

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO



**EL PRINCIPIO DE OMNIPRESENCIA DE  
LA CONSTITUCIÓN Y SU APLICACIÓN  
EN LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL  
DEL DEBIDO PROCESO**

**MSc. SERGIO MADRAZO MAZARIEGOS**

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO

**EL PRINCIPIO DE ONNIPRESENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y SU APLICACIÓN  
EN LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**MSc. SERGIO MADRAZO MAZARIEGOS**

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

**DOCTOR EN DERECHO**

Guatemala, octubre de 2016



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

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla  
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil  
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez  
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía  
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia  
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana  
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla  
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela  
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara  
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez  
VOCAL: MSc. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. René Arturo Villegas Lara  
VOCAL: Dr. Aníbal González Dubón  
SECRETARIA: Dra. María del Rosario Velásquez Juárez

**RAZÓN:** “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 20 de abril del año 2016.

Dr. René Arturo Villegas Lara  
Director Académico  
Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Dr. Villegas Lara:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente del Departamento de Postgrado.

Por medio de resolución de fecha trece de abril del año dos mil quince, de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado, se me nombró como Tutor de Tesis del Maestro **SERGIO MADRAZO MAZARIEGOS**, del Doctorado en Derecho, titulada **"EL PRINCIPIO DE OMNIPRESENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y SU APLICACIÓN EN LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO"**.

Después de las correspondientes revisiones y correcciones de informe final que contiene la Tesis de Doctorado en Derecho del Maestro Sergio Madrazo Mazariegos, y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:



---

DOCTOR SAÚL GONZÁLEZ CABRERA

Guatemala, 13 de septiembre de 2016.

MSc. Ovidio David Parra Vela  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**EL PRINCIPIO DE OMNIPRESENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y SU  
APLICACIÓN EN LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO**

Esta tesis fue presentada por el MSc. Sergio Madrazo Mazariegos, del Doctorado en Derecho de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred Catalina Hernández Roldán  
Revisora  
Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada 5456

Mildred Catalina Hernández Roldán  
Colegiada 5456



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

## D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, diecinueve de septiembre del dos mil dieciséis.--**

En vista de que el MSc. Sergio Madrazo Mazariegos, aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho**, lo cual consta en el acta número 28-2016 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL PRINCIPIO DE OMNIPRESENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y SU APLICACIÓN EN LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

**MSc. Ovidio David Parra Vela**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**





## DEDICATORIA

*Dedicado a la  
Preciosísima Sangre  
Del Cordero de Dios*

# CONTENIDO



|  | <b>Página</b> |
|--|---------------|
| INTRODUCCIÓN   | i             |
| <br>   |               |
| CAPÍTULO I: El principio de unidad del ordenamiento jurídico en la teoría de Hans Kelsen             | 1             |
| 1. La visión del ordenamiento jurídico en Hans Kelsen  | 1             |
| 1.1 La visión epistemológica   | 2             |
| 1.2 La visión ontológica   | 9             |
| 1.3 Sistemas normativos dinámicos  | 11            |
| 1.4 Sistemas normativos estáticos  | 12            |
| 1.5 La visión axiológica   | 13            |
| 2. La norma fundamental kelseniana   | 17            |
| 3. La imperatividad de la norma jurídica en Kelsen   | 21            |
| 4. La validez jurídica en Kelsen   | 26            |
| <br>   |               |
| CAPÍTULO II: El principio de omnipresencia de la Constitución en la teoría del neoconstitucionalismo | 29            |
| 1. La idea de la omnipresencia constitucional  | 29            |
| 2. El concepto de la ley en la visión axiológica de la Constitución                                  | 38            |
| 3. La sujeción de los jueces al Derecho  | 46            |





### CAPÍTULO III: El debido proceso como derecho fundamental

|  |    |
|--|----|
| 1. La garantía jurisdiccional del debido proceso               | 55 |
| 1.1 Función jurisdiccional y debido proceso                    | 55 |
| 1.2 La legitimidad constitucional de la función jurisdiccional | 68 |
| 1.3 Las garantías jurisdiccionales                             | 76 |

### CAPÍTULO IV: Los principios del neoconstitucionalismo y las garantías de los derechos fundamentales

|   |     |
|---|-----|
| 1. Los presupuestos ideológicos del neoconstitucionalismo                         | 93  |
| 2. El Estado constitucional contemporáneo   | 96  |
| 3. El principio de omnipresencia constitucional y los principios constitucionales | 100 |
| 4. El modelo argumentativo del neoconstitucionalismo                              | 104 |
| 5. La teoría interna y la teoría externa de los derechos fundamentales            | 107 |
| 6. El juicio de ponderación   | 110 |
| 7. Ponderación y subsunción   | 113 |
| 8. Ponderación y discrecionalidad   | 117 |

### CAPÍTULO V: La aplicación del principio de omnipresencia constitucional en la tutela judicial del debido proceso

|  |     |
|--|-----|
| 1. La fundamentación del derecho fundamental al debido proceso en el Estado constitucional democrático | 123 |
| 2. La institucionalización del derecho fundamental al debido proceso                                   | 128 |



|  |     |
|--|-----|
| 2.1 La institucionalización del derecho fundamental al debido proceso en el ámbito internacional | 129 |
| 3. Los titulares del derecho fundamental al debido proceso                                       | 138 |
| 4. El objeto del derecho fundamental al debido proceso   | 143 |
| 5. El principio de omnipresencia constitucional y el debido proceso                              | 151 |
| <br>   |     |
| CONCLUSIÓN   | 154 |
| <br>   |     |
| BIBLIOGRAFÍA   | 156 |



## INTRODUCCIÓN

El principio de *unidad* del ordenamiento jurídico en Kelsen, se interpreta como la idea de que toda norma que pertenezca a un ordenamiento jurídico debe tener su pauta de validez última en la norma superior y que esta última, únicamente debe *autorizar* la creación de la inferior, pero no puede exigirse que el contenido de la inferior esté *subsumido* en el de la superior, no se trata pues, de una validez por identidad de contenido sino por delegación de autoridad.

En el constitucionalismo contemporáneo, también denominado neoconstitucionalismo, existe una concepción que se distancia de la kelseniana, especialmente en lo que compete a las normas cuyo contenido se refiere a los derechos fundamentales. Esta concepción es esencialmente defendida por autores contemporáneos como Luis Prieto Sanchís, quien expone, por ejemplo, el principio de la *omnipresencia de la Constitución*: este principio establece que los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico y en consecuencia, la Constitución regula plenamente la legislación.

Este principio de omnipresencia de la Constitución, es expresado por el citado autor de la siguiente forma: “En la Constitución de los derechos no hay

espacios exentos para el legislador porque todos los espacios apartados de los regulados”.



La interpretación de este principio, riñe necesariamente con el concepto de unidad del ordenamiento jurídico kelseniano, porque, en la concepción kelseniana, estaría dándose al ordenamiento jurídico, con dicho principio, el carácter de sistema jurídico estático; si lo que el principio manifiesta es que todas las normas del ordenamiento jurídico, *-en atención a esa irradiación de la Constitución hacia el resto de normas del ordenamiento jurídico-*, deben tener un contenido constitucional en materia de derechos fundamentales, entonces, la idea de unidad del ordenamiento jurídico se convierte en unidad de contenidos y no es unidad de delegación de autoridad.

Para discernir con argumentos lógico-rationales, cuál de las dos posiciones respecto del principio de unidad del ordenamiento jurídico es correcta, se hace necesario realizar alguna investigación teórica sobre las posibilidades de ambas teorías, especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales, por ser su naturaleza de extrema importancia jurídica.

Lo expuesto anteriormente tiene especial importancia en el desarrollo del proceso penal, por ser este una especial forma de ejercicio del poder y representar la invasión a los ámbitos de libertad e igualdad del ciudadano, por parte del



Estado; ámbitos que requieren ambos una especial tutela y garantía por parte de los órganos aplicadores de las leyes penales, que se caracterizan por tener las sanciones más violentas a los actos que las transgreden.

La tesis jurídica que se sustenta en este proyecto de investigación, es que, las garantías del imputado en el proceso penal, fungen como como derechos fundamentales, pero no se agotan únicamente en su otorgamiento por parte de los órganos jurisdiccionales, sino que de alguna manera, como lo establece la teoría de Luis Prieto Sanchís, *irradian* a las leyes infraconstitucionales aplicables en el proceso penal, y permanecen irradiando todo el procedimiento penal, no solo hasta su finalización, sino hasta actos posteriores a ella, que se realizan necesariamente para su concretización como derechos fundamentales.

Este planteamiento, está presidido por la consciencia del papel, ciertamente relevante que el llamado “poder judicial” tiene en el marco del Estado constitucional de derecho. Y también por la convicción de que en la atribución de ese rol de primer orden hay todo un ejercicio de coherencia, impuesto por la lógica profunda del sistema que irradia a partir de su núcleo duro, formado por los derechos fundamentales.

Estos derechos fundamentales, desde el vértice de la pirámide kelseniana, ahora singularmente ampliada hacia arriba, reclaman un eficaz y renovado



dispositivo de garantía en última instancia, que debe correr por cuenta de la jurisdicción. El encargo entraña un compromiso fuerte para la misma, hasta el punto de que en la calidad de su prestación se juega la propia legitimidad. Pues el relieve constitucional de la tutela judicial de los derechos fundamentales sustantivos, tiñe de igual carácter a los tradicionales derechos de los justiciables hoy también fundamentales. En particular, los del imputado, que en estas páginas tiene mayor presencia, debido a que el proceso considerado es el penal.

En tal contexto, en la actual disciplina constitucional –*la del debido o justo proceso de los grandes textos internacionales en la materia*– late una esencial cuestión de derechos, pero no solo. Pues el proceso, más que nada es *proceso de adquisición de conocimiento*. Así, su tratamiento jurídico mira a distribuir de manera equilibrada el espacio regulado, que es espacio escénico, a fin de asegurar la autonomía de las posiciones parciales y su equidistancia entre quienes ocupan las primeras, como la condición de tercero en el caso de este último.

Y es que, en efecto, el proceso acusatorio regido por el principio de contradicción, cuenta con una consistente dimensión epistémica. Esta se concreta en la preordenación al establecimiento de una verdad fáctica de calidad; y conviene, en inhabitable tensión, con la necesidad de preservar los derechos del imputado como presunto inocente.



El resultado es una concepción integrada del proceso que, conjugando la vertiente propiamente jurídica con la metodológica, brinda a los derechos un instrumento de tutela, que por primera vez estaría a la altura de su trascendencia como objeto de protección. Ahora bien, para ser más precisos, se trata de un estar *ideal-constitucionalmente a la altura*, pues cuando más sólido es el tratamiento normativo del asunto, y mayor es también el desarrollo cultural que ha provocado, mayor empieza a ser, empíricamente, el riesgo de retroceso en los desarrollos legislativos y en el perfil de las prácticas constitucionales.

El presente trabajo consta de cinco capítulos; en el primero se expone la tesis kelseniana del principio de unidad del ordenamiento jurídico como concepción formalista o normativista de la validez normativa; en el segundo se trata la teoría del principio de omnipresencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico, como es concebida por la doctrina del neoconstitucionalismo. En el tercer capítulo se estudia la garantía fundamental del debido proceso; en el capítulo cuarto se desarrolla la teoría de los principios del neoconstitucionalismo en relación con las garantías de los derechos fundamentales y en el quinto y último capítulo se desarrolla a profundidad la aplicación del principio de omnipresencia constitucional en la tutela judicial del debido proceso.



## CAPÍTULO I

# EL PRINCIPIO DE UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN LA TEORÍA DE HANS KELSEN

### 1. LA VISIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE HANS KELSEN

Para entender en su significado el problema del ordenamiento jurídico en Kelsen es necesario analizarlo desde tres perspectivas distintas que, por otro lado, son las tres visiones desde las que se avizora y desde las que se construye el pensamiento jurídico de Hans Kelsen.

Estas visiones son:

- A) La epistemológica: la ciencia del Derecho y las categorías epistemológicas;
- B) La ontológica: el Derecho en cuanto objeto, la construcción jerárquica y la construcción piramidal: Norma fundamental; Constitución; Leyes orgánicas; Leyes ordinarias; Decretos leyes; Decretos legislativos; Decretos; Órdenes ministeriales y; Disposiciones menores.
- C) La axiológica: la dimensión valorativa del ordenamiento jurídico.





## 1.1 LA VISIÓN EPISTEMOLÓGICA

La visión simplista en que ha caído el tratamiento que se ha venido dando al ordenamiento jurídico, es atribuible precisamente al hecho de que se ha abordado de forma casi exclusiva desde el segundo de los niveles señalados, pretendiendo reducir el ordenamiento a un conjunto de normas más o menos coordinadas entre sí, pero ignorando el papel fundamental que el concepto de ordenamiento jurídico significa en Kelsen como *categoría lógico-epistemológica*.

Incluso al abordarlo en el segundo nivel, generalmente no se realiza de forma adecuada, porque se tiende a reducir el ordenamiento jurídico al conjunto de normas que imponen deberes u obligaciones, sin advertir la existencia y trascendencia de las llamadas reglas secundarias.

Lo más grave es ignorar el importante papel que el concepto de ordenamiento jurídico desempeña como categoría epistemológica. Es precisamente esta categoría lógico-epistemológica, junto con otras como la de norma fundamental, deber jurídico, etc., la que hace posible el conocimiento del Derecho como un todo unitario, coherente, y la que no deviene perfectamente comprensible y explicable en todos sus extremos.



Kelsen observa la existencia de una realidad a la que los hombres de forma generalizada nombran como *Derecho*. “Esta realidad está compuesta por normas muy heterogéneas y distintas: Constitución, leyes, decretos, sentencias, etc., que funcionan de acuerdo con ciertos criterios (de jerarquía, de validez, de vigencia, de competencia, etc.)”.<sup>1</sup>

Frente esta realidad, Kelsen, más como científico que como jurista, y como cualquier otro científico frente a su objeto de estudio, pretende conocerla, sistematizarla, explicarla, comprenderla y describirla.

Para cumplir con esos objetivos, Kelsen se basa, por una parte, en la metodología positivista de la ciencia y, por otro parte, en los presupuestos de la teoría del conocimiento kantiana.

Kelsen parte de la concepción científica del positivismo, promovida principalmente por el Círculo de Viena, y que representa la culminación del llamado *cientificismo naturalista o positivismo lógico*, iniciado tiempo atrás, y el que habían refutado autores como Rickert, Windelband o Dilthey, pretendiendo justificar como científico, además de lo “nomotético”, lo “ideográfico o valorativo”. Kelsen siempre

---

<sup>1</sup> Martínez Roldan, Luis & Fernández Suarez, Jesús A. CURSO DE TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. 1997. Pp. 83.



favoreció la exactitud y la objetividad de las ciencias duras o naturales, y pretender en la medida de lo posible, lograr una metodología que le permitiera al Derecho alcanzar tal objetividad.

El método del positivismo consiste no en ver al Derecho como un sistema de valores, sino como un conjunto de acontecimientos, de fenómenos o de hechos, cuya única *razón objetiva* es su mera existencia y frente al cual el jurista científico debe limitarse a constatar esa realidad de forma objetiva.

En la misma línea de Pareto y de Weber, los dos autores que más trataron de separar de la ciencia los juicios de valor, Kelsen entiende que “la ciencia debe limitarse a describir su objeto tal como es y no tal como debiera ser desde juicios valorativos y subjetivos, porque una cosa es el cumplimiento del deber científico de descubrir la verdad de los hechos y otra muy distinta el deber práctico de defender nuestros ideales”.<sup>2</sup>

Si lo descrito anteriormente se traslada o aplica al Derecho y a la ciencia del Derecho, las conclusiones son las siguientes:

---

<sup>2</sup> Martínez Roldan, Luis & Fernández Suarez, Jesús A. *Op. Cit.* Pp. 84.



- 1) El Derecho para Kelsen es un fenómeno histórico en conexión esencial e indisoluble con los demás fenómenos sociales.
- 2) Kelsen, en su *Teoría pura del Derecho*, intenta conseguir que la ciencia jurídica alcance ese mismo nivel de objetividad y neutralidad de las ciencias duras, pero evitando cualquier tipo de *sincretismo metodológico*, es decir, la ciencia del Derecho debe tener un método propio perfectamente diferenciable del método de las ciencias naturales, ya que las demás ciencias pretenden describir relaciones de causalidad y la ciencia jurídica describe relaciones de imputación.

Así Kelsen intenta terminar con su preocupación que es liberar a la ciencia del Derecho, del aislamiento y de las críticas a que venía siendo sometida por no reunir las características de una auténtica ciencia, e insertarla como un miembro digno en el sistema de las demás ciencias.

Dicha idea aparece en forma reiterativa en Kelsen, desde sus primeras obras hasta su obra póstuma, *La teoría general de las normas*. En el prólogo a la primera edición de su *Teoría pura del Derecho*, Kelsen inicia diciendo: “Han transcurrido más de dos décadas desde que emprendiera la tarea de desarrollar una teoría jurídica pura, es decir, una teoría del derecho purificada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural. Desde el comienzo del mismo fue mi objetivo



elevantar la ciencia del Derecho, que se agotaba casi completamente –abierta disimuladamente– en una argumentación jurídico-política, al nivel de auténtica ciencia del espíritu. Correspondía desplegar sus tendencias orientadas, no a la función configuradora de su objeto, sino exclusivamente al conocimiento del Derecho, para acercarla, en la medida en que fuera de alguna suerte posible, al ideal de toda ciencia: objetividad y exactitud”.<sup>3</sup>

A partir de esta idea de ciencia se acerca Kelsen al fenómeno heterogéneo y disperso al que los hombres llaman Derecho, con la intención de sistematizarlo, conocerlo, describirlo, etc. Es en este punto donde, fiel a la teoría kantiana del conocimiento, Kelsen entiende que para poder conocer la realidad del Derecho se necesitan unas categorías conceptuales, es decir, unas categorías lógico-conceptuales que son *a priori* de la experiencia jurídica, pero que son las que hacen posible la experiencia jurídica, en otras palabras, el conocimiento del Derecho, al presentarlo como un todo ordenado y sistemático.

La influencia de Kant en Kelsen resalta de forma clara en el siguiente párrafo: “Así como el caos de las percepciones sensoriales sólo se convierte en un cosmos, es decir, en naturaleza como un sistema unitario, mediante el conocimiento ordenador de la ciencia, también la multiplicidad de normas generales a individuales

---

<sup>3</sup> Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. UNAM. México. 1982. Pp. 9.



producidas por los órganos jurídicos, que constituye el material dado a la ciencia del Derecho, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico mediante el conocimiento de la ciencia jurídica”.<sup>4</sup>

En el catálogo de categorías conceptuales que la ciencia del Derecho crea, se debe destacar las de *ordenamiento jurídico como norma fundamental*. Por medio de estas categorías conceptuales, la ciencia del Derecho logra crear una realidad jurídica unitaria, comprensible y sistemática y dentro de ella dar solución a los distintos problemas que el Derecho plantea. Solo en este sentido se puede decir que la ciencia del Derecho tiene un carácter, creativo, pues desde su concepción positivista, la ciencia no valora ni crea nada, sino solo describe la realidad de su objeto.

Por medio de esta categoría, se puede explicar y se puede conocer el concepto fundamental de *validez jurídica*, es decir, cuándo una norma es válida dentro de un ordenamiento jurídico. Debido a ello Kelsen manifiesta que “no es el ordenamiento jurídico simplemente un conjunto de normas, sino que las normas pertenecen al ordenamiento jurídico”<sup>5</sup>, dando a entender así que el ordenamiento jurídico es anterior a las normas y es donde las normas encuentran explicación y

---

<sup>4</sup> Kelsen, Hans. *Op. Cit.* Pp 85.

<sup>5</sup> Kelsen, Hans. *Op. Cit.* Pp. 44-45.



validez, en definitiva, existencia, puesto que para Kelsen una norma es válida cuando existe como tal.

Para ello Kelsen acude a la construcción jerárquica del ordenamiento, de tal manera que una norma es válida cuando es promulgada por el órgano competente y siguiendo el procedimiento establecido en la norma superior. Ello es así porque Kelsen, partiendo del principio de separación entre el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser*, entiende que todo juicio de *deber ser* debe fundamentarse lógicamente en otro juicio de *deber ser* y nunca en un juicio de *ser* o ningún otro hecho.

En ese sentido, toda norma encuentra su fundamento de validez en otra norma y así sucesivamente hasta llegar a la *norma fundamental*, que es la que cierra ese posible regreso *in infinitum* y que es una especie de *realidad jurídica extraña* que Kelsen establece como fundamento de validez de todo el orden jurídico.

Esta *norma fundamental*, por un lado, no tiene ninguna de las características jurídicas de las normas y, por otro lado, es el fundamento de la validez de todas las demás normas. No tendría siquiera validez, al no tener otra norma en la que fundamentarse; sin embargo, esta validez hay que presuponerse para que así pueda servir de fundamento a la validez de todas las demás normas del sistema, confiriendo a ese conjunto de normas un *carácter unitario*.



## 1.2 LA VISIÓN ONTOLÓGICA

Desde la visión ontológica, el ordenamiento jurídico es un conjunto unitario y sistemático de normas jurídicas. Kelsen manifiesta que el Derecho es un ordenamiento del comportamiento humano. Un ordenamiento es un sistema de reglas. El derecho no es una regla como a veces se dice. Es un conjunto de reglas que posee el tipo de unidad que concebimos como un sistema.

Es imposible comprender la estructura del Derecho limitando nuestra atención a una regla singular aislada. Las relaciones que ligan entre sí las normas particulares de un determinado ordenamiento jurídico son, pues, esenciales para la naturaleza del Derecho. Solo sobre la base de una clara comprensión de estas relaciones que constituyen el ordenamiento jurídico se puede entender plenamente la naturaleza del Derecho.

La concepción kelseniana del orden jurídico como sistema puede sintetizarse en los tres puntos siguientes:

- 1) “El Derecho no consiste en una única norma, sino en un conjunto de normas que puede y debe concebirse como formando una unidad.





- 2) Lo que hace que una serie de normas constituya una unidad, un sistema es que todas ellas tienen un fundamento común de validez.
- 3) La serie de normas integradas en la unidad del ordenamiento no forman un conjunto de normas yuxtapuestas o simplemente coordinadas entre sí, sino que se distribuyen en grados o niveles subordinados unos a otros”.<sup>6</sup>

No obstante ello, Kelsen entiende que las notas o características recogidas en estos tres puntos son insuficientes para caracterizar y diferenciar al Derecho de otros ordenamientos normativos, como es el caso de la moral, que también reúne todas estas características.

Esta es precisamente la razón por la que Kelsen introduce la distinción entre *ordenamientos normativos dinámicos* y *ordenamientos normativos estáticos*, entendiendo que el Derecho es un ordenamiento normativo dinámico y la moral un ordenamiento normativo estático.

---

<sup>6</sup> Delgado Pinto, J. EL VOLUNTARISMO DE KELSEN Y SU CONCEPCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO COMO SISTEMA NORMATIVO DINÁMICO. En FILOSOFÍA Y DERECHO. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia. España. 1977. Pp. 179-180.

### 1.3 SISTEMAS NORMATIVOS DINÁMICOS



En los ordenamientos normativos dinámicos, es decir, en el Derecho -pues Kelsen así lo caracteriza- “la validez de las normas no se fundamenta en la bondad, justicia o razonabilidad del contenido de las mismas. Cualquier contenido puede ser objeto de regulación jurídica, excepto lo necesario y lo imposible”.<sup>7</sup>

Admitido esto y admitido también –por el principio de separación entre *ser* y *deber ser*– que las normas jurídicas, en cuanto juicios de *deber ser*, solo pueden fundamentarse en otra norma, es decir, en otro juicio de *deber ser* y nunca en un juicio de *ser* o en un hecho, la conclusión es que la norma vale porque ha sido autorizada por la norma superior. La norma superior delega autoridad en alguien para que dicte esa norma inferior.

La relación entre normas, que inicia de la *norma fundamental*, y se mantiene entre cada una de las normas siguientes, no es nunca una relación de contenido o de concordancia de contenidos o de deducción de contenidos, sino que es una relación exclusivamente de *delegación de autoridad*.

---

<sup>7</sup> Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. UNAM. México. 1983. Pp. 131.



Por esta razón, Kelsen dice que una norma jurídica es válida cuando el sentido subjetivo del acto de mandar coincide con el sentido objetivo plasmado en la norma anterior.

Lo que convierte a las normas de un ordenamiento jurídico en un todo coordinado es esa delegación de autoridad de las unas con respecto a las otras, de ahí que la unidad de un sistema normativo dinámico no sea una unidad de contenido, sino la unidad de un sistema de delegaciones de autoridad. Esta delegación de autoridad tiene su origen en la *norma fundamental*, en cuanto se limita a establecer la autoridad capaz de dictar norma y de delegar esa autoridad en otros organismos o personas.

#### **1.4 SISTEMAS NORMATIVOS ESTÁTICOS**

En los sistemas normativos estáticos como la moral, las normas tienen validez en razón de su contenido, es decir, porque su contenido es bueno o justo. Esto quiere decir –siguiendo con el principio de separación entre *ser* y *deber ser* que exige que una norma se fundamente necesariamente en otra– que una norma tendrá validez si su contenido es subsumible o deducible del contenido de la norma anterior y así sucesivamente, hasta llegar a una norma primera cuyo contenido se nos muestra como algo inmediatamente evidente, por ser expresión de la voluntad

de Dios, de la naturaleza o de la razón pura, según las distintas corrientes doctrinales.



La coherencia y la unidad existente entre las normas de un ordenamiento normativo estático es una unidad de contenido, que partiendo de la norma primera –cuyo contenido bueno y justo se nos presenta como algo evidente–, se va deduciendo de forma lógica hasta llegar a la norma más particular y concreta, pudiendo afirmar que, “en la norma fundamental o primera, se comprenden de forma sintética los contenidos de todas las normas del sistema”.<sup>8</sup>

## 1.5 LA VISIÓN AXIOLÓGICA

El concepto científico del ordenamiento jurídico en Kelsen, condiciona la dimensión axiológica del ordenamiento jurídico.

El iusnaturalismo parece un ejemplo claro de manipulación o configuración ideológica de la ciencia, mientras que el positivismo presenta el fenómeno contrario:

---

<sup>8</sup> Martínez Roldan, Luis & Fernández Suarez, Jesús A. *Op. Cit.* Pp. 88.



la segregación de una concepción ideológica partiendo de un determinado modo de ciencia.

Desde la concepción científica del positivismo y siguiendo la teoría kantiana del conocimiento, Kelsen ha configurado el ordenamiento jurídico como categoría epistemológica, y ha descrito y sistematizado de forma objetiva y neutral el ordenamiento jurídico en cuanto realidad ontológica.

El concepto del Derecho que presenta Kelsen es un *concepto científico* y el tratamiento científico, es decir, objetivo y neutral, está totalmente al margen de toda consideración valorativa.

Dado este modelo de ciencia, al que Kelsen se adscribe y al que ante todo y sobre todo pretende ser fiel, le conduce en la dimensión axiológica a dos conclusiones que él plantea de forma clara:

1. “A un relativismo axiológico totalmente emotivo y acientífico y;



2. A la configuración de su concepto de justicia en torno a dos postulados fundamentales: la libertad y la tolerancia”.<sup>9</sup>

En relación a la primera conclusión, es claro que en Kelsen todo lo referente a los valores, y en concreto a la justicia, no admite consideraciones científicas, es decir, científicamente no se puede demostrar, ante distintos y contradictorios criterios de justicia, cuál de ellos es el verdadero. De la misma forma que tampoco se pueden resolver científicamente los posibles conflictos entre valores.

Su concepción irracional y emotiva de la justicia le conduce a un relativismo axiológico, donde los criterios de valor, últimos y supremos, son elegidos por la voluntad del hombre o descubiertos mediante la fe o la intuición, pero no pueden ser probados por la ciencia.

Por tanto, la ciencia es incapaz de elegir entre valores supremos contradictorios. El problema de los valores es en primer lugar un problema de conflicto de valores y este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. Las respuestas a esta pregunta no son nada más que meros juicios de

---

<sup>9</sup> Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. *Op. Cit.* Pp. 145.

valor, determinados por factores emocionales y, por tanto, subjetivos de por sí válidos únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativos.



Ante un conflicto entre valores tales como la vida, la libertad, la seguridad, el interés de la nación, etc., los que deciden no son criterios racionales o científicos, sino criterios puramente emocionales y subjetivos. La ciencia, con sus métodos y resultados es incapaz de decidir de entre las diversas fórmulas de justicia la más correcta o adecuada.

El concepto de justicia en Kelsen, está delimitado y hasta cierto punto condicionado por el modelo de ciencia que él defiende. Su justicia es la libertad, por ser la base –entre otras consideraciones humanas– de la investigación científica, y la tolerancia o el pluralismo como consecuencia de encontrarse fuera de la dimensión de lo científicamente demostrable, y que supone comprender las creencias religiosas o políticas de otras personas, sin aceptarlas, pero sin evitar que se expresen libremente.

Para Kelsen, los ideales morales más elevados se han visto comprometidos por la intolerancia de los que luchaban por ello. Para él, en las hogueras de la Inquisición española se sacrificaba no solo a los herejes, sino también uno de los preceptos más nobles del cristianismo: *No juzguéis y no seréis juzgados.*



Kelsen, respecto de la justicia manifiesta: “Verdaderamente no sé ni puedo afirmar qué es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Solo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia”.<sup>10</sup>

## 2. LA NORMA FUNDAMENTAL KELSENIANA

Para explicar el concepto de *norma fundamental*, Kelsen da por sentados dos presupuestos de los que parte:

1. “El principio de separación entre ser y deber ser ya advertido por Hume, y defendible incluso desde las reglas de la lógica aristotélica (*latius hos quam premisas conclusio non vult*, la conclusión no puede ser más extensa que las premisas, y *peiozem sequitur semper conclusio partem*, la conclusión ha de seguir siempre la peor parte) y;

---

<sup>10</sup> Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. *Op. Cit.* Pp. 63.





2. La caracterización del ordenamiento jurídico como un ordenamiento dinámico, según el cual la conexión entre normas se reduce a una mera delegación de autoridad”.<sup>11</sup>

Según estos dos postulados, la validez de una norma jurídica se fundamenta en otra norma superior, y no porque haya una concordancia de contenidos, sino porque hay una delegación de autoridad de la superior en la inferior, es decir, porque ésta está dada por la autoridad competente y siguiendo el procedimiento establecido en aquella. En otras palabras, porque hay una coincidencia entre el sentido subjetivo del acto de mandar de quien otorga la norma y el sentido objetivo plasmado en la norma superior.

Sin embargo, esta fundamentación de la validez, no puede proseguir hasta el infinito y se llegará a una norma jurídica primera o última que podría ser la Constitución o, si se quiere, la primera Constitución históricamente establecida por algún usurpador o por alguna especie de Asamblea –como diría Kelsen–, que sería el fundamento de validez de todas las demás normas del sistema y, por tanto, el criterio unificador de todo ese ordenamiento normativo.

---

<sup>11</sup> Kelsen, Hans. *Op. Cit.* Pp. 97.



Surge entonces la pregunta acerca de ¿cuál es el fundamento o de dónde recibe su validez la norma primera? En principio, podría pensarse que puede recibirla de un *pacto o contrato social*, es decir, de una especie de voluntad general en sentido roussoniano o del *reconocimiento* de los destinatarios. Pero Kelsen, fiel a su principio de separación entre *ser* y *deber ser*, no puede admitir esto y se ve obligado a establecer una hipótesis de trabajo, es decir, una hipótesis lógico-epistemológica que permita conocer y explicar de forma unitaria y coherente la validez de las normas que forman el Derecho, y en esto consiste precisamente la *Norma Fundamental*.

Kelsen manifiesta que, por medio de la Norma Fundamental, tan solo hacemos explícito lo que todos los juristas, inconscientemente en la mayoría de los casos, dan por supuesto cuando consideran al Derecho positivo como un sistema de normas válidas. Puede decirse que la Norma Fundamental en Kelsen “No sólo instaaura la autoridad o autoridades normativas, que es lo exigido por un sistema dinámico, sino que además funciona como presupuesto que hace posible el conocimiento del Derecho como un todo coherente”.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Delgado, Pinto. J. EL VOLUNTARISMO DE HANS KELSEN Y SU CONCEPCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO COMO SISTEMA NORMATIVO DINÁMICO. *Op. Cit.* Pp. 180.



La norma fundamental en Kelsen podría enunciarse en los siguientes términos: “Es preceptivo comportarse de acuerdo con lo que la Constitución prescribe”, es decir, “como corresponde al sentido subjetivo del acto volitivo creador de la Constitución, conforme a las prescripciones del constituyente”.<sup>13</sup>

En consecuencia, la Norma Fundamental no se puede confundir o hacer coincidir con la Constitución, ya que es algo anterior que fundamenta la validez de esa primera Constitución. En definitiva, la Norma Fundamental es un recurso racional para poder explicar y conocer el Derecho.

Como hipótesis lógica parece algo normal, pero como esa Norma Fundamental es el fundamento de la validez y de la juridicidad de todas las demás normas, Kelsen la presupone y asigna todas las características de una auténtica norma jurídica, es decir, le presupone validez.

En el aspecto jurídico, la norma fundamental es atípica y extraña ya que, sin tener ninguna de las características jurídicas, se le presuponen todas para que a su vez pueda servir de fundamento a la juridicidad de todas las demás: en primer lugar, no existe otra norma anterior, por lo que su sentido subjetivo no puede coincidir

---

<sup>13</sup> Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. *Op Cit.* Pp. 210



nunca con el sentido objetivo plasmado en otra norma al no haber una auto superior; en segundo lugar, al ser la Norma Fundamental producto de un acto de pensamiento y no de un acto de voluntad, no tendría imperatividad o coactividad.

Kelsen le presupone todas estas características porque entiende que ello es necesario para poder explicar la juridicidad de todas las demás normas.

### **3. LA IMPERATIVIDAD DE LA NORMA JURÍDICA EN KELSEN**

Kelsen se inclina decididamente por un claro voluntarismo jurídico. En definitiva, las normas son órdenes o mandatos emanados de quien detenta el poder de legislar, fruto de su voluntad, o, lo que es lo mismo, son el sentido de un acto de querer.

La razón no impera ni manda nada; simplemente conoce y describe la realidad tal como es, y nunca como debiera ser, desde criterios valorativos, éticos o políticos –recuérdese su concepción avalorativa de la ciencia en la línea de Max Weber y Pareto–.



Precisamente por eso, para Kelsen, la llamada *razón práctica* implica *contradictio in terminis* y es reflejo de una concepción metafísica y teológica de la naturaleza humana, desde la que se pretende interpretar al hombre a imagen y semejanza de Dios en quien sí coinciden razón y voluntad.

El Derecho consiste en normas imperativas o mandatos (en atención a esta imperatividad, “Kelsen denominaba normas jurídicamente primarias a las que obedecían al esquema dado no P debe ser S, es decir, a las auténticamente sancionadoras o coactivas), cuyo contenido puede ser cualquiera excepto lo necesario y lo imposible y cuya forma de expresión o enunciación puede ser muy variada”.<sup>14</sup>

A veces, el legislador expresa estas normas o mandatos utilizando expresiones muy diversas, que en muchos casos no se parecen en nada al esquema lógico-formal de la norma jurídica que comúnmente se ha planteado: *dado H debe ser P o dado no P debe ser S*. Por ejemplo, en vez de la cópula *deber ser* muchas veces utiliza expresiones de futuro tales como: *será castigado...*; *se le impondrá la pena...*; *está obligado a...*; etc.

---

<sup>14</sup> Martínez Roldan, Luis & Fernández Suarez, Jesús A. CURSO DE TEORÍA DEL DERECHO. *Op. Cit.* Pp. 150.



No todo mandato es una norma jurídica en Kelsen, pero sí toda norma jurídica es un mandato: solamente serán normas aquellos mandatos válidos, es decir, aquellos que estén dados por la autoridad competente y siguiendo el procedimiento establecido en otra norma superior. En conclusión, serán válidas cuando el sentido subjetivo del acto del querer –en que consiste la norma– coincida con el sentido objetivo expresado en otra norma superior.

El carácter imperativo de la norma jurídica se resalta aún más en Kelsen, si tenemos en cuenta que él caracteriza al Derecho como un ordenamiento normativo dinámico, donde el nexo de unión entre normas, por el que se transmite la validez de unas a otras, no es un nexo de contenido o de racionalidad, sino de pura *delegación de autoridad*.

La norma superior delega autoriza a alguien a dictar normas incluso con contenidos distintos de los de esa norma superior. Razonamiento que, seguido de forma lógica, debiera llevar a Kelsen a defender y reducir el Derecho a un puro decisionismo judicial.



“Las normas jurídicas, como todo lenguaje directivo, no son dadas o creadas con la intención de descubrir o comunicar verdades teóricas, sino sólo con la intención de influir en el comportamiento de los destinatarios”.<sup>15</sup>

Ello presupone que las normas jurídicas son siempre *sentido de un acto de voluntad* y, en consecuencia, su existencia, es decir, su validez, es una *existencia ideal*, lo cual puede plantear problemas, pues desde el positivismo científico de Kelsen el único objeto de conocimiento son las realidades históricas y fenomenológicas.

Esta dificultad es salvada por Kelsen diciendo que, sin embargo, las normas tienen en el acto volitivo correspondiente su fundamento corpóreo o fenomenológico. Por eso manifiesta Kelsen que: “La ciencia del Derecho permanece dentro de los límites de la experiencia sólo mientras tiene por objeto normas establecidas por actos humanos, y no se remite a normas provenientes de instancias sobrehumanas trascendentes, es decir, cuando excluye toda especulación metafísica”<sup>16</sup>, lo cual resalta aún más el positivismo jurídico.

---

<sup>15</sup> Martínez Roldan, Luis & Fernández Suarez, Jesús A. CURSO DE TEORÍA DEL DERECHO *Op. Cit.* Pp. 150.

<sup>16</sup> Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. *Op. Cit.* Pp. 164.



En consecuencia, los criterios o principios lógico-rationales, como ejemplo, el principio de contradicción o el principio de deducción, no son aplicables a las normas. Dos normas contradictorias siguen siendo válidas, porque el fundamento de su validez no está en la contradicción; de ahí la existencia de conflictos normativos que no serán nunca solucionados mediante criterios racionales, sino siempre por otro acto de voluntad, es decir, por otra norma: la norma derogatoria.

En otro sentido, la sentencia nunca es el resultado exclusivo de la aplicación de criterios racionales y de lógica deductiva; mientras no haya una voluntad competente que la quiera establecer como norma, no será Derecho por muy lógica que sea la deducción de la misma, y si existe esa voluntad no es preciso que la deducción sea lógica.

Este conjunto de juicios normativos (basados en el lenguaje) constituyen la realidad del Derecho y no debe confundirse con los juicios lógico-gnoseológicos que el científico del Derecho utiliza para describir y enunciar la realidad del Derecho, es decir, las normas. En conclusión, no se debe confundir en el Derecho, el lenguaje objeto y el metalenguaje.





En un principio, Kelsen no advirtió claramente esta distinción y por ello recibió varias críticas. Pero, a partir de su obra *La teoría general del Derecho y del Estado* de 1945, ya las distingue perfectamente y dice: “Estos juicios por medio de los cuales la ciencia jurídica expresa el Derecho no debe ser confundido con las normas creadas por las autoridades encargadas de legislar. Es preferible no dar a estos juicios el nombre de normas sino el de reglas jurídicas”.<sup>17</sup>

Las reglas de Derechos o proposiciones jurídicas, como también las denomina Kelsen, son formuladas por la ciencia con la intención de describir una realidad y de comunicarla. Están en el ámbito de la razón y, como consecuencia, sus características son completamente distintas de las de las normas.

#### **4. LA VALIDEZ JURÍDICA EN KELSEN**

Como científico del Derecho y en coherencia con sus postulados científicos y axiológicos, Kelsen se mantiene dentro del concepto de la validez formal y estrictamente normativa -obligatoriedad jurídica-.

---

<sup>17</sup> Kelsen, Hans. *TEORÍA GENERAL DE LAS NORMAS*. Editorial Trillas. México. 2007. Pp. 34.



En la concepción de Kelsen, “la validez o la vigencia de una norma de su existencia específica, su modo particular de existir que implica el ser vinculante, esto es, que los destinatarios deben -deber jurídico- realizar la conducta establecida en la misma”.<sup>18</sup>

En consecuencia, a las normas les corresponde una entidad propia de un sentido, una entidad puramente ideal. Tienen una existencia ideal, no real como los fenómenos naturales, aunque ello no implica que desconozca que las normas también tienen su aspecto fenoménico en el acto de voluntad, real e histórico de su positivación.

Esta base fenoménica es la que posibilita un conocimiento científico sobre las mismas, y es la que sirve para reducir el fenómeno normativo únicamente a las normas jurídico-positivas.

Ese modo de existir ideal de las normas se traduce en su vinculatoriedad u obligatoriedad para los destinatarios, de tal forma que afirmar que una norma existe o es vigente equivale a afirmar que, dadas las circunstancias previstas en la misma, aquellos deben realizar la conducta establecida en la norma.

---

<sup>18</sup> Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DE LAS NORMAS. *Op. Cit.* Pp. 217.



Pero afirmar que una norma es vigente, y que por tanto obliga, no implica se le apruebe desde un punto de vista moral, pues a la ciencia jurídica no le compete prescribir o establecer normas, ni recomendar su observancia, ni tampoco valorarlas, sino únicamente describirlas, dar cuenta de ellas de forma objetiva.

Para cumplir esta función, la ciencia jurídica, según Kelsen, debe utilizar enunciados deónticos –sobre lo que *debe ser*–, no enunciados sobre hechos o sobre lo que es.

Enunciados deónticos –reglas de Derecho– que, a pesar de ello, tienen carácter descriptivo y no prescriptivo, y por tanto son susceptibles de ser verdaderos o falsos.

“El concepto de unidad del ordenamiento jurídico en Kelsen, entra en contradicción con la idea de omnipresencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico, porque esta última, se basa en la concepción de un ordenamiento jurídico estático, que en Kelsen, está constituido por el orden moral”.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Martínez Roldan, Luis & Fernández Suarez, Jesús A. CURSO DE TEORÍA DEL DERECHO *Op. Cit.* Pp. 82.



## CAPÍTULO II

# EL PRINCIPIO DE OMNIPRESENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

### 1. LA IDEA DE LA OMNIPRESENCIA CONSTITUCIONAL

Gustavo Zagrebelsky expresa el punto de partida del neoconstitucionalismo de la siguiente forma: “Lo que intento demostrar es que vivimos en un contexto ideológico dominado aún por los principios o por la ideología del positivismo jurídico, mientras las características del ordenamiento jurídico actual no son más conformes a dicha ideología”.<sup>20</sup>

El neoconstitucionalismo pareciera proponerse el objetivo de *archivar* definitivamente la visión *iuspositivista* de la ciencia del Derecho.

Ronald Dworkin abrió el debate a partir de mediados de los años setenta, y lo acentuó en un artículo *The moral Reading of Constitution*. En este ensayo, Dworkin defiende la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional: la

---

<sup>20</sup> Pozzolo, Susanna, citando a Zagrebelsky. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Palestra. Perú. 2011. Pp. 163.



Constitución exigiría al intérprete una previa toma de posición respecto principios morales incorporados en ella. En la misma dirección se orienta el trabajo de Carlos Santiago Nino, en particular en *Derecho, moral y política*, que presenta la significativa frase “Una revisión de la teoría general del Derecho”, además de la obra póstuma *The Constitution of Deliberative Democracy*, en la que propone, sobre la base de una peculiar interpretación de la Constitución, una teoría de la justificación de la democracia.

Sin embargo, es Robert Alexy quien explicita de forma sucinta, las características distintivas que presentaría el Estado constitucional respecto al Estado liberal del siglo XIX, características para las cuales, según Alexy, sería necesaria una nueva teoría del Derecho.

A decir de Alexy, es posible distinguir dos concepciones fundamentales, la del legalismo (o iuspositivismo), que sería abandonada, y la nueva del constitucionalismo, cuyas características pueden ser sintetizadas de la siguiente forma: “a) valores en lugar de normas; b) ponderación en lugar de subsunción; c) omnipresencia de la Constitución en lugar de independencia de la legislación

ordinaria; d) omnipotencia judicial (sobre todo del Tribunal Constitucional) basada en la Constitución en lugar de la autonomía del legislador democrático”.<sup>21</sup>



El neoconstitucionalismo adopta el modelo prescriptivo de la Constitución concebida como norma. La Constitución es, por tanto, entendida como un conjunto de estándares jurídicos positivos, generalmente expresados en un documento y situados en el más alto grado jerárquico del ordenamiento, a condición de que presente y exprese valores específicos.

De esa forma, el documento constitucional asume un carácter peculiar: la Constitución no sería más una simple *norma sobre la normativa*, que indica los procedimientos para la formación de las leyes y de las demás normas infraconstitucionales, sino que expresaría preferentemente principios normativos.

Con el fundamento de esta doctrina, el control de constitucionalidad que obviamente debe hacerse no puede ser meramente formal, de simple verificación si el legislador ha respetado los límites puestos por el constituyente sino que debe alcanzar el plano sustancial, hasta valorar el punto en el que el legislador ordinario haya acogido los valores constitucionales.

---

<sup>21</sup> Alexy, Robert. SISTEMA JURÍDICO Y RAZÓN PRÁCTICA. Editorial Doxa. España. 1988. Pp. 159.



“El control de constitucionalidad no se caracteriza entonces como simple declaración de compatibilidad entre leyes y Constitución sino como juicio de ponderación que, balanceando los distintos principios involucrados, valorará si la lesión de un principio está justificada por la tutela de otro considerado más importante o de mayor peso. Para estar justificada la decisión constitucional deberá entonces, presentar argumentos traídos del discurso moral que no precisen de ulterior fundamento”.<sup>22</sup>

Estos tipos de juicio presuponen, en definitiva, una toma de posición preliminar, o una valoración acerca de los valores subyacentes a los principios en conflicto. Solo este tipo de justificación podría realmente fundar la legitimidad de las decisiones jurídicas. Solo de este modo sería posible dar cuenta de la pretensión de corrección del Derecho que lo distinguirá de las meras órdenes y de los mandatos.

Resulta claro que aquí la Constitución se vuelve un proceso y no un acto dado el mecanismo de la ponderación dirigido a la continua *adaptación del Derecho al caso* y al constituirse de jerarquías móviles entre principios (que, obviamente, a su vez, tienden a configurar de un modo distinto la Constitución en su complejidad, incluso si es asumida como orden –no ordenado de hecho– de valores). En este

---

<sup>22</sup> Pozzolo Susana, *Op. Cit.* Pp. 162.

sentido, serían los propios preceptos constitucionales los que se hacen *dú* debiendo, a su vez, adaptarlos al caso concreto.



Bajo los aspectos descritos, aparece más claro el rol que el neoconstitucionalismo asigna a la ciencia jurídica. Si por un lado afirma que ella no puede ser valorativa, es necesario advertir que ello es posible con cuanto se hace necesario revalorar el rol reconstructivo y participativo de la ciencia jurídica para inducirla a elaborar esquemas en los que reponer la unidad de la Constitución, que de otro modo se desperdigaría, anulándose en el amplio discurso de la moral.

Desde este punto de vista, la ciencia jurídica debe asumir tareas de sustento para la práctica jurídica, por lo que debe ser capaz de ofrecer discursos normativos que, a su vez, estén en capacidad de justificar en última instancia, acciones y decisiones jurídicas.

Por un lado, esta concepción de la Constitución *rematerializa* o *sustancializa* haciéndole asumir la función cubierta un tiempo por el Derecho natural y, por otro lado, abre un amplio espacio a los órganos autorizados para interpretarla. Así configurada, la doctrina neoconstitucionalista podría ser reconducida al *constitucionalismo de las reglas garantizadas* en sentido fuerte, pero es necesario





tener presente la adopción de una noción preceptiva de Constitución que toda modifica las cosas.

Así, pues, sería de suyo evidente que esta labor no puede ser desarrollada por el positivismo jurídico, al menos, no por el metodológico, que no ve en el Derecho valores sino *hechos*.

Gran parte de la filosofía jurídica contemporánea ha abandonado el objetivo puramente científico-descriptivo para intentar respuestas de tipo normativo, rechazando la búsqueda en los términos puramente del conocimiento, bien porque sería imposible o bien porque encubriría una adhesión ideológica al Derecho positivo objeto de estudio.

Es difícil sin embargo, que las dificultades que la ciencia jurídica en general, y constitucionalista en particular tienen delante, encuentren solución atrayendo al interior del discurso jurídico argumentos que lleven fuera del sistema jurídico positivo para considerar razones más profundas o, incluso, últimas.

La similitud establecida por los neoconstitucionalistas entre justificación jurídica y justificación moral amplía la segunda hasta llegar a absorber a la primera:



entonces, para neoconstitucionalistas como Carlos Santiago Nino, “solo las normas morales suministran razones últimas para la acción”.<sup>23</sup> Pero entonces no se entiende qué rol cumpliría el Derecho que no fuera el de reiterar preceptos morales.

Aunque sea cada vez más frecuente que el conflicto ético y político se traslade a las salas de los tribunales, ello no implica necesariamente el abandono de la separación conceptual entre Derecho y moral. Las dificultades prácticas de la democracia no pueden ser resueltas por la moralización del Derecho ni por una aproximación sustancialista. Por el contrario, el reenvío a la moralidad no hace sino multiplicar las soluciones jurídicas por el número de las morales efectivamente compartidas por los operadores.

La confusión de los niveles del discurso y la confusión de los roles y de las funciones de los distintos operadores jurídicos reabre el debate sobre la legitimidad de las normas jurídicas y de los órganos que las aplican.

El resquebrajamiento de la distinción entre los poderes pone en duda el frágil equilibrio, produciendo confusión, entre decisiones jurídicas y decisiones políticas. Ello conduce a la producción de justificaciones que, aunque jurídicas, siempre

---

<sup>23</sup> Nino, Carlos Santiago. DERECHO, MORAL Y POLÍTICA. Editorial Ariel. Barcelona. 1994. Pp. 167.



apelan más a un Derecho meta-positivo invocando la justicia y/o la igualdad, asumiendo en todo caso como parámetro el discurso moral.

Con mayor frecuencia, las decisiones judiciales, en particular las de las Cortes Constitucionales, se valen de argumentos que, se podría decir, el Estado de Derecho buscó encerrar en sus *presupuestos contractuales*, excluyendo que los operadores jurídicos pudiesen retornar sobre ello indefinidamente.

En este ámbito, en cambio, son los presupuestos los que en algún sentido son continuamente reelaborados y concretizados. Se hace inevitable, entonces, bosquejar el fenómeno de hipertrofia moral que es posible registrar hoy tanto en la literatura como en la práctica jurídica.

Si por la parte reconstructiva que concierne a la ciencia jurídica el neoconstitucionalismo puede asumir la tarea en primera persona, en lo que concierne a la jurisdicción no puede sino intentar convencerla de su rol de poder con capacidad para resolver los conflictos, siendo ya el Órgano Legislativo poco más que la cámara de compensación del conflicto político.



En ese contexto, el neoconstitucionalismo debe convencer a la jurisdicción de que sus mitos no le hacen menos: que la utilización del discurso moral en la comprensión y en la justificación del Derecho no pone en discusión el valor de la certeza sino que solo cambia sus características.

Según este punto de vista, *certeza* significaría *justicia* en el sentido que es *cierto que será hecho lo que es sustancialmente justo*; la certeza del derecho, en el sentido trivial de conocimiento *ex ante* de lo que según el Derecho positivo está prohibido, permitido u obligado, no sería más el paradigma del Estado constitucional democrático, o lo sería solo en una segunda acepción como objetivo a alcanzar gracias a la uniformidad inherente al concepto de justicia sustancial.

Bajo esta visión, es claro que el rol particularmente importante es confiado al juez constitucional, en cuanto intérprete privilegiado de la Constitución y dispensador de *verdadera* justicia. En resumen, él se configura como el protagonista sobre la escena del Estado constitucional democrático contemporáneo; en efecto, la naturaleza del objeto que interpreta (la Constitución), la explicación de funciones particulares (establecer la escala de valores considerada justa), las específicas consecuencias de su actividad interpretativa (su particular impacto jurídico-político), hacen de la Corte Constitucional una de los principales órganos políticos de la

moderna organización estatal, transformándola contemporáneamente en la gestión del constitucionalismo moderno.



## 2. EL CONCEPTO DE LEY EN LA VISIÓN AXIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN

En la dogmática del lenguaje político moderno, “la expresión *Estado constitucional* asume a menudo el significado de *organización política de tipo liberal y garantista*”<sup>24</sup>. Desde esta perspectiva es evidente que el término *Constitución* denota ya no cualquier estructura política que presente un texto constitucional sino más bien una estructura política cuyo texto constitucional satisface ciertas exigencias.

El término *constitucionalismo*, aunque propio del siglo XX, designa una antiquísima tradición pero que desemboca en las doctrinas políticas liberales que en el siglo XVIII y XIX perseguían la instauración de una Constitución con *contenido liberal*.

---

<sup>24</sup> Barveris, M. CONSTITUCIONALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO, CONSTITUCIONALIZACIÓN. Editorial Doxa. España. 1999. Pp. 147.



Es un elemento característico del constitucionalismo liberal la configuración de la Constitución como límite, como dique de contención de la discrecionalidad del legislador y del poder en general. Por lo común y lo general, los documentos constitucionales se componían de dos partes: una parte que adscribía posiciones jurídicas subjetivas y otra formada por reglas de organización.

En la doctrina tradicional la rigidez de la Constitución concernía a la parte del derecho cuya defensa remitía a su justiciabilidad. En este contexto, los derechos a los que se hacía referencia eran sobre todo los derechos individuales de libertad y los sujetos tutelados eran los individuos.

En constituciones más recientes, la parte dedicada a los derechos ha sido sucesivamente ampliada reconociendo toda una serie de derechos denominados sociales, de los que ya no son titulares los ciudadanos individualmente considerados sino los grupos de individuos. Esto ha implicado, por un lado, un aumento del número de sujetos titulares y, por otro lado, un aumento de la imposición de deberes, como consecuencia de la previsión de fines (sociales o colectivos) a conseguir.

La ampliada complejidad de la Constitución así derivada ha implicado una mayor potencialidad de conflictos, además de un distinto tratamiento en la tutela de



los derechos reconocidos, como consecuencia del mecanismo de legitimación procedimental. De este modo tiende a desvanecerse más la función de garantía que originariamente tenía la Constitución.

Ahora bien, debido a las diferencias que podría decirse de tipo objetivo, entre los distintos textos constitucionales asume una relevancia autónoma para el análisis el cómo esté configurada la relación de superioridad de la Constitución con respecto a la ley.

“La Constitución puede ser configurada como un mero límite o barrera de la ley; esto conlleva una amplia posibilidad de despliegue de la normativa infraconstitucional, hasta que la ley no afecte un interés constitucionalmente tutelado”.<sup>25</sup>

De este modo, la superioridad de la Constitución se refleja sobre la normativa infraconstitucional solo de forma *excepcional*. Surge así un efecto gracias al cual los derechos subjetivos son tendencialmente ampliados y extendidos, y paralelamente se limitan las obligaciones. “Esta configuración induce a causar conflictos que sirven

---

<sup>25</sup> Pozzolo Susana, *Op. Cit.* Pp. 171.



para invalidar la normativa infraconstitucional menos favorable a las posiciones subjetivas que la Constitución tutela”.<sup>26</sup>

Otro modo de configurar la Constitución es, por ejemplo, el que lo asume como fundamento de la legislación que será entendida como su desarrollo o su expansión.

Por este medio se determina un proceso de constitucionalización de los distintos sectores del ordenamiento y una sobre-interpretación del documento constitucional que no siempre se presta al objetivo perseguido por el intérprete.

De ello se deriva una consecuencia ulterior: el relajamiento del consenso acerca de las reglas de interpretación comúnmente aceptadas, de lo que se deriva una menor posibilidad de control sobre las decisiones judiciales y una consiguiente ampliación del poder normativo de la jurisdicción. La supremacía de la Constitución se reflejará duramente sobre la normativa infraconstitucional que será re-interpretada en un sentido conforme al documento jerárquicamente supra-ordenado.

---

<sup>26</sup> Carbonell, Miguel. NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Trotta. México. 2009. Pp. 53.





En el modelo preceptivo de la Constitución concebida como norma superioridad de la constitución es formal, material, lógica y, sobre todo, axiológica, pero, si en los primeros tres sentidos el proceso de constitucionalización ya se ha desplegado y afirmado en el tiempo, es con la adopción de la perspectiva neoconstitucionalista que se va afirmando en el sentido de la superioridad axiológica.

Algunos afirman que son los nuevos problemas puestos por la sociedad pluralista los que delegan ulteriores o distintas responsabilidades a la Constitución. La Constitución no es solo, o no es más, un freno o un límite de poder; ello no desarrolla un rol predominantemente pasivo de contención respecto al poder político, sino que se vuelve un conjunto de valores que deben invadir todo el ordenamiento jurídico.

“La doctrina neoconstitucionalista, a pesar de que no rechaza abiertamente los ideales del constitucionalismo liberal, configura la Constitución sobre todo como *objetivo*, confiándole un rol activo: lejos de ser solo límite y contención a la acción del gobierno, la Constitución expresaría las exigencias de conformidad positiva, imponiendo al legislador objetivos que alcanzar”.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Carbonell, Miguel. *Op. Cit.* Pp. 60.



La ley general y abstracta deberá doblegarse ante las *exigencias de los concretos para volverse conforme a la Constitución* y, sobre todo, será justificada de conformidad con los objetivos a ser alcanzados. En síntesis, “el legislador no es más libre en los fines, sino que se encuentra casi en el deber de motivar la ley pues ella será válida en tanto que expansión de la Constitución”.<sup>28</sup>

De esa manera, si en el Estado de Derecho la ley se justifica a sí misma sobre la base de las prerrogativas formales que la caracterizan sin recurrir a fuentes extrajurídicas, a criterios formales fuertes o a especiales contenidos normativos, en el Estado constitucional la ley estaría definitivamente subordinada a los criterios sustanciales de la Constitución.

El ordenamiento jurídico no podría ser más simplemente nomodinámico; la Constitución no podría ser más una mera *norma sobre la normativa* sino que sería ella misma norma de conducta o un conjunto de principios sustanciales dirigidos a todos los asociados y a cuya realización debe proveer el legislador.

Por lo tanto, la ley viene sometida a un doble control. Por un lado, estaría sujeta al control de legalidad y al control de compatibilidad constitucional, por otro

---

<sup>28</sup> Pozzolo, Susana. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. *Op. Cit.* Pp. 174.



lado, estaría sujeta a un control que se extiende a su racionalidad respecto a un objetivo: estaría sujeta a un juicio que entra a analizar las elecciones legislativas.

Sometida así al juicio de razonabilidad, también la ley se vuelve jurisdiccionalmente censurable bajo el perfil de *exceso de Poder Legislativo* por la que se valora su congruencia con los objetivos constitucionales. Pero de este modo, la valoración de la legitimidad política y de la constitucionalidad de las leyes se realizaría según las reglas específicas del sistema: ella se transforma en control de constitucionalidad difuso incluso donde el sistema prevé uno de tipo concentrado, porque la adecuación a la Constitución del Derecho existente se vuelve una tarea general de la jurisdicción.

“La peculiar aproximación neoconstitucionalista a la interpretación constitucional termina por tener efectos de amplio alcance que parecen contradecir la propia arquitectura sancionada en la Constitución”.<sup>29</sup>

En primer lugar, la ley no solamente pierde definitivamente toda supremacía como fuente del ordenamiento, sino que la pierde a favor de la jurisdicción.

---

<sup>29</sup> Olano García, Hernán Alejandro. INTERPRETACIÓN Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Porrúa. México. 2006. Pp. 91.



En segundo lugar, la Constitución no desarrolla más la función de garantía de los derechos, de límite, sino que de ella son recabadas normas que imponen deberes, objetivos a ser alcanzados sea con el instrumento de ley que sea.

En tercer lugar, “la Corte constitucional se perfila como una ulterior fuente normativa autónoma, paradójicamente, en un cierto grado del proceso de constitucionalización, también cuando asume una actitud auto-restrictiva, no limitándose a perseguir los ideales de un legislador negativo”.<sup>30</sup> Por otro parte, la pluralidad de las fuentes encuentra fundamento ya en la propia Constitución y puede ser usada para asestar un golpe mortal a la doctrina de la supremacía legislativa, aunque tal doctrina, una vez readaptada, podría encontrar un útil empleo en el ámbito del Derecho del Estado constitucional.

La unidad del ordenamiento, anteriormente estudiada con la jerarquización de las fuentes, resulta quizá demasiado simplista en la doctrina del positivismo del siglo XIX, con el constitucionalismo se vuelve una meta a perseguir y construir a partir de la Constitución, de cuyos principios deberían derivarse casi de modo deductivo la ley y el ordenamiento jurídico en su conjunto.

---

<sup>30</sup> Prieto Sanchís, L. IDEOLOGÍA E INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Editorial Tecnos. Madrid. 1987. Pp. 171.



De esa forma, la dimensión sustancial se *irradia* en todo el cuerpo del Derecho y la Constitución no es más concebida como marco sino que, más bien, es su indisoluble fundamento.

Zagrebelsky, sosteniendo el carácter descriptivo del neoconstitucionalismo, se refiere al mismo como “mutación genética del Estado de Derecho constitucional”<sup>31</sup>; tal mutación sería particularmente evidente en la aplicación del Derecho según el principio de proporcionalidad que exigiría el uso y la reintegración del criterio de equidad en la administración de justicia, criterio excluido en una concepción legalista de la justicia y en la tendencia a sustituir el método de la subsunción con el método de la ponderación.

### 3. LA SUJECCIÓN DE LOS JUECES AL DERECHO

Con fundamento en el modelo de la Constitución concebida como norma, adoptado por el neoconstitucionalismo, la Constitución no puede ser más reducida a un texto, por lo que su interpretación no puede reducirse al análisis textual de sus disposiciones. No es tanto ni solo el conjunto de los criterios para la acción del gobierno, cuanto un conjunto de valores que modelan las relaciones sociales en su

---

<sup>31</sup> Zagrebelsky, Gustavo. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Editorial Tecnos. Madrid. 1987. Pp 161.



conjunto. No siendo aquí coincidentes Derecho y Estado, las exigencias sustanciales de la justicia.

Se advierte la diferencia con ciertas afirmaciones de Dworkin, pero es Zagrebelsky quien expresa claramente esta tesis cuando manifiesta: “Según la concepción positivista tradicional, en la aplicación del derecho la regla jurídica se obtiene teniendo en cuenta exclusivamente las exigencias del derecho. Exactamente eso significa la interpretación y los criterios (o “cánones”) para la misma elaborados por el positivismo. Como, además, una vez determinada la regla, su aplicación concreta se reducía a un mecanismo lógico sin discrecionalidad –y, en caso de que hubiese discrecionalidad se afirmaba la ausencia del derecho– se comprende que los problemas de la aplicación del derecho viniesen integralmente absorbidos en los de la interpretación”.<sup>32</sup>

Al contrario, el Derecho del Estado constitucional, estaría dirigido a la búsqueda de la *verdad* y no simplemente de lo legalmente justo, la jurisprudencia entonces, deberá estar al servicio de dos patrones: la ley y la realidad. En caso contrario, la contradicción entre ley y caso, a menudo ocultada, tenderá a emerger y, en los casos difíciles, se transformará en abierta contradicción.

---

<sup>32</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *Op. Cit.* Pp. 165.



Una vez admitido que el Derecho no está compuesto solo de reglas sino de reglas y principios, y una vez adoptada una visión axiológica de la Constitución,

claro que el interés tiende a concentrarse en el análisis de los *casos difíciles*, aquellos casos en los que el derecho típicamente habla con la voz de los principios.

A diferencia del modelo iuspositivista (donde las razones de la ley prevalecen de todas maneras), en el modelo neoconstitucionalista las exigencias del caso concreto prevalecen sobre la aplicación de la ley. Pero si en el paradigma iuspositivista el Derecho sería la regla del caso y nada podría impedir su aplicación, en el modelo neoconstitucionalista la imposibilidad de alcanzar una solución sustancialmente justa abre una cuestión que no concierne más a la mera interpretación de la ley, sino a su propia validez.

En este paradigma, las *exigencias de los casos* tienen más peso e importancia que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Según este modo de pensar, son las exigencias de justicia sustancial las que deberían prevalecer y son las exigencias de la ley las que deben sucumbir.

El confuso discurso que desarrollan algunos neoconstitucionalistas en torno al tema de la interpretación se refleja poco a poco sobre todos los otros aspectos de la teoría. En lo que concierne al punto discutido aquí, surge el intento, no siempre



logrado, de reutilizar las tesis dworkinianas dirigidas al rechazo de la denominación de tesis semántica del positivismo jurídico.

Mediante un discurso complejo y adoptando además una epistemología de tipo descriptivo, Zagrebelsky parece precisamente realizar un vuelco de las teorías semánticas que Dworkin también pretende criticar. Manifiesta Dworkin: “El conocimiento (pero también la interpretación) es una actividad pragmáticamente orientada que presupone, ante todo, una cierta familiaridad respecto a la práctica cognoscitiva particular en la que se participa”.<sup>33</sup>

En la misma forma que Dworkin, también Zagrebelsky y los demás neoconstitucionalistas parecen pensar que es posible discutir eficazmente en torno a algún objeto incluso sin haberse puesto previamente de acuerdo sobre el objeto del que se discute. En particular, sostienen que con tal que se hable del mismo concepto interpretativo, es de todos modos productivo presentar las distintas concepciones o interpretaciones.

La tensión de la que habla Zagrebelsky puede ser reformulada como tensión entre dos aspectos típicos del Derecho: validez formal y validez material, entendida

---

<sup>33</sup> Dworkin, Ronald. LIBERALISMO, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA. Editorial La Isla de La Luna. Buenos Aires. 2003. Pp. 98.



aquí como justicia sustancial, estando el neoconstitucionalismo afectado de hipertrofia moral.



A partir de las dificultades presentes en las sociedades pluralistas cada día más complejas y caóticas, se multiplican los casos críticos que solo parecen ser solucionables a través del desarrollo de un Derecho por los principios.

Manifiesta Zagrebelsky: “La causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del derecho no radica en una mala disposición mental de los juristas, sino en el agotamiento de un cuadro de principios de sentido y valor compartidos por la generalidad. Al faltar un único y seguro ‘horizonte de expectativa’ en orden a los resultados de las operaciones de interpretación, los caminos de la jurisprudencia terminarán bifurcándose y, en muchos casos, se perderá también la posibilidad de distinguir entre el ‘principal’ de los ‘desviados’”.<sup>34</sup>

Una dificultad subestimada del neoconstitucionalismo está relacionada con la multiplicación de los escenarios normativos de referencia para la jurisprudencia una vez que se ha desplegado el proceso de *moralización* del Derecho y con mayor razón en una sociedad siempre más compleja y pluralista.

---

<sup>34</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *Op Cit.* Pp. 180.



Zagrebelsky aclara así la tarea de la jurisprudencia: “Contrariamente a la idea poco elaborada y simplista, sugerida a partir de la Constitución rígida y de la relación de supra-sub-ordenación que ésta instituye entre proposiciones constitucionales y legislativas, la unificación del Derecho en el Estado constitucional tiene poco que ver con una actividad de combinación-comparación-selección de textos normativos. La función unificadora de la jurisprudencia, por el contrario, no es independiente de las exigencias de justicia sustantiva materializadas en los casos que han de ser resueltos jurídicamente. En líneas generales, esto debe llevar a reconocer que el necesario carácter razonable o no arbitrario de la ley, es decir, la relación de tensión entre el caso y la regla, introduce inevitablemente un elemento de equidad en la vida del Derecho”.<sup>35</sup>

El principio de legalidad formal pierde sentido y el *súper principio* regulador pasa a ser la *proporcionalidad* y la *razonabilidad* entre caso y solución, se afirma un principio equitativo que no encuentra lugar en el Estado de Derecho.

A partir de esta distinta configuración del Derecho, la sujeción del juez a la ley, *el principio común de la tradición liberal que inevitablemente proclaman las actuales constituciones*, es controversialmente interpretada por la doctrina

---

<sup>35</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *Op. cit.* 183

neoconstitucionalista como una pasiva sumisión de los órganos juzgadores a la voluntad del legislador.



Massimo La Torre advierte cómo la figura del juez está también relacionada con la noción de soberanía y, por tanto, con el rol de la Constitución. “Ahí donde la soberanía general es agregativa y/o existencial, el juez está condenado al rol de autómatas de las leyes (o bien –de un modo más real– a hacerse decisor y productor del Derecho). En cambio, en el caso que se conciba la voluntad general como un proceso deliberativo y no como un motor de este, el juez asume entonces la función de órgano delegado para controlar que las razones de la ley (que entonces asume también ella contornos menos decisionistas) sean reformulados y respetados en el momento de su aplicación”.<sup>36</sup>

La crisis de la imagen fuertemente ideologizada del juez boca de la ley, hoy ha vuelto a proponer la idea y en parte la práctica del *juez-señor*, por lo que parece que fuera él quien querría proponer la antigua *iurisdictio*.

Una vez que la Constitución-fundamento sustituye a la Constitución-límite (de la concepción liberal), se afirma una concepción que somete al juez a la voluntad

---

<sup>36</sup> La Torre, Massimo. DERECHO Y CONCEPTO DE DERECHOS. TENDENCIAS EVOLUTIVAS DESDE UNA PERSPECTIVA EUROPEA. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. España. 1993. Pp. 67.



del Derecho y no ya a la ley (voluntad del legislador), exaltando el rol activo de los órganos juzgadores.

El juez se vuelve intermediario entre Estado y sociedad, con la tarea de ponderar pretensiones de la ley y pretensiones de los individuos, considerando como marco de referencia, como “programa político” a desarrollar, la Constitución.

De este modo, en un marco que parece formado por distintas y separadas *autoridades independientes* que encuentran unidad en la Constitución, la ley no es más sentida como la expresión de la voluntad general sino a lo más como la expresión de alguna oligarquía política o económica. La jurisdicción, entonces, se vuelve *ultra-activa* porque la Constitución no se configura más solo como un marco de referencia sino como un programa positivo de valores que el legislador tiene la tarea de actuar y la jurisdicción de controlar.

La magistratura es investida con la tarea de desarrollar un análisis profundo sobre las pretensiones del legislador, que en el esquema iuspositivista era más libre porque estaba limitado solo en modo negativo por las reglas constitucionales. Por esta vía, según algunos, se eliminaría de la competencia de los jueces la

“legisdicción y no propiamente jurisdicción y que bien podría ser desarrollada por órganos administrativos independientes”.<sup>37</sup>



La propia institución de control de la constitucionalidad revela la perenne posibilidad de conflicto entre ley y Constitución. Pero la potencialidad del conflicto ahora es exaltada a un grado más alto tanto que arrolla a los propios órganos constitucionales invistiendo a los propios jueces ordinarios de aquellas competencias que la constitución confiaba exclusivamente (o casi) a la Corte constitucional.

Por esta vía, a la larga, será quizás definitivamente eliminada la separación entre jurisdicción de equidad y jurisdicción de Derecho, y con el Derecho del Estado constitucional seguramente será puesta en evidencia la incompatibilidad de una aplicación mecánica del Derecho por parte de funcionarios burocráticos. Si la preeminencia de la ley cede ante la superioridad de la Constitución, el juez no está únicamente sujeto a ella sino que está directamente sujeto a la Constitución.

---

<sup>37</sup> Pozzolo, Susana. *Op. Cit.* Pp. 181.



## **CAPÍTULO III**

### **EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

#### **1. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DEL DEBIDO PROCESO**

##### **1.1 FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DEBIDO PROCESO**

La idea de función jurisdiccional adquiere características singulares en el Estado constitucional de derecho. En este contexto, solo es posible una caracterización satisfactoria de la función jurisdiccional a partir del principio que da sentido al Estado constitucional y en virtud del cual todo ordenamiento constitucional está orientado a la garantía efectiva de los derechos e intereses de los individuos.

Uno de los principales efectos funcionales o institucionales de este principio se encuentra el de la orientación del poder del Estado a la garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos a través de la orientación del conjunto de relaciones, procesos y actos de ejecución y producción jurídicas hacia el respeto de los valores y principios constitucionales que informan el ordenamiento jurídico.



La definición garantista de la función jurisdiccional se orienta al E constitucional de Derecho en la medida en que implica la superación de otras caracterizaciones formalistas que son juzgadas insuficientes.

La definición garantista de la función jurisdiccional integra estos elementos con otros funcionales deducidos de la propia constitución. El punto de partida de la caracterización de la función jurisdiccional se puede encontrar en propuestas como las que entienden que juzgar es toda confrontación preceptiva del comportamiento humano, ya sea éste de gobernantes o gobernados, con el ordenamiento jurídico.

“La función jurisdiccional es consecuencia de la necesidad de todo sistema jurídico de definir el Derecho las garantías de forma irrevocable. La actividad jurisdiccional es una integración con sentido garantista de hechos y reglas en la cual, la decisión judicial sería una actividad que pretende una solución jurídica para un acontecimiento conflictivo o caso, pero valorando e integrando no solo las exigencias regulativas del Derecho, sino también el efecto social de la solución, lo que llevará a la formulación de un juicio ponderado y con sentido entre caso y Derecho”.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. Editorial Trotta. Madrid. 1997. Pp. 228.



Para que estas propuestas resulten eficaces en el Estado constitucional que añadirles el elemento funcional o garantista. Un ejemplo de esta definición integradora es la de Ferrajoli, quien entiende que la actividad jurisdiccional es una peculiar actividad cognoscitiva ejercida por un concreto sujeto jurídico y que comprende simultáneamente poderes de denotación o interpretación jurídica, comprobación o verificación fáctica, connotación equitativa y disposición discrecional.

No obstante ello, estas peculiaridades no permiten aún caracterizar completamente a la actividad jurisdiccional frente a otras formas estructuralmente análogas, como podría ser la decisión legislativa, la administrativa o la actividad contractual de los particulares, que también interpretan, comprueban, connotan y disponen.

La actividad judicial está caracterizada por su finalidad y por su interés específico. Frente a ella, la actividad legislativa se puede entender orientada a los intereses de la mayoría, la administrativa a las directrices vinculantes de los órganos legislativos o de los superiores jerárquicos, y, en el caso de la actividad contractual, es manifiesto el interés de las partes.





Manifiesta Ferrajoli que: “Los demás órganos del Estado –las instituciones legislativas, el gobierno, los entes públicos, la administración pública– aún operando con las formas y dentro de los límites establecidos en las leyes, fijan o siguen líneas o finalidades políticas más o menos contingentes, según su colocación institucional y su ámbito de autonomía. Discrecionalidad y/o dependencia, autonomía y/o subordinación jerárquica, poder de disposición y/o obediencia a las directrices impartidas, caracterizan en consecuencia todas sus actividades, unas veces informadas por la voluntad de la mayoría, otras por el interés de la administración pública”.<sup>39</sup>

Frente a estos rasgos específicos de cada órgano de poder respecto del interés tutelado, la actividad jurisdiccional puede caracterizarse por estar únicamente vinculada al interés del Derecho, que no es otro que la garantía, esto es, la tutela de los derechos e intereses jurídicamente protegidos.

Por lo tanto, es a partir de este principio que se debe entender y hacer posible la caracterización de la función jurisdiccional como la que ejerce la garantía de cierre del sistema mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes o los propios individuos hubieran podido incurrir.

---

<sup>39</sup> Ferrajoli, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Pp. 229.



Además de estos rasgos funcionales, se pueden añadir otros que configuran la función jurisdiccional de modo más preciso. La garantía regulada tiene que ser efectiva ya que en ella convergen, directa o indirectamente, todas las demás garantías del sistema. Por ello se fija la función jurisdiccional en un poder que habrá de tener una configuración específica, pues habrá de ser un *poder real*, es decir, que posea capacidad para imponerse a los otros poderes del Estado cuando lo exijan los imperativos jurídicos.

Debe ser también un *poder independiente* en la medida en que en esta característica radica su peculiar forma de ser soberano. “La independencia debe entenderse, sin perjuicio de ulteriores precisiones, como el sometimiento del juez al Derecho en el ejercicio de la función jurisdiccional, es decir, como la posibilidad de que el juez pueda decidir conforme a derecho y sólo conforme a derecho”.<sup>40</sup>

Esta afirmación implica no solo la prohibición de heterointegración, sino también la independencia respecto al sentido político del ordenamiento y la independencia respecto de las consecuencias sociales y económicas de la decisión adoptada. Es debido a estos dos factores, que el juez queda situado como un observador (no participante) del sistema político, que tiene como único criterio rector

---

<sup>40</sup> Peña Freire, Antonio Manuel. LA GARANTÍA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. Editorial Trotta. Madrid. 1997. Pp. 231.



en la interpretación y aplicación del Derecho, el de la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos. Solo de esa forma podrá cumplir con los objetivos y principios establecidos por las normas y reducir los márgenes de desviación que se hubieran producido en los distintos procesos de ejecución jurídica.

El hecho de centralizar el ordenamiento jurídico su reflexión en las personas como objeto de protección, plantea una *apertura epistemológica de los procedimientos judiciales al entorno social del sistema jurídico*, de modo que la localización de la legitimidad para requerir tutela y garantía en el sistema encuentre no solo en las normas jurídicas vigentes -que responden a un sentido político específico que determinará una determinada concepción del interés público según los criterios de las mayorías gobernantes- sino en los valores y principios que fundamentan al ordenamiento jurídico, que deben inspirar la actuación última del poder judicial.

La extensión de la acción efectiva del poder judicial a todos los bienes subsumibles en el catálogo de normas y principios constitucionales es un dato clave de la tutela judicial efectiva en el Estado constitucional.

Partiendo de todos estos rasgos se puede ofrecer una definición general de la función jurisdiccional en el Estado constitucional como aquella actividad *i)* ejercida



por un poder real e independiente *ii*) orientado a la garantía de derechos e intereses de los ciudadanos mediante *iii*) la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídica y *iv*) la resolución de conflictos jurídicos al señalar los derechos e intereses que son legítimos y, por tanto, merecedores de tutela.

Esta concepción de la función jurisdiccional supone, desde un punto de vista histórico, la superación del modelo de jurisdicción característico del Estado legislativo de corte liberal.

“La implantación del Estado moderno, frente al absolutismo monárquico, significó la afirmación de la soberanía de la nación, representada en las correspondientes asambleas u órganos legislativos, que se expresan mediante una fuente hegemónica, suprema e irresistible del Derecho, como son las leyes generales y abstractas”.<sup>41</sup>

La naturaleza de la ley y el especial peso del poder legislativo condicionan la configuración de la función jurisdiccional que se caracteriza en este contexto, por los siguientes rasgos:

---

<sup>41</sup> Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. Op Cit. Pp. 246



- a) “Por la vinculación epistemológica fuerte entre el juez y la ley indirectamente, con el poder legislativo. De modo que en el Estado liberal de derecho la función jurisdiccional, en su versión más pura, es tan sólo administración de justicia, un poder judicial, que actúa a través de procedimientos técnicos, mecánicos o silogísticos, como instancia servidora de la ley y garante de su aplicación conforme a la voluntad de su creador; es, en suma, actividad de reconocimiento de la ley. En un contexto institucional caracterizado por la rígida separación de poderes y por la primacía absoluta del poder legislativo, al poder judicial corresponde la función de resolver litigios intersubjetivos mediante la pura aplicación mecánica de las leyes.
- b) La jurisdicción se orienta así a la aplicación objetiva y cierta de la ley sin cesión a la discrecionalidad o libre apreciación del juez, para lo que había que asegurar su imparcialidad y neutralidad, preservándolo de cualquier conexión o influencia política o social.
- c) La independencia del juez en este contexto tiene un sentido externo e institucional, como prohibición de cualquier injerencia o intromisión de los poderes públicos o privados en la actividad de la administración de justicia y del juez como aplicador de las leyes. Sólo de ese modo puede situarse en una posición de objetividad y superioridad a los intereses de las partes para localizar el interés de la ley y dar solución al caso.
- d) El proceso judicial tiene una orientación netamente individualista: el juez ocupa una posición neutral en la controversia existente entre los derechos



de dos partes iguales. Dicha controversia es de origen normativo, esto es, presupone un derecho o derechos normativamente establecidos. El juez se encargará de argumentar técnica y silogísticamente y de ofrecer la solución al caso primando los derechos de una de las partes frente a la opuesta”.<sup>42</sup>

Este modelo liberal de jurisdicción, de alguna forma se muestra incompatible con el sistema jurídico-político de sesgo constitucional y con un Estado social, de ahí que se hiciera imprescindible su superación tras el proceso de despliegue del Estado constitucional de derecho.

Los factores que determinan el camino hacia un nuevo modelo de jurisdicción son, en primer lugar, el carácter normativo y supralegal de las constituciones que supone la superación del imperio de la ley por parte del imperio del derecho y de la justicia al que quedan sometidos todos los poderes públicos, incluido el legislativo. Y, en segundo lugar, la materialización y apertura jurídicas que se producen a partir de la incorporación a las constituciones de numerosos derechos de contenido social así como valores y principios pluralistas que legitiman un conjunto de pretensiones e intereses sociales.

---

<sup>42</sup> Peña Freire, Antonio Manuel. *Op. Cit.* Pp. 231-232.



La relevancia constitucional de la función jurisdiccional afectará configuración jurídica e institucional del poder judicial que adquiere una imagen sustancialmente diferente a la que resultaba de las leyes. Interesa destacar el modo en que, tras el impacto constitucional, el poder judicial expresa o realiza la función de garantía que la Constitución le asigna o, lo que es lo mismo, cuál es el contenido de la *garantía jurisdiccional*.

Dos son las formas a través de las que ésta se expresa: mediante la corrección jurídica del ordenamiento conforme a su sentido constitucional y la garantía de una solución *desde el derecho* para cada conflicto entre derechos e intereses legítimos que se plantee.

La afirmación de que jurisdiccionalmente se *corrige* el derecho solo puede ser comprendida si se presupone la ruptura del vínculo epistemológico entre el poder judicial y el poder legislativo, y el sometimiento de ambos a una fuente jurídica que los sitúa en un mismo plano de subordinación a la constitución, pero de ningún modo supra o subordinados entre sí.

De este modo, la actividad jurisdiccional deja de ser solo interpretación y aplicación de la voluntad del legislador expresada en la ley y el poder judicial deja de ser un subalterno del legislativo.



“La función jurisdiccional adquiere relevancia constitucional y el poder judicial pasa a convertirse en un auténtico poder en el Estado. Frente al imperio de la ley surge el imperio de la justicia como una forma de compaginar ley y praxis jurídica con los principios y valores constitucionales. El poder judicial se convierte en el guardián del derecho en su expresión constitucional: su función será la realización del Estado constitucional del Derecho o, también, el control jurídico de las distintas posibilidades de realización del programa constitucional”.<sup>43</sup>

La independencia del poder judicial adquiere un significado específico que pretende superar la interpretación personalista que la definía tradicionalmente como independencia frente a las partes y que apuntaba a la proscripción de las injerencias de los poderes públicos o privados en la actividad de interpretación y aplicación de las leyes. Ahora, el concepto se amplía para abarcar también la independencia del poder judicial respecto de lo que se ha denominado el *sentido político del ordenamiento*: solo con la facultad de situarse al margen de las valoraciones y ponderaciones que realizan los poderes políticos con potestad normativa, es posible apreciar su posible desviación o ilegitimidad respecto de la Constitución.

---

<sup>43</sup> López Aguilar, J. F. LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES. ¿PUEDE SOBREVIVIR LA JUSTICIA A LOS JUECES INDEPENDIENTES? CLAVES DE LA RAZÓN PRÁCTICA. Centro de estudios Constitucionales. Madrid. 1995. Pp. 14.





De manera obvia, esta independencia tiene un límite infranqueable, que conviene olvidar que el poder judicial también está sometido al Derecho. La independencia judicial es así sometimiento del juez al Derecho.

“El segundo componente de la garantía jurisdiccional, junto a la corrección jurídica, viene representado por lo que supone la actividad jurisdiccional de solución jurídica de conflictos de derechos e intereses legítimos. Si bien este dato forma parte de las caracterizaciones más tradicionales de la función jurisdiccional –como la integración del caso y el derecho o la solución de conflictos conforme a derecho– la comprensión que de él se tenga viene especialmente determinada por el componente social del Estado constitucional.

La presencia en sede constitucional de numerosos derechos así denominados y de valores y cláusulas con alguna finalidad, terminará por legitimar un enorme elenco de intereses sociales y por añadir un matiz jurídico a lo que antes eran simplemente demandas y conflictos sociales o políticos”.<sup>44</sup>

Estos procesos, inducidos por la Constitución, habrían de incidir de modo intenso en las relaciones entre la función jurisdiccional y la sociedad, especialmente

---

<sup>44</sup> Santos, B. de Sousa. ESTADO, DERECHO Y LUCHAS SOCIALES. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá. 1991. Pp. 155.



a partir del momento en que aquella orienta su función a la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos, sea como consecuencia de los valores y principios inspiradores del Estado de Derecho, sea porque los ciudadanos son expresos titulares de un derecho fundamental a la garantía como tutela judicial efectiva. En este caso, la apertura y pluralidad constitucionales han motivado que las pretensiones surgidas de las dinámicas sociales conflictuales se orienten de modo preferente al poder judicial en demanda de garantía.

La apertura constitucional ha supuesto, para el caso de la función jurisdiccional, el aumento de la oferta de materias justiciables y, paralelamente, un incremento de las demandas de justicia frente a los poderes públicos representativos y frente a la jurisdicción.

El efecto de estos procesos es la superación de la imagen privatista o individualista de la jurisdicción característica del sistema liberal, pues el proceso judicial deja de ser un expediente jurídico por el que se pretende la afirmación de un derecho individual frente al incumplimiento de otro sujeto de su correlativo deber. Con la apertura constitucional y la orientación garantista de la función jurisdiccional, se convierte en un campo abierto donde pueden confluir todo tipo de pretensiones e intereses legitimados constitucionalmente.

## 1.2 LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL



Junto al problema de la independencia, otro de los problemas cruciales que afecta a la función jurisdiccional es el de su legitimidad. Las peculiaridades de la función jurisdiccional en el Estado constitucional y la exigencia de que el juez se convierta en un auténtico poder jurídico, situado en un plano de igualdad con respecto de los otros poderes del Estado, plantean mayores exigencias de legitimidad para esta singular función respecto de su predecesora liberal donde el juez era un simple aplicador neutral de la norma mediante procedimientos silogísticos.

“El incremento de las necesidades de legitimación, sin embargo, ha tenido como resultado un cierto desenfoco en los tratamientos que finalmente ha venido a enturbiar el debate. De este modo, lo primero que hay que subrayar con toda claridad es que debe distinguirse entre el problema de la legitimidad del poder judicial, considerado como sede de una función constitucional, de aquellos otros problemas más concretos que pudieran derivarse del ejercicio de la potestad

jurisdiccional por parte de sus titulares en la medida en que puedan causar algún tipo de conflicto con particulares o con otros poderes del Estado”.<sup>45</sup>



La distinción puede y debe hacerse a pesar de las dificultades notorias para separar con precisión la legitimidad de la función de la legitimidad de su ejercicio. Es verdad que son dos problemas tan vinculados que cualquier tratamiento diferenciado no termina de ser satisfactorio. Pero tampoco satisface aquel otro enfoque que pretenda una deslegitimación del modelo, a partir de la crítica de unas determinadas formas de expresión o ejercicio concretas por parte de los órganos judiciales.

Esta crítica olvida, que los jueces forman parte del entorno problemático del sistema jurídico, pero no de cualquier otro sistema, por lo que sería un profundo desenfoco considerar que la personalidad o carácter de un juez puedan definir el sentido de una función constitucional, como es la jurisdiccional.

Una cosa es la legitimidad de la función jurisdiccional en el Estado constitucional tal y como ha sido caracterizada, y otra cosa el problema de los jueces. Solo al distinguir se logra evitar el desenfoco que supone referir las

---

<sup>45</sup> Peña Freire, Antonio Manuel. *Op. Cit.* Pp. 236.



conclusiones obtenidas en la crítica de los actos de un determinado juez al sistema  
jurisdiccional o a la propia función.

Únicamente si se establecen las posibilidades de legitimación de la función  
jurisdiccional en el sistema constitucional será posible analizar las disfunciones del  
sistema y de los concretos actos o procedimientos de actuación de los miembros  
del poder judicial que chocan con otros poderes del Estado y con sus principios  
organizativos.

Aceptado este presupuesto, se podría abordar el problema de la legitimación  
del poder judicial desde al menos tres puntos de vista: funcional, constitucional y  
democrático.

Desde el punto de vista funcional, se ha afirmado que, “a consecuencia del  
principio constitucional de apertura a lo externo, los sistemas jurídicos se  
encuentran ordenados a la satisfacción y garantía de los derechos e intereses  
personales y sociales jurídicamente relevantes”.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> Peña Freire, Antonio Manuel. *Op. Cit.* Pp. 237.



De este modo, la necesidad de dar respuesta a las pretensiones basadas en estos supuestos y que se formulan, a modo de *inputs*, al sistema jurídico desde el entorno no es solo una exigencia de estabilidad del sistema sino también un imperativo interno: para un sistema constitucional-democrático, resolver continuamente las demandas que a él se dirigen es una exigencia de autorregulación, pues está vinculado axiológicamente a determinados fines que lo han configurado a este objetivo. Un funcionamiento en sentido contrario generaría problemas de coherencia interna que podrían conducir a una crisis de deslegitimación de consecuencias graves.

Así, en los sistemas constitucionales algunos problemas de adecuación son también problemas de autorregulación: la existencia en el interior del sistema jurídico de un mecanismo de procesamiento y solución de conflictos –el poder judicial– que ofrezca a los mismos una solución desde el sistema, *conforme a derecho*, es a la vez funcional para la solución de los problemas de adecuación con el entorno y para la solución de los problemas de autorregulación de los propios sistemas jurídicos y políticos.

Dicho en otros términos: la incorporación a la constitución de una serie de referentes axiológicos de difícil sino imposible materialización, hace indispensable la existencia de una instancia encargada de mantener abiertos los canales



comunicativos con el entorno, de ofrecer respuesta a pretensiones jurídicas justificadas y de garantizar que la desviación ordinaria no alcance niveles patológicos respecto de los principios constitucionales del sistema.

De ahí la importancia de la función jurisdiccional en el contexto de un Estado de derecho que privilegia la función de garantía. El poder judicial asume las funciones que le vienen atribuidas en el modelo constitucional y permite la comunicación entre el sistema jurídico y su entorno.

La legitimidad funcional del poder judicial, de este modo, es doble, pues encuentra su justificación tanto en los condicionantes axiológicos como en la estructura normativa del sistema jurídico real. Su función se localiza en la posibilidad de hacer efectivas las exigencias de garantía y tutela de derechos e intereses que se formulan al derecho, garantizando así la comunicación y el equilibrio del sistema con el entorno y la coherencia de sus propios postulados y evitando la aparición de crisis que pudieran afectar a la estabilidad y pervivencia del sistema jurídico-político.

Desde este efecto de la actividad jurisdiccional “la más amplia legitimación procesal haría mejorar los procesos de adecuación al entorno, es decir, mejoraría

la función de tutela del entorno ambiental, mejoraría la frontera del output del sistema, su horizonte del futuro e introduciría legitimidad”.<sup>47</sup>



Se puede hablar también de *legitimidad constitucional* de la función jurisdiccional. Esta se obtiene a partir de las opciones básicas del Estado constitucional, particularmente las referidas al carácter vinculado de todo poder, y a la garantía de derechos fundamentales.

Estos dos principios estructurales obligan a diseñar una función ordenada a la realización de estos dos objetivos interdependientes. Estamos así ante una función concreta que hemos denominado función jurisdiccional, cuya legitimidad se encuentra en el Estado de Derecho y en la propia Constitución.

La pretensión de esta en tanto que norma, de ser eficaz y asegurar la garantía de los derechos fundamentales y la corrección de la ejecución jurídica respecto de los parámetros constitucionales son el sustrato de la legitimidad de la función jurisdiccional en los ordenamientos actuales.

---

<sup>47</sup> Serrato Moreno, J.L. ECOLOGÍA Y DERECHO. Editorial Comares. Granada. 1992. Pp. 223.





“Decir que la legitimidad del poder judicial es constitucional significa que aquélla se localiza en la Constitución y en el Derecho y no sólo en la ley”.<sup>48</sup> Particularmente no lo está en el sometimiento incondicionado a las decisiones de otros poderes, en especial, si consideramos que estas pueden desviarse del sentido constitucional y vulnerar derechos de los ciudadanos. Estas decisiones habrán de ser objeto de una acción correctiva por parte del juez, que solo así cumple con la función que genéricamente tiene atribuida.

En cuanto a la legitimidad democrática hay que partir de la caracterización realizada según la cual la democracia era entendida como algo más que un simple procedimiento de validación o legitimación de decisiones políticas, ya que presenta una especial vinculación con los valores que inspiran el modelo jurídico-político del Estado constitucional de derecho. La opción por la democracia era así una de las decisiones del pacto constituyente del Estado y del derecho porque estos principios de organización son los más adecuados a la libertad y la igualdad de los ciudadanos.

Estos mismos motivos justificaban la no identificación entre democracia y regla de la mayoría, ya que en un sistema democrático no todo puede decidirse por mayoría ni, por mayoría, puede dejarse de decidir acerca de determinados asuntos.

---

<sup>48</sup> Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. *Op. Cit.* Pp. 152.



Es la defensa del núcleo del Estado de derecho –los derechos fundamentales vínculos o límites al poder del Estado– y del propio sistema democrático. La explicación de estas mal llamadas *restricciones del modelo democrático*. La opción por un modelo político democrático es consecuencia y exigencia de los derechos fundamentales de las personas que ha de garantizar el modelo de Estado: de ahí la necesidad de defensa de las minorías, que es un principio que garantiza a la propia democracia.

En este marco, “la tutela judicial efectiva de las pretensiones que se dirigen a la jurisdicción puede ser entendida como un mecanismo para la defensa de los individuos, de las minorías y de sus derechos frente a la acción política mayoritaria. Parte de las situaciones jurídicas subjetivas que autorizan el acceso a la jurisdicción no serían sino derechos e intereses individuales o de determinadas minorías que han resultado vulnerados por las decisiones mayoritarias. Para evitar que una mayoría afecte a los derechos intangibles de los individuos o disminuya las posibilidades de alternancia o la revisabilidad de sus decisiones y opciones políticas se hace preciso asegurar el respeto a las reglas que disciplinan y limitan el propio juego democrático mediante la instauración por parte de la Constitución de un poder que esté situado al margen del poder político mayoritario al que se pretende controlar”.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Rossi, N. JUECES Y DEMOCRACIA. Editorial Trotta. Madrid. 1994. Pp. 112.



### 1.3 LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Una de las dos formas de expresión de las garantías jurisdiccionales es la referida a la gestión y solución particularizada de los conflictos de derechos e intereses que conoce el poder judicial. Este factor ha adquirido una especial significación en el Estado constitucional tras su apertura social, pues a los clásicos conflictos interindividuales se suman todo un conglomerado de conflictos colectivos que, para su satisfacción, se dirigen primordialmente hacia las sedes jurisdiccionales.

La garantía, en este contexto, se expresa, *grosso modo*, como una peculiar forma de actuación jurisdiccional que presupone un conflicto concreto de intereses que será resuelto puntualmente a partir de una decisión en la que es valorado todo el ordenamiento, desde sus elementos más generales a la normativa más concreta, fruto de la ejecución política del programa constitucional, que sea inmediatamente referible al conflicto.

Vista como solución de un conflicto de intereses y no tanto de conflictos normativos, la función jurisdiccional es una perfecta muestra de la constante conexión social del derecho y de su apertura axiológica y epistemológica al entorno, pues su único presupuesto son las relaciones y conflictos que se proyectan al



sistema desde su entorno y donde el derecho se manifestará a partir de la declaración e interpretación del mismo que haga un determinado operador jurídico para solucionar un conflicto de intereses.

La posibilidad de ofrecer una solución para el caso concreto permite diferenciar al poder judicial del legislativo pues éste elabora programas normativos de acuerdo a un sentido político propio, con un elevado grado de abstracción y generalidad. A partir de este mismo dato, es posible la distinción respecto del poder ejecutivo y la administración que asumen esa particular visión del interés general transmitida por el legislativo.

Frente a las apreciaciones globalizantes del interés general y a los intentos homogeneizadores y generalistas de la ley, en los que se ha inculcado un sentido político determinado que siempre es parcial respecto de la pluralidad social, la solución jurisdiccional presupone la imposibilidad de regulación normativa de todo lo social o, lo que es lo mismo, la inexistencia de una norma precisa que expresa una regulación adecuada a cada caso; de ahí que el juez pueda/deba recurrir a todo el ordenamiento para ofrecer una solución jurídica a cada conflicto, llevando la norma general al caso concreto conforme a los valores y principios constitucionales que unifican el ordenamiento y le dan sentido.



“La jurisdicción, como mecanismo para la resolución de conflictos y de intereses sociales permite que el sistema jurídico esté abierto a los intereses sociales afectados. En la facultad de llevar el derecho, y no simplemente la norma, al caso concreto se encuentra una de las notas más singulares del poder judicial que permite al juez difundir la Constitución por todo el ordenamiento y por el entorno social conflictivo a partir de los casos que se le plantean”.<sup>50</sup>

El poder judicial queda convertido en un poder *difuminado social y jurídicamente* que puede así llevar a cada conflicto de intereses los más altos principios del ordenamiento jurídico, antes mediatizados por las inevitables generalizaciones, y abstracciones y también desviaciones normativas que se producen en los procesos jurídicos que pretenden la interpretación global del interés general y de las normas constitucionales. Frente a estos procesos, la función jurisdiccional actúa de manera desconcentrada y difundida por el sistema jurídico, tanto por su organización frente a otros modelos más centralizados, como por la posibilidad/necesidad de ofrecer una respuesta a un caso concreto que valore la totalidad de las normas del ordenamiento.

En conclusión, la apertura constitucional del sistema jurídico a su entorno social postula la existencia de una sede jurídica difuminada en lo social, abierta al

---

<sup>50</sup> López Aguilar, J. F. *Op. Cit.* Pp. 27.



conflicto y con potestad para *decir el derecho (y no la norma)*. La pluralidad de valores e intereses sociales, su recepción constitucional y su afirmación legítima frente a las elaboraciones políticas del interés general exigen la existencia de un poder independiente que ofrezca una solución jurídica a los conflictos de acuerdo al único criterio rector de la garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

“Esta solución es una forma específica de garantía de la pluralidad de intereses sociales frente a las tendencias neutralizadoras del interés general tal y como es formulado normativamente. La solución judicial de conflictos es eficaz en lo que a la garantía de los intereses enfrentados se refiere y no neutraliza la conflictividad y diversidad sociales, es decir, está en sintonía con el dinamismo y con la pluralidad social, y, en la medida en que no pretende la homogenización normativa de los conflictos sociales, como ocurre con las regulaciones generalistas, asegura y maximiza la opción axiológica de la Constitución por la pluralidad de valores y opciones políticas y sociales”.<sup>51</sup>

En lo que a la corrección jurídica como garantía se refiere hay que tener en cuenta que, tras la apertura constitucional, y la superación de la imagen liberal del ordenamiento y sus normas, al derecho como un todo homogéneo y coherente,

---

<sup>51</sup> Capella, J. R. LOS CIUDADANOS SIERVOS. Editorial Trotta. Madrid 1993. Pp. 75.



surgido de una sociedad pacífica de hombres libres e iguales, sucede aquella visión en la que la ley y, en general, toda la normativa infra-constitucional van a convertirse en un instrumento de intereses específicos y en causa de inestabilidad social, e incluso donde la ley puede ser el instrumento de expresión de determinados intereses políticos alejados del interés general.

“La función legislativa, profundamente afectada en su imagen jurídico-ideal, deja de ser entendida como la regulación general y abstracta de una serie de comportamientos humanos típicos como son la personalidad, los diversos actos contractuales, las conductas delictivas, la acción administrativa, etc., para convertirse en un instrumento casuístico de conformación política de la sociedad, orientado a un fin, planteado en el corto plazo y negociado con distintos grupos representativos de intereses contrapuestos”.<sup>52</sup>

Desde un punto de vista fenomenológico, la ampliación del ámbito de referencia legislativa provocará que el legislador tenga serias dificultades para realizar satisfactoriamente su función y que, a menudo, se muestre incapaz para conciliar todos los valores e intereses constitucionalmente relevantes. Sin embargo, la respuesta a estas carencias será el incremento de la oferta legislativa, la inflación normativa o hiper-legislación, en un intento de ofrecer respuesta y satisfacción a

---

<sup>52</sup> Bachof, O. JUECES Y CONSTITUCIÓN. Editorial Taurus. Madrid. 1963. Pp. 42.



todas las demandas que se formulan al poder político. En cuando a las potestades normativas de otros poderes del Estado, como puedan ser los gobiernos, el proceso no se ve reproducido sino ampliado.

En la medida que entre los poderes políticos se establecen relaciones de supra/subordinación donde el ejecutivo y sus órganos vinculados asumen el sentido político del ordenamiento determinado por el legislativo, cualquier desviación se transmitirá a través de los distintos actos de ejecución jurídica, ya que entre estos poderes la posibilidad de corrección no existe.

“Todo este enorme bloque normativo, hecho para ser inefectivo o para aplicarse ocasionalmente, no satisface las pretensiones sociales, si bien es un mecanismo de apoyo o de justificación jurídica de las mismas. Las demandas de justicia se reproducen pero ahora no hacia los poderes públicos sino hacia el poder judicial si bien fundadas, no sólo en el principio constitucional que legitima la demanda en abstracto, sino también en normas jurídicas vigentes y válidas pero descuidadas por el poder político hasta el punto de hacerlas ineficaces”.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Nieto, A. LA ORGANIZACIÓN DEL DESGOBIERNO. Editorial Ariel. Barcelona. 1990. Pp. 150.





Desde otro punto de vista y como consecuencia de la singular estructura normativa del Estado constitucional, así como de la reconocida imposibilidad de reducción de valores a prácticas, es constante la posibilidad de desviación de la actividad legislativa y normativa con respecto de lo prevenido en los planos superiores de juridicidad.

A consecuencia de la pluralidad constitucional, el sentido político impreso en los procesos jurídicos por el legislativo no es el único posible desde la óptica constitucional ni su cooptación por la mayoría gobernante anula a todos los demás.

Se puede afirmar que el sentido político impreso por el poder legislativo al ordenamiento no solo no es el único, sino que puede no ser el más recomendable o legítimo desde un punto de vista constitucional; es más, puede que incurra en desviaciones considerables respecto del sentido constitucional del ordenamiento y que estas desviaciones se hagan especialmente palpables cuando, a lo largo de los distintos procesos de ejecución, se manifiestan en un conflicto concreto de intereses.

“La parcialidad de la visión del interés general que realizan los poderes políticos es el presupuesto de la actividad de corrección jurídica del ordenamiento



llevada a cabo a través de la actividad jurisdiccional”.<sup>54</sup> Los jueces desvinculados del sentido político del ordenamiento, pues están vinculados solo al derecho en su sentido constitucional. De ahí que, mediante la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto, el juez pueda llevar a cabo una difuminada y puntual labor de corrección jurídica de las normas de acuerdo a los valores y derechos constitucionales que inspiran el sentido constitucional del ordenamiento, que se ve, de este modo, expresado y extendido socialmente.

Mediante las continuas decisiones jurídicas que conectan los puntuales conflictos con la totalidad del ordenamiento y que realizan esa puntual *corrección jurídica*, se reducen los márgenes de ilegitimidad de los programas de producción normativa y de sus prácticas ejecutivas.

La corrección se producirá siempre que la norma presente un margen de desviación respecto de los valores y principios constitucionales de modo que pueda ser considerada como ilegítima en su sentido original. La trascendencia jurídica de todos aquellos valores e intereses, aun no primados en las ponderaciones legislativas o políticas como dato normativo, y la posibilidad de expresión desviada o parcial de los distintos poderes políticos, como dato de hecho, justifican la

---

<sup>54</sup> López Aguilar, J. F. *Op. Cit.* Pp. 45.



corrección jurisdiccional. Y así, la actividad jurisdiccional, al optimizar los valores constitucionales, se muestra como garantía.

Existen algunos puntos de interés de esta singular expresión de la garantía jurisdiccional, especialmente en comparación con aquella otra labor de corrección que lleva a cabo el órgano encargado del control de constitucionalidad. Este, por lo general, no conoce conflictos concretos sino que se limita a contrastar la producción legislativa con la Constitución, con lo que su juicio de constitucionalidad habrá de ser positivo si, genéricamente, el sentido dado a la norma por el legislador es constitucionalmente posible o legítimo.

Sin embargo, la relación del juez con la norma es distinta, pues este asume la norma, es más, está vinculado a ella, si bien no lo está al sentido político impreso en la misma en la medida en que ello suponga la vulneración de un derecho o sea una manifestación desviada del poder político.

La corrección jurisdiccional presupone así la existencia de un conflicto entre una norma legal, interpretada de acuerdo al sentido político previo, y un determinado derecho fundamental y supone, también, que esta oposición puede ser solucionada a favor del derecho si, por ejemplo, se interpreta la norma constitucional.



El órgano judicial debe, en ese caso concreto, otorgar amparo al derecho fundamental e interpretar la norma de acuerdo al sentido más favorable a la Constitución y a los derechos fundamentales, prescindiendo del sentido político que el legislativo le haya asignado. Esta afirmación es consecuente con lo manifestado cuando señalábamos que ni por mayoría se puede disponer de los derechos fundamentales de los individuos.

“El sentido político del ordenamiento es fruto de una decisión mayoritaria: su concretización, que sería la norma legal interpretada de acuerdo a la voluntad del legislador, no puede vulnerar un derecho fundamental, puesto que éste es indisponible aún para la mayoría democráticamente elegida”.<sup>55</sup>

Dada la posibilidad de desviación de toda norma respecto de las determinaciones de rango superior que inciden sobre ella, son las propias normas las que están en numerosas ocasiones en el origen de la vulneración de los derechos o de la insatisfacción de los intereses legítimos de los ciudadanos. A partir del momento en que se constata que de esta desviación pueden resultar afectados derechos e intereses de los ciudadanos, el poder judicial ha de proceder a corregirla

---

<sup>55</sup> Peña Freire, Antonio Manuel. *Op. Cit.* Pp. 251.

y reelaborarla interpretativamente para ofrecer la debida tutela a la situación subjetiva afectada.



Ahora bien, puede que, dada la naturaleza del conflicto planteado, su solución a favor del derecho no sea posible mediante la simple interpretación de la norma. Es decir, existen casos en que la tutela judicial efectiva exige negar la validez de una determinada norma porque existe una incompatibilidad absoluta entre la norma y el derecho que no puede ser corregida por vía interpretativa.

En este caso, al juez le es imposible la simple corrección o lectura constitucional de la norma desviada, dado que esta alcanza niveles patológicos de ilegitimidad respecto de los parámetros constitucionales y todas las soluciones constitucionalmente posibles al caso exigen la declaración de la invalidez de la ley. Son posibles, en el contexto constitucional, distintas soluciones para estos supuestos:

- a) Una primera posibilidad de solución, se identificaría con el positivismo legalista y con el modelo de Estado y jurisdicción liberales, afirma la absoluta vinculación del juez a la norma legal y, como consecuencia, su incompetencia para declararla inválida por contraria a algún derecho o principio constitucional. Las interpretaciones de los principios o derechos



en un sentido distinto al normativo responderán a criterios personales morales o sociales pero no legales, que son los únicos que pueden ser considerados por el intérprete.

- b) En el extremo opuesto encontramos aquellos sistemas donde existe un control de constitucionalidad difuso y no concentrado, de modo que cualquier juez puede apreciar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, inaplicarla.
- c) Un modelo intermedio permitiría al juez dudar de la constitucionalidad de las normas legales en determinadas circunstancias y generándose también determinados efectos jurídicos de importancia aunque sin llegar al extremo de la posibilidad de anulación de la norma legal, ya que ésta es competencia exclusiva del órgano de control de constitucionalidad. La forma más común de este tercer supuesto es aquella que autoriza al juez, en los casos de duda respecto de la constitucionalidad de las normas aplicables a un caso planteado, a remitirlo al órgano encargado del control constitucional para que éste determine si la desviación efectivamente es irreconciliable con la Constitución y si la norma ha de ser declarada inválida o no.<sup>56</sup>

Estos supuestos son los más difíciles y, por ello, los más relevantes, de entre los que integran la función de corrección jurídica asignada al poder judicial. En ellos

---

<sup>56</sup> Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. *Op. Cit.* Pp. 168.



se oponen la interpretación del ordenamiento que procura el juez con aquella realizada por el órgano legitimado popularmente para dar un sentido preciso al ordenamiento.

Es decir, se oponen la interpretación de la Constitución que realiza el legislativo en ejercicio legítimo de su función de ejecución del programa constitucional y la interpretación de un miembro del poder judicial en ejercicio de otra función constitucional como es la de garantía. Al igual que en el caso de la garantía frente a las omisiones del legislador, ninguna propuesta general de solución para este tipo de supuestos logrará, dada su complejidad y variada casuística, satisfacer en todo caso a quienes se adscriban a alguna de las posiciones aludidas. Sí son de utilidad algunos criterios, más o menos generales, que ayudan a justificar argumentativamente las propuestas que se alcancen, sean propuestas de política jurídica, sean concreciones normativas precisas deducidas del modelo constitucional.

Como principio, se entiende que el conflicto jurídico aludido debe orientarse a la justificación de una mayor capacidad para el otorgamiento inmediato de tutela judicial en los casos de violación flagrante de un derecho constitucional, aun cuando lo sea por una norma legal. “Lo que parece muy difícilmente justificable desde la óptica constitucional es que de la alegación de una vulneración de derechos



fundamentales se puedan derivar peores consecuencias que las que se derivan de la alegación de derechos o de intereses que tengan su sede en normativa inferior e incluso que del hecho de alegar que una norma legal vulneró un derecho constitucional se derive un régimen especial que dificulte la tutela del derecho por comparación a la vulneración de derechos similares por normas infralegales o reglamentarias”.<sup>57</sup>

Lo insatisfactorio de las soluciones a estos ejemplos demuestra que existe una opción por la precedencia de la tutela del derecho constitucional frente al ejercicio de las potestades constitucionales, es decir, es reflejo de una *exigencia constitucional* según la cual la tutela de los derechos está por encima del ejercicio de la competencia administrativa y, también, que debiera estarlo sobre la legislativa.

Por tanto, sigue sin ser razonable que cuando se alega, ante un órgano judicial, la vulneración de un derecho fundamental por una norma legal y se cuestiona, por tanto, la aplicación de ésta, quede bloqueada la garantía del derecho.

No ocurriría así si el origen de la violación fuese una norma infralegal o reglamentaria, pues entonces el juez anula directamente la norma reglamentaria y

---

<sup>57</sup> Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. *Op. Cit.* Pp. 170.





adopta cuantas medidas sean precisas para asegurar los derechos mientras decide el fondo del asunto. Sin embargo, en caso de alegarse la violación de un derecho por una norma legal, las posibilidades del juez para ofrecer tutela judicial efectiva al derecho fundamental vulnerado por la ley son francamente reducidas, sin alcanzar a entenderse por qué las facultades del juez se ven mermadas cuando lo que se cuestiona es algo tan grave como la constitucionalidad de una norma por oposición a una norma fundamental, es decir, por incompatibilidad con el estatuto jurídico de un derecho fundamental.

En estos casos será preciso el envío del caso al órgano encargado del control de constitucionalidad, con lo que el individuo que presuntamente ha visto vulnerados sus derechos se convierte en objeto de cargas procesales o probatorias cuando, más bien, debiera ser objeto de tutela por exigencias constitucionales.

“En la medida en que ninguna interpretación del ordenamiento contraria a la constitución es permisible, mientras que sí lo es toda aquella que redunde en beneficio de la efectividad de las normas y derechos constitucionales, se entiende que la actuación jurisdiccional debiera estar inspirada en el principio de ofrecer

tutela preferencial a los derechos frente al criterio opuesto, según el cual, se privilegia la asignación de funciones públicas y el ejercicio de la propia potestad



Por otro lado, hay que considerar que los jueces ordinarios en ningún caso pueden estar aislados de la Constitución, por muy concentrada que esté la jurisdicción constitucional. Bien es cierto que, en aquellos sistemas donde existe un órgano al que se ha asignado el control de constitucionalidad, los jueces no tienen atribuida directamente la función de interpretación de la norma fundamental hasta el extremo de poder formular juicios de invalidez fundados en ella y referidos a normas legales.

Sin embargo –y como nueva prueba del carácter complejo y relacional del derecho y la imposibilidad de parcelarlo o analizarlo atomísticamente– los jueces sí son los intérpretes del ordenamiento, lo cual no puede ser interpretado sino en el sentido que marca la Constitución: es esto lo que significa *interpretación del sentido constitucional del ordenamiento*, que afecta a la función jurisdiccional asignada al poder judicial y que, materialmente, no es sino una interpretación indirecta de la constitución.

---

<sup>58</sup> Peña Freire, Antonio Manuel. Op Cit. Pp 254



En este sentido, hay que señalar que instituciones como la *cuestión de constitucionalidad*, por la que el juez que duda de la constitucionalidad de una ley viene obligado a remitir el asunto al órgano encargado del control de constitucionalidad para que éste se pronuncie, sugieren que, en los casos en que el juez aplica directamente una ley, ha emitido un juicio tácito de constitucionalidad de la misma. Y es que la norma es válida solo por referencia a la Constitución y solo si es válida puede ser aplicada. De este modo, el control e interpretación de la Constitución no puede entenderse como una función atribuida al órgano de control constitucional hasta el punto de privar al resto de órganos encargados de la función jurisdiccional de toda posibilidad de apreciación de la misma. Esta función referida a la Constitución es, cuando menos, compartida por la jurisdicción ordinaria y por el tribunal constitucional, situación que justifica la competencia del juez para garantizar los derechos afectados de acuerdo a criterios constitucionales frente a decisiones normativas de todo tipo.

## CAPÍTULO IV



# LOS PRINCIPIOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

## 1. LOS PRESUPUESTOS IDEOLÓGICOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo contemporáneo, también llamado neoconstitucionalismo, plantea un especial, modo de concebir los derechos fundamentales. Es posible que las ideologías o concepciones éticas acaben proyectándose irremediabilmente en las soluciones jurídicas que se proponen como más adecuadas. Las líneas esenciales de las concepciones que propone el neoconstitucionalismo, sin duda ejercen alguna influencia a la hora de dotar de sentido a los enunciados constitucionales relativos a derechos.

“Dos son las grandes perspectivas o enfoques doctrinales que cabe adoptar en la interpretación del derecho y de los derechos, podrían llamarse liberal y comunitarista, aunque también se podrían denominar ilustrada e historicista, o individualista y organicista”.<sup>59</sup> La primera se caracteriza ante todo por sostener una

---

<sup>59</sup> Prieto Sanchís, Luis. DIEZ ARGUMENTOS SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO, JUICIO DE PONDERACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Universidad de Castilla-La Mancha. En: González Álvarez, Roberto. CONSTITUCIÓN LEY Y PROCESO. Ara Editores. Perú 2013. Pp. 25.



concepción artificial de la comunidad política e instrumental del derecho y de las instituciones. La comunidad política, en efecto, se entiende como una creación voluntaria de sujetos libres e iguales que actúan guiados por un interés, aunque no necesariamente egoísta. El Estado no es entonces, como suele decirse, la forma política de la nación, al menos si es que esta se entiende al modo tradicional (o tradicionalista) como una entidad orgánica que trasciende a sus componentes reales de carne y hueso; sencillamente no lo es porque la nación no es un sujeto actuante dotado de vida propia y, menos aún, de derechos.

Por supuesto, que esto no sea así históricamente carece de toda importancia; por lo demás, también carece de cualquier sustento empírico la concepción del Estado como persona o de la sociedad y la cultura como organismos vivos. Lo importante son las consecuencias que estas hipótesis tienen en orden a determinar las facultades del poder y los derechos de las personas.

Y la primera consecuencia es la que se denomina concepción instrumental de las instituciones, lo que significa que estas carecen de justificación autónoma y que su legitimidad descansa por tanto en la protección de los individuos, de sus derechos e intereses. De esto se deduce asimismo el papel subordinado de la política a la justicia.



La política, que es lo que hacen las instituciones a través del derecho, se subordina lógicamente a la justicia, que es la rúbrica que comprende al conjunto de los derechos que son la razón de ser de todo el entramado institucional.

Si los derechos explican el *por qué* y el *para qué* del Estado, resulta claro que la actuación de este solo será aceptable en la medida en que satisfaga o, cuando menos, no viole los derechos que dotan de contenido a la noción compartida de justicia. Y esto, en el plano jurídico, se traduce en una exigencia de constitucionalización y tutela frente a todos, incluido el legislador.

“Este es el núcleo del constitucionalismo: la limitación del poder, de todo poder, desde los derechos fundamentales y, si se quiere, hoy también desde los derechos sociales”.<sup>60</sup> Es verdad que en la práctica las cosas no son tan sencillas o lineales y que la imagen de una rígida jerarquía entre justicia y política, entre derechos y ley, no es un reflejo exacto de las cosas. Pero, por el momento, lo importante es concebir la acción política al servicio de las personas y de sus derechos, no de fines propios o independientes, sin perjuicio de que muchas veces ello no logre evitar la restricción de las esferas de libertad.

---

<sup>60</sup> Prieto Sanchís, Luis . *Op. Cit.* Pp. 26.



Asimismo, esta filosofía política enlaza con un cierto modelo de interpretación constitucional. La idea es la siguiente: si el Estado es un artificio, si las instituciones son un instrumento y la política viene sometida a la justicia, entonces en el marco de los inevitables conflictos entre la ley y los derechos la carga de la prueba o la carga de la argumentación corresponde a aquella antes que a estos, corresponde al poder antes que a los individuos.

En consecuencia, toda intervención en el ámbito de los derechos que implique un sacrificio en su ejercicio habrá de estar justificada y ser proporcional a la necesidad de preservar un bien de análoga importancia directa o indirectamente conectado a la propia constelación de valores en que reposan los derechos. El constitucionalismo (antiguo o moderno, pero en todo caso genuino) se configura como un límite al poder porque este siempre corre el riesgo de degenerar en despotismo, porque su legitimidad no es autónoma sino que reside en la consecución de ciertos fines externos al mismo y, en suma, porque sobre el Derecho positivo pesa siempre la necesidad de justificación.

## **2. EL ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO**

El constitucionalismo es un fenómeno histórico que no se ha desarrollado de forma plenamente homogénea o uniforme. Aunque tal vez todas sus



manifestaciones responden a un origen ideológico o filosófico común. El iusnaturalismo racionalista y la doctrina del contrato social, lo cierto es que las dos grandes revoluciones de finales del siglo XVIII parece que hicieron interpretaciones distintas o que, por una u otra razón, desembocaron en resultados diferentes. En Estados Unidos triunfa una concepción de la Constitución como norma suprema que preside el juego democrático y que descansa desde el principio en una efectiva garantía judicial; en Francia, en cambio, se impone una idea de la Constitución como programa político a realizar por el propio legislador democrático, auténtico depositario de la soberanía e inmune a cualquier fiscalización judicial.

“Si cabe decirlo de forma un tanto simplificada, América aporta la garantía judicial de la Constitución, mientras que Europa aporta un denso contenido normativo para la misma. Durante más de un siglo ambas experiencias caminaron separadamente. El neoconstitucionalismo que se abre paso a partir de la segunda gran guerra parece encarnar una aproximación de esas dos tradiciones”.<sup>61</sup>

Este neoconstitucionalismo destaca por una vigorosa combinación de los dos rasgos enunciados: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. Que una Constitución es normativa o, mejor dicho, que está dotada de un contenido material o sustantivo que se postula como vinculante significa que, además de regular la

---

<sup>61</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Op. Cit.* Pp. 27.





organización del poder y las fuentes del Derecho –que son dos aspectos de la misma realidad–, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles.

Los documentos jurídicos que se pueden adscribir al neoconstitucionalismo se caracterizan, en efecto, porque están repletos de normas que les indican a los poderes públicos, y con ciertas matizaciones también a los particulares, qué no pueden hacer y muchas veces también qué deben hacer. Suelen recibir distintas denominaciones, como valores, principios, directrices, derechos o garantías, pero dado que se trata de normas y más concretamente de normas supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata.

“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: la existencia de un Tribunal Constitucional no es, desde luego, incompatible con el neoconstitucionalismo, pero sí representa un residuo de otra época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que aquélla no era una verdadera fuente del Derecho, sino una fuente de las fuentes, cuyos conflictos



habrían de dirimirse ante un órgano especialísimo con un rostro mitad político mitad judicial”.<sup>62</sup>

Pero si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización.

Conviene subrayar la importancia que para la justicia constitucional (que no es sólo ni principalmente la que hace el Tribunal que así se califica) tiene la confluencia de los dos elementos señalados y, consiguientemente, la incorporación de principios, derechos y directivas a un texto que se pretenda con plena fuerza normativa.

Porque ahora esas cláusulas materiales no se presentan solo como condiciones de validez de las leyes, según advirtió Kelsen, de forma crítica por cierto. Si únicamente fuese esto, el asunto sería transcendental solo para aquellos órganos con competencia específica para controlar la ley y para aquellos otros con competencia específica para instar el recurso abstracto de inconstitucionalidad, lo

---

<sup>62</sup> Prieto Sanchís, Luis. CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO. Editorial Fontamara. México. 1997. Pp. 207.



que en verdad no es poco. Sin embargo, la vocación de tales principios no puede desplegarse su eficacia a través de la ley –se entiende, de una ley respetuosa con los mismos– sino hacerlo de una forma directa e independiente. Con lo cual la normativa constitucional deja de estar atada dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, deja de ser un problema a resolver exclusivamente entre el legislador y el Tribunal Constitucional, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones. Desde luego, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero solo a través de una interpretación constitucional que efectúa este último.

### **3. EL PRINCIPIO DE ONNIPRESENCIA CONSTITUCIONAL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

En este nuevo panorama es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación próxima o remota en el texto constitucional y, lo que es más preocupante, en ocasiones distintas orientaciones: libertad, igualdad – formal, pero también sustancial– seguridad jurídica, orden público, propiedad privada, cláusula del Estado social, y así una infinidad de criterios normativos que siempre tendrán alguna relevancia.



Cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice. Por ejemplo, la mayor parte de los artículos del Código Civil protegen bien la autonomía de la voluntad, bien el antes sacrosanto derecho de propiedad, y ambos principios encuentran sin duda respaldo constitucional.

Pero frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como la llamada función social de la propiedad, la exigencia de protección del medio ambiente o del patrimonio artístico, el derecho a la vivienda, la promoción del bienestar general, y otros muchos principios o derechos que eventualmente pueden requerir una limitación de la propiedad o de la autonomía de la voluntad.

Esto es lo que Guastini ha llamado el efecto *impregnación* o el efecto irradiación del texto constitucional; “de alguna manera, todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos”<sup>63</sup>; o, como dice Zagrebelsky, “la ley, que en otro tiempo fue

---

<sup>63</sup> Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Editorial Trotta. III UNAM. Madrid. 2010. Pp. 56.



la medida de todas las cosas en el campo del Derecho, ha de ceder el paso a la Constitución, convirtiéndose ella misma en objeto de mediación”.<sup>64</sup>

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

Para decirlo por vía de ejemplos procedentes de la jurisprudencia: que normas o decisiones administrativas que prohíben la alimentación de palomas o la fabricación de chocolates que resultan ser enjuiciadas a la luz de preceptos constitucionales, y no solo legales, constituye una consecuencia de ese efecto impregnación o de esa omnipotencia judicial. Qué proceda hacer cuando se aprecien discrepancias entre las respuestas legales y constitucionales, si plantear la cuestión de inconstitucionalidad o aplicar directamente la Constitución, es cuestión ulterior.

---

<sup>64</sup> Zagrebelsky, Gustavo. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Editorial Tecnos. Madrid. 1987. Pp. 123.



“Las Constituciones de nuestros días asumen la función de moldear el conjunto de la vida social, pero ¿cómo y en qué sentido lo hacen? Aquí se encuentra el nudo del problema: la normativa constitucional no aparece –en general– como la decisión categórica de un grupo o ideología que, desde una filosofía política homogénea, diseña un marco unívoco y cerrado; no se asemeja a una regulación legal que, con mayor o menor precisión, trata de anudar ciertos supuestos o condiciones fácticas a determinadas consecuencias normativas”.<sup>65</sup>

Se trata más bien de lo que se ha dado en llamar una regulación principalista donde se recogen derechos y deberes correlativos sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fijan objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado.

La teoría del Derecho se encuentra aquí con una situación antes inimaginable, y no porque cuando estas son internas a la propia Constitución devienen inservibles las tradicionales herramientas ideadas para resolverlas.

---

<sup>65</sup> González Álvarez, Roberto. CONSTITUCIÓN, LEY Y PROCESO. Ara Editores. Perú 2013. Pp. 30.

#### 4. EL MODELO ARGUMENTATIVO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO



Este modelo explica la importancia que en la interpretación constitucional ha adquirido la ponderación, cuyo sentido consiste en ofrecer una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificativas del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales.

Por eso, su regla constitutiva tiene como punto de partida un conflicto propuesto por Alexy: “cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>66</sup>

Según este principio, no se trata de establecer jerarquías de derechos ni precedencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca. No se trata, pues, de establecer jerarquías abstractas entre principios o derechos, ni de la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro; la ponderación dice Guastini, “desemboca más bien en una jerarquía móvil

---

<sup>66</sup> Alexy, Robert. SISTEMA JURÍDICO Y RAZÓN PRÁCTICA. Editorial Doxa. España. 1988. Pp. 124.



o axiológica donde, a la vista de las circunstancias concurrentes, se concede más peso o importancia a una de esas razones”.<sup>67</sup>

En suma, cabe decir que la ponderación se configura como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos normas en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso (la libertad religiosa y el orden público, la libertad de expresión o información y el derecho al honor o a la intimidad, la propiedad y de la protección del medio ambiente, por ejemplo) y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso.

El juicio de ponderación supone un loable esfuerzo de racionalización de las operaciones de interpretación constitucional y ello con independencia de que pensemos que es capaz de conducir a la anhelada unidad de solución correcta o que, más escépticamente, consideremos que siempre queda algún hueco para el decisionismo y la discrecionalidad.

Pero lo que me interesa destacar es que la ponderación aparece indisolublemente unida a una concepción de los derechos como la que aquí se sugiere y que ambas cosas obligan a un replanteamiento de la tensión siempre

---

<sup>67</sup> Guastini, Riccardo. *Op. Cit.* Pp. 63.





presente entre Constitución y democracia, entre los derechos y la ley; en consecuencia obligan a cambiar un modelo que pudiéramos llamar geográfico por otro que denominaremos argumentativo.

El primero es tal vez el más intuitivo y fácil de describir: presume que existen fronteras nítidas entre la competencia legal y la constitucional, que hay materias y esferas petrificadas desde la Constitución y que representan límites infranqueables para el legislador; y que, en justa correspondencia, es posible dibujar otras materias o esferas donde la decisión mayoritaria puede moverse libremente.

“Desde la perspectiva de la interpretación constitucional, la consecuencia es que todo caso o supuesto de hecho debe poder ser adscrito a una y otra esfera: o ejercemos un derecho en los términos de su reconocimiento constitucional, y entonces nuestra posición es inexpugnable, o no lo hacemos, y entonces desde la Constitución nada hay que decir. Por supuesto, pueden aparecer dificultades interpretativas a la hora de trazar esas fronteras, pero el presupuesto teórico resulta inmovible: la política y el derecho cuentan con espacios propios”.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> González Álvarez, Roberto. *Op. Cit.* Pp. 31.



Sin embargo, el que se ha descrito como efecto impregnación o irradiación hace inviable esa visión geográfica de las esferas separadas: no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado, y eso significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune a la influencia constitucional.

Por las mismas razones, tampoco cabe excluir que un mismo supuesto presente propiedad adscribibles a la esfera de los derechos y, al propio tiempo, que presente otras adscribibles a la esfera de los límites; esto es, puede ocurrir que *prima facie* un comportamiento sea calificable como ejercicio de la libertad ideológica o de la libertad de expresión y que, simultáneamente, deba también considerarse incurso en el ámbito de la cláusula limitadora, el orden público o el derecho al honor, por ejemplo. Por más que, *en definitiva*, deban triunfar unas u otras razones, a la luz precisamente del juicio de ponderación. Este es el significado básico del modelo argumentativo.

## **5. LA TEORÍA INTERNA Y LA TEORÍA EXTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

La concepción del modelo constitucional expuesto en modo alguno es universalmente compartido. Algunos solo pueden formar la premisa mayor de un juicio de constitucionalidad cuando resultan concluyentes, pero que en todos los



demás casos corresponde al legislador dirimir los presuntos o reales conflictos. Sin embargo, más allá de eso, parten de la base de que esos conflictos son siempre aparentes y que, mediante una adecuada interpretación, es la propia Constitución la que los resuelve porque en el fondo la Constitución es coherente, aunque pueda en ocasiones resultar más o menos indeterminada. En la literatura sobre derechos fundamentales compiten dos teorías o doctrinas, que suelen llamarse interna y externa y que expresan estas dos posibilidades interpretativas.

“La teoría interna sostiene que las conductas o situaciones que caen bajo el amparo de un derecho fundamental resultan perfectamente claras desde los enunciados constitucionales, de manera que, mediando una correcta interpretación de los mismos, podemos delimitar con absoluta precisión la suerte de nuestro caso: o estamos en presencia de un ejercicio ‘típico’ del derecho o libertad y entonces, por cierto, nada hay que ponderar ni discutir, porque nuestra posición es inexpugnable incluso para el legislador; o nos movemos por fuera protegido por el derecho, en cuyo caso tampoco hay nada que discutir porque el asunto queda librado a la decisión libre del legislador o de otras autoridades públicas.

La teoría externa, en cambio, se hace cargo de la inevitable imprecisión de los enunciados relativos a derechos, así como de la no menos inevitable vaguedad de fronteras entre los derechos y sus límites. Por eso, para la teoría externa resulta



perfectamente concebible que una misma conducta resulte ser en principio ejercicio de un derecho y, al mismo tiempo y también en principio, que represente la vulneración de otro derecho. De ahí que proponga que toda conducta que presente una propiedad adscribible a un derecho fundamental (o, lo que parece equivalente, que pueda considerarse dentro del marco semántico de un enunciado relativo a derechos, incluida, pues, la zona de penumbra) deba ser tratada como un caso de ejercicio del derecho fundamental en cuestión; y ese 'deba ser tratada' significa simplemente que el asunto debe ser visto como un asunto con relevancia constitucional, si se quiere, como un asunto en el que concurren razones a favor de su reconocimiento (aunque también concurren razones en contra)".<sup>69</sup>

Esto explica la necesidad de distinguir entre un juicio *prima facie* y un juicio definitivo: *prima facie* podemos considerar que el sacrificio de un cordero en el ámbito doméstico es un caso de ejercicio de la libertad religiosa, pero asimismo *prima facie* hemos de considerar las razones (sanitarias, por ejemplo) a favor de la prohibición legal del sacrificio de animales fuera de los recintos habilitados para ellos. El juicio definitivo depende de la ponderación entre esas razones que son razones constitucionales, o que pueden encontrar fácil acomodo en la Constitución.

---

<sup>69</sup> González Álvarez, Roberto. *Op. Cit.* Pp. 33-34.



Esta visión de los problemas, que es previa al juicio de ponderación, por una buena aportación de la teoría externa de los derechos fundamentales, sencillamente llama la atención del intérprete acerca de “qué es lo que hay que tener en cuenta”. Hay que tener en cuenta, por ejemplo, que el individuo que es sancionado por sacrificar un cordero en su casa estaba ejerciendo un derecho fundamental de libertad religiosa; que quien ofendió el honor de otra persona al mismo tiempo ejerce su libertad de expresión o información. Lo cual significa obviamente que nos hallamos ante razones justificativas que nos impulsan a adoptar una decisión u otra.

## **6. EL JUICIO DE PONDERACIÓN**

El método para resolver los conflictos entre los derechos y sus límites recibe el nombre de ponderación, aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad. De las distintas acepciones que presenta el verbo ponderar y el sustantivo ponderación en el lenguaje común, tal vez el que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas.



“En la ponderación, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión”.<sup>70</sup>

Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; en ocasiones tal equilibrio, que implicaría un sacrificio parcial y compartido, se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto.

En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto o de la validez: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues en todo caso no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificativas conflictivas y del mismo valor.

“En los conflictos no cabe acudir tampoco al criterio de especialidad. El intérprete no puede decir que el derecho al honor triunfa siempre sobre la libertad de expresión, o que el orden público lo hace sobre la libertad ideológica y religiosa,

---

<sup>70</sup> González Álvarez, Roberto. *Op. Cit.* Pp. 42.

pues ello implicaría establecer una relación de regla y excepción que no está en la Constitución”.<sup>71</sup>



Tan solo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una *jerarquía móvil* o *axiológica*, y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta ser un método para la justificación de un enunciado de preferencia referido al caso concreto que descarta el establecimiento de jerarquías o relaciones de especialidad con alcance general. Se trata de la preservación abstracta de los dos elementos del conflicto, por más que inevitablemente en cada caso sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

El resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios o derechos, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos.

---

<sup>71</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Op. Cit.* Pp. 43.



En el lenguaje común ese es el significado más preciso de ponderación. Se dice que alguien observa una conducta ponderada cuando rehúsa abrazar completo alguna idea a propósito de algo y prefiere armonizar ideas diferentes, seleccionando para el caso lo mejor de cada una de ellas. “Es cierto que en el ámbito jurídico una solución conciliadora no siempre será viable, en ocasiones incluso por dificultades procesales, pero representa con toda probabilidad el camino más adecuado, sobre todo en los conflictos de carácter civil que pueden desembocar en una indemnización o en otras medidas susceptibles de graduación”.<sup>72</sup>

Este es el llamado principio de concordancia práctica, que en ocasiones parece sugerido por algunos tribunales constitucionales: el intérprete se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, *tratando de armonizarlos si ello es posible* o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.

## 7. PONDERACIÓN Y SUBSUNCIÓN

Suele decirse que la ponderación es el método alternativo a la subsunción: las reglas serían el objeto de subsunción, de modo que, comprobado el encaje del

---

<sup>72</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Op. Cit.* Pp. 43.





supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios y derechos, en cambio, serían objeto de ponderación, donde esa solución se construye a partir de razones en pugna. Ello es cierto, pero es difícil que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, como si el intérprete hubiera de optar por un camino u otro. Pareciera que 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 se plantean problemas como los aquí examinados y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevante o aplicables dos principios en pugna.

En otras palabras, antes de ponderar es preciso subsumir, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de dos principios, es decir, que estos resultan relevantes para resolver dicho caso. Por ejemplo, para decir que una pena es desproporcionada por representar un límite no tolerable al ejercicio de un derecho, antes es preciso que el comportamiento enjuiciado pueda ser subsumido no una, sino dos veces: en el tipo penal y en el derecho fundamental.



Problema distinto es que, a veces, las normas llamadas a ser ponderadas carezcan o presenten de forma fragmentaria o indeterminada el supuesto de hecho de modo que decidir que son pertinentes al caso implique un ejercicio de subsunción que pudiéramos llamar valorativo; no es obvio, por ejemplo, que consumir alcohol o dejarse barba constituyan ejercicio de la libertad religiosa –que lo constituyen–, pero es imprescindible subsumir tales conductas en el tipo de la libertad religiosa para luego ponderar esta con los principios que fundamentan su eventual limitación.

Pero si *antes* de ponderar es preciso de alguna manera subsumir, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna, *después* de ponderar parece que aparece de nuevo la exigencia de subsunción. Y ello es así porque la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por tanto, como la premisa normativa de una subsunción.

“La ponderación nos debe indicar que en las circunstancias X, Y, Z el principio 1 (por ejemplo, la libertad religiosa) debe triunfar sobre el 2 (por ejemplo, la tutela del orden público); de donde se deduce que quien se encuentra en las condiciones X, Y, Z no puede ser inquietado en sus prácticas religiosas mediante la invocación



de la cláusula del orden público. La ponderación se configura, pues, como un intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso; regla que, por cierto, merced al precedente, puede generalizarse y terminar por hacer innecesaria la ponderación en los casos centrales o reiterados”.<sup>73</sup>

Esta orientación de la ponderación hacia la subsunción expresa la necesidad de transformar unas normas que aparecen formuladas como categóricas en hipotéticas o condicionales y, por tanto, aptas para la aplicación judicial.

En efecto, una de las características de los derechos y de sus límites es que en la Constitución aparecen indeterminados, en el sentido de que no resultan enumeradas las condiciones o circunstancias en la que uno ha de ceder o triunfar en presencia de otro.

Por eso se dice que son normas *derrotables*, normas de las que desconocemos los casos en que pueden ser exceptuadas, por más que esos casos existan. *Prima facie* parece que el derecho al honor ha de ser respetado siempre,

---

<sup>73</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Op. Cit.* Pp. 45.



pero asimismo *prima facie* la libertad de expresión también ha de serlo. La ponderación entonces sirve para establecer las condiciones en que triunfa primero o la segunda, dado vida así a normas hipotéticas o condicionales.

## 8. PONDERACIÓN Y DISCRECIONALIDAD

El juicio de ponderación ha sido objeto de una cuidada elaboración doctrinal y jurisprudencial. Tan solo conviene llamar la atención sobre su distinto modo de operar en la esfera pública de la limitación de los derechos y en la esfera privada del conflicto entre los mismos. En la primera se muestra lógicamente más rigurosos, pues la medida limitadora ha de acreditar su *idoneidad* o adecuación para proteger o dar satisfacción a un fin valioso y no inconstitucional; ha de acreditar asimismo que es una medida *necesaria* para alcanzar dicho fin o, lo que es lo mismo, que no existe otro género de intervención que, brindando la misma tutela, se muestre menos lesivo.

Y, por último, ha de superar el *test* de la proporcionalidad en sentido estricto, que a su vez exige “pesar” el grado de afectación del derecho y al mismo tiempo el grado de satisfacción del bien jurídico que pretende tutelar, así como valor el grado de seguridad de las premisas empíricas relativas a la realización efectiva de la afectación y la satisfacción. En cambio, en los conflictos entre derechos de

particulares creo que la ponderación se reduce a este último tramo de la proporcionalidad en sentido estricto.



Cada una de estas fases de la argumentación y, sobre todo, la última ha dado lugar a análisis de notable complejidad y creciente sofisticación.

“Es necesario subrayar que la ponderación dista de ser algo así como una regla matemática capaz de eliminar toda subjetividad. Los pasos o fases que hemos enunciados suponen un llamamiento al ejercicio de valoraciones: cuando se decide la presencia de un fin digno de protección, no siempre claro y explícito en la norma o medida enjuiciada; cuando se examina la aptitud o idoneidad de la misma, cuestión siempre discutible y abierta a cálculos técnicos o empíricos; cuando se interroga sobre la posible existencia de otras intervenciones menos gravosas, tarea en la que el juez ha de asumir el papel de un diligente legislador a la búsqueda de lo más apropiado o económico; y en fin, y sobre todo, cuando se pretende realizar la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, donde la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna y sobre la relación ‘coste/beneficio’ resulta casi inevitable”.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> González Álvarez, Roberto. *Op. Cit.* Pp. 46.



En suma, los principios no disminuyen, sino que incrementan la indeterminación del Derecho. Ni los jueces –tampoco la sociedad– comparten una moral objetiva y conocida, ni son coherentes en sus decisiones, ni construyen un sistema consistente de Derecho y moral para solucionar los casos, ni, en fin, argumentan siempre racionalmente; y ello tal vez se agrave en el caso de la ponderación, donde las *circunstancias del caso* que han de ser tomadas en consideración constituyen una variable de difícil determinación, y donde el establecimiento de una jerarquía móvil descansa irremediabilmente en juicios de valor.

Sin embargo, parece que esto tampoco significa que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío o que pueda conducir a cualquier consecuencia, pues si bien no garantiza una y solo una respuesta para todo caso práctico, sí nos indica qué hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien o derecho y del grado de satisfacción del bien o derecho en pugna.

La ponderación tiene la virtud de hacer más transparente el proceso que conduce a la decisión, obligando a mostrar todas las premisas fácticas y normativas

que son relevantes en el caso, de modo que el esfuerzo de motivación o justificación que se requiere resulte más extenso y profundo. Y, en resumidas cuentas, ahí reside la legitimidad de la interpretación y aplicación del Derecho, en el esmerado razonamiento que precede a un acto de autoridad como es la sentencia.





## CAPÍTULO V

### LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OMNIPRESENCIA CONSTITUCIONAL EN LA TUTELA JUDICIAL DEL DEBIDO PROCESO

El debido proceso es uno de los derechos fundamentales generales presentes en cualquier Constitución que merezca tal apelativo. A pesar de que casi todas las Constituciones de América Latina son prolijas en la consagración de derechos fundamentales, es evidente que la extensa lista de derechos podría reducirse quizás a cinco derechos fundamentales generales: el derecho general de libertad, el derecho general de igualdad, el derecho general de protección, el derecho general a una organización y el derecho general al debido proceso.

El debido proceso conoce una larga tradición en el ámbito de los derechos fundamentales del individuo y, en general, como un principio básico de la organización de cualquier sociedad. “En la tradición occidental, de corte judeocristiana, sus antecedentes podrían remontarse a episodios de épocas tan lejanas como, por ejemplo, la celeberrima convención entre Dios y Abraham en el juicio contra Sodoma y Gomorra –en donde ya aparecen los principios del juez de justicia, legalidad y equidad–, o los principios para la administración de justicia que pueden leerse en el Antiguo Testamento y que ordenan que los juicios sean justos, proscriben de ellos cualquier atisbo de corrupción, instan a la rectitud y al





predominio de los principios de legalidad, inmediación e igualdad, e instituyen reglas sobre pruebas tales como la prueba pericial o el testimonio, así como establecen la presunción de inocencia”.<sup>75</sup>

Como es obvio, desde estos muy lejanos antecedentes hasta el Estado moderno el debido proceso ha experimentado un sinnúmero de variaciones. Lo cierto es, sin embargo, que hoy día este principio y derecho fundamental se encumbra como la pieza estructural de dos de las dimensiones más importantes del Estado: sus perfiles como Estado de derecho y Estado democrático. Si se observa con detenimiento, se reparará que el Estado de derecho es una organización política en la que el poder se ejerce de acuerdo a los debidos procesos establecidos en la ley.

Del mismo modo, debe reconocerse que la democracia no es nada distinto a la institucionalización de un debido proceso para el ejercicio del poder en cualquiera de sus manifestaciones.

Según las definiciones clásicas de democracia, esta forma de gobierno no alude a propiedades sustanciales, sino a elementos formales relativos a la

---

<sup>75</sup> Bernal Pulido, Carlos. EL DERECHO DE LOS DERECHOS. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2005. Pp. 125.



competencia y al procedimiento para el ejercicio del poder. La democracia mecano, un engranaje de procesos debidos, que se articulan entre sí para edificar de este modo, un sistema de control de poderes públicos y privados, que se pueden ejercer de acuerdo con las competencias y las formas de actuación previstas por el derecho.

## **1. LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO**

“La idea estructural del Estado constitucional democrático es el concepto de discurso. Mientras un Estado de corte totalitario o autoritario se concibe como un monólogo en donde la referencia a la autoridad es el criterio definitorio de lo debido y, por tanto, del derecho, en el estado constitucional democrático, el poder se ejerce y el derecho se origina de manera discursiva”<sup>76</sup>, o, como sostiene Nino, deliberativa.

Esto quiere decir que en este tipo de Estado se presuponen mutuamente dirigidos al entendimiento, con el fin de responder la pregunta práctica por excelencia, ¿qué debe hacerse? De esta manera, y tal como lo pensaba originalmente Rousseau, pero ya no para un grupo limitado de ciudadanos hombres,

---

<sup>76</sup> Nino, Carlos Santiago. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1993.



nacionales y propietarios, se entiende que el destinatario del poder estatal participar también en el ejercicio del mismo, que el sujeto del derecho debe ser a la vez autor, y que esta ubicuidad del individuo solo puede obtenerse mediante estructuras discursivas.

Es de este modo que la democracia se estructura en torno a un proceso legislativo, seguido de procesos de ejecución y aplicación de las leyes por parte de la administración y la jurisdicción, en los cuales los individuos intercambian argumentos, pretensiones y evidencias para la defensa de los intereses propios.

En este esquema, entonces, lo debido en general, y el derecho en particular, no dependen de un único concepto de justicia material, impuesto por la visión de la autoridad, sino del diálogo entre interlocutores que exponen sus cosmovisiones y sus necesidades, mediante procedimientos que los incluyen y les ofrecen poder expresarse sin más cortapisas que aquellas que se derivan del respeto de los derechos de los demás.

El principio estructural de la democracia no es un principio material, ni el reconocimiento de una única competencia universal a un soberano, sino el principio del discurso. De acuerdo con este principio, como lo define Habermas, “sólo deben ser consideradas normas válidas, y por consiguiente sólo deben ejecutarse y



aplicarse, aquellas a las que todos los afectados puedan prestar su asentimiento en calidad de participantes en discursos racionales”.<sup>77</sup> Como puede suponerse, estos discursos racionales están estructurados mediante procesos.

Por esta razón, el respeto a los diferentes debidos procesos es la máxima garantía de funcionamiento de la democracia. Es por ello que de ningún modo parece una exageración afirmar que el debido proceso se sitúa en el corazón de la democracia.

Lo anterior describe la dimensión objetiva de la democracia como un conjunto de debidos procesos. Sin embargo, debe repararse que junto a dicha dimensión objetiva existe también una dimensión subjetiva. Los procesos estructurales de la democracia no pueden surtirse de manera autónoma. Por el contrario, tales procesos son el producto de la interacción de varios interlocutores.

Es por esta causa que el individuo presupuesto por el principio del discurso es un interlocutor, un hablante, dotado de capacidad de discernimiento y, por tanto, de la facultad de hacer afirmaciones y fundamentarlas, de criticar y refutar con

---

<sup>77</sup> Habermas, J. SOBRE EL DERECHO Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN TÉRMINOS DE TEORÍA DEL DISCURSO. Editorial Trotta. Madrid. 1998. Pp. 142.

argumentos las afirmaciones de otros individuos, de presentar y controvertir pruebas y de ejercer la más sana de las críticas, la crítica a sí mismo o la autocrítica.



“El ejercicio de todas estas facultades, implícitas en la capacidad de discernimiento, o de imputación, como la llama Klaus Günther, es el sustrato y la materia con la que se componen los procesos democráticos. Como consecuencia puede decirse que estos procesos y aquellas facultades son las dos caras – objetiva y subjetiva– de una misma moneda: la forma de gobierno democrática y los correlativos derechos de participación en los procesos de la vida pública y privada que se atribuyen a los individuos”.<sup>78</sup>

Cabe señalar que, a su vez, estas dos caras –objetiva y subjetiva– de la forma de gobierno democrática no se justifican por sí mismas. El respeto de los procedimientos de gobierno del pueblo y por el pueblo, y de los derechos discursivos del individuo, ciudadano, participante en la deliberación, no constituye un fin en sí mismo.

Su objetivo es a su vez el respeto de los derechos fundamentales materiales del individuo y la búsqueda de la paz y la justicia social. La democracia no se justifica

---

<sup>78</sup> Bernal Pulido, Carlos. *Op. Cit.* Pp. 63.



a sí misma, sino que se fundamenta como un medio para el respeto de libertades, de la igualdad y de los derechos sociales, a la vez que como mecanismo para la construcción de la paz y la armonía sociales, y para la búsqueda de la reducción de las desigualdades, de una mejor distribución de la riqueza y de una mayor eficiencia en el mercado.

Como fundamento en estas consideraciones ya es posible enunciar una primera tesis sobre el carácter del debido proceso como derecho fundamental en el Estado constitucional democrático. Es esta la tesis de la doble naturaleza del debido proceso como derecho fundamental.

Según esta tesis, existen dos maneras de fundamentar el carácter de derecho fundamental del debido proceso: como derecho fundamental autónomo y como garantía o derecho fundamental indirecto.

1. “Como derecho autónomo, el debido proceso debe ser un derecho fundamental, en el sentido de que es el correlato subjetivo institucional del principio del discurso. En este sentido, el derecho fundamental al debido proceso protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer



argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas, y las capacidades para rebatir los argumentos de los demás y de autocriticarse.

2. Como derecho fundamental indirecto o garantía, en segundo lugar, el debido proceso debe ser un derecho fundamental, porque es un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en el Estado democrático.

El respeto a los debidos procesos garantiza la democracia el respeto a la libertad, la igualdad, los derechos políticos o de participación y los derechos sociales”.<sup>79</sup>

## **2 LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO**

Conviene resaltar que el debido proceso se ha institucionalizado en tanto derecho de doble naturaleza, según lo que acabamos de mencionar, como derecho humano en el ámbito internacional y como derecho fundamental en el ámbito nacional.

---

<sup>79</sup> González Álvarez, Roberto. CONSTITUCIÓN, LEY Y PROCESO. Ara Editores. Perú 2013. Pp. 126.



## 2.1 LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En el ámbito internacional, el debido proceso se ha institucionalizado en diversos convenios y pactos que forman parte del derecho internacional de los derechos humanos. Estas normas convencionales se refieren a aspectos como los principios de legalidad, juez natural, favorabilidad y permisibilidad para el sindicado o procesado, a la obligación que corre a cargo del Estado de poner al alcance del sindicado defensores de oficio, a la prohibición de autoincriminación, al derecho al acceso a la justicia y al derecho a la segunda instancia, entre otros.

Estos convenios y pactos no solo constituyen un marco de interrelación política entre países, sino que, además, representan la globalización de la necesidad de proteger, internacionalmente, el derecho al debido proceso.

Además de lo anterior, como bien es sabido, esta institucionalización del debido proceso tiene dos alcances bien definidos.

“Por una parte, (i) le otorga a este derecho el carácter de derecho protegible mediante los procedimientos contenciosos y no contenciosos de los sistemas





internacionales de protección de los derechos humanos; y por otra parte, integra a los ordenamientos jurídicos para la integración de las fuentes internacionales relativas al derecho internacional de los derechos humanos en el bloque de constitucionalidad. Por esta vía, la institucionalización internacional del derecho humano al debido proceso se hace vinculante para el juez interno con la naturaleza de derecho fundamental”.<sup>80</sup>

Hoy día encontramos en el derecho internacional un extenso ámbito de consagración, protección y garantía del derecho fundamental al debido proceso. Como es bien sabido, uno de los principales antecedentes de esta consagración mundial del debido proceso en el derecho público de la modernidad se halla en el artículo 7º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que estipula de manera rotunda el principio de legalidad.

Sin embargo, debe aceptarse que el primer conjunto de normas internacionales sobre el debido proceso se encuentra en los artículos 8º, 10º y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

---

<sup>80</sup> Bernal Pulido, Carlos. *Op. Cit.* Pp. 339.



Mientras el artículo 8º hace alusión a los principios de legalidad y de natural, los artículos 10º y 11 establecen los principios de publicidad, independencia, imparcialidad, la presunción de inocencia y los principios de respeto a las formas de cada juicio y de favorabilidad en materia penal.

Con todo, las normas convencionales del sistema de protección de derechos humanos de la ONU no han sido las únicas en contar con una institucionalización del debido proceso, pues este derecho ha sido también reconocido como derecho humano en el marco del sistema interamericano. Es así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contiene diversas normas atinentes al contenido del debido proceso.

El artículo 4º establece la prohibición de pena de muerte; el artículo 5º se refiere al principio de la restricción de las penas con el fundamento en la integridad personal, los principios relativos a la finalidad de las penas y el mandato de separación entre condenados y sindicados y niños y adultos detenidos; por su parte, el artículo 7º, tal vez uno de los más emblemáticos, consagra detalladamente las regulaciones de la libertad personal que respetan el debido proceso; y por último, los artículos 8º y 25 estipulan todas las garantías de un procedimiento debido.



Junto a lo anterior, debe señalarse que las garantías propias del debido proceso aparecen también en otras normas internacionales sobre derechos humanos. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, reconoce por ejemplo, en su artículo 32, el principio de legalidad como condicionante para efectuar la expulsión de los refugiados. De esta manera, esta convención exige la toma de una decisión conforme a los procedimientos legales vigentes para su procedencia. Adicionalmente, esta convención reconoce el principio del juez natural, y los derechos de defensa, de representación judicial y de contradicción, a favor del refugiado.

Debe mencionarse también la Convención Contra la Tortura y otros Tratados o Penas Cruels inhumanos o degradantes. Esta convención reconoce en su artículo 6º el principio de legalidad, al establecer que “todo Estado Parte” en el proceso de extradición, deberá ejercer la detención de delincuentes, de conformidad con la ley interna. A su vez, en su artículo 7º institucionaliza el principio de juez natural, al prescribir que el supuesto delincuente debe someter a las autoridades competentes para su enjuiciamiento y a las garantías procesales de “trato justo” durante todo el procedimiento.

“Por su parte, el debido proceso es también uno de los derechos humanos más importantes del derecho internacional humanitario. El Convenio 1 de Ginebra,



ley 5º de 1960, reconoce en su artículo 3.1 d, el principio del juez natural consagrar la prohibición de imponer condenas sin juicio previo ante un “tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.<sup>81</sup>

Adicionalmente, en su artículo 49, establece el principio de legalidad, al comprometer a las partes contratantes a desarrollar legislativamente las sanciones penales aplicables a las personas que vulneren las disposiciones del convenio. Finalmente, en su último inciso, instituye las garantías procesales a los inculpados.

El Convenio II de Ginebra, por su parte, consagra en su artículo 3º la supremacía del principio del juez natural y de las garantías procesales, en los casos de conflictos no internacionales entre personas que no participan en las hostilidades. Este convenio, adicionalmente, reconoce en su artículo 50 los principios de legalidad, como obligación de las partes contratantes, y de favorabilidad y defensa, como garantías para los prisioneros de guerra.

A lo anterior debe sumarse lo prescrito por el Convenio III de Ginebra. Este convenio reconoce en sus artículos 3º, 82 a 104, 129 y 130 las garantías procesales

---

<sup>81</sup> Bernal Pulido, Carlos. *Op. Cit.* Pp. 343.



y los principios de legalidad (para prisioneros de guerra), juez natural, *non ídem*, igualdad y proporcionalidad en aspectos de naturaleza sancionatoria, notificación (se anuncia al prisionero de guerra inculcado sobre la investigación en su contra y la decisión que se suma), contradicción y defensa (de la oportunidad al prisionero para que defienda, aporte pruebas e interponga los recursos del caso), y finalmente, de celeridad en las diligencias judiciales contra prisioneros de guerra.

El Convenio IV de Ginebra, reconoce en sus artículos 3º, 33, 43, 64 a 75, 78, 114 y 123 los principios de trato humano sin discriminación alguna, presunción de inocencia (las personas protegidas no se castigarán sino hasta que se pruebe su culpabilidad), segunda instancia (reconsideración de una decisión que afecte una persona internada, por parte de un tribunal o consejo administrativo), celeridad (en dar a conocer la información relacionada con los procesos de liberación del internamiento), publicidad, defensa (no se puede negar a un condenado a muerte el derecho de solicitar el indulto) y legalidad (las decisiones sobre residencia forzosa se toman según procedimientos legítimos y por autoridad), entre otros.

Finalmente, los Protocolos Adicionales I y II de los Convenios de Ginebra, reconocen, en relación con el derecho humano al debido proceso, en sus artículos 45 y 75, especialmente, garantías procesales y principios tales como “el trato más favorable”, la no discriminación, publicidad y notificación eficaz y oportuna (la



persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado (debe ser informada sin demora y en el idioma que comprenda), cumplimiento de las formas propias del juicio previamente señaladas en la ley, presunción de inocencia, prohibición de autoincriminación (derecho a “no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable”), publicidad de la sentencia y defensa (el condenado podrá interponer los recursos procedentes), entre otros.

Tales derechos *fundamentales* no son solo los que aparecen recogidos en el Estatuto Superior, o Constitución en sentido formal, sino los consagrados en instrumentos internacionales que vinculan al Estado, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El Dr. Sergio García Ramírez en su recopilación de criterios de la jurisprudencia interamericana, indica que en su experiencia como juez, los temas relativos al debido proceso han figurado con gran frecuencia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto de manera contenciosa como consultiva.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> García Ramírez, Sergio. EL DEBIDO PROCESO. CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA. Editorial Porrúa. México 2012. Pp.3.



Oscar Schiappa-Pietra observa que el artículo 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos –precepto que establece las normas primordiales del debido proceso- “es el que ha merecido mayor número de casos ante el sistema europeo de protección de los derechos humanos”.<sup>83</sup>

Todo hace suponer que la reflexión jurisdiccional tanto en el Tribunal Interamericano como en el europeo, acerca del debido proceso, lo invisten de la categoría de un concepto crucial para la tutela de los derechos humanos.

En la estadística general de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que abarca los casos en que ésta ha conocido desde que dicho tribunal fue instalado (1979) hasta el año 2009, se ha declarado la existencia de la violación del artículo 8 de la Convención (Garantías Judiciales) en 98 litigios; y la violación al artículo 25 (Protección Judicial) en 95.

Víctor Manuel Rodríguez Rescia, destaca que “el derecho a un debido proceso es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la

---

<sup>83</sup> Novac, Fabían y Mantilla, Julissa. Notas sobre el debido proceso en el marco del sistema regional europeo para la protección de los derechos humanos. Las garantías del debido proceso. Materiales de enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Estudios Internacionales / Embajada Real de los Países Bajos. Lima, Perú. 1996. Pp. 145.

forma más usual en que los operadores judiciales hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional”.<sup>84</sup>



En el ámbito penal, el debido proceso —advirtió Ricardo Levene— “Tiene que tratar y lograr la armonía de los dos grandes intereses en juego, el interés social, conmovido, perjudicado, dañado, atemorizado por la comisión de un delito, y el interés individual puesto en peligro por su sometimiento a un proceso”.<sup>85</sup>

En fin de cuentas, hoy día existe un panorama renovado del debido proceso, en constante revisión y precisión, que se ha visto fuertemente influido por el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia proveniente de los tribunales que tienen a su cargo la interpretación y aplicación de los tratados sobre esta materia.

---

<sup>84</sup> Fix-Zamudio, Héctor. El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 1998. Volumen II. Pp. 1296.

<sup>85</sup> Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD)/Corte Suprema de Justicia. El debido proceso penal y otros temas. San José, Costa Rica. 1981. Pp. 27.



### 3. LOS TITULARES DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO



“El principio general que condiciona el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas jurídicas a la naturaleza del derecho objeto de la vulneración o amenaza tiene clara expresión en los derechos fundamentales procesales, anclados en el principio del Estado de derecho”.<sup>86</sup>

“El carácter ‘procesal’ de ciertos derechos constitucionales fundamentales: derecho de defensa, derecho al debido proceso, derecho de contradicción, derecho a la doble instancia y el derecho de acceso a la administración de justicia se predica de determinados derechos que pueden ser invocados por todo tipo de personas, naturales o jurídicas, sean ellas privadas, públicas o extranjeras.

Asimismo, mientras que el ejercicio de los derechos fundamentales sustanciales o materiales depende de la naturaleza del derecho en cuestión, los derechos procesales fundamentales contienen principios objetivos de procedimiento de carácter universal, aplicables a los procesos judiciales y

---

<sup>86</sup> Cifuentes Muñoz, Eduardo. Citado por Bernal Pulido, Carlos. *Op. Cit.* Pp. 349.

administrativos, y a los cuales puede apelarse indistintamente por parte de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas”.<sup>87</sup>



En este sentido puede decirse que el derecho fundamental al debido proceso, que sin lugar a dudas se atribuye a las personas naturales, es uno de los derechos fundamentales autónomos de las personas jurídicas.

Bien es sabido que, según la jurisprudencia constitucional, este tipo de personas tiene dos tipos de derechos fundamentales.

Por una parte, son titulares de derechos fundamentales derivados, que les son otorgados porque su protección implica una protección indirecta pero efectiva de los derechos de aquellos individuos que conforman la persona jurídica.

Por otra parte, sin embargo, las personas jurídicas están dotadas de derechos fundamentales autónomos, cuya satisfacción no estriba en la protección de ningún derecho fundamental atribuible a una persona natural, sino en la protección de las características y los elementos de la propia persona jurídica. Entre

---

<sup>87</sup> *Ibidem.*

estos derechos se cuentan el buen nombre, la igualdad y, como hemos visto, también el derecho fundamental al debido proceso.



Una peculiaridad de la tesis jurisprudencial antes citada reside en la atribución del derecho fundamental al debido proceso también a las personas jurídicas públicas.

Esta atribución disuena a primera vista de la tesis clásica de la teoría del Estado liberal de derecho, según la cual las instituciones estatales no están dotadas de derecho sino de competencias.

El Estado de derecho otorga derechos subjetivos a los individuos, al paso que atribuye competencias a instituciones que conforman las diversas ramas del poder público.

Si se parte de esta lógica, entonces difícilmente se podría estar de acuerdo con la atribución del derecho fundamental a las instituciones estatales o, en la terminología de la Corte Constitucional, a las personas jurídicas públicas.



A pesar de lo anterior, aquí debe argumentarse que es preciso reevaluar la mencionada tesis clásica de la diferencia entre derechos de los ciudadanos y competencias del Estado.

Tal vez la más reconocida particularidad que el advenimiento del Estado social de derecho trajo consigo fue la superación de la estricta división de las órbitas de la sociedad y del Estado.

En el Estado social de derecho, como sostiene el tópico, se presenta una socialización del Estado y una estatalización de la sociedad.

Es en este marco, por ejemplo, que surgen figuras como las empresas industriales del Estado, que, a pesar de pertenecer al andamiaje de la administración, se organizan como empresas privadas y participan en el mercado como tales.

“La socialización del Estado implica reconocer que las instituciones que lo conforman ya no pueden concebirse únicamente como instancias dotadas de *potestad*, es decir, de un poder que se ejerce mediante competencias. Antes bien,



las instituciones del Estado interactúan en todos los ámbitos sociales como interlocutores que se asemejan en el discurso a los particulares”.<sup>88</sup>

Si ello es así, también las instituciones estatales deben poder gozar del derecho fundamental al debido proceso, por cuanto este derecho protege la intervención de todos los interlocutores, públicos y privados, extranjeros y nacionales, en la deliberación pública, en el discurso en el que se toman las decisiones políticas, jurídicas, y las atinentes al mercado y a todos los asuntos sociales.

No debe concluirse esta sección relativa a la titularidad del derecho fundamental al debido proceso sin llevar a cabo una alusión concerniente a otros dos grupos de titulares de este derecho.

También el embrión y los grupos, clases y colectivos son titulares del derecho fundamental al debido proceso. A pesar de que algunas constituciones no lo establezca explícitamente, estos sujetos son titulares del derecho al debido proceso en virtud de la naturaleza de garantía que este tiene.

---

<sup>88</sup> Bernal Pulido, Carlos. *Op. Cit.* Pp. 350.

#### 4. EL OBJETO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO



El derecho fundamental al debido proceso es un derecho complejo que se proyecta en todos los ámbitos de la vida pública y privada y que se ha institucionalizado en la Constitución en diversas reglas y principios.

Aunque estas reglas se refieren casi por entero al debido proceso que debe aplicarse en la jurisdicción y en la administración, debe enfatizarse que, por su carácter estructural para la democracia y el Estado de derecho, el debido proceso también debe aplicarse en las demás actuaciones estatales y particulares.

De este modo, existe un debido proceso legislativo, un debido proceso en las actuaciones que llevan a cabo los organismos de control, los órganos de las entidades territoriales, la banca central, el poder constituyente derivado y los particulares.

En relación con este último aspecto, debe recordarse que “el debido proceso es uno de los derechos en los que la doctrina de la *Drittwirkung* o eficacia horizontal



de los derechos fundamentales ha calado con mayor profundidad en nuestro ordenamiento jurídico”.<sup>89</sup>

En una extensa jurisprudencia, que aquí no puede ser considerada, los tribunales constitucionales de Latinoamérica han enfatizado que particulares como los colegios, las universidades y los empleadores deben respetar el derecho al debido proceso cuando lleven a cabo actuaciones que impliquen afectaciones a derechos sustanciales de los individuos que en relación con ellos se hallan en una posición de subordinación.

El respeto del debido proceso en este ámbito se justifica porque las reglas procesales “configuran instrumentos para realizar objetiva y oportunamente el derecho material”.<sup>90</sup>

Ninguna autoridad dentro del Estado está en capacidad de imponer sanciones o castigos ni de adoptar decisiones de carácter particular encaminadas a afectar en concreto a una o varias personas en su libertad o en sus actividades si previamente no ha sido adelantado un proceso en cuyo desarrollo se haya brindado

---

<sup>89</sup> Barrera Carbonell, Antonio. Citado por Bernal Pulido, Carlos. *Op. Cit.* Pp. 253.

<sup>90</sup> Tafur Galvis, Álvaro. Citado por: Bernal Pulido, Carlos. *Op. Cit.* Pp. 252.



a los sujetos pasivos de la determinación la plenitud de las garantías que las constituciones incorporan.

En este sentido, las garantías del debido proceso aseguran a la persona sometida a cualquier proceso “una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho”.<sup>91</sup>

Por esta razón, resulta contrario al ordenamiento jurídico que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos proceda conforme a su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función, pues en tal caso su actuación subjetiva y caprichosa se convierte en una vía de hecho, para la vulneración al debido proceso.

Desde este punto de vista, el debido proceso es un derecho fundamental que también goza de una dimensión de derecho de defensa, cuya finalidad es proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no

---

<sup>91</sup> Ibidem.



solo de las actuaciones procesales, sino en las decisiones que adopten y pueden afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellas.



Es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales.

Sin embargo, esta dimensión subjetiva del derecho fundamental al debido proceso es correlativa a una dimensión objetiva.

El respeto al debido proceso se erige como un presupuesto indispensable para garantizar el cumplimiento cabal de los fines del Estado, contenidos en el ordenamiento jurídico, en especial aquellos que garantizan la efectividad de los principios, derechos y deberes contenidos en el texto constitucional.

El respeto al debido proceso es una exigencia *sine qua non* para la garantía de los demás principios, derechos y deberes sustanciales, en particular aquellos que establece la propia Constitución.



“El debido proceso, comprende la garantía de que todos los demás derechos reconocidos en la Carta serán rigurosamente respetados por el juez al resolver los asuntos sometidos a su competencia, como única forma de asegurar la materialización de la justicia, meta última y razón de ser del ordenamiento positivo”.<sup>92</sup>

Dichos principios y garantías se convierten así en normas rectoras a las cuales deben ajustarse tanto las autoridades como las partes que intervienen en el proceso pues su desconocimiento acarrea la violación de la Ley Suprema.

Es clara la sujeción de las autoridades judiciales al derecho fundamental al debido proceso, como también es claro que el ejercicio de sus funciones públicas se encuentra delimitado por el marco de lo jurídicamente autorizado. Así, ninguna autoridad judicial podrá desbordar los márgenes de juridicidad en el ejercicio de sus competencias, pues ellas no le han sido dadas como fin sino como medio para conseguir la protección y garantía de la recta administración de justicia.

Como las demás funciones del Estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico, solo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos

---

<sup>92</sup> González Álvarez, Roberto. *Op. Cit.* Pp. 129.



con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positivamente a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene una persona de acudir a la recta administración de justicia.

De este modo, si la jurisdicción no imparte una recta administración de justicia y, por ejemplo, dicta una sentencia que adolece de vicios o errores de derecho, violará el derecho fundamental al debido proceso.

En general, se produce una violación semejante de este derecho fundamental siempre que se desconozcan las reglas de procedimiento por parte de los funcionarios encargados de conducir el proceso.

Además de ello, los actos efectuados sin reconocimiento de las mencionadas reglas de procedimiento adolecerán de ilegitimidad.

La pregunta que, sin embargo, puede plantearse a partir de los anteriores argumentos es, ¿si cualquier transgresión, por mínima que sea, del procedimiento



previsto por la ley, tiene relevancia constitucional como violación del derecho fundamental al debido proceso?

La respuesta debe ser negativa. “Existe una diferencia crucial entre el debido proceso constitucional y el debido proceso legal. En el plano constitucional, el debido proceso garantiza que el diseño de los procedimientos judiciales y administrativos esté rodeado de los elementos requeridos –defensa, contradicción, etc.– para que el procedimiento resulte compatible con el orden constitucional. Se trata, por decirlo de alguna manera, de garantizar que el proceso en sí mismo no resulte una mera pantomima o remedo de actuación judicial o administrativa y que, además, conduzca a la realización de su propósito. También involucra, en su fase operativa, que se respeten las formas y los momentos establecidos legalmente”.<sup>93</sup>

Este debido proceso constitucional no debe confundirse con el debido proceso legal, que se refiere al desarrollo legislativo de los principios constitucionales que conforman el contenido de este derecho fundamental.

Esta diferencia tiene una significativa relevancia en la práctica. Mientras las vulneraciones al debido proceso constitucional pueden ser objeto de acción de

---

<sup>93</sup> González Álvarez, Roberto. *Op. Cit.* Pp. 279.



tutela y conducen en este o en otro procedimiento de control de constitucionalidad a la declaración de inconstitucionalidad de los actos que conforman el procedimiento. En consecuencia, trasgresor, aquellas infracciones menores que no trascienden al proceso o que no afectan su compatibilidad con la Constitución no tienen relevancia constitucional.

Dicho en otras palabras, las violaciones al debido proceso legal no tienen relevancia constitucional a menos que trasciendan por su entidad al ámbito constitucional y se conviertan en violaciones indirectas del debido proceso constitucional.

La consecuencia de esta distinción lleva entonces a preguntar cuáles son las características y los contenidos del debido proceso constitucional.

“El debido proceso, en tanto que derecho constitucional, contiene elementos autónomos y determinantes para ‘lograr la dignidad humana’ y para generar condiciones bajo las cuales se garanticen los elementos necesarios ‘para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo con ella’, que definen la calidad de fundamental de un derecho”.<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> Bernal Pulido, Carlos. *Op. Cit.* Pp. 257.



Entre dichos elementos se encuentran el derecho al juez natural, el derecho a presentar y controvertir las pruebas, el derecho de defensa y el derecho a una defensa técnica, el derecho a apelar (relativo en ámbitos no sancionatorios), y el principio de predeterminación de las reglas procesales (principio de legalidad), el derecho a la publicidad de los procesos y decisiones judiciales (prohibición de juicios secretos).

Algunos de estos principios que componen el contenido constitucional del debido proceso, como un derecho fundamental complejo, se suelen denominar principios integradores.

#### **4. EL PRINCIPIO DE OMNIPRESENCIA CONSTITUCIONAL Y EL DEBIDO PROCESO**

Que el Derecho pueda tener lagunas y que los juristas puedan recurrir a los principios en determinadas circunstancias son afirmaciones pacíficas en la cultura jurídica moderna y acogidas en muchas codificaciones de los siglos XIX y XX. Sin embargo, el uso de los principios en la argumentación jurídica permaneció por mucho tiempo como algo marginal.



Las cosas han cambiado mucho a partir de la segunda mitad del siglo por la concurrencia de varios factores como la propagación de movimientos antiformalistas, la crisis de la ley como instrumento de formulación de reglas estables para la protección y regulación de intereses generales, la promulgación en muchos países de constituciones extensas, rígidas y garantistas, y los ataques al positivismo jurídico iniciados por Ronald Dworkin.

Todo ello ha inspirado un notable debate sobre los distintos modos posibles de dar cuenta de la presencia de los principios en el Derecho.

Esto tiene como resultado o consecuencia, la hegemonía y materialidad de la Constitución y a su vez, se enarbola la garantía de las normas constitucionales a partir de la ampliación e interconexión sistemática de los mecanismos y vías protectoras. El garantismo es, entonces, la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad.

Esto, aunado a la idea de ampliación y progresividad (no regresividad) de los derechos fundamentales, ha suscitado la ampliación de las dogmáticas constitucionales, no solo a su ámbito directo de aplicación sino al resto de normas del ordenamiento jurídico.



El principio de omnipresencia constitucional busca en el sentido explicado anteriormente, desarrollar la idea de que en las supuestas varias interpretaciones posibles de una norma sub-constitucional, se opte por aquella que en mayor medida favorezca la eficacia de la norma constitucional, y aun especialmente en el caso de las normas *dogmáticas*, es decir, de las normas reguladoras de derechos y libertades (interpretación *pro libertate*), esto, merced a la fuerza expansiva de la Constitución y especialmente del derecho a la libertad, que en las constituciones liberales se interpreta como *libertad negativa*, es decir, de la máxima libertad para el individuo y el máximo límite al poder de coerción del Estado.

La responsabilidad del intérprete jurídico entonces, no solo exige reconocer la operatividad jurídica de la Constitución, sino dirigir su actividad hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales sin distorsionar su contenido, de tal manera que cuando una disposición es susceptible de interpretarse en dos o más sentidos, es preferible entenderla en aquel que le permite tener algún efecto constitucional antes que en el sentido en el cual no podría tener ninguno.

El debido proceso entonces, al ser un derecho fundamental, se encuentra protegido constitucionalmente en todas sus instancias, debido a la observancia del principio de omnipresencia constitucional.



## CONCLUSIÓN



La garantía del debido proceso debe entenderse como garantía de un derecho fundamental. La aplicación y el respeto de los derechos fundamentales durante el proceso no pueden limitarse por medio de juicios de *deber ser* ni por juicios de *ser*, ni tampoco por ninguna situación empírica o de hecho.

La idea de los derechos fundamentales como mandatos de optimización debe acogerse y entenderse como omnipresente en todos los aspectos, tanto normativos como de hecho en lo que respecta a los actos procesales.

En ese sentido, puede afirmarse que garantizar el derecho al debido proceso como derecho fundamental constituye efectivamente una irradiación constitucional de contenido; contradiciendo la propuesta de Kelsen de que las normas pueden tener cualquier contenido y este no puede deducirse lógicamente de la norma jerárquica superior.

El principio de omnipresencia de la Constitución se interpreta de la siguiente manera: Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico y como consecuencia de ello, la Constitución regula plenamente la legislación.



La consecuencia inmediata del principio de omnipresencia constitucional es, que en los denominados *casos difíciles* (entendiendo por tales en la dogmática dworkiniana, aquellos casos en los que la conducta es difícilmente tipificada en una norma o en los que es dudosa la aplicación de las normas para resolverlos), aplicar la subsunción significa la posibilidad de cometer una injusticia notoria, por lo tanto, el juez debe ponderar las circunstancias y derechos en juego para resolver de conformidad con el respeto a los derechos fundamentales de quien está siendo procesado.

Ello es así, porque las normas jurídicas pueden tener *excepciones implícitas*, es decir, excepciones que no son explícitas, que no aparecen taxativamente reguladas en la ley, situación a la que se ha llamado *derrotabilidad de las normas jurídicas*. Esto inutilizaría la subsunción como método para garantizar los derechos fundamentales en los ya descritos *casos difíciles*, ya que la subsunción no permite analizar ni valorar las circunstancias no tipificadas en la ley, pudiendo llegarse con la aplicación subsuntiva a decisiones que violenten los derechos fundamentales de las personas sometidas a proceso.

Los órganos jurisdiccionales tienen obligación de tutelar el debido proceso en el sentido de garantizarlo como derecho fundamental por estar constituido precisamente en normas fundamentales y su contenido equipararse a la condición del principio de omnipresencia constitucional.



## BIBLIOGRAFÍA

1. Acosta Alvarado, Paola Andrea. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Colombia. 2007.
2. Alchourrón, Carlos E. Y Bulygin, Eugenio. INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS SOCIALES. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2002.
3. Alexy, Robert. SISTEMA JURÍDICO Y RAZÓN PRÁCTICA. Editorial Doxa. España. 1988.
4. Aristóteles. ÉTICA A EUDEMO. Editorial Alianza. Madrid. 2002.
5. Aristóteles. ÉTICA A NICÓMACO. Editorial Alianza. Madrid. 2002.
6. Aristóteles. POLÍTICA. Editorial Alianza. Madrid. 2002.
7. Bachof, O. JUECES Y CONSTITUCIÓN. Editorial Taurus. Madrid. 1963.
8. Barveris, M. CONSTITUCIONALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO, CONSTITUCIONALIZACIÓN. Editorial Doxa. España. 1999.
9. Berlin, Isaiah. CONCEPTOS Y CATEGORÍAS. Fondo de Cultura Económica. México. 1983.
10. Bernal Pulido, Carlos. EL NEOCONSTITUCIONALISMO A DEBATE. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006.
11. Bernal Pulido, Carlos. EL DERECHO DE LOS DERECHOS. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2005.



12. Betegón, Jerónimo, y De Páramo, Juan Ramón. DERECHO Y MORALIDAD. Ensayos Analíticos. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1990.
13. Bidart Campos, Germán José. TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1989.
14. Bodenheimer, Edgar. TEORÍA DEL DERECHO. Fondo de Cultura Económica. México. 1989.
15. Borowski, Martín. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2003.
16. Brandt, R.B. TEORÍA ÉTICA. Editorial Alianza. Madrid. 1982.
17. Buergenthal, Thomas; Grossman, Claudio; Nikken, Pedro. MANUAL INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas/San José. 1990.
18. Capella, J. R. LOS CIUDADANOS SIERVOS. Editorial Trotta. Madrid. 1993.
19. Carbonell, Miguel. NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Trotta. México. 2009.
20. Carrió, Genaro Rubén. SOBRE EL CONCEPTO DE DEBER JURÍDICO. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1966.
21. Cicerón. SOBRE LOS DEBERES. Editorial Alianza. Madrid. 2002.
22. Delgado Pinto, J. EL VOLUNTARISMO DE Kelsen Y SU CONCEPCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO COMO SISTEMA NORMATIVO DINÁMICO. En



- FILOSOFÍA Y DERECHO. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia. España. 1977.
23. Del Vecchio, Giorgio. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Bosch. Barcelona. 1980.
  24. Díez Picazo, Luis. EXPERIENCIAS JURÍDICAS Y TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Ariel. Madrid. 1973.
  25. Dworkin, R. EL POSITIVISMO Y LA INDEPENDENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.
  26. Dworkin, Ronald. LIBERALISMO, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA. Editorial La Isla de La Luna. Buenos Aires. 2003.
  27. Ibáñez, Perfecto Andrés. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Editorial Palestra. Perú. 2007.
  28. Prieto Sanchís, Luis. LA FILOSOFÍA PENAL DE LA ILUSTRACIÓN. Editorial Palestra, Perú. 2007.
  29. Dworkin, R. LOS DERECHOS EN SERIO. Editorial Ariel. Barcelona. 1977.
  30. Ferrajoli, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Editorial Trotta. Madrid. 1995.
  31. Faralli, Carla. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA. Editorial Hispania Libros. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2007.
  32. Ferrater Mora, José. DICCIONARIO DE FILOSOFÍA ABREVIADO. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 2002.
  33. Finnis, John. LEY NATURAL Y DERECHOS NATURALES. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2000.



34. Fix-Zamudio, Héctor. EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Volumen II. San José, Costa Rica. 1998.
35. Galvis Ortiz, Ligia. COMPRESIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Ediciones Aurora. Bogotá. 2008.
36. Gros Espiell, Hector. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA AMERICANO. Editorial Libro Libre. San José, Costa Rica. 1986.
37. García Hidobro, Joaquín. RAZÓN PRÁCTICA Y DERECHO NATURAL. Editorial Edeval. Valparaíso. 1993.
38. García Maynez, Eduardo. ÉTICA. Editorial Porrúa. México. 1970.
39. García Maynez, Eduardo. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 2002.
40. García Maynez, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 2002.
41. García Maynez, Eduardo. POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO SOCIOLOGICO Y IUSNATURALISMO. Editorial Fontamara. México. 2002.
42. García Morente, Manuel. LECCIONES PRELIMINARES DE FILOSOFÍA. Editores Mexicanos Unidos, S.A. México. 1990.
43. García Ramírez, Sergio. EL DEBIDO PROCESO. CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA. Editorial Porrúa. México. 2012.
44. Geiger, Theodor. DERECHO Y MORAL. Editorial Alfa. Barcelona. 1982.



45. González Álvarez, Roberto. CONSTITUCIÓN, LEY Y PROCESO. Ara Edit  
Perú. 2013.
46. Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN  
CONSTITUCIONAL. Editorial Trotta. IJ UNAM. Madrid. 2010.
47. Haberle, Peter. PLURALISMO Y CONSTITUCIÓN. Editorial Tecnos. Madrid.  
2008.
48. Habermas, J. SOBRE EL DERECHO Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE  
DERECHO EN TÉRMINOS DE TEORÍA DEL DISCURSO. Editorial Trotta.  
Madrid. 1998
49. Hart, H.L.A. ¿HAY DERECHOS NATURALES? Derecho y Moral.  
Contribuciones a su análisis. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1962.
50. Hayek, Friedrich A. LOS FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD. Unión Editorial.  
Madrid. 1998.
51. Hobbes, Thomas. LEVIATAN. La materia, forma y poder de un Estado  
eclesiástico y civil. Alianza Editorial. Madrid. 1999.
52. Huntington, Samuel P. EL CHOQUE DE CIVILIZACIONES Y LA  
RECONFIGURACIÓN DEL ORDEN MUNDIAL. Editorial Paidós. Barcelona.  
2011.
53. Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del  
Delincuente (ILANUD)/Corte Suprema de Justicia. EL DEBIDO PROCESO  
PENAL Y OTROS TEMAS. San José, Costa Rica. 1981.
54. Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. UNAM. México. 1982.



55. Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. UNAM. México. 1983.
56. Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DE LAS NORMAS. Editorial Trillas. México. 2007.
57. La Torre, Massimo. DERECHO Y CONCEPTO DE DERECHOS. TENDENCIAS EVOLUTIVAS DESDE UNA PERSPECTIVA EUROPEA. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. España. 1993.
58. Laviña, Félix. SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1987.
59. Legaz y Lacambra, Luis. LA OBLIGATORIEDAD JURÍDICA. Anuario de Filosofía del Derecho Número 1. Madrid. 1953.
60. Levy-Bruhl, Henri. SOCIOLOGÍA DEL DERECHO. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires. 1966.
61. López Aguilar, J. F. LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES. ¿PUEDE SOBREVIVIR LA JUSTICIA A LOS JUECES INDEPENDIENTES?. CLAVES DE LA RAZÓN PRÁCTICA. Centro de estudios Constitucionales. Madrid. 1995.
62. Malem Seña, Jorge F. CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL. Editorial Ariel. Barcelona. 1988.
63. Manili, Pablo Luis (Coordinador). DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2005.
64. Martínez Gálvez, Arturo. DERECHOS HUMANOS Y EL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Vile. Guatemala. 1990.





65. Martínez Roldan, Luis & Fernández Suarez, Jesús A. CURSO DE TEOLOGÍA DEL DERECHO. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. 1997.
66. Mejía Quintana, Oscar. DERECHO, LEGITIMIDAD Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA. Editorial Temis
67. Mejía Quintana, Oscar. TEORÍA POLÍTICA, DEMOCRACIA RADICAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Temis
68. Melden, A.I. OBLIGACIÓN JURÍDICA Y OBLIGACIÓN MORAL. Cuadernos de Crítica. UNAM. México. 1977.
69. Molina, Enrique. LA MORAL ENTRE LA CONVICCIÓN Y LA UTILIDAD. Ediciones Eunate. Pamplona. 1996.
70. Monroy Cabra, Marco Gerardo. LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1980.
71. Nieto, A. LA ORGANIZACIÓN DEL DESGOBIERNO. Editorial Ariel. Barcelona. 1990.
72. Nino, Carlos Santiago. DERECHO, MORAL Y POLÍTICA. Editorial Ariel. Barcelona. 1994.
73. Nino, Carlos Santiago. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1993.
74. Novac, Fabían y Mantilla, Julissa. NOTAS SOBRE EL DEBIDO PROCESO EN EL MARCO DEL SISTEMA REGIONAL EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO. MATERIALES DE ENSEÑANZA. Pontificia Universidad



Católica del Perú, Centro de Estudios Internacionales / Embajada Real de

Países Bajos. Lima, Perú. 1996.

75. Olano García, Hernán Alejandro. INTERPRETACIÓN Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Porrúa. México. 2006.
76. Patzig, G. ÉTICA SIN METAFÍSICA. Editorial Alfa. Buenos Aires. 1975.
77. Peña Freire, Antonio Manuel. LA GARANTÍA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. Editorial Trotta. Madrid. 1997.
78. Pérez Luño, Antonio Enrique. TEORÍA DEL DERECHO. Una Concepción de la Experiencia Jurídica. Editorial Tecnos. Madrid. 1997.
79. Popper, Karl. EN BUSCA DE UN MUNDO MEJOR. Ediciones Paidós. España. 1994.
80. Pozzolo, Susanna, citando a Zagrebelsky. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Palestra. Perú. 2011.
81. Prieto Sanchís, L. IDEOLOGÍA E INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Editorial Tecnos. Madrid. 1987.
82. Prieto Sanchís, Luis. CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO. Editorial Fontamara. México. 1997.
83. Prieto Sanchís, Luis. DIEZ ARGUMENTOS SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO, JUICIO DE PONDERACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Universidad de Castilla-La Mancha. En: González Álvarez, Roberto. CONSTITUCIÓN LEY Y PROCESO. Ara Editores. Perú 2013.



84. Radbruch, Gustav. Schmidt, Eberhart. Welsel, Hans. DERECHO INJUSTO  
DERECHO NULO. Editorial Aguilar. Madrid. 1971.
85. Ramírez Cardona, Alejandro. EL ESTADO DE JUSTICIA. Editorial Temis.  
Colombia. 1996.
86. Raz, J. LA AUTORIDAD DEL DERECHO. UNAM. México. 1982.
87. Rawls, John. JUSTICIA COMO EQUIDAD. MATERIALES PARA UNA TEORÍA  
DE LA JUSTICIA. Editorial Tecnos. Madrid. 1986.
88. Rawls, John. LIBERALISMO POLÍTICO. Fondo de Cultura Económica. México.  
2003.
89. Rawls, John. TEORÍA DE LA JUSTICIA. Editorial Fondo de Cultura Económica.  
México. 1978.
90. Recaséns Siches, Luis. NUEVA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL  
DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1980.
91. Rolz Bennett, José. EL PROBLEMA DE LA SEGURIDAD EN LA ESTIMATIVA  
JURÍDICA. Universidad Nacional. Guatemala. 1941.
92. Rossi, N. JUECES Y DEMOCRACIA. Editorial Trotta. Madrid. 1994.
93. Rousseau, Jacques. DISCURSO SOBRE EL ORIGEN Y LOS  
FUNDAMENTOS DE LA DESIGUALDAD ENTRE LOS HOMBRES Y OTROS  
ESCRITOS. Editorial Tecnos. Madrid. 1987.
94. Rousseau, Jacques. EL CONTRATO SOCIAL O PRINCIPIOS DE DERECHO  
POLÍTICO. Editorial Tecnos. Madrid. 1988.
95. Russell, Bertrand. HISTORIA DE LA FILOSOFÍA OCCIDENTAL Tomos I y II.  
Editorial Austral. España. 2007.



96. Santiago Nino, Carlos. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2001.
97. Santos, B. de Sousa. ESTADO, DERECHO Y LUCHAS SOCIALES. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá. 1991.
98. Serrato Moreno, J.L. ECOLOGÍA Y DERECHO. Editorial Comares. Granada. 1992.
99. Singer, P. DEMOCRACIA Y DESOBEDIENCIA. Ariel. Barcelona. 1984.
100. Stammler, Rudolf. TRATADO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Nacional. México. 1974.
101. Stevenson, Leslie y Haberman, David L. DIEZ TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA HUMANA. Editorial Cátedra. Madrid. 2001.
102. Stuart Mill, John. EL UTILITARISMO. Alianza Editorial. Madrid. 1984.
103. Stuart Mill, John. PRINCIPIOS DE ECONOMÍA POLÍTICA. Fondo de Cultura Económica. México. 1978.
104. Stuart Mill, John. SOBRE LA LIBERTAD. Alianza Editorial. Madrid. 1970.
105. Terán, Manuel. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1977.
106. Truyol y Serra, Antonio. HISTORIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO 2. Editorial Alianza Universidad Textos. Madrid. 1995.
107. Vilanova, José. ELEMENTOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1977.
108. Von Ihering, Rudolph. LA LUCHA POR EL DERECHO. Valeta Ediciones S.R.L. Buenos Aires. 2004.



109. Von Savigny, Friedrich Karl. METODOLOGÍA JURÍDICA. Valeta Ediciones S.R.L. Buenos Aires. 2004.
110. Von Ihering, Rudolf. EL FIN EN EL DERECHO. Editorial Heliasta. 1978.
111. Weber, Max. ECONOMÍA Y SOCIEDAD. Fondo de Cultura Económica. México. 1987.
112. Witker Velásquez, Jorge y Larios Velasco, Rogelio. METODOLOGÍA JURÍDICA. Editorial McGraw-Hill. México. 2002.
113. Wolff, R.P. PARA COMPRENDER A RAWLS. Fondo de Cultura Económica. México. 1977.
114. Wright, George Henrik von. NORMA Y ACCIÓN, UNA INVESTIGACIÓN LÓGICA. Editorial Tecnos. Madrid. 1979.
115. Zagrebelsky, Gustavo. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Editorial Tecnos. Madrid. 1987.
116. Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. Editorial Trotta. Madrid. 1997.
117. Constitución Política de la República de Guatemala.
118. Convención Americana Sobre los Derechos Humanos.
119. Carta Interamericana de Derechos Humanos.
120. Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.
121. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
122. Convención Americana Para Prevenir y Sancionar la Tortura.
123. Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas.
124. Convención de Belém do Pará.

125. Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.
126. Protocolo de San Salvador.
127. Otras leyes relacionadas con el problema a investigar.

