método de la ponderación, que aparecen indisolublemente unidos, representa un riesgo para la supremacía del legislador y con ello para la regla de mayorías que es fundamento de la democracia por ser una teoría muy subjetiva.

Existen muchas críticas de la aplicación de la teoría neoconstitucional en la misión institucional ya que consideran que esta teoría es muy subjetiva, dichos criterios no se pueden eliminar pero si se puede hacer casar con los siguientes argumentos:

-Primer punto el neoconstitucionalismo no se basa en cómo se comportan efectivamente los jueces en la actualidad, sino de cómo deberían de hacerlo.

-Segundo punto es que ciertamente algunos jueces podrían revestir sus fallos basándose en la ponderación pero con fines en total contradicción con la moral o los principios, pero este caso se lleva a cabo en la actualidad y en cualquier otro sistema que se utilice para la argumentación en los fallos, y como todos los jueces son humanos, tienden a cometer errores.

La diferencia entre el constitucionalismo y el legalismo no se reduce a un mero desacuerdo de ideologías jurídicas, sino que refleja una oposición entre conceptos de derecho, el neoconstitucionalismo subyace una concepción no positivista del derecho mientras que bajo el legalismo se encuentra una concepción positivista del mismo. Una indebida intervención judicial podría llevar a imponer preferencias personales de los magistrados, en coordinación con los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales, la sociedad civil, incluso con los órganos internacionales, por sobre las decisiones de base mayoritaria. Se corre el riesgo de promover el surgimiento de jueces iluminados o profetas, que se sientan 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 abuso jurisdiccional, 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 judicial. Es necesaria la autolimitación, que asegure el equilibrio de los poderes y del juego democrático.

Entre los riesgos de la aplicación de la teoría del neoconstitucionalismo es que se realice una interpretación exageradamente individualista, relativista en la concepción

de los derechos humanos que llegue a desvirtuar su contenido y alcances, así como las y premisas de los derechos constitucionales, en particular 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.

Existen críticas como las de Juan Antonio García Amado que son comunes entre los autores positivistas que se niegan a la idea de que pueda existir un ordenamiento jurídico estable y real que soporte los postulados antiformalistas propuestos por esta doctrina.

Por la razón de grado de identificación de la teoría del neoconstitucionalismo y del designio preferente político, acecha siempre el riesgo de errar en la descripción de dicha doctrina o tendencia y de proyectar las críticas. Muchos jueces ven en esta doctrina como la justificación perfecta para la ampliación de sus poderes frente al legislador y de su condición de poder sobre la Constitución, mientras que los profesionales colman sus aspiraciones cuando ven a los jueces construir la nueva constitución con los elementos que ellos les van proponiendo.

La clave del desacuerdo radica no por la negación de que el razonamiento del juez puede reconstruir la deducción como condición necesaria para su justificación, sino más bien en que el problema central de la justificación de la decisión judicial trae causa de la corrección de las premisas usadas ya que la complejidad del proceso de identificación de la normas aplicables, aceptando una concepción del Derecho que

presta atención no solo a la dimensión directiva de las normas sino en el reconocimiento y la relevancia de otros elementos.

Encarnación La Spina sugiere tres modificaciones en el esquema analizado por Comanducci para ofrecer así una descripción ciertamente más ajustada del proceso de aplicabilidad interna o externa del Derecho. “La primera postura aceptar como parte del derecho, las convenciones y practicas interpretativas, para paliar así las consecuencias negativas de la distinción entre formulación normativa y normas. La segunda crítica versa sobre aquella noción de aplicabilidad externa que ignore la existencia de convenciones sobre la obligatoriedad de aplicar las normas jurídicas. En cambio, la tercera invita a tener en cuenta la relevancia de los factores axiológicos para la aplicación del derecho atendiendo al balance de razones subyacentes a la misma, pues son condiciones necesarias de la identificación del derecho y la justificación de la aplicación de la regla al caso concreto.”¹⁹

Pone en duda Comanduci si la idea del origen del impulso codificado sea la posibilidad de configurar y diseñar el gobierno del bien común. Así niega que sea la localización en la constitución aquello que convertiría determinadas reglas o principios fundamentales y no simplemente los fines definidos por la comunidad política.

La tarea interpretativa de los jueces que se fundamentan en la teoría neoconstitucionalista significa una materialización de los derechos fundamentales demandados, naturalmente concedidos tutelados cuando corresponda. El

¹⁹ La Spina, Encarnación. **Positivism jurídico y neoconstitucionalismo**. Pág. 161



neoconstitucionalismo presenta un apoyo invaluable al constituir, como nuevo planteamiento en la teoría del derecho, un medio invaluable para la defensa de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO V.

5. Análisis sobre la aplicación de la teoría neoconstitucional en Guatemala

5.1 Aceptación o negativa de aplicación por parte de los magistrados y jueces guatemaltecos de la teoría neoconstitucional.

Actualmente en Guatemala la mayoría de jueces y magistrados utilizan la teoría positivista basándose en el Artículo 1 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto Legislativo, numero dos guion ochenta y nueve donde establece: “Normas Generales. Los preceptos fundamentales de esta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco; Artículo dos del mismo cuerpo de ley: Fuentes del derecho: “La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia lo complementará. La costumbre regirá solo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”.

La aplicación de la teoría neoconstitucionalista es una realidad en la actualidad pero es considerada muy compleja por la mayoría de los jueces o magistrados, debido a la transformación en el sistema de fuentes del derecho y de todo sistema normativo, jurídico y su aplicación ya que tiene aspectos diferenciales de acuerdo a nuestra tradición jurídica y constitucional previa, la naturaleza y función institucional que se asignan a los respectivos poderes judiciales y tribunales constitucionales.

Al momento de que los jueces y magistrados guatemaltecos, aplicaran la teoría neoconstitucionalista tendrían que abandonar parcialmente el legalismo, el juridicismo extremo, el formalismo jurídico, la rigidez en la norma, en conclusión el sistema que actualmente es utilizado por la mayoría de ellos, por lo tanto se habla de la teoría del positivismo. Existiría una redefinición de los conceptos de validez y vigencia de la norma ya que la vigencia señala simplemente que una norma ha sido dictada por las autoridades públicas y pretende producir efectos jurídicos, mientras que la validez jurídica pasa a significar conformidad con los derechos humanos de los ciudadanos, logrando así la rematerialización del derecho desde varias perspectivas axiológicas, adquiriendo importancia el contenido y la valoración moral del derecho y no tan solo de su perfección formal.

Como resultado de las entrevistas directas efectuadas a profesionales del derecho en cuanto a su opinión como honorables magistrados, sobre la aplicación o no aplicación de la teoría neoconstitucionalista en Guatemala, se obtienen los siguientes criterios:

El Licenciado Sergio Amadeo Pineda, Magistrado Presidente de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de la Antigua Guatemala

Manifiesta lo siguiente: "En Guatemala el sistema es totalmente positivista porque los jueces se basan en lo que estrictamente establece la ley y no evalúan más allá. Nosotros resolvemos apegados a la ley conforme a derecho, pero la teoría neoconstitucionalista podría aplicarse en Guatemala siempre y cuando se realizaran reformas legales donde se regule la uniformidad sobre la teoría en que deban basarse

los jueces para emitir las resoluciones, ya que actualmente cada rama del derecho resuelve de una manera distinta, pero siempre apegada al positivismo.”

La Licenciada Greta Antilvia Monzón, Vocal I de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de la Antigua Guatemala

Manifiesta lo siguiente: “Actualmente en Guatemala no se aplica la teoría neoconstitucionalista, porque hay algunas disposiciones que intentan iniciar su aplicación, pero en Guatemala el estudio del tema del neoconstitucionalismo aún es muy nuevo. Los especialistas si lo conocen, pero la mayoría de los jueces y magistrados no lo aplican por poco conocimiento y falta de regulación donde se establezca que teoría de argumentación es la que debe utilizarse.

Nosotros estamos arraigados o apegados a lo que dicta la ley y no nos dejan despartarnos de la misma, pero en sí, la teoría del neoconstitucionalismo si contiene aspectos muy positivos para llegar a resolver de una manera justa, porque actualmente la forma para hacerlo, es rígida conforme a la ley. Muchas veces por esa excesiva rigidez las resoluciones se tornan arbitrarias o injustas en los procesos por no tomar en cuenta los valores humanos, aunque estoy de acuerdo en la dificultad de determinar cuáles son los límites de la moral ya que es muy subjetivo, porque puede justificarse la teoría del neoconstitucionalista para cubrir determinados intereses contrarios a la justicia. Para que se pudiera aplicar en Guatemala la teoría neoconstitucionalista, debería de prepararse a los jueces y magistrados para que tengan una base y un verdadero conocimiento de ella, y analizar su aplicación en la argumentación. Uno

intenta tomar en cuenta los valores morales pero en Guatemala tiene que estar estrictamente apegado a la ley”

El Licenciado José Luis Samayoa, Vocal II de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de la Antigua Guatemala

Manifiesta lo siguiente: “A mi criterio el neoconstitucionalismo es una nueva teoría que surge de la mezcla de dos criterios el norteamericano y el europeo; la aplicación de la teoría constitucionalista en Guatemala es muy complicada, ya que nosotros dependemos de un sistema puramente positivista, un sistema muy rígido que se utiliza desde mucho tiempo atrás y mientras sigamos en este sistema rígido actual, nosotros no podemos salirnos de este derecho positivo, y actualmente con las leyes específicas viene a hacer que no se aplique el constitucionalismo porque está haciendo el sistema más rígido, y para la aplicación de la teoría neoconstitucional habría que hacer muchos cambios, cambiar todo un sistema. A mi criterio el neoconstitucionalismo si posee aspectos positivos, por tomar en cuenta los valores morales y no solo estrictamente la ley.”

5.2. Aplicación de la teoría neoconstitucionalista en la interpretación y argumentación de las decisiones judiciales, por parte de tribunales y cortes de constitucionales guatemaltecos

Ya que la teoría neoconstitucionalista se basa en que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales, fundamentada en

los derechos fundamentales y no en un conjunto de normas de los derechos humanos, que ahora cuentan con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos, siendo así que prevalece una cultura jurídica basada, inspirada jurídicas estrictas, los jueces guatemaltecos deben adoptar una actitud antiformalista que orientan su actuación de acuerdo con los nuevos principios jurídicos pro homine y favor libertatis.

Las formas de interpretar las normas según el ordenamiento guatemalteco se encuentra regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala en el preámbulo, Artículos 15, 46, 106, 203, 204; Ley de Amparo y Exhibición Personal y de Constitucionalidad, artículos 2, 7, 42, 43, 49, 185; Ley del Organismo Judicial en el Artículo 10 la cual es literal o gramático, histórico, teleológico y sistemático, Artículo 1, 12, 15; Código Civil, artículos 816, 940, 1593, 1594, 1595, 1596, 1597, 1598, 1600, 1601, 1602, 1603, 1604, 1889; Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 621; Código de Comercio, Artículos 1,669, 672; Código de Trabajo, artículos 326, 361; Código Penal, Artículo 7; Código Procesal Penal, Artículos 14, 419, 441; Código Tributario, Artículos 4 y 5; Ley Contra el Femicidio y Otras formas de Violencia en contra de la Mujer, Artículo 26; Ley de la Carrera Judicial, Artículo 2; Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 3; Ley de Protección integral de la Niñez y Adolescencia, Artículo 5; Ley de Adopciones, Artículo 4.

Las decisiones judiciales son el resultado más importante en un sistema de justicia y que es a través de ellas y la práctica argumentativa que se conoce no solo al sistema de justicia, sino en particular, la calidad de los jueces que las dictan y el funcionamiento

del Poder Judicial y de modo que de ella se reflejan si el estado cumple o no con el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, la certeza jurídica en la sociedad y la garantía de la justicia de una decisión.

Se entiende por principios fundamentales en la legislación guatemalteca el derecho a la vida de todo ser humano, a la integridad física, a expresar opiniones políticas, a ejercer cultos religiosos, a no ser discriminado a causa de raza, a no ser condenado sin un debido proceso, entre otros principios fundamentales que regula la Constitución Política de la República de Guatemala.

Basándose en la teoría del neoconstitucionalismo los jueces de nuestro país tienen la dificultad de trabajar con principios que están establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y que requieren de una tarea interpretativa en los casos que sea capaz de aplicarlos de forma concreta, de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos y al momento de no tomar como base los valores constitucionales el juez puede disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del juzgador.

Así mismo se deberá estar atentos a una apertura incondicional, acrítica e indiscriminada al derecho internacional de los derechos humanos y a las doctrinas de los tribunales y organismo internacionales, en general muy valiosas, pero que algunas veces pueden ser algo tendenciosas, siendo importante reafirmar el necesario margen nacional de apreciación y el carácter de la constitución de la república de Guatemala como instancia jurídica última, suprema y definitiva para los jueces nacionales.

5.3. Sentencias ya emitidas por tribunales o cortes constitucionales guatemaltecos, basando su argumentación en la teoría neoconstitucional

A continuación se transcribirá la parte conducente de una opinión consultiva y una sentencia de la Corte de Constitucionalidad en la cual se determina que existe una interpretación basada en el neoconstitucionalismo.

“Opinión Consultiva.

Expediente 3174-2010.

17 de septiembre de 2010.

El Presidente de la República solicita opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, respecto de la posibilidad de poder intervenir administrativamente, sin violar normas constitucionales, el Registro Nacional de las Personas, con el objeto de garantizar y normalizar la prestación de los servicios de registro de personas naturales e inscripción de los hechos y actos relativos al estado civil, capacidad civil y demás actos de identificación, así como posibilitar una eficiente emisión del Documento Personal de Identificación...

...A. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN UTILIZADOS EN ESTA OPINIÓN CONSULTIVA..

Para responder a la interrogantes antes citadas, esta Corte determina que el análisis jurídico debe partir de una correcta interpretación de lo preceptuado en el artículo 120 de la Constitución Política de la República, con el objeto de evidenciar, de manera

racional, cuál sería la regla que define el ejercicio de la facultad concedida al Estado de Guatemala, y cual sería, en este momento, el Organismo de Estado facultado para asumir la decisión de investigación administrativa que autoriza el precitado artículo constitucional.

La interpretación constitucional que aquí se realiza encuentra el debido sustento en la función esencial que a esta Corte ha instituido el artículo 268 de la Constitución Política de la República; la defensa del orden constitucional. El Proceso interpretativo a realizarse admite que la Constitución es la norma superior, cualitativamente distinta y que a sus preceptos se vincula el ordenamiento jurídico y el sistema de fuentes de este último, y que en una correcta interpretación constitucional pueden ser utilizados, como fuente interpretativa no solo los preceptos normativos componentes del texto supremo, sino también el conjunto de principios, valores y reglas que están contenidas en la Constitución, pues todos ellos permiten, en esa dimensión jurídica y axiológica establecer cuál es la conducta que en el precepto objeto de interpretación se permite o se prohíbe...

...II: Utilización mutatis mutandis del juicio de ponderación, como una forma de solución que determine constitucionalmente un orden de preferencia entre la aplicación de lo contenido en un precepto constitucional respecto de lo establecido en otro.

Este método es de mucha utilidad, sobre todo en un posible conflicto en el que dos preceptos de igual jerarquía pudieran ser aplicables para la solución de un caso en particular, como lo es aquel por el que se pretende dar respuestas en esta opinión consultiva.

Para la utilización de ese método, a juicio de esta Corte, los parámetros que se utilizan para la realización de esta labor de juicio deben atender a lo siguiente:..

...d. Que se realice una labor de ponderación propiamente dicha, para la que se evidencia los beneficios que se obtienen con la medida, en congruencia con la consecuencia de un fin legítimo

III. Aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad..."

Como se puede observar en esta opinión consultiva la Corte de Constitucionalidad al momento de interpretar las normas jurídicas sobre la interrogante del Presidente de la República, indica los métodos de interpretación que utilizaran para la misma, pero dentro de esos métodos utilizan para la interpretación la teoría del neoconstitucionalismo, y específicamente señala que tomara en cuenta lo establecido en la norma constitucional, pero para una correcta interpretación constitucional utilizara la ponderación, interpretando a sí mismos el conjunto principios valores y reglas constitucionales.

Pudiendo determinar que en Guatemala inicia la aplicación de la teoría neoconstitucionalista por parte de nuestros órganos jurisdiccionales, pero ellos se enfrentan con fuertes obstáculos críticos e inician a nadar en contra de la corriente, ya que durante años, se ha utilizado la teoría positivista, de manera predominante.

Se ha determinado otra interpretación basada en la teoría neoconstitucionalista de nuestro ordenamiento jurídico, una sentencia de la Corte de Constitucionalidad en cuanto a una inconstitucionalidad General Parcial.

“Inconstitucionalidad General Parcial

Expediente 1312-2012

Guatemala, 17 de mayo de dos mil trece.

Se tuvo a la vista, para dictar sentencia, la acción de inconstitucionalidad general parcial de los artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, Decreto 63- 94 del Congreso de la República, promovida por Oliverio García Rodas y Juan José Porrás Castillo, quienes actuaron con el auxilio de los abogados Marco Tulio Mejía Monterroso, Otto Marroquín Guerra y Marco Tulio Mejía Santa Cruz. Es ponente en este caso el Magistrado Vocal I, Roberto Molina Barreto, quien expresa el parecer de este tribunal.

Considerando:...

-II-

(...) En íntima relación con lo previsto en los Artículos 152, 153 y 154 del texto supremo, el ejercicio del derecho a interpelar impone como contrapartida a quien lo ejercen la debida observancia de la Constitución (lo que incluye sus principios, mandamientos, límites, valores y reglas) y que un procedimiento de interpelación tenga como objeto el de impedir el cumplimiento de los fines y obligaciones que al Estado le impone el texto supremo...

-III-

Sin perjuicio de la decisión que se asume en esta sentencia, en una labor propositiva y meramente orientadora que no soslaya lo que ocurre en la realidad nacional, una vez determinadas las situaciones fácticas en las cuales, al acaecer estas, debe realizarse la ponderación preconizada en este fallo, corresponde ahora referir, en abstracto, la forma como debe realizarse esa labor de ponderación, a la luz del conjunto de principios y volares constitucionales

La ponderación, como forma de solución de conflictos que pudiera acaecer entre principios, derechos, valores y atribuciones constitucionales, permite seleccionar aquel o aquellos de los antecedentes mencionados que en una situación concreta deben privilegiarse, no de modo absoluto para todos los casos posibles como antes se dijo, sino en concreto y para eventos específicos que sean plenamente determinables.

De esta cuenta, aquella labor de ponderación debe realizarse con una proporcionalidad tal que al privilegiar el ejercicio de una facultad respecto de otra, se logre la consecución de un fin legítimo y necesario...

...Esta norma debe ser debidamente entendida de acuerdo con los siguientes métodos de interpretación de la constitución:

A. Método armónico o sistemático. (...) La utilización de ese método permite desentrañar el espíritu el espíritu del precepto constitucional desde el principio de unidad de la Constitución, que propugna que debe entenderse que en aquella están comprendidos, además de los mandatos normativos, los principios, valores y reglas en

los cuales el texto supremo encuentra su fundamento. Este principio, a su vez considera a los distintos elementos que conforman a la Constitución como todo coherente y generalizado, y evita que la interpretación de uno de sus preceptos se haga sin tener en cuenta el resto del bloque normativo al que pertenecen y sin distorsionar el contenido de todos estos...

Se puede establecer que en esta Sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad se utiliza para la correcta interpretación y argumentación de la resolución, no solo la norma jurídica pura y rígida como lo establece el positivismo, sino que también esta sentencia aplica para su interpretación, una correcta ponderación en cuanto a los valores morales y principios fundamentales, aplicando así la teoría neoconstitucionalista.

El neoconstitucionalismo no está en contra del positivismo, ni busca la crisis en esa teoría, sino que busca en la interpretación, integrar tanto la norma jurídica como los valores morales y principios fundamentales, para una correcta resolución, apegada a un derecho congruente con los principios fundamentales de todo ser humano.

CONCLUSIONES

1. Analizando los principios del neoconstitucionalismo, se puede concluir que no se encuentra en contradicción con la teoría positivista, sino que busca a través de la interpretación, integrar tanto la norma jurídica, con los principios fundamentales y valores morales que permitan obtener justas decisiones emitidas por los Órganos Jurisdiccionales.
2. Dentro del neoconstitucionalismo, el Juez también se vuelve un titular de una nueva responsabilidad dentro del ordenamiento jurídico, ya no haciendo una mera argumentación de la ley, sino que siendo un operador jurídico encargado de salvaguardar y garantizar la aplicación de los postulados constitucionales materializando así la suprallegalidad constitucional.
3. Actualmente en Guatemala, los órganos jurisdiccionales afrontan en su mayoría, un desconocimiento sobre el valor de la teoría neoconstitucionalista, así como la dificultad de trabajar con principios que a pesar de estar constitucionalizados, deben ser aplicados dentro de una normativa concreta, obteniendo resoluciones encerradas estrictamente solo como normas pragmáticas que no permiten aplicar el neoconstitucionalismo como debe de ser.
4. Tanto la aplicación de la teoría positivista (origen en corriente norteamericana) como de la teoría neoconstitucionalista, (corriente europea) tiene ventajas y desventajas, dependiendo básicamente de el respeto a la dignidad humana, el



empleo apropiado de la ponderación, la ética profesional, de quienes dicten y hagan que se cumpla dicho ordenamiento jurídico con certeza jurídica, estableciendo si el Estado cumple con el derecho fundamental de la efectiva tutela judicial.

RECOMENDACIONES

1. Se debe de darle continuidad a la evolución de la teoría neoconstitucionalista para que, como parte de un proceso lógico, se realice una consiente tarea de discernimiento y sensibilización que concrete en la praxis de un orden jurídico a favor del respeto de la dignidad del ser humano, minimizando así las resoluciones en las cuales prevalezca el interés individual o particular de los jueces o magistrados.
2. Los órganos jurisdiccionales deben de asumir con profesionalismo el reto de capacitarse para tomar en cuenta esta teoría neoconstitucionalista y responder a los requerimientos de un ordenamiento jurídico coherente con una sociedad donde la falta de valores y principios está causando estragos en todo ámbito social y al cual ya no podemos ser indiferentes.
3. Es imprescindible lograr la capacitación de jueces y magistrados para que a través de sus resoluciones, obtenidas como resultado de una adecuada interpretación, ponderación y argumentación unidas a una calidad ética, profesional y humana que manifieste, se alcance una mejor aplicación del ordenamiento jurídico.
4. El neoconstitucionalismo, como teoría en expansión global, manifiesta cambios concretos positivos que redundan en la calidad de las decisiones judiciales en este tipo de constituciones, razón por la cual su análisis y sobre todo su aplicación



práctica y objetiva del neoconstitucionalismo, debe ser tomada muy en cuenta por los administradores de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXIS, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático**, en Miguel Carbonell, "Neoconstitucionalismo" 2ª ed., Madrid Trotta, 2005.
- ALEXIS, Robert. **Teoriza de los derechos fundamentales**. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALEXIS, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ALEXIS, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Traducción de Esp. De J.M, Barcelona, Seña, Gedisa, 1994.
- ALEXIS, Robert. **Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad**. Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional. No. 11, Enero-junio 2009.
- ÁVILA SANTA MARINA, Ramiro. **En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los deberes y los argumentos**. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Marzo 2012.
- ÁVILA SANTA MARINA, Ramiro. **Neoconstitucionalismo y sociedad**. Quito, Ecuador, 2008.
- BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral**. En Carbonell Miguel, Neoconstitucionalismo(s). Bogotá, Editorial: Trotta Edición de Miguel Carbonell, 2005.

BERNALD PULIDO, Carlos. **El neoconstitucionalismo a debate**. En temas de derecho público, no. 76, Bogotá, Universidad externado de Colombia, instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedra Hita, 2006.

CAMBELL, Tom. **El sentido del positivismo jurídico**. Universidad nacional de Australia, DOXA 25, 2002.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. 2ª ed. Madrid Trotta, 2005.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico**. ISONOMIA, No. 16, Abril 2002.

COMANDUCCI, Paolo. **Constitucionalización y teoría del derecho**. Discurso de incorporación a la academia nacional del derecho y ciencias sociales de Córdoba, Anales, tomo XLIV, 2005.

CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. **Teoría y filosofía del derecho**. Revista del centro de Investigaciones de la Universidad Libre, volumen 5 No. 1 Enero-Julio de 2010, Cartagena de Indias, Colombia.

CRUZ, Luis M. **La constitución como orden de valores**. Granada, Comares, 2005.

DÍAZ COBÓN, José Ricardo. **INFOCC**. Guatemala, instituto de justicia constitucional diciembre 2012, No. 8.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. En Miguel Carbonell, neoconstitucionalismo. 2ª ed., Madrid Trotta, 2005.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores**. Universidad de León, España.



GARCÍA FIGUEROA, Alosó. **Constitucionalismo y positivismo**. Revista española de derecho constitucional, Año 18 No. 54. Septiembre 1998.

GUASTINI, Riccardi. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. En Miguel Carbonell, "Neoconstitucionalismo" 2ª ed., Madrid Trotta, 2005.

[Http://www.eldial.com/suplementos/publico/doctrina/pu041018-b.as#_ftn2](http://www.eldial.com/suplementos/publico/doctrina/pu041018-b.as#_ftn2).

[Http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletín/cont/112/art/art9.htm#N*](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletín/cont/112/art/art9.htm#N*)

[Http://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/](http://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/)

LA SPINA, Encarnación. **Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo**. CEFD, No. 20, 2010.

MOLLER, Max. **La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos**. Tesis doctoral, Universidad de Burgos, 2008.

MORA-RESTREPO, Gabriel. **Neoconstitucionalismo y razonabilidad práctica**. Dikaion, Año 23 No. 18-79-107 Chía, Colombia, Diciembre 2009.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. **Interpretación y neoconstitucionalismo**. Año 2006.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Teoría del derecho**. Madrid, Trotta, 2005.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Constitucionalismo y positivismo**. México, distribución fontamara.



PRIETO SANCHIS, Luis. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. En Miguel Carbonell, neoconstitucionalismo. 2ª ed., Madrid Trotta, 2005.

PARRA DUSSAN, Carlos. **Teoría constitucional**. Líber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo, Bogotá, D.C, septiembre 2006.

GUILLERMO, Jorge. **Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo**. DIKAION, Año 23 – No. 18 33-54, Chía, Colombia, diciembre 2008.

POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional**. Universidad de Génova (Italia) 1998.

SANTIAGO, Alfonso. **Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo**. DIKAION, Año 22 – No. 17 131-155, Chía, Colombia, diciembre 2008.

SANTIAGO, Alfonso. **Neoconstitucionalismo**. Sesión privada del instituto de política constitucional del 3 de abril de 2008.

VELÁSQUEZ, Rodolfo. **Interpretación jurídica y decisión judicial**. México, Distribuciones Fontamara, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Ley, derecho, justicia**. Madrid, Trotta, 1995.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.



Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de Naciones Unidas, 1948.

Convención Americana sobre derechos humanos. Pacto de San José, San José Costa Rica, 1969.

Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de Noviembre de 1989.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto numero 2-89, 1989.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdía. Decreto Ley numero 106, 1964

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdía. Decreto Ley 107, 1964

Código de Comercio. Congreso de la República, Decreto 2-70, 1971.

Código Penal. Congreso de la República, Decreto 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República, Decreto 51-92, 1994.

Código Tributario. Congreso de la República, Decreto 6-91, 1991.

Ley Contra el Femicidio y Otras formas de Violencia en contra de la Mujer. Congreso de la República, Decreto 22-2008, 2008.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Congreso de la República, Decreto 27-2003, 2003.

Ley de Adopciones. Congreso de la república, Decreto 77-2007, 2007.