

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



**AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL
Y NEOCONSTITUCIONALISMO**

LICENCIADO

EDGAR ALBERTO PÉREZ CIFUENTES

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2017

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

AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL Y NEOCONSTITUCIONALISMO



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el Licenciado

EDGAR ALBERTO PÉREZ CIFUENTES

Previo a conferírsele el Grado Académico de

MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

(Magister Scientia)

con distinción CUM LAUDE

Guatemala, octubre de 2017

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

| | |
|-------------|-------------------------------------|
| DECANO: | Lic. Gustavo Bonilla |
| VOCAL I: | Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil |
| VOCAL II: | MSc. 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: | Lic. Gustavo Bonilla |
| DIRECTOR: | Dr. Ovidio David Parra Vela |
| VOCAL: | Dr. Nery Roberto Muñoz |
| VOCAL: | Dr. Hugo Roberto Jáuregui |
| VOCAL: | MSc. Erwin Iván Romero Morales |

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

| | |
|-------------|------------------------------------|
| PRESIDENTE: | Dr. Víctor Manuel Valverth Morales |
| VOCAL: | Dr. Oscar Estuardo Paiz Lemus |
| SECRETARIO: | MSc. Ronaldo Porta España |

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, 15 de junio del año 2017.

Doctor
Ovidio David Parra Vela
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Doctor Parra Vela:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución RES. D.E.E.P. D. C. 233-2013 de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado de fecha diecisiete de octubre de dos mil trece, se me asignó para su tutoría, la **Tesis de Maestría en Derecho Constitucional** del Licenciado **Edgar Alberto Pérez Cifuentes**, titulada ***“AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL Y NEOCONSTITUCIONALISMO”***.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de Maestría en Derecho Constitucional del Licenciado **Edgar Alberto Pérez Cifuentes** 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, 26 de agosto de 2017.

Dr. 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 de redacción y ortografía de la tesis:

AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL Y NEOCONSTITUCIONALISMO

Esta tesis fue presentada por el Lic. Edgar Alberto Pérez Cifuentes, de la Maestría en Derecho Constitucional 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, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



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

Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiado 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, uno de septiembre del dos mil diecisiete.-----

En vista de que el Lic. Edgar Alberto Pérez Cifuentes y aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional con distinción Cum Laude**, lo cual consta en el acta número 26-2017 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL Y NEOCONSTITUCIONALISMO”**. 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”

Dr. Ovidio David Parra Vela

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

- A DIOS TODO PODEROSO:** Por la bendición de alcanzar una meta más.
- A MI MADRE:** Ludovina Esperanza Cifuentes Alvarado, por darme la vida, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por su amor incondicional y creer en mí.
- A MI PADRE:** Edgar Alberto Pérez González, quien me ha enseñado que en la vida para triunfar es necesario ser honesto y esforzarse.
- A MI HERMANA:** Dina Isabel Pérez Cifuentes, por alentarme a conseguir esta meta.
- A MI ESPOSA:** Wendy Yaneth Coloma Alburez, por su amor, su apoyo incondicional y comprensión en todo momento, gracias amada esposa. Te amo.
- A MIS HIJOS:** Mario Alberto y Edgar Alejandro, a quienes adoro con todo mi corazón pidiéndole a Dios que tomen el presente acto de graduación como ejemplo a seguir.
- A MI HIJO:** Edgar Alberto, Dios te tenga en sus brazos.

A MI SUEGRA:

Rosa Lidia Alburez, quien cuidó de mis hijos en el transcurso de esta meta.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por brindarme la oportunidad de cumplir uno de mis sueños anhelados.

A:

La Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que con la ayuda de sus maestros quienes con su instrucción y colaboración, me permitieron adquirir conocimientos necesarios para la culminación de mis estudios de maestría.

CONTENIDO



| | |
|--|----|
| Introducción | i |
| Capítulo I: La naturaleza de la axiología constitucional | 1 |
| 1. La visión axiológica de la Constitución | 1 |
| 2. El nuevo ideal constitucional | 4 |
| 3. El neoconstitucionalismo como corriente interpretativa del constitucionalismo moderno | 9 |
| 4. El surgimiento de la teoría de los valores | 10 |
| 5. La axiología jurídica | 13 |
| 6. Los problemas de la axiología | 18 |
| 7. Pluralidad de los valores | 21 |
| 8. Los valores constitucionales | 23 |
| 9. La dignidad humana como vínculo entre axiología y Derecho | 24 |
| 10. Los problemas del neoconstitucionalismo | 28 |
| Capítulo II: El neoconstitucionalismo | 30 |
| 1. La teoría del neoconstitucionalismo | 30 |
| 2. Características que definen al neoconstitucionalismo | 32 |
| 3. La relación entre Derecho y moral | 36 |
| 4. La distinción entre reglas y principios | 38 |
| 5. El método de la ponderación | 41 |
| 6. Críticas al neoconstitucionalismo | 44 |
| 7. Neoconstitucionalismo y positivismo excluyente | 48 |
| 8. Análisis crítico del neoconstitucionalismo | 52 |
| 9. Alcances del neoconstitucionalismo | 55 |



| | |
|--|-----|
| Capítulo III: La irradiación moral de la Constitución | |
| 1. La tesis de la irradiación moral de la Constitución | |
| 2. La importancia política de la Constitución | |
| 3. La distorsión del paradigma constitucional | 63 |
| 4. La naturaleza de la interpretación | 67 |
| 5. El realismo jurídico | 70 |
| 6. El activismo judicial | 74 |
| 7. La lectura moral de la Constitución | 79 |
| 8. El originalismo | 80 |
| 9. Los problemas del neoconstitucionalismo | 81 |
| 10. Análisis crítico sobre el originalismo | 84 |
| | |
| Capítulo IV: Los problemas del neoconstitucionalismo | 88 |
| 1. Los problemas más generales del neoconstitucionalismo | 88 |
| 2. El imperialismo de la moral | 92 |
| 3. El positivismo incluyente y el positivismo excluyente | 97 |
| 4. El elitismo jurisdiccional | 101 |
| 5. El neoconstitucionalismo en una sociedad multicultural | 103 |
| 6. El retroceso del constitucionalismo en la gobernanza | 105 |
| 7. La objeción contramayoritaria | 106 |
| 8. La relación entre moral y Derecho | 108 |
| 9. La irradiación moral del Derecho | 110 |
| | |
| Conclusión | 112 |
| | |
| Bibliografía | 115 |

INTRODUCCIÓN



Con la finalización de la Segunda Guerra Mundial y el auge de las teorías de la argumentación jurídica, surge en Europa la doctrina del *neoconstitucionalismo*, término que se emplea para abarcar caracteres disímiles que evolucionaron en el Derecho constitucional europeo.

La doctrina del *neoconstitucionalismo*, que supone un nuevo tipo de Derecho que refutó o desplazó al enfoque paleopositivista, no ha tenido una explicación unívoca, sino que ha sido expresiva de renovadoras perspectivas teóricas, metodológicas e ideológicas.

Se ha utilizado para darles significación a una multiplicidad de fenómenos en el ámbito de la teoría del Derecho, del Estado y del Derecho constitucional. Esta doctrina posee varios rasgos metodológicos innovadores que podrían describirse de la forma siguiente: a) una interpretación constitucional basada en reglas de ponderación y razonabilidad; b) supone una ideología jurídica postpositivista que reivindica la carga moral del Derecho y la trascendencia de los principios; c) expresa una cultura jurídica constitucional, democrática, tolerante, inclusiva y generadora de virtudes; d) enuncia un concepto de Constitución diferente y formula un tipo de Estado distinto.



enumeran todas las excepciones. Esto tendría como efecto que la interpretación no pueda reducirse a una acción cognitiva, sino por el contrario, la interpretación en estas condiciones se convierte en un proceso intelectual en el que se atribuye significado al enunciado y se concreta su aplicación de acuerdo con las condiciones específicas que se presenta.

En este sentido, la interpretación sería un acto creativo y concretizador a partir de la optimización semántica que debe hacer el intérprete de los enunciados constitucionales. En este punto, se ha argumentado como un recurso más pertinente, el método tópico, orientado al problema, o método orientado a la realidad, en lugar de los tradicionales métodos como el gramatical, histórico, sistemático y teleológico, que el neoconstitucionalismo considera insuficientes.

El problema a investigar se planteó de la forma siguiente: ¿es válida la tesis neoconstitucionalista según la cual la Constitución es una entidad axiológica cuyas demandas trascienden el marco del texto constitucional?

La hipótesis se formuló de la siguiente forma: en efecto, la axiología jurídica implícita en el texto constitucional produce el efecto de que la Constitución trascienda su significación semántica; dice más de lo que sus términos significan y la materialidad y concreción es independiente en gran medida de las palabras.

El presente informe consta de cuatro capítulos, en el primero se desarrolla el tema de la naturaleza de la axiología constitucional; en el segundo capítulo se hace un desarrollo sucinto de la teoría del neoconstitucionalismo; en el tercer capítulo se desarrolla la idea del principio neoconstitucionalista de la irradiación de la Constitución y en el cuarto se exponen algunos problemas actuales de la teoría del neoconstitucionalismo y algunas propuestas de solución, para luego tratar de arribar a una conclusión tanto sobre el contenido del informe como de la hipótesis formulada.





CAPÍTULO I

LA NATURALEZA DE LA AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL

1. LA VISIÓN AXIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN

La historia del Derecho, especialmente en la filosofía que trata de entenderla de una manera racional, pone de relieve una serie de cambios que sirven para comprender el surgimiento de las ideas jurídicas de la época contemporánea. No se puede comprender el Derecho en un momento determinado, sin tomar en cuenta las líneas doctrinales y sucesos históricos que han desembocado en la época que se desea analizar. En este sentido, puede conceptualizarse al Derecho como “una empresa histórica de progresiva lucha por institucionalizar la justicia”¹.

Fundamentados en lo anterior, no se puede comprender el énfasis contemporáneo en la Constitución como eje fundamental de todo ordenamiento jurídico, sin analizar las diferentes corrientes políticas y jurídicas que han desembocado en el constitucionalismo moderno. La conformación de la conciencia jurídica contemporánea, en particular, asume los valores constitucionales a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, con todos sus efectos devastadores.

¹ Prieto Sanchís, Luis. IDEOLOGÍA E INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Editorial Tecnos. Madrid. 1987. Pp. 120.



En el caso de los derechos fundamentales, las normas jurídicas relevantes se toman como “principios, siendo estos a su vez, las normas jurídicas consideradas más importantes, o comparativamente más importantes, dentro de un cierto ordenamiento”².

La conciencia de los condicionantes doctrinales e históricos de una ideología jurídica ofrecen valiosas enseñanzas. Entre estas surge la lección de que las escuelas iusfilosóficas vuelven una y otra vez, aun cuando cada retorno refleje las necesidades y las características de los tiempos. En este sentido, no existen realmente muchas posiciones divergentes en el campo de la Filosofía del Derecho. Los planteamientos, ya renovados, vuelven a aparecer después de un tiempo de ocultamiento, que a menudo lleva décadas cuando no siglos.

Como se sabe, y al menos en el mundo occidental, “dichos cambios suelen variar entre diferentes versiones del positivismo (que sostiene que el Derecho se reduce básicamente a la ley promulgada) y el iusnaturalismo (que sostiene la existencia de un derecho que trasciende la ley que ha sido legítimamente emitida)”³. El iusnaturalismo aparece en figuras históricas como Cicerón, Santo Tomás de Aquino y Jacques Maritain, mientras el positivismo tiene sólidos representantes como Jeremy Bentham, Hans Kelsen, y más recientemente, por Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli.

² Pino, Giorgio. DERECHOS FUNDAMENTALES, CONFLICTOS Y PONDERACIÓN. Palestra Editores. Lima. 2013. Pp. 11.

³ Bulygin, E. VALIDEZ Y POSITIVISMO. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1987. Pp. 241.



Esta época se caracteriza, al menos discursivamente, por su sensibilidad respecto a las cuestiones que plantea la dignidad humana, noción que constituye el núcleo de los derechos humanos. Este movimiento es evidente especialmente a partir del surgimiento del movimiento contemporáneo que promueve los derechos humanos. Este énfasis actual en los derechos humanos, que surge en reacción a la barbarie fascista en Europa, representa un retorno a un discurso político y jurídico que adquirió una importancia fundamental durante los períodos de la Independencia de los Estados Unidos de América y la Revolución francesa, movimientos que fundamentaron sus demandas en los derechos que el ser humano posee por el solo hecho de serlo.

En el contexto contemporáneo, el presente apogeo del neoconstitucionalismo puede explicarse en función de la “tendencia contemporánea a situar los derechos y los valores morales en el corazón del ordenamiento constitucional”⁴. El surgimiento de dicha corriente se explica a partir de ciertas características del desarrollo reciente de la Filosofía del Derecho. En efecto, es necesario vincular esta corriente doctrinal no solo con el positivismo, que este movimiento teórico pretende superar, sino también con los acontecimientos históricos y doctrinales que hicieron posible la aparición de un movimiento que goza cada día de mayor influencia, especialmente en el campo de la filosofía latina.

Este resurgimiento puede interpretarse como una continuación del clásico iusnaturalismo, aun cuando con características muy peculiares y puestas al día. Con

⁴ Barberis, Mauro. EL NEOCONSTITUCIONALISMO, TERCERA TEORÍA DEL DERECHO. Palestra Editores. Lima. 2011. Pp. 253.



el neoconstitucionalismo se va consolidando “una versión contemporánea del iusnaturalismo, ahora bajo el predominio de los principios y valores que derivan de la dignidad humana”⁵. Para gran parte de los pensadores jurídicos contemporáneos los valores y principios se consideran la parte medular de los ordenamientos constitucionales, los que su vez se consideran el núcleo del derecho legítimo. Este predominio es objeto de una resistencia muchas veces justificada en buenos argumentos, por parte de un positivismo, que, desde luego, también se ha modernizado para responder a los nuevos desafíos⁶.

2. EL NUEVO IDEAL CONSTITUCIONAL

En la actualidad se asume que la comprensión de un sistema político y jurídico supone un conocimiento profundo de las bases axiológicas de las Constituciones. Un documento constitucional plantea un acuerdo ciudadano cuya base de legitimidad descansa en el respeto de los derechos fundamentales. En esta dirección, Micheangelo Bovero considera que “el constitucionalismo actual supone el modelo del contrato social, doctrina que tiene como base un acuerdo entre seres humanos con derechos preexistentes quienes se reúnen para formar la sociedad y el Estado, el cual tiene como límite los derechos de los contratantes”⁷.

⁵ Escudero Alday, Rafael. LA RESPUESTA POSITIVISTA AL DESAFÍO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO: EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Pp. 37.

⁶ *Ibidem*. Pp. 45.

⁷ Bovero, Michelangelo. Prólogo a: Salazar Ugarte, Pedro. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, UNA RADIOGRAFÍA TEÓRICA. Fondo de Cultura Económica, México. 2006. Pp. 4.



Esta situación presume que “la necesidad de crear, acotar y regular el ejercicio del poder por parte del Estado, debe basarse en una comprensión profunda de los valores y derechos que guían las reglas institucionales de la sociedad respectiva”⁸. En la época contemporánea, por tanto, las Constituciones ya no se limitan a brindar el marco institucional y orgánico de una sociedad. Después de las experiencias devastadoras provocadas por el totalitarismo nazi y comunista del siglo pasado, las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial reafirman los compromisos democráticos con valores y formas de vida en cuyo centro se encuentra el ideal de la dignidad humana.

Esta perspectiva brinda un espíritu de conjunto a los textos constitucionales modernos, especialmente los que se han desarrollado en el mundo occidental a partir de la Constitución de la República de Italia (1947) y la Ley Fundamental de Bonn (1949); también ha jugado un papel destacado la Constitución española (1978).

Este espíritu se condensa en los núcleos axiológicos en torno a los cuales giran funcionalmente la totalidad de normas que conforman un estatuto fundamental determinado. La transformación y cambio de paradigma se resume en lo que se ha denominado *constitucionalización* del Derecho, noción que, en la opinión de Guastini, plantea una serie de cambios en el Derecho, dentro del cual se contempla la aplicación directa de la normativa constitucional, en el sentido de que las normas constitucionales

⁸ *Ibidem*. Pp. 6.



son susceptibles de “producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en cualquier ocasión de cualquier controversia”⁹.

En países con una cultura positivista fuerte, se ha planteado un cambio en la visión del Derecho. En estos países, “prevalece la profunda influencia del positivismo que se había desarrollado en el mundo europeo, especialmente bajo la influencia de la cultura jurídica francesa, y más específicamente en la visión del Derecho napoleónico que supone un proceso codificador dotado de plenitud jurídica”¹⁰.

Los cambios promovidos por la progresiva importancia de la Constitución conllevan una transformación profunda en la cultura jurídica que afecta el ejercicio cotidiano de los ciudadanos. Por ejemplo, la norma constitucional puede aplicarse de manera directa; una normativa legislativa puede ser vacía si se hace evidente su conflicto con el texto constitucional.

Como en toda transformación, algunas veces se alcanzan logros importantes, pero también surgen nuevos problemas. La respuesta a esta pregunta puede servir de medio para visualizar la justificación de la estructura axiológica de la Constitución en el denominado *neoconstitucionalismo*. Sin embargo, para que el Derecho se ajuste a los cambios socioeconómicos, es necesario realizar los cambios de forma gradual,

⁹ Guastini, Riccardo. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. En: Carbonell, Miguel (Ed.), NEOCONSTITUCIONALISMO (S). Editorial Trotta. Madrid. 2006, Pp. 55.

¹⁰ Rubio Carracedo, José. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, DIMENSIÓN MORAL DE LA DEMOCRACIA. En: Blasco, Pedro Luis (Coordinador). LA JUSTICIA: ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO. Editorial Trotta. Madrid. 2014, Pp. 226.



pues nada es más nocivo que injertar cambios jurídicos en tradiciones históricas diferentes, sin prestar atención a los contextos de origen de las instituciones e ideas jurídicas originales.

“La auténtica realización de los valores constitucionales, puede contribuir a buscar la equidad y la justicia en una sociedad con niveles relevantes de desigualdad e injusticia. La sola aplicación de la ley, si no está controlada por los valores jurídicos, puede garantizar aspectos como la seguridad y certeza jurídicas, pero no puede asegurar un orden jurídico acorde con la dignidad humana”¹¹.

Existieron maestros del Derecho que han insistido en esta enseñanza, como Gustav Radbruch quien, a partir de la terrible experiencia del Gobierno nazi, enfatizó la importancia de los principios superiores del Derecho, después de haber sostenido una ideología positivista.

Naturalmente, esto no significa que el positivismo haya quedado sin destacados exponentes; por ejemplo, el jurista italiano Luigi Ferrajoli sigue insistiendo en las tesis positivistas, específicamente tratando de desarrollar las implicaciones positivas de adoptar los instrumentos de derechos escritos.

¹¹ Gascón Abellán, M. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN. Revista Española de Derecho Constitucional. España. 1994. Pp. 54.



En este sentido, las transformaciones del positivismo en nuestro país son relativas a una ideología que mantiene el régimen de la ley sin examinar sus bases morales. Prevalecen en la actualidad bastantes posiciones positivistas que defienden la aplicación de la ley en el contenido literal de su texto. A menudo estas posiciones se sostienen para oponerse a sectores de la población que exigen demandas de justicia en las instituciones jurídico-políticas. Esto, sin embargo, no significa que el positivismo no tenga nada que ofrecer puesto que, en realidad, las posiciones positivistas también proveen ideas para resolver problemas como el de la seguridad jurídica.

Promover la idea de los valores constitucionales no es de suyo una empresa sencilla y carente de problemas. Los valores son plurales y a menudo entran en colisión entre ellos, además de que muchas veces son evaluados de manera diferente por distintas personas. Estos hechos constituyen una realidad que puede impactar de manera negativa al valor de la seguridad jurídica. Por esta razón, es necesario examinar el futuro del constitucionalismo, especialmente en países que enfrentan problemas serios de ingobernabilidad y ausencia de un Estado constitucional de derecho.

“Desarrollar la democracia constitucional demanda ejercicios académicos, intelectuales y culturales que puedan aclarar el panorama para aquellas personas, que en una capacidad u otra, se desenvuelven en el campo jurídico”¹². Es necesario

¹² Ruiz Manero, J. JURISDICCIÓN Y NORMAS. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1990. Pp. 43.



entender los cambios concretos que necesita la implementación de esta corriente de pensamiento.

3. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO CORRIENTE INTERPRETATIVA DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

La idea del enfoque de la interpretación neoconstitucionalista es la detección del fundamento axiológico de los textos constitucionales, que distinguen a la época contemporánea. “El objetivo del neoconstitucionalismo es comprender las consecuencias que se desprenden de la tesis fundamental de esta corriente, la cual postula la moralidad esencial del Derecho”¹³.

Ante dicho objetivo pueden surgir multiplicidad de preguntas, dada la profundidad de los cambios que plantea el ideal constitucional en la cultura jurídica contemporánea, especialmente cuando se verifica una crisis en la cultura constitucionalista debido a la crisis general del Estado constitucional de derecho.

¿Es válida la tesis neoconstitucionalista según la cual la Constitución es una entidad axiológica cuyas demandas trascienden el marco del texto constitucional? El neoconstitucionalismo, sostiene que la axiología jurídica que está inserta en el texto constitucional hace que la Constitución trascienda su significación semántica y que, de

¹³ Carbonell, Miguel. (Coordinador). NEOCONSTITUCIONALISMO. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell. A.C. México. 2015. Pp. 126.



hecho, rebase ciertas visiones respecto a la estructura normativa del Derecho. Esta trascendencia se debe al hecho de que la moral viene a constituirse en el motor generador del derecho válido. Se puede inferir, entonces, como un iusnaturalismo fuerte vuelve a hacer su aparición en el campo de la Filosofía del Derecho. Un iusnaturalismo que se enfrenta a un positivismo que también quiere dar cuenta de la introducción de la moral en el derecho.

Esta tesis del neoconstitucionalismo es, naturalmente, controversial, especialmente en lo que concierne a la teoría de los valores, no solo en el campo jurídico, sino también en el filosófico.

4. EL SURGIMIENTO DE LA TEORÍA DE LOS VALORES

El término *axiología* tiene su origen etimológico en dos términos griegos: *axia* que significa *valor* y *logos* que significa *razonamiento, argumentación, discurso*. *Axiología*, desde su etimología significaría entonces: *discurso, teoría, conocimiento de los valores*. “La teoría de los valores es un producto esencial de la filosofía occidental. Durante mucho tiempo, la discusión sobre los valores se mezcló con la teología o la ética, como lo prueba el hecho de que Platón mismo haya colocado en la cumbre de las ideas la noción de *bien*”¹⁴.

¹⁴ Pino, Giorgio. DERECHOS FUNDAMENTALES, CONFLICTOS Y PONDERACIÓN. Palestra Editores. Lima. 2013. Pp. 82.



Los orígenes de la especulación específica sobre los valores suelen ubicarse en el campo de la filosofía alemana de finales del siglo XIX. Su desarrollo puede explicarse en términos de las doctrinas que predominaban en las Universidades alemanas a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Se le atribuye la creación de la teoría, por lo menos en sus inicios, al filósofo alemán Rudolph Hermann Lotze (1817-1881). Este filósofo se encuentra entre esa pléyade de pensadores alemanes que se desarrollaron en una serie de campos tan disímiles como la filosofía de la biología, la psicología, la lógica y la matemática.

En la teoría de Lotze se expresa la idea de que los valores *valen* en lugar de *ser*. Desde luego, siempre se piensa que lo que vale tiene que ser, pero lo que este filósofo quiere hacernos comprender es que el estatuto ontológico (esto es, el *ser*) propio del valor no impide que este tenga un *ser* especial que consiste en *valer*. “Si se dice que los valores *son*, se compromete el deber de decir en dónde están; en cambio al decir que *valen* se puede decir que son entidades que solo se agotan en la valoración, una actividad específica de la subjetividad humana”¹⁵.

El punto anterior puede entenderse si se presta atención, aunque sea momentáneamente, a la idea Risieri Frondizi. Este pensador, quien considera que los valores no son cosas, esencias, ni vivencias, sostiene que los valores son simplemente valores, en el sentido de que no son derivables de otros entes. Específicamente,

¹⁵ Ibáñez, Perfecto Andrés & Alexy Robert. JUECES Y PONDERACIÓN ARGUMENTATIVA. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 2006. Pp. 92.



Frondizi entiende a los valores como “cualidades de ciertos bienes que se captan de manera estructural, esto es, se dan en una configuración, así como cuando un rostro hermoso surge de una conjunción de ciertos rasgos que, considerados de manera aislada, no arrojan el mismo sentido de belleza”¹⁶.

El problema de los valores es abordado también por el filósofo vitalista español José Ortega y Gasset, uno de los pensadores más influyentes en el mundo de habla hispana. Ortega y Gasset se formó en universidades alemanas y estudió con filósofos tan importantes como Edmund Husserl, el creador de la fenomenología, corriente que le brinda una atención más pormenorizada a la experiencia humana.

Ortega y Gasset se declara un profundo admirador del filósofo Max Scheler, pensador que aplicó la fenomenología a estudiar la cuestión de los valores, lo cual abrió una puerta para eludir el formalismo kantiano. Como se sabe, en Kant el criterio del imperativo categórico exige que se piense únicamente la ley moral en su generalidad, sin tomar en cuenta aspectos como los sentimientos. Con Kant, el deber se debe cumplir en tanto deber; las motivaciones de la persona que actúa no determinan la bondad de la acción; para Kant, lo único bueno en el mundo es la buena voluntad. En esta dirección, Scheler introduce la vivencia del valor, la cual está asociada a los sentimientos respectivos, transformando de esta manera las creencias acerca de las motivaciones de la acción moral.

¹⁶ Frondizi, Risieri. ¿QUÉ SON LOS VALORES? INTRODUCCIÓN A LA AXIOLOGÍA. Fondo de Cultura Económica. México. 1972. Pp. 168.



Ortega y Gasset introduce la reflexión axiológica a través de su filosofía de la *razón vital*. Plantea la distinción entre el mundo del *ser* y el mundo del *valor*, para el la ética “se fundamenta en la existencia y objetividad de los valores”¹⁷.

La filosofía de Ortega y Gasset considera a la vida como un proyecto que siempre se ubica en circunstancias determinadas; en este filósofo, la guía de los proyectos se da en los valores, que son objetivos.

Las ideas de Ortega y Gasset encuentran resonancia en los planteamientos de sus discípulos, especialmente a partir de sus estudiantes que abandonaron España a consecuencia de la Guerra Civil. Entre ellos destaca el Dr. Luis Recaséns Siches, filósofo del Derecho de origen guatemalteco quien, a consecuencia de la guerra civil en España, tuvo que emigrar a México, país en el que desarrolló, durante muchos años, una fecunda labor como profesor e investigador en la Universidad Nacional Autónoma de México, con ocasionales visitas a Guatemala y otros países de Hispanoamérica.

5. LA AXIOLOGÍA JURÍDICA

La axiología jurídica constituye un esfuerzo reflexivo particular que se ubica dentro del campo general de la axiología. En este sentido, esta disciplina también es conocida como *estimativa jurídica*.

¹⁷ Ortega y Gasset, José. INTRODUCCIÓN A UNA ESTIMATIVA: ¿QUÉ SON LOS VALORES?. Ediciones Encuentro. Madrid. 2004 Pp. 8.



“La axiología jurídica estudia los valores que sirven simultáneamente, como inspiradores del Derecho y como instancias crítico-valorativas de este. De este modo, la axiología jurídica permite relacionar al Derecho con las dimensiones del deber ser, y en general, brinda una perspectiva especial para estudiar temas tradiciones de la ciencia y la filosofía jurídica, con un especial enfoque de la noción de *justicia*”¹⁸.

La axiología jurídica siempre ha estado presente en la reflexión filosófica sobre el Derecho. En los siglos XVII, XVIII y XIX el positivismo se iba consolidando especialmente en Europa, a partir del trabajo de varios pensadores y corrientes en Inglaterra, Francia y Alemania. La axiología jurídica permite plantear una serie de problemas tradicionales como el relativo a los fines y objetivos del Derecho. En este sentido, puede decirse que siempre ha habido una axiología jurídica, aunque no se le haya conocido con tal denominación. Sin embargo, al surgir la axiología jurídica moderna se operó un cambio importante en las reflexiones sobre los fines del Derecho.

La axiología jurídica se ubica en contraposición a las posturas positivistas, especialmente las que vieron la luz a finales del siglo XIX. Hans Kelsen escribía su principal obra precisamente en el tiempo en que la axiología alcanzaba su plenitud en el ámbito académico alemán. Quizás por los problemas que planteaba la nueva disciplina, Kelsen no aceptaba la vinculación del Derecho con la moral. El gran jurista austriaco optó por mantener la pureza del método, siguiendo las ideas neokantianas, que exigían una ciencia del Derecho *pura*.

¹⁸ Cappeletti, Mauro. OBRAS. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2014. Pp. 77.



En términos generales, no se puede negar que los positivistas tenían sólidos argumentos para cuestionar la introducción de la moral en el Derecho. Les preocupaba introducir en el Derecho, las dificultades del pensamiento filosófico, introduciendo duda en donde se necesita certeza, claridad y precisión.

Dicho temor es fundado en que las posiciones que aparecen en la axiología filosófica se reflejan claramente en la axiología jurídica. Piénsese, por ejemplo, en la simple pregunta acerca del *ser* de los valores; tal pregunta tiene repercusiones en la filosofía y en la práctica del Derecho debido a que, partiendo de la idea de que los derechos sean objetivos o subjetivos, se derivan consecuencias de importancia para la forma en que se implementan los sistemas jurídicos, aspecto que a su vez determina los problemas que va a afrontar el Derecho.

Si los valores son objetivos, tal vez sea difícil que se acepte el pluralismo jurídico; el subjetivismo axiológico, a su vez, no encaja bien con la seguridad y certeza jurídicas, etc.

De la Torre Martínez considera que la primera vinculación entre axiología y Filosofía del Derecho se da en la obra del jurista alemán Georg Jellinek cuando este formula su teoría del Estado, “cuando reconoce que este se dirige al deber ser”¹⁹. Por

¹⁹ De la Torre Martínez, Carlos. LA RECEPCIÓN DE LA FILOSOFÍA DE LOS VALORES EN EL DERECHO. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 2005. Pp. 138.



su parte, el jurista alemán Emil Lask “aplica al Derecho las ideas desarrolladas por otros dos exponentes de la axiología filosófica: W. Windelband y H. Rickert”²⁰.

En Iberoamérica, el referente de la axiología del Derecho es Luis Recaséns Siches para quien una de las tareas fundamentales de la Filosofía del Derecho consiste en “determinar los valores que deben orientar la formación del derecho positivo”²¹.

Recaséns Siches distingue entre el mundo físico, el natural y el humano, asume una posición cercana al iusnaturalismo en cuanto afirma “la posibilidad de determinar la validez intrínseca del Derecho en función de dichos valores”²².

Considera que la axiología jurídica tiene una base inexpugnable en tanto su relevancia no puede ser negada. La elaboración jurídica supone que siempre se den elecciones normativas que suponen, a su vez, un cúmulo de posibilidades; esta actividad de elegir, denota preferencias que implican, a su vez, una serie de valoraciones que le dan sentido al hecho jurídico. Para él: “La normatividad del Derecho carecería absolutamente de sentido si no estuviese referida a un juicio de valor, que es precisamente lo que la inspira. La conducta social está regulada de determinado modo, porque se cree que esta manera es mejor que otras posibles regulaciones”²³.

²⁰ *Ibidem*. Pp. 151.

²¹ *Ibidem*. Pp. 278.

²² *Ibidem*. Pp. 279.

²³ Recaséns Siches, Luis. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1977. Pp. 279.



De esta manera, los valores del Derecho constituyen una condición de posibilidad del Derecho positivo. Esto es así porque el Derecho es una proyección de la vida humana, en la cual radican los valores, tesis que denota la influencia de Ortega y Gasset en el pensamiento de Recaséns Siches. “Los valores no son, pues, realidades esenciales en un mundo platónico, sino proyecciones que deben realizarse en la vida concreta, siempre histórica, de los seres humanos”²⁴.

Para el examen de la teoría de los valores jurídicos es indispensable el análisis de la obra del iusfilósofo mexicano Eduardo García Máynez, quien se apega a la teoría de los valores de la escuela fenomenológica, especialmente a la tesis de Nicolai Hartmann, bajo quien el distinguido mexicano estudió en Berlín. Esta influencia se hace evidente en la idea de García Máynez según la cual los valores pertenecen a un mundo ideal, opinión que lo distancia de Recaséns Siches, quien los ubica en la realidad socio-histórica.

García Máynez postula la idea de la idealidad de los valores cuando estos se ubican en el ámbito jurídico. El autor mexicano considera que la Teoría General del Derecho nunca puede prescindir del análisis de los valores del Derecho. Considera que los valores fundamentales que deben regir el Derecho positivo son la justicia, el bien común y la seguridad jurídica. Es en términos de estos valores en donde se soluciona el problema de la validez del Derecho. El jurista mexicano, en consecuencia, no comparte la idea de Hans Kelsen que sitúa la validez del Derecho en los parámetros

²⁴ *Ibidem*. Pp. 285.



de las características formales de este, especialmente en lo que concierne a una supuesta norma fundamental que sostiene la validez última del Derecho.

Risieri Frondizi por su parte, también apegado a la propuesta fenomenológica, propone que los valores sean considerados como susceptibles de jerarquización, porque no tienen el mismo nivel los valores que dependen del placer que los que se basan en el uso de la razón o en la dignidad del ser humano. Para Frondizi, “no hay que confundir valores con esencias ideales; los valores son cualidades estructurales, posición que en cierto nivel, exhorta a no considerar los valores en forma aislada. Así, por ejemplo, no se puede hacer depender la validez del derecho de la libertad sin tomar en consideración la justicia, el bien común, y otros valores similares”²⁵.

Esto implica, que los valores en el campo constitucional, deben ser entendidos en su particular relación, cuando aparecen de manera integrada en diferentes contextos.

6. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA AXIOLOGÍA

La axiología o Teoría de los Valores, refleja las características de las posiciones tradicionales de la filosofía. Un filósofo puede imaginarse a estos como subsistiendo en un mundo de esencias en el sentido de las ideas de Platón; otro pensador los puede imaginar como preferencias empíricas de los individuos. Los valores también pueden

²⁵ Frondizi, Risieri. *Op Cit.* 189.



concebirse como propiedades de las cosas que después, a través de procesos abstractivos, se consideren *en sí mismos*, más o menos en el sentido mantenido por Aristóteles.

Los problemas de la axiología surgen ante las interrogantes que genera su propia teoría. Se puede plantear por ejemplo, la interrogante: ¿qué es lo intrínsecamente bueno?, para cuya respuesta, pueden surgir opiniones muy variadas. Los hedonistas podrían responder que *es el placer*. Los pragmatistas harán referencia a *la satisfacción y crecimiento*; John Dewey, por ejemplo, manifestó: *lo valioso hace referencia a lo deseable, a la experiencia de lo que es necesario*. Para los kantianos, lo único bueno es una *voluntad recta*. Los humanistas consideran que el bien supremo consiste en la *autorrealización armoniosa*. Algunos filósofos dirán que lo bueno es una *propiedad no natural de las cosas*.

En este contexto, no faltan los pluralistas que postulan la *diversidad de los valores*. Se puede decir, por lo tanto, que la cuestión de los valores introduce una serie de problemas de difícil solución dentro de un campo tan complicado como el Derecho.

Problemas adicionales surgen si se plantean otras preguntas. Hay teorías que postulan que los valores son objetivos y otras que postulan que los valores son subjetivos. Esta diferencia se refleja en el campo de la axiología jurídica. Si los valores son objetivos, ¿cómo se explica la existencia de tantos y variados valores?



Hans Kelsen defendía el relativismo como una de las razones que lo llevaban a rechazar la tesis de que el Derecho tiene que ver con la justicia.

Por otro lado, ¿si los valores son subjetivos cómo se puede llegar a decidir, de manera racional, entre ellos? Si los valores dependen del sujeto no hay criterios para decidir cuando las valoraciones de los diferentes sujetos varían entre sí. Para hacerlo se necesitarían criterios objetivos, lo cual podría en consecuencia volver al punto de partida del objetivismo. Este problema, si bien puede considerarse en abstracto, se concretiza al considerar, por ejemplo, lo que puede suceder en una sociedad que alberga grupos culturales cuyas creencias y costumbres difieren entre sí.

“Al hacer depender los valores de los sujetos, por ejemplo, de sus sensaciones de agrado o desagrado, los valores tienden a considerarse como estados psicológicos o simples preferencias. Los problemas del Derecho, en consecuencia, se convertirían en objeto de estudio de una especie de psicología jurídica o en predilecciones sujetas a manipulación”²⁶.

Los problemas de la axiología jurídica conllevan una serie gigantesca de tópicos que demandan mayor atención teórica. Por lo tanto, una teoría que, como el neoconstitucionalismo, plantee la realización de los valores en el Derecho, encontrará dificultades para realizar sus objetivos explicativos, especialmente en aquellos contextos en los que el positivismo ha predominado históricamente. Sin embargo,

²⁶ Carpizo, Jorge. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. Editorial Porrúa. México. 2012. Pp. 121.



según las doctrinas neoconstitucionalistas, esto no significa que se deben abandonar los postulados de la moralización del Derecho; lo que se debe hacer es allanar el camino para que dicha moralización alcance su pleno desarrollo, lo cual exige tareas teóricas que tendrá que enfrentar la corriente del neoconstitucionalismo.

7. PLURALIDAD DE LOS VALORES

Uno de los aspectos que debe enfrentar el neoconstitucionalismo es la pluralidad de los valores. Diferentes autores en el campo de la filosofía jurídica han evaluado los valores jurídicos de manera distinta, y como resultado, han propuesto diferentes inventarios de los valores jurídicos fundamentales. La Constitución española, por ejemplo, en su primer artículo, reconoce la pluralidad política (lo cual implica, como es natural, una pluralidad axiológica) como uno de los valores centrales del ordenamiento jurídico-político español.

“El tema de los valores en el Derecho, conduce a la confrontación entre la justicia y otros valores jurídicos. No se niega la vigencia de otros valores jurídicos, los cuales, sin embargo, podrían retrotraerse al valor justicia –algo ya planteado por Platón en *La república*, en donde el filósofo ateniense considera a la justicia como la relación armoniosa entre valores como la prudencia, la fortaleza y la sensibilidad–²⁷. Tales valores incluyen el respeto a la dignidad humana, el bien común, la solidaridad, la igualdad y la seguridad jurídica.

²⁷ Carbonell, Miguel. NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 38.



Este tópico armoniza con el de la naturaleza estructural del valor señalada por Frondizi, con esto se quiere decir que en las situaciones concretas los valores no se presentan de manera aislada; ellos siempre aparecen en conjunto, aunque a menudo con diferentes énfasis. Por ejemplo, en una situación puede predominar la libertad y en otra el bien común.

En la visión fenomenológica, potenciar un valor no puede disminuir la importancia de los otros. Así, por ejemplo, muchas personas celebran el libre mercado por la promoción del valor libertad, sin tomar en cuenta que otros valores, igualmente importantes, a veces son ignorados, como es el caso del bien común. Este también debe considerarse en conjunción con otros valores.

En consecuencia, " toda Constitución, en tanto es Derecho, posee una dimensión axiológica, la cual materializa sus principios de un modo particular, importando una gran cantidad y profundidad de consecuencias que se comunican al ordenamiento jurídico, siendo la recepción de los valores sustantivos operada instrumentalmente como normas"²⁸. Desde luego, investigar la función de los valores, especialmente *la justicia* en el campo del Derecho constitucional, es una tarea compleja.

El neoconstitucionalismo trata de obtener la aceptación de la tesis sobre la interpretación axiológica de la Constitución; la cual se confronta con las tesis

²⁸ Ferreres Cómella, V. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICA. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997. Pp. 88.



positivistas que defienden la tesis de la interpretación textual en aras de no socavar la seguridad jurídica.

8. LOS VALORES CONSTITUCIONALES

El problema de los valores constitucionales se complica cuando los intérpretes de la Constitución pretenden convertirlos en guías de la vida política de la sociedad. “El *neoconstitucionalismo*, se perfila como la continuación del *constitucionalismo*, movimiento jurídico-político que genera y adopta diferentes versiones en la tradición occidental. Este movimiento, desde luego, refleja las condiciones históricas y geográficas de sus diferentes formulaciones. De este modo, puede decirse que el neoconstitucionalismo, o en general las corrientes que enfatizan la importancia de la moral para el Derecho, pueden considerarse como parte de la evolución histórica del derecho”²⁹.

En este punto es necesaria una reflexión adicional sobre la propuesta neoconstitucionalista, y si es posible, defender la idea del vínculo entre valores y derechos. En la actualidad se avizoran cambios importantes en el terreno del constitucionalismo, ante todo por la denominada *gobernanza* global, en la cual el Estado nacional pierde gran parte de su poder a favor de instituciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, el Banco Mundial, la Organización

²⁹ Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO, DERECHO Y DERECHOS. Palestra Editores. Lima. 2011. Pp. 29.



Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. El problema consiste en cómo sujetar el poder de los conglomerados internacionales, incluso el de las compañías transnacionales, bajo una nueva Constitución que ahora tendría que ser mundial; y si esto no es posible, dada la pluralidad de culturas a nivel global, cómo se puede plantear un reconocimiento de las dimensiones sociales del constitucionalismo.

La incorporación del punto de vista axiológico al constitucionalismo moderno se basa en la idea de los Derechos Humanos, idea que rige, aunque sea en un nivel discursivo, la práctica jurídica y política contemporánea. “Los Derechos Humanos se basan en la idea de la dignidad humana, que como tal, llega a constituirse en el valor supremo de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. De este modo, la idea de los Derechos Humanos facilita la inserción de la teoría de los valores en el campo jurídico”³⁰.

9. LA DIGNIDAD HUMANA COMO VÍNCULO ENTRE LA AXIOLOGÍA Y EL DERECHO

La Segunda Guerra Mundial constituyó una experiencia que tuvo efectos profundos que se manifestaron en diferentes áreas de la vida humana. Una de las transformaciones de mayor profundidad se muestra en el campo de la política y el

³⁰ Prieto Sanchís, L. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pp. 55.



Derecho, esencialmente al desarrollo contemporáneo de los derechos humanos, los cuales adquirieron una nueva extensión que ya no los limita a ser derechos del hombre y el ciudadano, es decir, vistos únicamente en la esfera individual, como lo había sido durante la Revolución francesa.

Los políticos, activistas y pensadores de finales de la Segunda Guerra Mundial, notaron que era imposible garantizar la paz si no se aseguraba un respeto mínimo hacia el ser humano, no solo al nivel de su seguridad individual, sino también en el área de las condiciones materiales y espirituales de su existencia. La experiencia del fascismo hizo comprender a mucha gente que ningún ordenamiento jurídico y político puede garantizar la paz si no se asume un contenido material de orden moral y espiritual que ayude a evaluar a este. Los derechos humanos resultan ahora derechos universales que le corresponden al ser humano en virtud de su misma humanidad y no como privilegio de una sociedad determinada. Los sucesivos pactos de derechos humanos han tratado de incorporar esta idea de manera real en los ámbitos jurídico y político del mundo.

José Rubio Carracedo manifiesta que: “Los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal de 1948 constituyen una realidad multidimensional, con tres niveles bien diferenciados: nivel moral, nivel político-democrático y nivel legal; solo el



primer nivel, el moral, es constitutivo; los demás se dirigen a realizar e implementar la dimensión moral”³¹.

Esta función constitutiva de la moral introduce, como es de esperar, la dimensión axiológica en el ejercicio jurídico, especialmente en el constitucional, que ahora se constituye en el eje central de cualquier sistema jurídico.

De manera paralela, el desarrollo de los derechos humanos impacta en la evolución contemporánea de la Filosofía del Derecho. Puede decirse que la idea de derechos humanos, como derechos morales, encuentra su realización en el campo de la filosofía contemporánea, especialmente de la mano de Dworkin quien animó a la Filosofía del Derecho contemporánea a tomar *los derechos en serio*. El impacto académico y jurídico que tuvo la obra de Dworkin refleja la conciencia de que el Derecho conlleva la importancia de los principios jurídicos versus las simples reglas jurídicas.

Se debe distinguir el neoconstitucionalismo, en tanto corriente iusfilosófica que intenta explicar el presente auge del constitucionalismo a nivel mundial, de otras corrientes clásicas. Esta es una corriente de reciente aparición en el mundo jurídico moderno, especialmente en el ambiente europeo y latinoamericano. Su contenido y posición debe distinguirse, sin embargo, del movimiento contemporáneo a favor del

³¹ Rubio Carracedo, José. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. DIMENSIÓN MORAL DE LA DEMOCRACIA. EN: Blasco, Pedro Luis (Coordinador): LA JUSTICIA, ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO. Editorial Trotta. Madrid. 2014, Pp. 225.



constitucionalismo, el cual, desde luego, admite variadas interpretaciones filosóficas que no tienen por qué coincidir con las tesis del neoconstitucionalismo.

Miguel Carbonell manifiesta que: “Conviene tener presente, con todo, que cuando se habla de neoconstitucionalismo ya sea en singular o plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, como ya se ha mencionado, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional. Por otro lado con el término *neoconstitucionalismo* se hace referencia también a una determinada teoría del Derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos e incluso elogiosos”³².

A pesar de esta aclaración, es válido plantearse la pregunta de si existe un concepto satisfactoriamente claro de lo que es el neoconstitucionalismo, dadas las complejidades de la relación entre axiología y Derecho constitucional. La etiqueta de neoconstitucionalismo hace referencia a una familia de doctrinas que difícilmente comparten las mismas posiciones respecto a problemas idénticos.

³² Carbonell, Miguel. NUEVOS TIEMPOS PARA EL NEOCONSTITUCIONALISMO. En: Carbonell, Miguel (Coordinador). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2006, Pp. 10.



10. LOS PROBLEMAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Los problemas teóricos y prácticos que plantea la introducción de los valores en el Derecho están lejos de ser accesibles a enfoques simples. Por lo tanto, las preguntas que surgen del neoconstitucionalismo son de naturaleza sumamente importante y, sin embargo, bastante difíciles de tratar. Estas dificultades se entrecruzan con algunos de los problemas tradicionales en el campo de la Filosofía del Derecho, como es el caso de la oposición entre idealismo y realismo, iusnaturalismo y positivismo, objetivismo y relativismo, etc. Tales problemas se vuelven más agudos cuando se toma en cuenta que el neoconstitucionalismo marca una distancia considerable con las posiciones positivistas de origen francés que han predominado en Latinoamérica.

“Las ideas axiológicas retomadas en las reflexiones del neoconstitucionalismo, ofrecen guías críticas para evaluar los alcances y límites de dicho enfoque y para evaluar su practicabilidad en la realidad jurídica”³³.

Esta tarea es necesaria en estos tiempos debido a que en ciertos ambientes se pone en duda la vigencia de los derechos humanos, como pasa con el recientemente denominado *derecho penal del enemigo* que se dirige contra el crimen organizado y los grupos terroristas, el cual, aunque remitiéndose a problemas graves termina por

³³ Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Palestra Editores. Lima. 2011. Pp. 93.



erosionar la misma noción de ciudadanía en una sociedad democrática y respetuosa de los derechos humanos. Bajo este enfoque, los Estados han perdido muchas de sus funciones tradicionales convirtiéndose en puros ejecutantes del Derecho punitivo menos garantista.

“Fuera del Derecho penal, los derechos humanos han sido a veces, abiertamente ignorados, como lo prueba el hecho del aumento de la desigualdad y el progresivo deterioro de las funciones del Estado respecto a la provisión de los satisfactores básicos para garantizar la vida digna de los seres humanos”³⁴. Hoy en día, se está dando un retroceso del Estado de bienestar incluso en los países del primer mundo, cuyas economías han creado grandes contingentes de desempleados, especialmente jóvenes. La situación es más grave en países subdesarrollados, que se encuentran a merced de la corrupción política y los grupos del crimen organizado. Los problemas actuales que se enfrentan con la falta de gobernabilidad son una muestra palpable de las carencias de algunos Estados que no hacen mayor cosa para desarticular los sistemas de injusticia, aun cuando sus respectivas Constituciones contengan los ideales más nobles.

³⁴ Vázquez, R. DERECHOS HUMANOS. UNA LECTURA LIBERAL IGUALITARIA. UNAM. México. 2015. Pp. 44.



CAPÍTULO II

EL NEOCONSTITUCIONALISMO

1. LA TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo traslada al campo teórico de la cultura una influyente interpretación del movimiento de constitucionalización del Derecho que ha tomado lugar con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. El neoconstitucionalismo como tal, sugiere debates que van más allá del interés puramente académico.

El fenómeno de difusión del neoconstitucionalismo denota la influencia histórica que en este ámbito geográfico ha tenido la Filosofía del Derecho europea; dentro de este contexto destacan el renacimiento de una versión cercana, no idéntica, al clásico iusnaturalismo y más reciente, a la teoría de los valores. Quizás estas tendencias y contenidos encuentran campo fértil en la cultura iberoamericana no solo debido a la experiencia colonial, sino también debido al predominio de las tradiciones católicas. Además, en el siglo XX, se desarrolla la influencia de la teoría de los valores especialmente a través de pensadores como el argentino Carlos Cossio, el español de origen guatemalteco, Luis Recaséns Siches y los mexicanos Miguel Villoro y Eduardo García Máynez. La mayoría de estos filósofos del Derecho, registran influencias de pensadores alemanes que habían avanzado en el estudio de la axiología y la ética



fenomenológica, como es el caso de Recaséns Siches, discípulo de José Ortega y Gasset y Eduardo García Máynez, discípulo de Nicolai Hartmann.

El mundo anglosajón ha seguido otros caminos, que aunque bajo otras etiquetas, manejan tesis que se pueden acercar a las del neoconstitucionalismo. Sin embargo, quizás por la relativa independencia de Inglaterra respecto al resto de Europa, el desarrollo de la filosofía anglosajona siempre se ha desarrollado, por decirlo de algún modo, en sus propios términos. Los autores neoconstitucionalistas hacen uso de las ideas de autores anglosajones, especialmente en el caso del recientemente fallecido jurista norteamericano Ronald Dworkin; en general, puede decirse que las tesis de ciertos representantes del neoconstitucionalismo también han sido influenciadas por otros autores anglosajones.

En todo caso, la producción teórica neoconstitucionalista se desarrolla predominantemente en Italia, España y América Latina. Incluso, como lo menciona Miguel Carbonell: “La presencia del neoconstitucionalismo se evidencia en la jurisprudencia constitucional de países como Colombia, México, Argentina y Brasil”³⁵. Se puede decir, por lo tanto, que las doctrinas neoconstitucionalistas se han incorporado a la cultura jurídica del mundo italiano, español y latinoamericano.

³⁵ Carbonell, Miguel. PRÓLOGO A: Barroso, Luis Roberto. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN MÉXICO. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2008. Pp. 13.

2. CARACTERÍSTICAS QUE DEFINEN AL NEOCONSTITUCIONALISMO



“La corriente denominada *neoconstitucionalismo* está lejos de ser precisa: dentro de su relativa vaguedad denota, sin embargo, a una amplia familia de teorías enfocadas a brindar una interpretación teórica fuerte del presente desarrollo del Estado constitucional de derecho; el núcleo alrededor del cual giran dichas coincidencias apunta a la preeminencia del contenido valorativo del orden constitucional”³⁶. Las diferencias, sin embargo, no imposibilitan la configuración de una corriente con caracteres definidos respecto a la interpretación del fuerte fenómeno global de constitucionalización del Derecho.

Un rasgo peculiar de esta doctrina, que la distinguen de otras posturas doctrinales respecto a la Constitución, consiste en considerar a los textos constitucionales ya no solo como simples artefactos normativos destinados a poner límites al poder y establecer los esquemas organizacionales de las diversas sociedades, sino más bien como documentos fundacionales que guían la vida y funcionamiento de una sociedad determinada. La Constitución se convierte en una norma directa que rige la vida de la sociedad, no solo en el ámbito jurídico, sino prácticamente en todas las áreas de la vida social.

³⁶ Villabella, Carlos Manuel. NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. ¿UN NUEVO PARADIGMA? Grupo Editorial Mariel. México. 2014. Pp. 91.



Susanna Pozzolo, manifiesta que en el neoconstitucionalismo: “La Constitución se convierte en un pacto de ciudadanía, se convierte en la razón en torno a la cual se pueden unir las diferencias de una sociedad cada vez más compleja”³⁷.

Con respecto a su origen académico, se puede consignar que el término *neoconstitucionalismo* es una creación de la citada jurista Pozzolo, quien defiende un positivismo que no acepta las posturas teóricas de esta doctrina. Otros autores que se han destacado en la caracterización crítica del neoconstitucionalismo, siempre dentro de una posición iuspositivista actualizada, son los también pensadores italianos Paolo Comanducci y Mauro Barberis.

En la opinión de Pozzolo, el neoconstitucionalismo se genera esencialmente como una doctrina que, al trasladar en términos teóricos el auge constitucionalista del presente, se perfila como negación del positivismo. En sus palabras: “Lo que el neoconstitucionalismo contesta... es la propia posibilidad de conducir una perspectiva puramente fáctica o carente de valores del problema de la Constitución”³⁸. Subyace a tal caracterización la tesis central de que los parámetros doctrinales del positivismo no pueden explicar el presente auge global de constitucionalización del Derecho.

³⁷ Pozzolo Susanna. NOTAS AL MARGEN PARA UNA HISTORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. En: Pozzolo, Susanna (ed), NEOCONSTITUCIONALISMO, DERECHO Y DERECHOS. Palestra Editores. Lima. 2011. Pp. 24.

³⁸ Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Palestra Editores. Lima. 2011. Pp. 12.



Según Pozzolo: “El neoconstitucionalismo se caracteriza en función de las siguientes posturas: 1) La concepción de la Constitución como norma, esto es, como un conjunto de enunciados a ser observados de manera directa, especialmente en la esfera jurídica; 2) El Derecho consiste de principios, lo cual implica siempre una acción interpretativa por parte de los operadores jurídicos, especialmente los jueces ordinarios y constitucionales; 3) Dichos métodos de interpretación se basan en el modelo de la ponderación o balanceo de los derechos en conflicto y; 4) Una visión creativa e integrativa de la jurisprudencia”³⁹.

Para ubicar su propuesta en el escenario filosófico contemporáneo, Pozzolo menciona a algunos exponentes de estas doctrinas. Destaca, en este contexto, la referencia a Ronald Dworkin, autor al que Pozzolo considera: “Padre inspirador de algunas de las tesis del neoconstitucionalismo”⁴⁰. Junto a este autor, Pozzolo menciona como figuras importantes a “Gustavo Zagrebelsky y Robert Alexy, aun cuando también se plantea la influencia del filósofo argentino, fallecido prematuramente, Carlos Santiago Nino”⁴¹. Dentro de esta corriente, sin embargo, se han ido perfilando otros nombres como Luis Prieto Sanchís (España), Miguel Carbonell (México), Carlos Bernal Pulido (Colombia), para mencionar tan solo a algunos de los más reconocidos académicos que militan en el movimiento neoconstitucionalista.

³⁹ *Ibidem*. Pp. 25.

⁴⁰ *Ibidem*. Pp. 25.

⁴¹ *Ibidem*. Pp. 26.



Por su parte, el jurista brasileño Luis Roberto Barroso ubica el discurso neoconstitucionalista, situándolo en sus coordenadas teóricas, históricas y filosóficas. Según este autor: “El neoconstitucionalismo o el nuevo Derecho constitucional... identifica un conjunto amplio de transformaciones ocurridas en el Estado y en el Derecho constitucional, en medio de las cuales se pueden señalar: i) como marco histórico, la formación del Estado constitucional de derecho, cuya consolidación ocurrió a lo largo de las décadas finales del siglo XX; ii) como marco filosófico, al post-positivismo, con la centralidad de los derechos fundamentales y con una reaproximación entre Derecho y ética y iii) como marco teórico, al conjunto de cambios que incluyen la fuerza normativa de la Constitución, la expansión de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional”⁴².

La caracterización de Barroso registra la evidente importancia práctica del neoconstitucionalismo: “En efecto, esta doctrina se refleja en la práctica de los abogados y especialmente los jueces, que ahora se ven impulsados a tomar directamente a la Constitución como norma en sus razonamientos sentenciales. Los jueces constitucionales, especialmente, se han visto en la obligación de aplicar nuevos métodos interpretativos como la ponderación, la razonabilidad, la proporcionalidad”⁴³.

⁴² Barroso, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pp. 56.

⁴³ *Ibidem.* Pp. 67.



A nivel conceptual, las características del neoconstitucionalismo reconocidas en el mundo académico son básicamente tres; estos rasgos se corresponden con la descripción de Pozzolo: 1) la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral; 2) la distinción entre reglas y principios; y 3) la defensa de la ponderación como método de solución de controversias entre principios (especialmente bajo la influencia de Robert Alexy). “El neoconstitucionalismo concede una gran importancia al ejercicio jurisdiccional, razón por la cual algunas veces parece cuestionar la tradicional división de poderes. Esto es así debido a la función de garantía de la Constitución que le corresponde al juez, que, entonces, supera su papel como simple aplicador de la ley”⁴⁴.

3. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

En la actualidad no existe corriente iusfilosófica que defienda con tanta decisión la vinculación entre Derecho y moral como lo hacen los pensadores neoconstitucionalistas. Desde luego, no representa un simple retorno al iusnaturalismo tradicional; los partidarios del pluralismo cultural y jurídico condenarían esta postura a un fracaso rotundo. En todo caso, el neoconstitucionalismo, al menos en la visión acostumbrada, representa una superación del positivismo que había dominado la ciencia jurídica en los 150 años anteriores a la Segunda Guerra Mundial.

⁴⁴ Carbonell, Miguel. TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. ENSAYOS ESCOGIDOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Pp. 126.



A pesar de su referencia crucial a la dimensión moral, el neoconstitucionalismo no pretende hacerse pasar por iusnaturalismo. El neoconstitucionalista defiende ciertos principios básicos morales, normalmente expresados en forma de derechos; mientras que el iusnaturalismo pretende tener una respuesta, accesible a través de la racionalidad común a los seres humanos, para determinadas situaciones. De hecho, el neoconstitucionalismo no pretende tener respuestas únicas para el mismo problema, a excepción de pensadores como Dworkin, quien considera que un juez que tuviese un conocimiento fáctico y normativo perfecto (el juez Hércules, como él lo llama) siempre arribaría a la misma respuesta. La mayoría de neoconstitucionalistas son más humildes y reconocen que no se puede alcanzar tal tipo de conocimiento sobrehumano. La tesis de la relación necesaria entre Derecho y moral no implica, por lo tanto, una posición iusnaturalista en el sentido clásico del término.

“La relación conceptual y necesaria entre Derecho y moral es quizás la tesis más controversial del neoconstitucionalismo. Dado que los valores y los principios obligan en conciencia, dicha tesis implica un cambio en la función judicial. El juez se convierte en el último garante del Estado constitucional de derecho. Sin embargo, no se puede negar que la misma idea de conciencia moral está lejos de ser clara”⁴⁵.
¿Puede la subjetividad judicial convertirse en el último garante del núcleo axiológico de la Constitución? ¿No parece que esta idea plantea un retorno al Gobierno de los

⁴⁵ Bidart Campos, Germán J. DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1968. Pp. 249.



hombres y no de las leyes? ¿Se puede obtener la justicia a través de decisiones o una carga de subjetividad puede terminar en una disminución de la seguridad jurídica?

Con independencia de las respuestas a estas preguntas, parece necesario poner límites a la relación necesaria entre Derecho y moral. Ambos son sistemas normativos diferentes; el Derecho no puede existir sin procedimientos, sin instancias de solución de casos, sin autoridades, etc. Las lógicas de cambio de ambos sistemas son diferentes; por ejemplo, un cambio constitucional requiere procedimientos específicos, a diferencia de un cambio en la moralidad, el cual se opera a partir de cambios culturales profundos. Sin embargo, tampoco puede negarse que un sistema jurídico debe abrirse con mayor decisión a los principios éticos que garantizan una sana convivencia humana.

4. LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

En la literatura especializada, especialmente la relacionada con el neoconstitucionalismo, se considera que la distinción entre reglas y principios se debe al filósofo norteamericano Ronald Dworkin, quien la usó en su influyente crítica a la posición positivista del jurista inglés H. L. A. Hart. Como se sabe, para Hart el Derecho es un sistema de dos tipos de reglas, las primarias y las secundarias. Las primeras son las directrices de primer grado que se aplican o no se aplican; las segundas



especifican las formas en que las reglas se reconocen, cambian o son usadas para dirimir conflictos, especialmente en sede jurisdiccional.

En términos generales, Dworkin considera que la práctica del Derecho no puede entenderse con base en reglas, al menos sin tomar en cuenta los principios. El ejemplo que suele citarse es el del caso Riggs vs. Palmer que tomó lugar en las cortes de Nueva York a finales del siglo XIX. En este caso se decide si un hombre, que había asesinado a su abuelo quien lo había heredado con anterioridad, tiene derecho de recibir el legado correspondiente. El Derecho, en tanto sistema de reglas, no tiene una respuesta directa y taxativa al respecto; de hecho, en la decisión final se presentó la opinión minoritaria de que no hay un estatuto que impida la obtención de la herencia por parte del asesino. Dworkin, aprobando la decisión que niega la herencia al homicida, afirma que en esta situación los jueces acuden a un principio del Derecho (nadie tiene derecho a beneficiarse de su propio crimen) para evitar que se cometa semejante injusticia.

En opinión de Giorgio Pino: “En la literatura actual existe una concepción fuerte y una débil respecto a la distinción entre reglas y principios. De acuerdo a la concepción fuerte, las reglas y los principios son entidades totalmente diferentes. En primer lugar, los principios son normas esenciales; ellas fundamentan, pero no necesitan ser fundamentadas, como sucede en el caso de las reglas. En segundo lugar, las reglas son simplemente obedecidas, mientras que los principios fomentan la adhesión ética y política. En tercer lugar, los principios pueden ser sopesados respecto



a otros principios y, en este sentido, aceptan una aplicación gradual, sin perder su carácter de principios. Finalmente, los principios representan el *espíritu* de un ordenamiento normativo. Por otro lado, los principios expresan un valor, a diferencia de las reglas que no lo hacen. Según la débil, la diferencia entre principios y reglas es de grado⁴⁶.

Según esta distinción las reglas también pueden ser fundamentales, cumplidas en mayor o menor grado, pueden reflejar el espíritu de un ordenamiento normativo, y así sucesivamente. Esta posición es sostenida por Luigi Ferrajoli. Por su parte, un teórico como Alfonso Ruiz Figueroa sostiene que todas las reglas son principios.

Una de las concepciones más difundidas de lo que son los principios, es la propuesta de Robert Alexy. Para este pensador alemán, un principio es una norma que exige que su realización se optimice en la medida de lo posible. En esta postura se acepta desde el principio la posibilidad del conflicto y la necesidad de la ponderación. De esta manera, la distinción entre reglas y principios se integra con las otras tesis, la de la relación esencial entre Derecho y moral y la de la ponderación, de la posición neoconstitucionalista.

⁴⁶ Pino, Giorgio. DERECHOS FUNDAMENTALES, CONFLICTOS Y PONDERACIÓN. Palestra Editores. Lima. 2013. Pp. 65.



Dado el énfasis concedido a los valores, se puede concluir en que la función de los principios es introducir estos dentro de la estructura normativa de los sistemas jurídicos constitucionalizados. Las reglas, como aquellas que fijan procedimientos, no tienen que referirse necesariamente a un valor. Piénsese, por ejemplo, en las reglas que rigen los negocios jurídicos; estas reglas se rigen en función de principios, pero también atienden a la necesidad de generar procesos establecidos.

5. EL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN

“Tradicionalmente, se ha pensado que la forma básica y fundamental del razonamiento jurídico se encuentra en el silogismo: bajo una norma (premisa mayor) se subsume una proposición fáctica (premisa menor); la conclusión establece que la norma se aplica al caso”⁴⁷. Esta visión reductiva del razonamiento jurídico ha sido cuestionada por la creciente importancia de la teoría de la argumentación en el ámbito de la filosofía y metodología del Derecho que ha sido desarrollada en el ámbito del neoconstitucionalismo. La práctica y teoría del neoconstitucionalismo, en efecto, ha influenciado de manera notable la concepción del método argumentativo en el Derecho, enfatizando la importancia de la ponderación o balanceo.

⁴⁷ De Paramo Argüelles, J. R. RAZONAMIENTO JURÍDICO E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Revista Española de Derecho Constitucional. España. 1988. Pp. 213.



“Una de las características de las normas morales es la relación en que ellas entran en conflicto; los principios morales a menudo entran en relaciones dilemáticas como lo puede comprobar cualquiera a partir de su propia experiencia. Por esa razón se suele decir, en el campo de la filosofía moral, que los principios morales tienen una validez *prima facie*; por eso es necesario deliberar para alcanzar una decisión cuando los principios morales entran en conflicto”⁴⁸. Este fenómeno ha sido interpretado como exigiendo un método propio de adjudicación en el terreno judicial, especialmente el constitucional: se trata del método de la ponderación, el cual ha sido estudiado por pensadores destacados del neoconstitucionalismo.

La subsunción le cede su lugar a la ponderación como modo de trabajar argumentativamente con las normas constitucionales. Como se sabe, ponderar significa balancear, término que desde el principio implica un intento de comparar los principios a la luz de los valores que estos intentan realizar. Tal vez esta tesis no es problemática, puesto que los principios morales tienden a entrar en conflicto, como lo puede comprobar todo aquel que haya experimentado alguna vez un dilema moral. Lo que vuelve problemático este método es que una función relativamente subjetiva como la ponderación queda en manos de los tribunales constitucionales, que gozan, en el neoconstitucionalismo, de un poder que llega hasta a destruir la misma idea de división de poderes.

⁴⁸ Ballesteros, Jesús. *SOBRE EL SENTIDO DEL DERECHO*. Editorial Tecnos. Madrid. 1984. Pp. 159.



“En el ámbito de la ponderación, se destaca la postura de Robert Alexy, a quien se deben las descripciones más rigurosas del método de la ponderación, la cual ha recibido también contribuciones del jurista colombiano Carlos Bernal Pulido. Jürgen Habermas, quien ha influido a Alexy con su visión de la acción comunicativa orientada al consenso, ha criticado la ponderación ejercida por los tribunales constitucionales, precisamente por su carga de subjetivismo. Este ejercicio por parte de los tribunales constitucionales constituye el talón de Aquiles de las teorías neoconstitucionalistas”⁴⁹.

Ronald Dworkin, piensa, sin embargo, que es posible que el Derecho pueda encontrar solo una respuesta; a esta posición se le denomina la “tesis de la respuesta única”. Dworkin piensa que un juez que tuviese a su alcance un conocimiento total de los hechos, y tuviese una intuición ética certera, siempre arribaría a la misma conclusión. Este juez omnisciente ha sido denominado por Dworkin el *Juez Hércules*. Sin embargo, la figura de tal juez no puede substituir los problemas reales que enfrenta el juzgador a la hora de alcanzar una decisión racional en el campo jurídico. Esto a pesar de que, lo que quiere decir Dworkin es que nuestras diferencias respecto a la interpretación de los principios se deben a la limitación de los seres humanos mismos, y no a la intrínseca vaguedad de los principios morales.

⁴⁹ Atienza, Manuel & García Amado, Juan A. UN DEBATE SOBRE LA PONDERACIÓN. Palestra Editores. Lima. 2012. Pp. 170.



6. CRÍTICAS AL NEOCONSTITUCIONALISMO

“Las tesis neoconstitucionalistas han sido objeto de las más variadas críticas. A pesar de las respectivas diferencias, estas críticas apuntan a ciertos rasgos vinculados específicamente a la incorporación del discurso de la moralidad dentro de los diferentes sistemas jurídicos, especialmente cuando este se reserva para cuerpos interpretativos que, como las Cortes Constitucionales, se ven implícitamente autorizadas a utilizar la ponderación como método adjudicativo”⁵⁰. Conviene tener en mente este hecho para poder ir reflexionando las estrategias que deben seguirse para que se pueda conservar el poder del discurso moral, mientras se intenta escapar de las limitaciones del modelo teórico propuesto por el neoconstitucionalismo. Criticar al neoconstitucionalismo no debe significar de ningún modo, el retorno al pensamiento iuspositivista formal del siglo XIX.

Las críticas al neoconstitucionalismo como tal comienzan con las articuladas por Susanna Pozzolo; asimismo otros autores como Juan Antonio García Amado y Anna Pintore, han criticado severamente al neoconstitucionalismo. Dichas críticas giran alrededor de la indeterminación jurídica que surge de la inmersión de la moral en el ámbito del Derecho, aspecto que se ve amplificado por la exagerada importancia que se concede a los tribunales constitucionales.

⁵⁰ Atienza, Manuel. DOS VERSIONES DEL CONSTITUCIONALISMO. Editorial Doxa. España. 2011. Pp. 199.



En la opinión de Pozzolo: “Se debe mantener la separación conceptual entre Derecho y moral; pues, para empezar, la moral no tiene un significado claro y único sino polisémico”⁵¹. Sabemos, por ejemplo, que una moral individualista choca con una colectivista; que la moral tradicional choca con esas moralidades que tratan de adecuarse a los hechos, etc. Dada su definida opción por la relación íntima entre Derecho y moral, no debe extrañar que el neoconstitucionalismo prefiera ciertas opciones sobre otras; por eso, la implementación de esta corriente puede dar lugar a la objeción de que en las decisiones de los tribunales constitucionales se privilegia ciertas visiones morales sobre otras.

Esta tesis también suele distinguir al positivismo, que no niega a secas que exista relación entre ambos ámbitos, sino que tan solo pone en cuestión que tal vínculo sea necesario. De hecho, para el positivismo, como en el caso de Hart, dicha separación es necesaria para garantizar que realmente el Derecho sea capaz de ser criticado desde un punto de vista moral. En ese sentido, atendiendo a la objeción positivista, se puede afirmar que la moralidad, cambiante y muchas veces dependiente de la cultura, puede servir para imponer criterios poco atractivos incluso para los propios neoconstitucionalistas.

⁵¹ Pozzolo, Susanna. UN CONSTITUCIONALISMO AMBIGUO. En: Carbonell, Miguel (ed.). NEOCONSTITUCIONALISMO (S). Editorial Trotta. Madrid. 2006. Pp. 196.



García Amado, en una discusión con Luis Prieto Sanchís, “crítica al neoconstitucionalismo bajo la perspectiva del constitucionalismo de índole positivista que dicho autor defiende”⁵². La esencia de la crítica de García Amado es que los principios, que como se sabe, están fundamentados en valores, son indeterminados; esto es, ¿cómo podemos determinar lo que dice concretamente un principio semánticamente indeterminado? Desde su perspectiva, García Amado piensa que la Constitución dice lo que dice y manda lo que manda; en los casos en la penumbra se opera la tarea interpretativa de las cortes constitucionales, las cuales, sin embargo, se ven obligadas a diferir del legislador en todo aquello que vaya en contra del texto constitucional. García Amado piensa que las interpretaciones amplias del texto constitucional dependen del hecho de que el neoconstitucionalismo adopta una perspectiva axiológica. Concretamente, para García Amado la Constitución es un *artefacto lingüístico-comunicativo*, cuyo sentido debe ser interpretado en la medida de lo posible, mientras que para el neoconstitucionalismo es una *entidad ideal, axiológica* cuyos términos van más allá de lo que dicen. En ese sentido, García Amado critica el activismo judicial que parece implicar esta postura, confrontándola con el respeto a la función legislativa que conserva el positivismo.

Anna Pintore objeta al neoconstitucionalismo el fomento de lo que esta autora denomina los *derechos insaciables*. Esta autora critica “la tendencia a hacer de los derechos un instrumento insaciable, devorador de la democracia del espacio político

⁵² García Amado, Juan Antonio. DERECHOS Y PRETEXTOS. en: Carbonell, Miguel. (ed), TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. ENSAYOS ESCOGIDOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Pp. 237-264.



y, a fin de cuentas, de la misma autonomía moral de la que los hacemos surgir”⁵³. La crítica de esta autora “se dirige hacia todas las filosofías políticas que llevan la defensa de los derechos hasta el sacrificio de las implicaciones democráticas propias de nuestros ordenamientos constitucionales”⁵⁴.

En esa dirección, Pintore critica el hecho de que las posturas de corte neoconstitucionalista, no tomen en cuenta las dimensiones organizativas del Estado. La búsqueda de la satisfacción de los derechos es un proceso prácticamente interminable que termina por socavar los fundamentos organizativos del Estado, dado que siempre estamos en un proceso continuo de implementación de estos.

Finalmente, no se pueden dejar de mencionar las críticas que han sido esgrimidas contra el énfasis en las cortes constitucionales como garantes últimos de un sistema jurídico. Según esta objeción, centrada a menudo en el poder del que goza la Corte Suprema de Los Estados Unidos de América, el modelo del Derecho constitucionalizado desemboca en un *Gobierno de los jueces*. Jeremy Waldron ha objetado que el constitucionalismo moderno termina por erosionar la tradicional división de poderes. Bajo esta perspectiva, se suele argumentar la ilegitimidad que un cuerpo no electo, como una Corte de Constitucionalidad, tenga la última palabra a la

⁵³ Pintore, Anna. DERECHOS INSACIABLES. En: Pozzolo, Susanna (ed.). NEOCONSTITUCIONALISMO, DERECHO Y derechos. Palestra Editores. Lima. 2011. Pp. 215.

⁵⁴ *Ibidem*. Pp. 216.



hora de decidir si una la legislación tiene validez o no. Esta objeción alcanza toda su fuerza cuando se critica, que las decisiones de las Cortes de Constitucionalidad dependen de la opinión de las personas que forman parte de ellas.

Las discusiones en el ámbito del neoconstitucionalismo han sido álgidas, por ejemplo, el mismo Prieto Sanchís, se queja de que ha sido acusado de positivista. Se han expuesto algunos de los elementos que se le objetan al neoconstitucionalismo; estos, junto a las críticas a la relación entre Derecho y moral, la teoría de la ponderación y la distinción entre reglas y principios, dan una idea de los problemas contemporáneos que plantea el desarrollo del neoconstitucionalismo.

7. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO INCLUYENTE

Existe, sin embargo, una vigorosa respuesta del positivismo a las pretensiones neoconstitucionalistas y otras similares (si se toma en cuenta que los anglosajones no han desarrollado el neoconstitucionalismo como lo han hecho los iberoamericanos y los italianos). Para comprender estas críticas se precisa entender que: “el positivismo incluye tres tesis: 1) la separación conceptual entre Derecho y moral, 2) la tesis de las fuentes sociales del Derecho, y 3) la tesis de la discrecionalidad judicial, la cual afirma



la creación de derecho por parte del juez, cuando se enfrente a situaciones relativamente imprevistas”⁵⁵.

En este sentido, las respuestas al desafío neconstitucionalista se dividen en los planteamientos del positivismo incluyente y el excluyente. Esta clarificación es necesaria para evitar probables confusiones posteriores, especialmente en el caso de una corriente tan amplia. El positivismo *incluyente*, que acepta la integración contemporánea de la moral en el Derecho, se distingue del *excluyente* el cual rechaza la fusión de Derecho y moral.

El positivismo incluyente es una posición que se origina en Hart, cuando este intenta responder a Dworkin quien había criticado al primero por no reconocer la diferencia entre normas y principios. Desde entonces se habla del *positivismo suave* de Hart. Esta doctrina ha sido posteriormente desarrollada por filósofos del Derecho anglosajones, entre los que destaca el jurista canadiense Will Waluchow. En esta perspectiva los valores morales juegan una función crucial dentro del orden jurídico, porque, de hecho, algunos principios morales han sido positivizados como derechos fundamentales, específicamente en las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

⁵⁵ Escudero Alday, Rafael. LA RESPUESTA POSITIVISTA AL DESAFÍO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO: EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE. En: Pozzolo Susanna (ed.), NEOCONSTITUCIONALISMO, DERECHO Y DERECHOS. *Op. Cit.* Pp. 93.



Seguendo a Rafael Escudero Alday, se puede acordar que el positivismo incluyente acepta la inmersión positiva de la moral en el Derecho de manera que se satisfagan las tres características definitorias del positivismo. En primer lugar, ya no se puede negar que en el paradigma constitucional se opera una identificación entre Derecho y moral, aunque esta no es necesaria; este es un hecho social, por lo que se respeta la tesis del reconocimiento y las fuentes sociales del Derecho. Por otro lado, se reconoce que no hay realmente discrecionalidad cuando el juez aplica el derecho; en los casos en los que el juez parece ir más allá de la ley, solo está aplicando criterios morales. Desde luego, este rasgo adquiere mayor legitimidad en la medida en que el paradigma actual del constitucionalismo le da preeminencia a los valores.

La posición de Ferrajoli se intersecta con las ideas del positivismo incluyente. Sin embargo, por su énfasis en la constitucionalización del Derecho, Ferrajoli suele ser considerado como un pensador muy cercano al neoconstitucionalismo. En los últimos tiempos, como lo afirma Mauro Barberis: “Ferrajoli se ha desmarcado del neoconstitucionalismo, llamando a su teoría *constitucionalismo garantista* y denominando al neoconstitucionalismo como *constitucionalismo principalista o iusnaturalista*”⁵⁶.

⁵⁶ Barberis, Mauro. EL NEOCONSTITUCIONALISMO, TERCERA TEORÍA DEL DERECHO. En: Pozzolo, Susanna (ed). NEOCONSTITUCIONALISMO, DERECHO Y DERECHOS. *Op. Cit.* Pp. 255.



De hecho, Ferrajoli se ha distinguido por derivar del proceso de constitucionalización del Derecho, un movimiento de filosofía política, de carácter garantista, que ha ido ganando fuerza dentro del ámbito italiano, español y latinoamericano.

Pozzolo considera que el neoconstitucionalismo adopta como característica definitoria el antipositivismo; Ferrajoli, sin embargo, es claramente positivista en la medida en que parte de la positivación de tesis morales en Constituciones de naturaleza rígida. Incluso llega a pensar que la carencia de garantías para un derecho constituye en sí una laguna jurídica que debe ser resuelta por la función legislativa; por lo tanto, no aceptaría el carácter extensivo que la axiología le presta a los textos constitucionales.

Manifiesta Cárdenas Gracia que: “El positivismo excluyente ha sido expuesto con mayor fuerza por el filósofo de origen israelí Joseph Raz, discípulo de H. L. A. Hart y sucesor de este en la cátedra en la Universidad de Oxford. Este autor no pretende negar que se haga uso de la moral en el Derecho; este recurso, sin embargo, no convierte al discurso moral en una parte del discurso jurídico en cuanto tal. Raz llega a sostener que no existe ni siquiera una razón moral para obedecer al Derecho el cual es un sistema normativo que se caracteriza por ser el sistema de autoridad por



excelencia, dado que llega incluso a castigar la falta de obediencia. Para este autor, la “clave está en que institucionalmente ciertas normas son consideradas derecho

8. ANÁLISIS CRÍTICO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Los autores neoconstitucionalistas coinciden en la necesidad de vincular el ejercicio constitucional con la reflexión moral; no hacerlo podría provocar regresiones a etapas trágicas de la historia humana, que como el fascismo, fueron legitimadas por un derecho que ahora se considera limitado. Sin embargo, esta tesis debe ser defendida de las dificultades que la acechan, especialmente las relativas a la subjetividad de los juicios morales alcanzados por los órganos postulados para su realización, esto es, los tribunales constitucionales. De otra manera, los alcances asociados con la moralidad del Derecho serán obnubilados por falencias evidentes en el actuar concreto de tales entes jurisdiccionales.

Se considera, pues, que un gran problema del neoconstitucionalismo radica en su modelo interpretativo del Derecho, dado que, en cierta medida, esta corriente presupone un modelo elitista de la práctica jurídica, en la cual todo queda en manos de jueces, que a veces no representan los intereses más generales. Esto, puede acarrear las dificultades más duras para el ejercicio de las tesis del

⁵⁷ Cárdenas Gracia, Jaime. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2009. Pp. 323.



neoconstitucionalismo. En todo caso, es claro que los términos morales no pueden ser expulsados del Derecho; quizás lo que deba hacerse es liberar al discurso jurídico de las restricciones subjetivistas.

En este sentido, ya no se puede negar que el modelo constitucional de Derecho también enfrenta crisis cruciales. Lamentablemente, “los tribunales constitucionales, a pesar de su alta misión, han sido penetrados por intereses sectarios que están lejos de representar las visiones morales más profundas que una sociedad mantiene. A lo largo y ancho del mundo, mucha gente desconfía del ejercicio interpretativo de tales órganos. En EE.UU., por ejemplo, muchas de las libertades han sido cercenadas en aras de la seguridad nacional; la Corte Suprema de los EE.UU., sin embargo, no ha impuesto los esperados límites al poder”⁵⁸.

Por otro lado, los Estados constitucionales no han sido capaces de evitar la desigualdad y la progresiva caída de los derechos sociales. Este problema ya no afecta tan solo a los países del tercer mundo, sino también a las naciones desarrolladas. A diario leemos en los periódicos como países como España enfrentan problemas con el desempleo; los Estados ya no pueden proveer a sus ciudadanos con las garantías que disminuyen los efectos del desempleo y la pobreza. Las empresas, especialmente las transnacionales, cambian de país siguiendo políticas de atracción de la inversión

⁵⁸ Bayón, Juan Carlos. DEMOCRACIA Y DERECHOS: PROBLEMAS DE FUNDAMENTACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2004. Pp. 96.



que dejan a las personas en una situación de vulnerabilidad laboral. Qué respuesta se podría dar entonces a la pregunta: ¿cómo puede suceder esto en una época como la nuestra que se ufana de ser la época de los derechos humanos y la constitucionalización del Derecho?

Muchas personas piensan que las decisiones de los tribunales constitucionales, se generan en función de intereses partidarios, que en cuanto tales, reflejan intereses particulares y no los valores morales que informan el respectivo texto constitucional. Cada vez se oye con mayor insistencia que se necesitan reformas constitucionales profundas, pero no deja de ser cierto el temor que dichos cambios pueden de hecho ser utilizados para favorecer ciertas posturas o ciertos intereses.

“Las crisis jurídico-políticas, demuestran la profundidad del caos sistémico que afecta a algunos órdenes jurídicos contemporáneos. Desafortunadamente, algunos Tribunales Constitucionales lo han demostrado. Con la calidad de sus sentencias, la conciencia de la alta misión que les adjudica el actual movimiento por la constitucionalización del Derecho. En este contexto, la postura neoconstitucionalista parece adolecer de una profunda ingenuidad”⁵⁹.

⁵⁹ Alterio, Ana Micaela & Niembro Ortega, Roberto (coordinadores) EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR EN LATINOAMÉRICA. Editorial Porrúa. México. 2013. Pp. 109.



Existen otros problemas para el neoconstitucionalismo. Entre ellos no se puede dejar de mencionar la pérdida de derechos y garantías que se ha dado en el terreno del derecho penal. En especial, se ha ido imponiendo un derecho penal del enemigo que pone en cuestión las tradicionales garantías que protegían a la ciudadanía del abuso de poder y que aseguraban un proceso óptimo en el terreno penal.

Otro problema importante, es el de la diversidad cultural. ¿Cuáles son los valores y derechos fundamentales en una sociedad multicultural? Como sabemos, los pueblos y comunidades indígenas, sostienen visiones del mundo que difieren de las que sostienen lo que ahora conocemos como cultura occidental. Quizás la mayoría de autores constitucionalistas se identifican con las tradiciones políticas y jurídicas europeas, especialmente las de origen liberal. Pero es obvio que una república multicultural debe hacer ciertas concesiones en el terreno de los derechos fundamentales. Por ejemplo, ¿se puede imponer la concepción de los derechos de propiedad individual a pueblos indígenas que sostienen visiones comunitarias de la propiedad?

9. ALCANCES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

“Resulta claro que de ninguna manera se puede apoyar que se soslayen los aspectos morales del Derecho: esto es particularmente cierto en un tiempo de crisis



de gobernabilidad como el contemporáneo. Por esta razón, es necesario buscar una visión que conjugue lo valorativo, esto es, lo axiológico, con lo jurídico, de manera de alcanzar no solo la justicia sino también la seguridad y certeza jurídicas. Este objetivo debe alcanzarse en un modelo que también mantenga el balance de los poderes. Solo así se puede plantear una perspectiva que al tiempo que fomente la amplitud semántica de los términos morales que constituyen el corazón de un texto constitucional moderno, pueda generar un sistema democrático de Gobierno⁶⁰.

A través de la historia se han generado influyentes enfoques que han buscado conjuntar la seguridad jurídica con la búsqueda de los valores. Desde nuestro punto de vista, estas posturas deben recibir más elaboración, especialmente en nuestro tiempo, en respuesta a las dificultades que enfrenta un modelo teórico tan generoso como el neoconstitucionalista. La axiología constitucional debe desarrollarse con mayor profundidad y no puede atarse a las vicisitudes del neoconstitucionalismo, el cual solo es una corriente que trata de interpretar dicho proceso de enriquecimiento de la perspectiva constitucional.

Estas perspectivas pueden brindar un renovado brío a algunas visiones positivistas; pueden generar incluso algunas consecuencias positivas para las

⁶⁰ Bayón Mochino, J. C. LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO: DEBER JURÍDICO Y RAZONES PARA LA ACCIÓN. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Pp. 62.



funciones del poder legislativo. Sin embargo, estas visiones también deben reconocer que el poder legislativo y el ejecutivo están en crisis.

En resumen, se necesitan posturas que integren los valores morales en los ordenamientos institucionales contemporáneos, dado que la misma práctica de los derechos humanos está en retroceso. Esta tarea es necesaria cuando se reconoce que se está en una crisis profunda; que se agrava cuando algunos sostienen que no existen alternativas.

En este objetivo se pueden alinear las contribuciones no solo de pensadores contemporáneos, sino también las ideas de intelectuales clásicos como es el caso de Gustav Radbruch, Eduardo García Máynez, Luis Recaséns Siches, Miguel Reale, etc. Las intuiciones de estos pensadores, integradas con otras corrientes de constitucionalismo contemporáneo, pueden ayudar a articular una visión de los ideales del neoconstitucionalismo que permitan defender una visión fuerte del Estado constitucional de derecho y sus valores, sin caer en las objeciones que le han sido presentadas a esta corriente. En otras palabras, es posible demostrar que es válida la tesis neoconstitucionalista según la cual la estructura axiológica de la Constitución trasciende su significado jurídico para irradiarse a la estructura social en su conjunto, pero los argumentos y fundamentos de tal afirmación deben ser serios y completarse con las tesis que exigen seguridad jurídica y certeza del Derecho.



CAPÍTULO III

LA IRRADIACIÓN MORAL DE LA CONSTITUCIÓN

1. LA TESIS DE LA IRRADIACIÓN MORAL DE LA CONSTITUCIÓN

“La naturaleza del neoconstitucionalismo, en tanto propuesta teórica interpretativa del actual proceso de constitucionalización del Derecho, plantea problemas que generan preguntas respecto a si las tesis del neoconstitucionalismo son o pueden considerarse correctas, y justifican, por lo tanto, la creencia de que las Constituciones, sobrepasan el alcance literal de sus respectivos textos”⁶¹.

Una pregunta recurrente es la que surge sobre si el sentido de los valores morales logra trascender la literalidad del texto constitucional. En este sentido, y a pesar de los aspectos cuestionables del neoconstitucionalismo, la teoría neoconstitucionalista afirma que necesariamente el texto constitucional posee una irradiación axiológica que supera el marco literal que constituye el texto constitucional. Desde luego, no niega que el significado literal posee importancia, porque un texto constitucional debe asegurar un nivel aceptable de seguridad y certeza jurídicas.

⁶¹ Carbonell, Miguel. ESCRITOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL. UNAM. México. 2001. Pp. 80.



El análisis gira alrededor de la idea fundamental de que la naturaleza de la interpretación jurídica hace que sea innegable la importancia de los términos morales. Esta afirmación permite responder la objeción del activismo judicial.

Dado el desarrollo de la sociología jurídica, el Derecho también es un instrumento que puede promover el cambio social. En ese sentido, puede decirse que “la aproximación moral a la tarea judicial supone mover al Derecho, a través de recursos interpretativos, en favor de las demandas sociales más sentidas, precisamente aquellas que son exigidas para lograr un orden social que realice la dignidad humana. Este proceso, causa cierto escepticismo debido a que afecta negativamente al principio de la división de poderes, en la medida en que los cambios sociales e institucionales ya no son promovidos por el Poder Legislativo, instancia que se encarga de ordenar la sociedad de acuerdo con directivas legales debidamente promulgadas”⁶².

El texto constitucional, al contener términos morales, determina una especie de irradiación moral hacia las diversas áreas de la vida ciudadana. De este modo, el texto constitucional moderno se puede estudiar desde los diversos ángulos susceptibles de recibir una calificación desde el punto de vista moral. Así, por ejemplo, se puede

⁶² Carrió, G. R. NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1990. Pp. 155.



abordar dicho texto desde la perspectiva de la política, de las relaciones que establecen entre los ciudadanos, desde la conciencia ciudadana, etc.

Las afirmaciones anteriores, se concentran, en especial, en el terreno de la decisión constitucional. En esta área se hace más evidente la opción por las diferentes teorías de la interpretación jurídica, especialmente la que se da en el campo jurisdiccional-constitucional. “Todo proceso jurisdiccional es susceptible en su desarrollo de someterse a un control específico de constitucionalidad. Por otro lado, tópicos tan importantes como el de la ponderación muestran sus aspectos problemáticos cuando esta se estudia desde la perspectiva de los tribunales constitucionales”⁶³.

2. LA IMPORTANCIA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución incluye un pacto de ciudadanía. Siguiendo esta línea interpretativa, es evidente que el texto constitucional contiene un significado político que supera los aspectos jurídicos; se busca no solo un modo de convivencia que garantice la seguridad jurídica, sino que también un orden democrático que respete y promueva la dignidad humana.

⁶³ Kramer, Larry. CONSTITUCIONALISMO POPULAR. Palestra Editores. Perú. 2011. Pp. 38.



En virtud de estas consideraciones, “una buena parte de los textos constitucionales se denominan *Constituciones políticas*. Lo que se busca, en este caso, es establecer el marco dentro del cual se organiza la vida en común de una sociedad, los parámetros institucionales y valorativos a través de los cuales una comunidad determinada organiza la vida colectiva”⁶⁴.

Precisamente, en su sentido clásico, la política dista mucho de ser una actividad cuyo objeto consiste en la conquista y preservación del poder; la política es, en cambio, el arte y ciencia de buscar el bien común.

El sentido de política al que se hace referencia en el ámbito constitucional posee innegables dimensiones morales. El mismo significado clásico de la política, la refiere como búsqueda de la sociedad bien ordenada, de aquella que busca el bien común, de la que se ajusta a las necesidades de perfección de la naturaleza humana. Este es el sentido en que se realiza en la afirmación de Aristóteles, según el cual el ser humano es un *animal político*.

En un sentido importante: “Un texto constitucional constituye un acuerdo respecto a la mejor sociedad, esto es, aquella en la que los seres humanos, políticos

⁶⁴ Manili, Pablo Luis, (Coordinador). DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2005. Pp. 247.



por naturaleza, pueden realizarse como seres humanos. Este objetivo, naturalmente, implica dimensiones morales, las cuales son reconocidas en el texto constitucional que reconoce los derechos humanos. Un proyecto político es moral precisamente porque los seres humanos son criaturas de la moralidad”⁶⁵.

Esto sin embargo, no significa que el contenido moral de la Constitución sea un aspecto claro desde el principio. Este objetivo es sumamente complejo; en este sentido, no se debe olvidar la variabilidad de opiniones que se encuentra en cualquier sociedad. No todos los seres humanos coinciden en su opinión respecto a la idoneidad de una Constitución en particular. De este modo, alrededor de los textos constitucionales se articula una serie de luchas y conflictos respecto a la interpretación de estos o, respecto a la necesidad de efectuar cambios al texto respectivo.

El problema de la Constitución como expresión moral es que esta no refleja las condiciones de su tiempo. En efecto, en la actualidad se considera que las Constituciones deben tener un carácter rígido. En este sentido, el texto constitucional, especialmente por su carácter estático, puede llegar a convertirse en una especie de *camisa de fuerza*, para el ejercicio de la democracia.

⁶⁵ García Figueroa, Alfonso. CRIATURAS DE LA MORALIDAD: UNA APROXIMACIÓN NEOCONSTITUCIONALISTA AL DERECHO A TRAVÉS DE LOS DERECHOS. Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 65.



3. LA DISTORSIÓN DEL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

“El sentido negativo de la política ha afectado al ideal constitucional. En efecto, como ha venido a ser de conocimiento común, las Cortes Constitucionales se han constituido en instancias para defender los intereses y las perspectivas de ciertos grupos. El resultado ha sido, que los grupos de poder logran frenar proyectos democráticos, especialmente, aquellos que defienden a los sectores vulnerables”⁶⁶.

Este fenómeno se manifiesta especialmente en aquellos países que han seguido con mayor cercanía el modelo norteamericano de control de constitucionalidad. Desde el famoso caso *Marbury vs. Madison* (1803), el control de constitucionalidad lo ejerce la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. Esta modalidad de revisión judicial ha hecho que los productos de la legislatura solo se establezcan de manera duradera si dicho tribunal decide que sea así.

Dados estos antecedentes no puede sorprender que, en el caso de algunos Estados, especialmente de Latinoamérica, la adjudicación de las magistraturas sea objeto de una lucha política y económica bastante intensa. Esta situación no ha pasado desapercibida para los ciudadanos, quienes han exigido reformas al sistema de

⁶⁶ Moreso, J. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997. Pp. 92.



justicia, incluyendo cambios constitucionales, cuando no la promulgación de una nueva Constitución.

En todo caso, la situación descrita ha venido generando un proceso desconcertante que muestra la decreciente fuerza política (en el sentido positivo) de la Constitución. En efecto, cada vez se verifica un franco abismo entre las normativas constitucionales de la realidad social que viven los miembros de la sociedad y las visiones que subyacen al compromiso asumido en el texto constitucional vigente. A veces se habla, incluso, de *poesía constitucional*.

Ferrajoli habla acerca de la *deconstitucionalización* del orden jurídico. Según este autor: “Este proceso se expresa en la progresiva erosión de las garantías que sostienen las funciones del Estado de bienestar... tal proceso denota el dominio que ejercen los poderes políticos y económicos”⁶⁷.

En este proceso, desde luego, hay responsabilidad por parte de tribunales que no han estado compenetrados del ideal moral de la Constitución y que han operado de acuerdo a la política en su sentido distorsionado.

⁶⁷ Ferrajoli, Luigi. LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DE LOS DERECHOS. EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA COMO MODELO TEÓRICO Y PROYECTO POLÍTICO. Editorial Trotta. Madrid. 2014. Pp. 136.



La crisis señalada por Ferrajoli debe vincularse, además, a la pérdida de poder por parte del Estado, debilitado por décadas de crítica por parte del sector privado, ante todo por políticas que se subordinan a los intereses de este. En efecto, en la actualidad muchas de las decisiones en materia económica no son tomadas por el Gobierno nacional, sino son dictadas por organismos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, entidades que no deben responder a ninguna sociedad determinada. Estas políticas se han consolidado a través de la privatización de importantes segmentos del Estado.

“Los poderes económicos de la actualidad están representados en empresas transnacionales que muchas veces poseen un poder económico superior al de los propios Gobiernos nacionales. Estas empresas pueden moverse rápidamente de un país a otro, fenómeno que coloca a los Gobiernos en una situación en que deben acomodarse a las demandas ilegítimas que imponen los inversionistas extranjeros. Los Gobiernos se esfuerzan por hacer sus países atractivos a la inversión, y para este objetivo rebajan las garantías ideadas para sostener el orden constitucional”⁶⁸.

Este fenómeno muestra que no se trata ni siquiera de someter a los poderes económicos desde el ámbito nacional. Por la misma razón, “es indispensable buscar órdenes constitucionales que se abran hacia el exterior, precisamente para promover

⁶⁸ Pisarello, Gerardo. LA OFENSIVA DEL CONSTITUCIONALISMO ANTIDEMOCRÁTICO. Editorial Trotta. Madrid. 2011. Pp. 231.



acuerdos internacionales para someter a los verdaderos poderes económicos de la globalización contemporánea. De otro modo, muchas naciones enfrentan el problema del desempleo y la desigualdad, fenómenos que contribuyen a la ingobernabilidad y violencia de las sociedades respectivas”⁶⁹.

Parte de la tarea para superar estos problemas, consiste en notar la importancia que posee la comprensión e interpretación moral de la naturaleza de las normas constitucionales, las cuales deben ser entendidas por los ciudadanos de una manera más profunda.

Este punto dirige la atención hacia los tópicos, bastante actuales, de la hermenéutica y la argumentación jurídica. Estas dimensiones dejan en claro por qué es necesario tomar en cuenta la naturaleza moral de los contenidos constitucionales. Precisamente la negativa a comprender la naturaleza moral del ordenamiento constitucional es responsable, en parte, de que los tribunales que controlan el orden respectivo no hayan podido detener el proceso de deconstitucionalización señalado por Ferrajoli.

⁶⁹ Post, Robert C. & Siegel, Reva B. CONSTITUCIONALISMO POPULAR, DEPARTAMENTALISMO Y SUPREMACÍA JUDICIAL. Palestra Editores. Perú. 2011. Pp. 293.



4. LA NATURALEZA DE LA INTERPRETACIÓN

“Los seres humanos viven en un mundo constituido por sentidos; comprender el mundo humano supone la posibilidad de desentrañar el significado que el hombre atribuye a las instituciones y las costumbres. La necesidad de comprensión es tan grande que los seres humanos se ven afectados existencialmente cuando no logran alcanzar un sentido para su existencia. La carencia de sentido equivaldría a inexistencia de justificaciones para el orden en el que los seres humanos realizan su vida. Para el hombre, dada su naturaleza racional y reflexiva, tal orden de cosas sería simplemente inhabitable”⁷⁰.

No puede extrañar, por lo tanto, que desde los comienzos de la reflexión filosófica y teológica, haya quedado claro que los textos importantes, especialmente los que explican los aspectos espirituales de la vida humana, están lejos de poseer un significado transparente, uno que los haga accesibles por sí mismos a todas las personas. Por esta razón, en los albores de muchas culturas, la interpretación de los textos de naturaleza sagrada ha sido dejada en manos de los iniciados, los sacerdotes, y otras clases de funcionarios dotados de un conocimiento especial. Asimismo, los textos legales han llegado a ser considerados como obras de la divinidad, como lo

⁷⁰ Arriola Cantero, J. F. & Rojas Amandi. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO HOY. Editorial Porrúa. México. 2010. Pp. 112.



ejemplifica el hecho de que las Tablas de la Ley del Pueblo de Israel le hayan sido entregadas a Moisés por Yahvé mismo.

En virtud de estos antecedentes, la teoría de la interpretación, o hermenéutica, ha venido a constituirse en una de las ramas más importantes de la teología y la filosofía. Dicha disciplina trata de identificar los criterios que deben seguirse para que se pueda realizar una lectura fructífera de un texto determinado; se busca acceder a los significados auténticos de un texto específico.

“En el campo del Derecho, la tarea de interpretación de los textos constitucionales ha estado en manos de funcionarios especializados, en particular los funcionarios judiciales. En el ámbito de los sistemas constitucionales modernos, esta actividad ha estado vinculada tradicionalmente con la actividad de control de constitucionalidad. Esta tarea es importante porque la posibilidad de determinar lo que la Constitución dice posee una innegable importancia política, especialmente cuando se trata de especificar la legitimidad de las decisiones judiciales y las acciones administrativas del Gobierno y la legislación”⁷¹.

⁷¹ Ollero, Andrés. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y POSITIVISMO LEGALISTA. Editorial EDERSA. Madrid. 1982. Pp. 39.



Ahora bien, la misma tarea de interpretar está vinculada, en el ámbito jurídico, con la misma actividad de argumentar. Sostener una interpretación asume la tesis de que existen argumentos capaces de apoyar la interpretación respectiva. Las interpretaciones pueden variar de persona a persona; pero esto no significa que no existan buenas razones que hacen preferible una interpretación a otra.

La época contemporánea ha presenciado una proliferación notable de los textos que explican la argumentación jurídica. Este interés ha corrido en paralelo con la comprensión de que la lógica silogística constituye un instrumento teórico bastante limitado para comprender el ejercicio concreto del Derecho.

“La argumentación supone un proceso de razonamiento en el cual se trata de justificar una proposición determinada. La argumentación es un proceso lógico en el cual se aspira a ofrecer buenas razones para apoyar determinada tesis o pretensión. Parece natural, por lo tanto, considerar que un proceso argumentativo exitoso se basa en una comprensión adecuada de los sentidos que se encuentran en un texto constitucional”⁷². Puede decirse, en consecuencia, que el triunfo de una posición en un conflicto jurídico conlleva, a primera vista, un adecuado proceso de interpretación y argumentación.

⁷² Recaséns Siches, Luis. NUEVA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1980. Pp. 106.



Sin embargo, la tarea de interpretar y argumentar supone una referencia a criterios que no siempre se pueden recoger en el texto que se encuentra bajo lectura. En este sentido, la misma necesidad de identificar argumentos interpretativos válidos, supone la presencia de las consideraciones morales. Por ejemplo: el concepto de dignidad humana plantea dinámicas valorativas, experiencias comunes, que, desde luego, no pueden ser recogidas exhaustivamente en un texto constitucional. En ese sentido, puede afirmarse que, de alguna manera, la moral trasciende la letra de cualquier texto constitucional.

5. EL REALISMO JURÍDICO

“La necesidad de la interpretación se relaciona con el problema de la indeterminación del Derecho: no se puede construir un texto que se anticipe a todas las condiciones de existencia de la vida humana. La realidad humana es dinámica; la creación constante de nuevo conocimiento y el crecimiento de la técnica, por ejemplo, hace que cada día las situaciones cambien”⁷³. El análisis de estos problemas permite responder la acusación de que la transformación moral de la sociedad a través de la interpretación constitucional supone una especie de activismo judicial; simplemente, la naturaleza del Derecho constitucional hace que esta se deba acomodar a los cambios que plantea la vida humana.

⁷³ *Ibidem*. Pp. 127.



En todo caso, debe señalarse que las dificultades de leer los textos jurídicos en general, y el texto constitucional, en particular, han servido de fundamento para que surjan corrientes que manifiestan un grado considerable de escepticismo respecto a la racionalidad jurídica. En este tren de pensamiento se destaca lo que ha venido a llamarse el *realismo jurídico*, especialmente en la versión norteamericana de esta corriente, ya que también en los países escandinavos se desarrolló una corriente llamada *realismo escandinavo*.

Los partidarios de este enfoque han sometido a una crítica demoledora la creencia de que las decisiones judiciales están determinadas, de manera exhaustiva, por los textos legales y constitucionales. Desde luego, es natural pensar que el realismo jurídico, al sostener esta posición, puede llevar directamente a la aceptación de la arbitrariedad judicial. Sin embargo, somos de la opinión de que en este punto toma de nuevo importancia el sentido moral de los textos legales, especialmente en el ámbito del constitucionalismo axiológico.

De acuerdo con este planteamiento, existe una falta de determinación conceptual de las sentencias brindadas por los tribunales. En ese sentido, en opinión de Brian Leiter, los realistas jurídicos se oponían al formalismo de los jueces quienes supuestamente: “decidían los casos basándose en reglas o razones distintivamente



jurídicas, las cuales justificaban un resultado único en la mayoría de los casos (quizás en todos)”⁷⁴.

Desde la perspectiva realista, “las razones que justifican las decisiones judiciales vienen a ser una especie de racionalización posterior, por así decirlo, de las decisiones adoptadas, con base en razones no jurídicas, por los tribunales respectivos”⁷⁵.

En algunos casos, como sucede con el jurista norteamericano Karl Llewelin, simplemente se sostiene que “una Corte puede adoptar caminos diferentes para llegar a conclusiones con igual grado de validez; en algunos casos, distintos tribunales usan principios contradictorios, y así de manera sucesiva”⁷⁶.

De este modo, la tarea del realismo jurídico puede describirse como la misión de identificar los patrones de decisión, no normativos, de los tribunales. Por esta razón, del realismo norteamericano se han derivado enfoques que tratan de estudiar las decisiones judiciales desde el punto de vista económico, como acontece con el Análisis Económico del Derecho, postura desarrollada por el juez y profesor de la Universidad de Chicago Richard Posner.

⁷⁴ Fabra Zamora, Jorge Luis & Nuñez Vaquero, Álvaro (eds). ENCICLOPEDIA DE FILOSOFÍA Y TEORÍA DEL DERECHO. Volumen Uno. UNAM. México. 2015. Pp. 241.

⁷⁵ *Ibidem*. Pp. 242.

⁷⁶ *Ibidem*. Pp. 244.



En el desarrollo de la Filosofía del Derecho, los realistas norteamericanos fueron atacados por el inglés H. L. A. Hart, quien afirmó que: “Había un margen de indeterminación de las reglas jurídicas, pero que este era marginal”⁷⁷.

Hart, considera que el Derecho está compuesto de reglas, sostiene que hay casos en la penumbra, en las cuales es necesario, para el juez, operar con cierto grado de discreción. Este margen de discrecionalidad no es aceptado por Dworkin, quien sostiene que en esos momentos es necesario trabajar con los principios del Derecho.

Otro de los grandes desarrollos del realismo jurídico norteamericano lo constituyen los *Critical Legal Studies*, movimiento al cual pertenecen, entre otros, teóricos Duncan Kennedy y Robert Mangabeira Unger. Esta corriente pone en duda la supuesta pureza motivacional del liberalismo clásico y sus expresiones jurídicas, como el que anima a la ideología de la Corte Suprema de los EE.UU.

El sentido crítico del realismo jurídico puede alinearse con las tesis defendidas por el neoconstitucionalismo. La transformación de las estructuras sociales de una sociedad desigual puede ser una tarea del Derecho. Pero en lugar de criticar las decisiones del Derecho por su grado de indeterminación, se puede hacer referencia a la irradiación moral del Derecho, aspecto que, de una manera, siempre mejorable,

⁷⁷ *Ibidem*. Pp. 270.



defiende el neoconstitucionalismo contemporáneo. Un enfoque crítico de la moral siempre ayudará a captar cuáles son las mejores decisiones que se pueden tomar en el ámbito jurisdiccional. En ese sentido, puede argumentarse que el espíritu crítico del realismo jurídico presupone la insuficiencia del Derecho aislado para lograr la justicia en el mundo social y político.

6. EL ACTIVISMO JUDICIAL

“El derecho constitucional, por su naturaleza argumentativa y hermenéutica, puede ser usado como instrumento de transformación social”⁷⁸. En el mundo estadounidense, el cual se ha caracterizado por su relativa estabilidad constitucional, este activismo se hizo evidente en las Cortes Warren y Burger, tribunales que ayudaron al proceso de reconocimiento de los derechos civiles de grupos vulnerables como los afroamericanos y las mujeres.

Este fenómeno puede entenderse como una explicación de la Constitución americana en tanto un pacto de ciudadanía. Esto implica una comprensión moderna de la Constitución, sentido que no es necesariamente el que tenían en mente los Padres Fundadores de la nación estadounidense. Pero como ya se ha argumentado,

⁷⁸ Nino, C. S. FUNDAMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992. Pp. 201.



esto no puede impedir que se interprete de esta manera, en virtud de que los textos constitucionales van sufriendo mutaciones a medida que transcurre el tiempo. Este documento cambia su significado en la dimensión temporal: la Biblia, por ejemplo, no es interpretada como se hacía hace dos mil años, aunque, desde luego, esto no implique también que las interpretaciones del pasado carecen de importancia. La disposición constitucional que concedía a los norteamericanos el derecho a portar armas no puede tener el mismo sentido en un tiempo en el cual se han sucedido numerosas masacres en lugares públicos debido a individuos perturbados.

La dirección de las decisiones judiciales, especialmente de aquellas que tienen un determinado sentido político, han sido tradicionalmente atacadas desde el bando que se siente afectado por las decisiones respectivas. En particular, “se suele hablar de *activismo judicial*, para referirse a esa tendencia a usar el Derecho para hacer avanzar ciertas agendas políticas, especialmente las de corte progresista. Los que critican dicho activismo han avanzado la idea de la *restricción judicial* como virtud de un buen tribunal”⁷⁹.

Este hecho posee una clara importancia dado que la democracia constitucional asume, desde el principio, la tesis de que el poder de la mayoría está limitado por los derechos fundamentales reconocidos como tales en un texto constitucional, que, por

⁷⁹ Requejo Pagués, Juan Luis. JURISDICCIÓN E INDEPENDENCIA JUDICIAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. Pp. 80.



otro lado, suele estar dotado de rigidez (lo cual determina que no pueda ser sometido a reforma si no lo es con un procedimiento agravado).

La Corte Suprema de los EE.UU., no constituye el único ejemplo de instancia de control de constitucionalidad que haya ejercido un claro activismo judicial. En América Latina, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana se ha distinguido por sus esfuerzos en ampliar la participación democrática de la sociedad y por su tarea de fortalecer los derechos sociales y colectivos. Puede decirse que el activismo judicial intenta suplementar al fracaso de las políticas públicas en el objetivo de reducir la exclusión y la injusticia social.

“El problema con el activismo judicial radica en que la política se judicializa y, por lo tanto, en sentido contrario, se politiza la justicia. Apenas es necesario enfatizar las consecuencias negativas de este doble proceso, especialmente en virtud de la mala fama de la que goza la política, especialmente en países que viven una dramática crisis en la función pública”⁸⁰. Resulta un lugar común denunciar la forma en que los sectores conservadores intentan detener las transformaciones sociales que se originan en el ámbito de las cortes; existen no pocos ejemplos de grupos que participan en la cuestión judicial para asegurarse cierto grado de impunidad. Otros sectores han comprendido la importancia de litigar en los medios, acción que no contribuye a la consolidación de la independencia judicial.

⁸⁰ *Ibidem*. Pp. 93.



No debe desdeñarse la transformación social a través de las Cortes y calificar este fenómeno con el simple rótulo de *activismo*. La hermenéutica siempre toma en cuenta los significados que se encuentran vigentes en un texto constitucional. En este sentido, las ideas de Ronald Dworkin ayudan a aclarar la cuestión.

No debe pasarse por alto uno de los grandes problemas que han presentado las cortes constitucionales de los EE.UU. Este es el famoso problema del gobierno de los jueces. En efecto, las directivas promulgadas por Franklin Delano Roosevelt fueron anuladas por la Corte Suprema de los EE.UU. La famosa Corte Lochner tuvo muy mala fama en este sentido. El presidente norteamericano tuvo que maniobrar políticamente para neutralizar a este tribunal. Salazar Ugarte cita que: “El jurista norteamericano Stephen Holmes se pregunta por qué se debe aceptar que los jueces puedan anular el producto de una legislatura democrática”⁸¹. En tal sentido: “No debe ignorarse este aspecto cuando se menciona el problema de lo que desde Alexander Bickel se denomina la *objeción contramayoritaria*”⁸². Según esta objeción, cuando el control de constitucionalidad es ejercido por una corte, se cae en el peligro de que las decisiones democráticas pueden ser negadas por este organismo no electo. Esta idea también ha sido defendida por el pensador neozelandés Jeremy Waldron, para oponerse a la tradición de la revisión judicial de estilo norteamericano.

⁸¹ Salazar Ugarte. *Op. Cit.* Pp. 192.

⁸² *Ibidem.* Pp. 193.



En realidad, no debería haber un rechazo de los positivistas de la importancia de la moral en el Derecho. Contrario al positivismo tradicional, el positivismo actual ha reconocido la introducción de la axiología y de la moral en el campo jurídico, especialmente el de naturaleza constitucional. Las versiones positivistas de este profundo cambio al positivismo tradicional se resumen en el *positivismo incluyente* y en el *positivismo excluyente*.

“El positivismo excluyente, incluye la moral en el Derecho, sin afirmar que ambos son lo mismo; en todo caso, los textos constitucionales, y otros como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, positivizan los derechos morales. El positivismo incluyente piensa que la moral se hace presente en el Derecho a través de declaraciones como las de los derechos humanos. El positivismo excluyente no introduce, de ningún modo, la moral dentro del Derecho”⁸³.

En este contexto, ha surgido una doctrina como la de Luigi Ferrajoli, pensador que ha desarrollado una influyente doctrina garantista del Derecho. Para este autor, a diferencia de los neoconstitucionalistas, los derechos son positivizados en los textos constitucionales, lo que implica la introducción del lenguaje moral dentro del orden jurídico, pero siempre en términos relativos al esquema positivista de corte liberal.

⁸³ Dworkin, R. EL POSITIVISMO Y LA INDEPENDENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL. Fondo de Cultura Económica. México. 1980. Pp. 96.



7. LA LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN

“Una de las grandes tendencias de la teoría constitucional moderna radica en la comprensión paulatina del papel que juega la moral dentro de un orden jurídico”⁸⁴. Uno de los grandes teóricos del Derecho de los Estados Unidos, Ronald Dworkin, ha desarrollado estas ideas en detalle. Este pensador propugna una lectura moral de la Constitución de acuerdo con claves interpretativas en las que destaca la conciencia moral de la comunidad que acepta vivir bajo los términos especificados en un texto constitucional determinado.

Dworkin desarrolla su doctrina en contraposición a las ideas desarrolladas por el jurista inglés H. L. A. Hart, para quien el Derecho es básicamente un cuerpo normativo constituido por reglas. Frente a Hart, Dworkin sostiene que los textos jurídicos también contienen principios, los cuales se hacen evidentes cuando se presentan lo que el pensador norteamericano denomina *casos difíciles*. El caso paradigmático que expone Dworkin es *Riggs vs. Palmer* (1889) en el cual una corte civil de Nueva York determinó que Elmer Palmer no tenía derecho a recibir la herencia de su abuelo, el cual había sido envenenado por el mismo Palmer al saber que este pensaba cambiar su testamento. Aunque no existía una ley que especificara que un

⁸⁴ Betegón, Jerónimo, y De Páramo, Juan Ramón. DERECHO Y MORAL. Ensayos Analíticos. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1990. Pp. 36.



asesino no puede recibir la herencia de su víctima, se apeló al principio de que nadie puede conservar los beneficios de su crimen.

De este ejemplo resulta claro que los principios jurídicos, dotados de significativo carácter moral, juegan un papel que trasciende el que se les concede a las reglas, las cuales son consideradas como columna vertebral del Derecho en la concepción de H. L. A. Hart.

8. EL ORIGINALISMO

Las grandes decisiones de la Corte Warren y la Corte Burger impulsaron un progresismo que no tardó en ser retado por el conservadurismo que veía recortadas sus perspectivas y privilegios. De esta manera, los Gobiernos republicanos, a partir de Ronald Reagan, los sectores conservadores se han esforzado en dominar los puestos de la Corte Suprema.

El exponente más destacado del originalismo ha sido el recientemente fallecido juez Antonin Scalia, quien formó parte de la Corte Suprema de los EE.UU. Es de señalar, sin embargo, que esta doctrina responde a criterios políticos de corte conservador. Antonin Scalia, citado por Fernando Liendo, estipula lo siguiente: “Lo que busco en la Constitución es precisamente lo que busco en una Ley [Statue]: el



significado original del texto, no lo que el redactor original se propuso [...] Consultare los escritos de algunos hombres que resultaron ser los Framers –los escritos de Hamilton y Madison en el Federalista, por ejemplo–. Lo hago, sin embargo, no porque ellos fueron los autores y por tanto su intención es autoridad y debe ser el Derecho; sino más bien porque sus escritos, como aquellos de otras personas inteligentes e informadas de su tiempo, hacen visible cómo el texto de la Constitución fue originalmente entendido”⁸⁵.

Desde una perspectiva doctrinal, la doctrina originalista carece de la sofisticación que se espera de una plausible teoría de la argumentación. La tesis de la indeterminación jurídica hace necesaria la interpretación y la argumentación. Tales procesos hacen necesaria la referencia al contexto en el que se leen los textos jurídicos. La moral, entonces, adquiere una dimensión fundamental en la realización del sentido moral de la Constitución.

9. LOS PROBLEMAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Tampoco pueden negarse los problemas que plantea el neoconstitucionalismo como doctrina de la interpretación de los textos en tanto estos llevan a una decisión judicial. Básicamente, “el problema consiste en la exagerada importancia que se le

⁸⁵ Liendo Tagle, Fernando. LA INTERPRETACIÓN ORIGINALISTA DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN ANTONIO SCALIA. ¿Es posible en el derecho continental?, Revista de Derecho, 2015, No. 2.



concede a la identificación entre Derecho y moral, doctrina que también representa peligros para la práctica del Derecho, especialmente cuando se hace evidente que cuestionar una directiva jurídica puede interpretarse como una transgresión de mandatos morales”⁸⁶.

El asunto se torna más grave cuando se piensa en el exagerado papel que corresponde a las Cortes Constitucionales. Este hecho ha llevado a que se le preste una importancia política (muchas veces negativa) a las Cortes, lo cual determina que los diferentes grupos políticos se enfrenten a la hora de decidir a los miembros de estas.

Ahora bien, quizás el mayor problema radica en la subjetividad de las decisiones. En efecto, no existe una respuesta única para las cuestiones que se plantean en los tribunales, especialmente en los constitucionales. Este hecho, como se ha visto, ya ha sido señalado por los realistas norteamericanos.

Habermas, en discusión con Robert Alexy, ha enfatizado este problema. Según este autor, la subjetividad de las decisiones judiciales, especialmente las que emergen de procesos de ponderación, puede hacer, en el largo plazo, que la ciudadanía pierda su confianza en el Derecho. Desde luego, siguiendo a Alexy, se puede decir que no

⁸⁶ Geiger, Theodor. DERECHO Y MORAL. Editorial Alfa. Barcelona. 1982. Pp. 114.



existe la respuesta única, como lo deseaba Dworkin, porque los jueces son seres humanos, con todas sus luces y sombras, y no entes suprahumanos que conocen absolutamente todo.

La seguridad del Derecho no puede depender de la suposición de entes extraordinarios de naturaleza omnisciente. “La ciencia del Derecho no necesita de postulados irrealizables para entender su objeto. La misma naturaleza interpretativa del Derecho hace que este siempre se preste a diferentes lecturas. Este es un hecho inextirpable de la realidad humana, como lo prueba el hecho de que existan tantas corrientes interpretativas de los textos religiosos. Obviar este hecho no puede ayudar a incrementar la lectura adecuada de los textos constitucionales”⁸⁷.

Una objeción fuerte ha sido planteada por Juan Antonio García Amado, en el contexto de un problema que constituye el talón de Aquiles del problema de la ponderación, esto es, el problema de la derrotabilidad de cualquier derecho fundamental. En efecto, si las decisiones diferentes pueden impactar a todos los derechos fundamentales, entonces puede plantearse la pregunta de, si en verdad, existen los derechos fundamentales como tales. En ese sentido, pueden mencionarse los derechos procesales, los cuales intentan asegurar una búsqueda ordenada de los demás valores del Derecho. Algunas veces tales valores pueden entrar en conflicto,

⁸⁷ Wroblewski, J. CONSTITUCIÓN Y TEORÍA GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Editorial Civitas. Madrid. Pp. 1988. Pp. 98.



pero es obvio que, si se violan o eliminan estos, entonces se pierde la razón de ser del Derecho.

10. ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE EL ORIGINALISMO

“El significado moral de muchos términos constitucionales hace ineludible la trascendencia del texto constitucional para que supere los límites interpretativos que puede sugerir una lectura literal del texto respectivo”⁸⁸. Como lo hace ver el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky en su libro *Historia y Constitución*, la lectura de un texto constitucional siempre es histórica, reflejando las preguntas que una comunidad le quiere plantear al documento constitucional fundacional de una sociedad determinada.

Contra el originalismo, defendido por el recientemente fallecido juez de la Corte Suprema de Los Estados Unidos de América, Antonin Scalia, se puede recordar que no todos los textos constitucionales comparten ni la historia, ni los enfoques teóricos, ni el sentido de la Constitución de los Estados Unidos de América. Esta posición es más producto de una agenda conservadora que de un análisis científicamente fundamentado del Derecho.

⁸⁸ Molina, Enrique. LA MORAL ENTRE LA CONVICCIÓN Y LA UTILIDAD. Ediciones Eunat. Pamplona. 1996. Pp. 134.



En ese sentido, cabe denunciar el espíritu particularista de algunos filósofos del Derecho norteamericanos, que parecen suponer que el terreno de la interpretación jurídica debe basarse en la experiencia histórica del texto norteamericano. Esta doctrina, además, parece olvidar la cambiante naturaleza de la interpretación; en efecto, los criterios de interpretación cambian en función del tiempo, como se hace evidente en el caso del Derecho a portar armas que tiene sentido en un tiempo en el cual no existía un Ejército regular, pero que ha servido para impedir cualquier cambio que evite el control de las armas, dado el triste historial de masacres, muchas de ellas llevadas a cabo en escuelas, que se han llevado a cabo en los EE.UU. “Una doctrina que no permite cambios interpretativos que reflejen las nuevas condiciones de vida carece de uno de los aspectos positivos por los que se promulga una Constitución, esto es, reducir los aspectos conflictivos de la vida humana”⁸⁹.

Otras sociedades han vivido una historia constitucional que sugiere la necesidad de una lectura moral de la Constitución, como en el caso guatemalteco, en donde la Constitución de 1985 intenta ayudar en la consolidación de una república que ha sido afectada por una guerra civil que ha roto el tejido social del país. En una sociedad como la nuestra se deben examinar, de manera colectiva, muchos tópicos morales, como es el caso de la reparación de las víctimas, la protección de los grupos vulnerables, los límites y exigencias de la reconciliación política y cultural.

⁸⁹ Friedman, Barry. CONSTITUCIONALISMO POPULAR MEDIADO. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pp. 129.



Iguals consideraciones pueden brindarse respecto a otros países que han vivido procesos políticos complicados, aunque diferentes a los nuestros, como el caso de Alemania, nación que vivió el dominio nazi, o España, que vivió bastantes décadas bajo el dominio del franquismo. En todos esos casos, “resulta evidente que el texto constitucional responde a motivaciones políticas, que tenían que ver con el deseo de abandonar un pasado que era considerado como traumático. Por lo tanto, se debía buscar un equilibrio entre las fuerzas que pervivían al final de un conflicto que había afectado la vida en común”⁹⁰.

Por las razones expuestas, no se puede expulsar el lenguaje moral de los textos jurídicos, especialmente los de naturaleza constitucional, pero al no poder hacerlo se manifiesta la irradiación del componente moral del Derecho. Las tesis del neoconstitucionalismo se deben aceptar, siempre y cuando no se quiera ignorar el problema de la seguridad jurídica, que en la opinión de autores como Recaséns Siches, llega a constituir un valor fundamental del Derecho, fundamental en el sentido de que sin dicho valor el Derecho pierde su funcionalidad dentro de la organización de la vida humana civilizada.

Pero tampoco debe exagerarse la necesidad de preservar la seguridad jurídica, porque, como se ha visto, los realistas jurídicos han puesto de manifiesto la presencia

⁹⁰ Haberle, Peter. EL ESTADO CONSTITUCIONAL. UNAM. MÉXICO. 2003. Pp. 98.

de cierto grado de indeterminación del Derecho, aspecto que ha sido también puesto de manifiesto en el positivismo de H. L. A. Hart, para quien la discrecionalidad es un aspecto ineludible de algunas decisiones jurídicas, en particular de aquellas que se encuentran en la inevitable penumbra jurídica de los textos normativos que constituyen un derecho determinado. La seguridad jurídica, como todos los valores del Derecho, siempre es un ideal, que debe considerarse en conjunto con otros valores jurídicos.





CAPÍTULO IV

LOS PROBLEMAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

1. LOS PROBLEMAS MÁS GENERALES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Al plantear un cambio radical en la manera de concebir el Derecho, a saber, una moralización profunda de este, el neoconstitucionalismo se enfrenta a potenciales objeciones que se multiplican en una época de profundas incertidumbres como la presente. “A medida en que las sociedades entran en crisis se va agudizando la conciencia de que los modelos políticos y jurídicos se ven obligados a cambiar. Además, se da el conocido fenómeno de que la implantación de una doctrina descubre defectos que no eran evidentes cuando esta solo se evaluaba en el mundo de las ideas”⁹¹. Se puede pensar, por ejemplo, las dificultades que supone el concepto de propiedad en nuestro tiempo, cuando se hace cada vez más evidente la crisis ecológica, la cual demanda poner restricciones al uso de algunos bienes, como es el caso de la tierra.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la presente época ha visto el surgimiento del neoconstitucionalismo como confirmación, o si se quiere como

⁹¹ Alchourrón, C. & Bulygin, E. INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1975. Pp. 89.



extremo, del moderno constitucionalismo, pero también ha presenciado una serie de cambios profundos, los cuales han llevado a una crisis general de la cultura occidental. Esto es importante porque esta cultura es la matriz histórica de la cual surgen muchos de los referentes jurídicos y políticos de las culturas iberoamericanas. Se puede pensar en el reciente surgimiento del problema del terrorismo, de la expansión del derecho penal del enemigo, etc.

“Al circunscribirse al ámbito de la moral, cada vez se hace más claro que se vive un tiempo en el cual muchos principios morales ya no se practican; existe una especie de pluralidad de valores que hacen imposible imponer un único punto de vista moral a todas las sociedades. A menudo, se dice que estamos en la época *postmoderna*, con lo cual se quiere decir que los supuestos valores universales dejan de ser tales, para dar cabida a un relativismo moral”⁹².

El problema es más general: en el tiempo de la globalización, las sociedades se vuelven más complejas y se enfrentan a situaciones cada vez más difíciles, muchas de ellas inéditas. En este sentido, se puede destacar la notable pérdida de referentes que conlleva la reducción del Estado.

⁹² Copete Lizarralde, Álvaro. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Ediciones Lerner. Bogotá. 1960. Pp. 129.



Al neoconstitucionalismo y a su propuesta axiológica interpretativa, se le han planteado innumerables críticas.

Es de gran significación la crítica al problema de la gran importancia que se le concede a la moral, señalado como el problema del *imperialismo moral*. Ante este señalamiento de problemas, los exponentes del neoconstitucionalismo se han esforzado por formular algunas respuestas, sin embargo, la solución se encuentra a medio camino entre el neoconstitucionalismo y el positivismo incluyente.

“Es importante la posición del positivismo excluyente, en la medida en que este planteamiento ofrece una visión atractiva del movimiento constitucionalista moderno, sin caer en los problemas del neoconstitucionalismo”⁹³. En este sentido, al señalar los problemas del positivismo excluyente, se puede concluir que este no puede explicar de manera adecuada la naturaleza del Derecho, especialmente del Derecho contemporáneo.

El problema del elitismo jurisdiccional parece atado a la doctrina neoconstitucionalista, no obstante ello, se afirma que este no es un problema específico de esta corriente.

⁹³ Prieto Sanchís, L. CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO. Editorial Fontamara. México. 1997. Pp. 102.



Debe tenerse en cuenta que el neoconstitucionalismo opera en una época multicultural, en donde diferentes perspectivas morales coexisten en la misma sociedad, esto tiene un efecto en el problema de la gobernanza, en influye notoriamente en la concepción de la objeción contramayoritaria.

Otro problema que plantea el neoconstitucionalismo es el de la tesis de la separación entre Derecho y moral. Se sostiene que “existe, naturalmente, una separación conceptual, pero que esto no significa que el Derecho pueda separarse por completo de la moral, especialmente de la moral crítica. Desde el momento en que el Derecho se ha construido o elaborado para regir la vida humana, no puede haber Derecho sin que haya un contenido irreductible de moralidad”⁹⁴.

La irradiación moral del Derecho es un hecho ineludible en el constitucionalismo contemporáneo. Dicho fenómeno se incrementa por el reconocimiento de que los derechos humanos tienen una función especial dentro del sistema axiológico de los ordenamientos constitucionales contemporáneos.

⁹⁴ Dworkin, R. EL POSITIVISMO Y LA INDEPENDENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL. Fondo de Cultura Económica. México. 1980. Pp. 72.



2. EL IMPERIALISMO DE LA MORAL

Uno de los grandes argumentos que se presentan contra neoconstitucionalismo es que este identifica el Derecho con la moral. Esta posición, sin embargo, no es propiamente neoconstitucionalista, especialmente cuando se nota que tal identificación no puede ser una tesis defendida con seriedad por ningún filósofo del Derecho. Lo que se quiere decir, en todo caso, es que entre ambos no puede existir una separación absoluta.

Debe tomarse en cuenta que la moral es una realidad que prácticamente penetra todas las áreas de la vida colectiva. “Todas las actividades del ser humano deben tomar en cuenta las dimensiones de la moral. En este sentido, analizar esta innegable penetración del Derecho en todas las áreas de la vida humana, permite ganar mayor claridad en lo que concierne la relación entre la moral y el Derecho”⁹⁵.

Se puede tomar, por ejemplo, la investigación científica, especialmente la que se ocupa de los seres humanos. Sin duda alguna, esta debe tomar en cuenta ciertas limitaciones morales. Por ejemplo, no se puede experimentar con seres humanos, poniendo en riesgo su vida (más allá de ciertos límites) o no se puede hacer una tarea investigativa que vaya contra la dignidad de las personas; en muchos casos, se debe asegurar el consentimiento de las personas o ciertas consideraciones respecto a los embriones; sería inadmisibles, por ejemplo, que se hiciera experimentos para ver si se puede crear un híbrido entre un animal y un ser humano. En estos casos, no se

⁹⁵ *Ibidem*. Pp. 74.



confunde la moral con la ciencia, pero resulta obvio que tales limitaciones intrínsecas a la búsqueda científica de la verdad.

Por otro lado, la moral es un componente esencial del origen del Derecho. En este sentido, conviene recordar que en los inicios del Derecho también se hizo presente la religión; el proceso de secularización del Derecho fue un fenómeno que duró varios siglos. En todo caso, “la moral es una dimensión de la vida humana cuya relación con el Derecho sigue siendo bastante fuerte, en virtud de que la noción de justicia, orientadora del Derecho, tiene innegables dimensiones morales”⁹⁶. Debe notarse, en este sentido, que la moral, al menos para algunos, significa una secularización de ideas teológicas; las naciones de castigo, premio, etc., parecen reflejar conceptos religiosos.

Aun reconociendo estos puntos, es innegable que la introducción o identificación de la moral con el Derecho conlleva una extensión profunda del campo de esta rama de la actividad humana. Por esta razón, destacados pensadores jurídicos han puesto de relieve las consecuencias negativas que puede tener esta postura. En cierto sentido, la moral debe estar afuera del Derecho para que existan criterios morales que sirvan para criticar el Derecho vigente.

⁹⁶ Molina, Enrique. LA MORAL ENTRE LA CONVICCIÓN Y LA UTILIDAD. Ediciones Eunat. Pamplona. 1996. Pp. 114.



Sobre la relación entre moral y constitucionalismo, uno de los grandes teóricos del Derecho que puso sus esperanzas en el cambio social que implicaba el constitucionalismo penetrado por la moral, fue el jurista argentino Carlos Santiago Nino, quien sostenía la esperanza de que su modelo de democracia deliberativa encaminara a su país natal, Argentina, en el camino del progreso ético.

Mauro Barberis considera que para que el constitucionalismo cambie las circunstancias sociales y políticas, primero es necesario que un número de instituciones esté consolidado de antemano. Este autor es bastante escéptico respecto a los cambios que proponen las ideas de Nino, en particular, y las ideas del neoconstitucionalismo, en general.

En las palabras de Barberis: “El imperialismo de la moral representa quizá la reacción de los juristas y de los filósofos del Derecho de los años noventa del siglo XX frente a otros imperialismos: pensemos en el imperialismo de la política, que ha caracterizado a los años setenta, o en el imperialismo de la economía, que ha marcado los años ochenta. Cualquiera que sea su origen sociológico, por otra parte, no hay duda de que el imperialismo de la moral constituye uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo: rasgo bien ejemplificado, mejor aún que con las tesis de Nino... con la interpretación moral (moral reading) de la Constitución teorizada por Dworkin...



Dworkin sostiene que los jueces americanos interpretan realmente la Constitución deberían de cualquier modo interpretarla, como un conjunto de principios morales

Barberis critica que no se reconozca que existen otros tipos de obligatoriedad diferentes de la moral; en particular, rechaza que no se acepta, por sus propios méritos, la obligatoriedad propiamente jurídica. Piensa que el neoconstitucionalismo se presenta como una especie de monoteísmo. En este sentido nota que el mundo actual acepta otros dioses. El autor termina, por lo tanto, promoviendo un equilibrio entre moral y Derecho y no un imperialismo moral⁹⁸.

Sin embargo, no se trata tan solo de insistir en el imperialismo de la moral y, por esta razón, hacer caso omiso del neoconstitucionalismo. Frente a este tipo de problema, no se debe ignorar que también el imperialismo de la ley es uno de los problemas fundamentales de la modernidad política. Se ha mencionado, frecuentemente, al nazismo, en donde hubo juristas dispuestos a aceptar como leyes vigentes, normas que eran injustas e inaceptables por lesionar gravemente la dignidad humana. Gustav Radbruch, en sus inicios un iuspositivista, se acercó en su segunda época al iusnaturalismo, después de su evaluación de la experiencia jurídica durante el régimen nazi.

⁹⁷ Barberis, Mauro. NEOCONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E IMPERIALISMO MORAL. En: Carbonell, Miguel (ed.) NEOCONSTITUCIONALISMO (S). Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 270.

⁹⁸ *Ibidem*. Pp. 277-278.



No obstante lo expuesto, no puede darse una separación absoluta entre Derecho y moral. A nivel conceptual, puede haber una distinción entre Derecho y moral, pero cuando se trata de construir un sistema de Derecho, la conexión, si bien empírica, es inextricable. En este sentido, debe reconocerse que, por lo menos, el Derecho es un mínimo de moralidad como lo afirma Hart.

La inconveniencia de llevar a cabo la separación entre Derecho y moral, quizás pueda analizarse en un paralelismo con la separación entre política y moral que propuso el pensador florentino Nicolás Maquiavelo. Este autor pensó que la política no podía juzgarse en términos morales.

Resulta que ahora vemos los extremos a los que ha llevado el maquiavelismo en política. Desde hace algún tiempo se ha visto cómo los políticos llevan a servir sus intereses, olvidándose totalmente del bien común. Es cierto que Maquiavelo quería el engrandecimiento de Italia, pero también es cierto que un ideal noble no puede alcanzarse con medios que no son compatibles. No pueden alcanzarse nobles fines con medios inmorales.

Algo así sucede con el Derecho. Si se separa a este de la moral, las consecuencias son nefastas. De nuevo, las consecuencias nefastas del nazismo sirven como ejemplo. En general, pues, el ser humano tiene un sistema de



conocimiento interconectado. La moral no se puede separar del Derecho; aunque no son lo mismo, están unidos empíricamente con fundamento en la dignidad humana.

3. EL POSITIVISMO INCLUYENTE Y EL POSITIVISMO EXCLUYENTE

La teoría jurídica contemporánea en su versión positivista no ha dejado de responder a los desarrollos del constitucionalismo contemporáneo. Decir que la ley no tiene nada que ver con el Derecho, es una posición insostenible; en todo caso, se debe explicar la relación entre el Derecho y la moral, aun cuando la segunda no sea constitutiva del primero.

De este modo, “en el contexto contemporáneo, el positivismo deja abiertos dos caminos para la recepción de la moral en el Derecho constitucional contemporáneo. Esto tiene que ver con el positivismo incluyente y el excluyente”⁹⁹.

“Una versión muy precisa de las tesis básicas de la teoría del positivismo jurídico es la que formulara Hart y que son las siguientes: 1) Tesis de las fuentes sociales: La existencia y contenido del Derecho de una determinada sociedad dependen de hechos sociales, un conjunto de conductas humana o acciones de los miembros de una

⁹⁹ Escudero, R. LOS CALIFICATIVOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO. EL DEBATE SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LA MORAL. Editorial Civitas. Madrid. 2004. Pp. 133.



sociedad. Una regla de reconocimiento (regla secundaria) permite a los funcionarios identificar cuál es el derecho válido en la sociedad en cuestión y en algunos sistemas jurídicos específicos puede identificar como Derecho principios morales. 2) Tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral: la validez jurídica de una norma no conlleva de manera necesaria su conformidad con la moral y tampoco depende de ella. Tampoco es el caso que la validez de una norma moral suponga que esta tenga validez jurídica. 3) El contenido de las normas jurídicas válidas del sistema no determina la calificación normativa de todas las acciones. En esos casos los jueces tienen discreción para tomar una decisión en las controversias sometidas a su consideración”¹⁰⁰.

Destacados filósofos han insistido en la naturaleza institucional del Derecho, cuya descripción no supone una identificación entre Derecho y moral. Un planteamiento de este tipo ha sido elaborado por el ex profesor de Oxford, Joseph Raz, quien a su vez fue discípulo de H. L. A. Hart.

Según Raz, en el proceso de identificación del Derecho no es necesario hacer referencia a criterios de origen moral; siguiendo a su maestro, Raz piensa que lo único que se busca es determinar qué fuentes sociales hacen que la sociedad pueda

¹⁰⁰ Barbarosh, Eduardo. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS DISTINTOS SENTIDOS DE POSITIVISMO JURÍDICO Y EL DERECHO NATURAL CONTEMPORÁNEO. Pp. 3. disponible en https://www.academia.edu/4115325/Algunas_reflexiones_sobre_los_distintos_sentidos_de_positivismos_jur%C3%ADdico_y_el_derecho_natural_contempor%C3%A1neo.



identificar al Derecho como tal. Este procedimiento se identifica bajo lo que se denomina *regla de reconocimiento*, la cual determina el pedigrí, la carta de origen del Derecho.

Ronald Dworkin piensa que esto no es posible. En su discusión del positivismo excluyente, Roberto M. Jiménez Cano, afirma lo siguiente: “Debido a que la llamada tesis del pedigrí no funciona respecto a los principios, Dworkin entiende que es erróneo suponer que en todo sistema jurídico ha de haber algún criterio fundamental y comúnmente reconocido que permita determinar qué normas cuentan como derecho y cuáles no. Así, si la regla de reconocimiento no sirve para identificar los estándares jurídicos, es sencillamente porque estos no se pueden distinguir en último término de otras normas, como son las morales”¹⁰¹.

Dworkin pensaba que no existe forma de identificar a los principios a través de las fuentes sociales respectivas. Sin embargo, a medida que evoluciona el Derecho, se va haciendo evidente que las sociedades cada vez más, identifican la moralidad de los fundamentos del Derecho. Esto no es una simple moda; la Declaración Universal de los Derechos Humanos sostiene, en su Preámbulo, que estos son logros del desarrollo de la conciencia de la humanidad.

¹⁰¹ Jiménez Cano, Roberto M. UNA DEFENSA DEL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE. ITAM. Isonomía, No. 39, octubre de 2013. México. Pp. 90.



Raz considera que el atributo esencial de un sistema de Derecho, es la autoridad; el Derecho, o mejor un sistema jurídico, provee razones para la acción. Estas razones son *excluyentes*, esto es, excluyen otras razones para actuar; el positivismo de Raz, por tanto, expulsa a la moral del Derecho. Siguiendo los lineamientos generales de su Filosofía del Derecho, Joseph Raz considera que es posible reconocer un sistema jurídico sin tomar en cuenta criterios morales. En ciertos casos, un juez puede considerar criterios morales, pero esto no significa que tales consideraciones introduzcan a la moral dentro del Derecho. En otras palabras, la moral sigue siendo moral, y el Derecho sigue siendo derecho.

Sin embargo, en la realidad es difícil prescindir de criterios morales para pensar el Derecho. Un tirano cínico, por ejemplo, no puede pretender que los miembros de la sociedad respectiva se sientan convencidos de que sus órdenes, aunque construidas legislativamente, constituyen parte de un sistema de Derecho válido. Pueden pensar que el tirano se está aprovechando de una institución determinada para darle una obligatoriedad espuria que nunca puede ser Derecho. Para decirlo en términos de las denominadas *fuentes sociales del Derecho*, tan importantes para el positivismo de Hart y Raz, las directivas del tirano nunca pueden ser ley. De hecho, muchos alemanes simplemente ignoraban lo que hacían los miembros del régimen nazi; puede negarse este punto, pero siempre cabe la pregunta de si los alemanes no hubiesen ignorado lo que sucedía en los campos de concentración, hubiesen defendido a Hitler.



“El positivismo incluyente es más afín al proyecto neoconstitucional porque reconoce el nuevo papel moral de los principios constitucionales. En efecto, es positivo dejar abierto el campo del reconocimiento constitucional para que entren otras perspectivas que reconocen de manera categórica la presencia de la moral en el Derecho”¹⁰².

4. EL ELITISMO JURISDICCIONAL

A medida que se desarrolla el constitucionalismo moderno se ha ido revelando el papel supremo que corresponde en este a los jueces. El método de la ponderación, por ejemplo, supone que se le brinda una atención a los procesos deliberativos que suceden en las cortes, especialmente las constitucionales.

Algunos autores contemporáneos, especialmente situados en el campo del constitucionalismo popular, han cuestionado el exagerado papel que cumplen las Cortes Constitucionales en la democracia constitucional moderna. El planteamiento doctrinal neoconstitucionalista exige ejercicios argumentativos por parte de tribunales que deciden las cuestiones más sustanciales de la política. De hecho, se piensa que en este enfoque se viola la tradicional división de poderes, principio que en la visión liberal impide la concentración de poder.

¹⁰² Escudero, R. LOS CALIFICATIVOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO. EL DEBATE SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LA MORAL. *Op Cit.* Pp. 140.



Frente a esta crítica se puede aducir que no existe ninguna vinculación directa entre el problema del elitismo jurisdiccional y las tesis del neoconstitucionalismo. En primer lugar, diferentes posiciones pueden hacer su aparición en la deliberación que toma lugar en una corte.

Debe notarse, en este sentido, que “el constructivismo moral le da mayor espacio al diálogo. Desde luego, siempre subsiste el problema del subjetivismo, pero a medida que la decisión se deja en manos de un cuerpo colegiado es posible que alcancen soluciones que vayan más allá de las posiciones de los miembros del tribunal respectivo. Existen procesos de discusión y negociación que dan soluciones a casos, especialmente agudos”¹⁰³.

Desde luego, no podemos conformarnos con la experiencia reciente de los tribunales constitucionales, especialmente en nuestro país. Es innegable que hasta hace unos años, los grupos de poder ejercían presión para que se nombraran jueces constitucionales afines a su posición. Por esta razón, se podía llegar a soluciones que iban contra el sentir de los sectores mayoritarios de la sociedad. Un ejemplo reciente lo constituye la resolución definitiva de la constitucionalidad de la leyes que protegen a los tarjetahabientes, los cuales se han visto afectados por los intereses leoninos que cobran los emisores de las tarjetas de crédito y otros productos financieros. Estas

¹⁰³ Ferreres, Víctor. EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY. Editorial Fontamara. México. 2007. Pp. 148.



decisiones constituyen pruebas de fuero para determinar hasta qué punto la actual lucha contra la corrupción ha logrado sus cometidos.

5. EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN UNA SOCIEDAD MULTICULTURAL

“La moral constituye un conjunto de normas y valoraciones que puede cambiar de una sociedad a otra, al menos hasta cierto límite. Lo que en una sociedad puede ser permitido, o incluso obligatorio, en otra puede ser prohibido e incluso castigado. Este fenómeno suele verse con mayor claridad en sociedades que, como la norteamericana, se han constituido a través de procesos de migración que han cambiado el rostro de su sociedad”¹⁰⁴.

Se puede deducir, por lo tanto, que en una sociedad multicultural habrá problemas formidables para que el neoconstitucionalismo se imponga a través de una visión unificada de la moral. En virtud del poder notable que poseen los tribunales constitucionales, por ejemplo, se puede llegar a cuestionar sus decisiones, bajo el argumento de que la extracción de sus integrantes refleja el dominio de ciertos grupos sobre otros. De hecho, es un fenómeno reconocido que la mayoría de los miembros de los cuerpos judiciales suelen pertenecer a las clases dominantes. Se puede notar, en este sentido, el enorme peso que tienen las grandes universidades

¹⁰⁴ Melden, A.I. OBLIGACIÓN JURÍDICA Y OBLIGACIÓN MORAL. Cuadernos de Crítica. UNAM. México. 1977. Pp. 86.



norteamericanas en la composición de los grupos más selectos de abogados en dicho país.

La evaluación de estas diferencias, también debe reconocer que existen procesos de diálogo que pueden ayudar a acortar las diferencias culturales entre comunidades de distinta procedencia. En ese sentido, Alfonso García Figueroa manifiesta que: “En el presente domina una visión *constructivista* de la moral. Desde luego, la conciencia sigue jugando un gran papel, pero en nuestros tiempos se busca métodos como el diálogo para encontrar la verdad, especialmente en situaciones complejas”¹⁰⁵.

En todo caso, también se debe tomar en cuenta que puede haber visiones morales interculturales. De hecho, a lo largo de la historia, las sociedades han aprendido a vivir unas con otras. Desde luego, en tiempos pasados, tal asimilación era lograda a través de largas y cruentas guerras. Pero nada obsta para que las sociedades actuales puedan vivir poniéndose de acuerdo respecto a la manera de gestionar sus diferencias. Debe notarse, en esta dirección, que muchas sociedades modernas aceptan la noción general de derechos humanos, aun cuando existan problemas para el reconocimiento puntual de estos, como sucede con los países

¹⁰⁵ García Figueroa, Alfonso. CRIATURAS DE LA MORALIDAD: UNA APROXIMACIÓN NEOCONSTITUCIONALISTA AL DERECHO A TRAVÉS DE LOS DERECHOS. Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 106.



musulmanes, los cuales muchas veces no reconocen los derechos de las mujeres en toda su plenitud.

6. EL RETROCESO DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA GOBERNANZA

Uno de los fenómenos políticos de las últimas décadas es la progresiva transformación en la naturaleza del Estado. La globalización capitalista, en efecto, ha venido a cambiar la tradicional función del Estado. Como lo dice José Estévez Araujo: “Resulta ya un tópico decir que la soberanía estatal ha entrado en crisis. Esa crisis sería consecuencia de la globalización neoliberal y de los procesos de integración continental (como el que tiene lugar en Europa)”¹⁰⁶.

Surge la siguiente pregunta necesariamente: ¿Cómo puede hablarse de la irradiación moral de las Constituciones modernas y a la vez aceptarse este sistema de cosas?

¹⁰⁶ Estévez Araujo, José. CRISIS DE LA SOBERANÍA ESTATAL Y CONSTITUCIÓN MULTINIVEL. Revista Direito GV 4, Vol. 2. No. 2. Brasil. 2006. Pp. 149.



7. LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA

Uno de los grandes problemas que enfrenta el neoconstitucionalismo contemporáneo lo constituye la objeción contramayoritaria. Esta consecuencia es casi un corolario del rol predominante que poseen los jueces en el Estado constitucional de derecho. Este punto implica casi una contradicción, puesto que, si la democracia tiene un fundamento moral (la autonomía de la sociedad) y el neoconstitucionalismo no permite que la sociedad decida su destino puesto que todas las decisiones quedan en manos de un cuerpo no electo.

El constitucionalismo moderno de origen norteamericano le ha brindado una atención sobredimensionada a las cortes, especialmente a las superiores. En las palabras de Claudina Orinesu: “Las constituciones, a través de diversos mecanismos como, por ejemplo, un cierto grado de dificultad en los mecanismos de reforma, y el control judicial de constitucionalidad como reaseguro de la supremacía constitucional, constituyen limitaciones a la toma de decisiones por las mayorías. Es por ello que, para diversos autores, tanto la rigidez constitucional como el control judicial de constitucionalidad son mecanismos contramayoritarios, es decir, que atentan contra el ideal del autoGobierno”¹⁰⁷.

Uno de los pensadores que se ha destacado en su crítica es el pensador de origen neozelandés Jeremy Waldron. Este pensador es un declarado opositor del

¹⁰⁷ Orinesu, Claudina. LOS LÍMITES DE LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA AL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad. No. 2. 2012. p. 31.



control de constitucionalidad en el sentido desarrollado por el Derecho norteamericano.¹⁰⁸ Su pensamiento le brinda gran importancia a la dimensión democrática, en la medida en que piensa en que el control de constitucionalidad deja fuera la participación de la sociedad. Para Waldron, carece de sentido que los derechos de participación democrática se ven recortados en virtud de la preeminencia de la que gozan instancias de decisión que no son responsables frente al conjunto social.

Sin embargo, se pueden encontrar nuevas formas de organización jurídica que no dependan de las cortes. Waldron no toma en cuenta que también la participación es objeto de dominación en un tiempo como el nuestro, en el cual las decisiones electorales son decididas en función de la inversión en publicidad. El sistema de control hecho posible por las nuevas tecnologías de comunicación lleva a una reducción notable de la libertad real de los miembros de la sociedad.

“Del hecho de que las cortes no logren sus objetivos, especialmente los del constitucionalismo axiológico moderno, no se sigue que no exista una conexión entre Derecho y moral. De lo que se trata es de encontrar medios que permitan que esta relación se realice de manera óptima y racional”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Hart, H.L.A. ¿HAY DERECHOS NATURALES? DERECHO Y MORAL. Contribuciones a su análisis. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1962. Pp. 74.



8. LA RELACIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO

“No se puede desligar el texto constitucional de la moral, puesto que existe una relación entre ambas, que tiene como fundamento la naturaleza del Derecho y el particular desarrollo histórico del constitucionalismo moderno”¹⁰⁹.

Se ha dicho que la moral intersecta con el Derecho, en la medida en que este sigue a la justicia, la cual tiene innegables dimensiones morales. No hay separación conceptual absoluta entre Derecho y moral. Existe una aceptación profunda de la moral, esencialmente la moral crítica, en el constitucionalismo moderno.

“Existe una conexión fundamental entre Derecho y moral. De hecho, el Derecho, entre todas las razones que le dan un sentido, tiene una justificación moral, porque trata de encontrar una forma de vida cuyas distinciones no están basadas en la pura arbitrariedad”¹¹⁰.

Un sistema de Derecho que solo se atiene a la ley, sin atender a la moralidad de esta, puede desembocar en un sistema que establezca la arbitrariedad.

¹⁰⁹ Betegón, Jerónimo, y De Páramo, Juan Ramón. DERECHO Y MORAL. Ensayos Analíticos. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1990. Pp. 51.

¹¹⁰ Geiger, Theodor. DERECHO Y MORAL. Editorial Alfa. Barcelona. 1982. Pp. 128.



Por otro lado, nunca debe olvidarse que la moral crítica puede prevenir, contra sus propios abusos. Frente a la moralidad popular en una sociedad, existe una moral crítica, que siempre está en lucha contra sus propias limitaciones. La moral crítica, en este sentido, nos hace recordar que existe una gran variabilidad de opiniones, que existen diferentes puntos de vista, y quizás nos ayude a cambiar, o por lo menos a revisar, nuestras creencias y prejuicios.

Este es el tipo de enfoque moral que ha sido promovido por filósofos del Derecho como el norteamericano Ronald Dworkin. La referencia no es al enfoque moral conservador de Lon Fuller, el cual fue criticado ante todo por H. L. A. Hart. Lon Fuller pensaba que el Derecho tenía como objeto defender la moral del grupo. De este modo, el aborto se penaliza porque la sociedad respectiva considera que abortar es moralmente inválido. De hecho, esta doctrina parece reflejar lo que pasa en países en donde hasta hace poco la mujer era castigada por acciones por las cuales el hombre no era sujeto a ningún género de pena, tal es el caso del adulterio.

El positivismo contemporáneo se ha ido adecuando a la progresiva influencia de la moral sobre el derecho. Destacados exponentes de la Filosofía del Derecho no podrán aceptar la vinculación conceptual entre Derecho y moral, pero insisten en que la moral, de hecho, tiene influencia sobre el marco jurídico, porque los derechos humanos han sido sujetos a procesos de constitucionalización. Esta es la posición que mantienen iuspositivistas incluyentes como Luis Prieto Sanchís o Luigi Ferrajoli.



9. LA IRRADIACIÓN MORAL DEL DERECHO

Es muy difícil negar, pues, que la moral incorporada en los cuerpos constitucionales irradie más allá del Derecho ordinario y, de hecho, penetre todas las esferas de acción social. “Si la moral acompaña al Derecho, resulta fácil comprender que se debe ir más allá del texto legal en su mera literalidad; la moral es una fuerza que orienta la aplicación del Derecho a realidades que no fueron consideradas al momento de emitir las leyes”¹¹¹.

Se ha visto, que la moral penetra el Derecho, sin ser lo mismo; pero también se ha visto que no puede hacer Derecho puro, moral pura, etc. Todos los sistemas normativos se interrelacionan unos con otros; en este sentido, la moral y el Derecho se penetran mutuamente al nivel de sus propios fundamentos. La moral y el Derecho no existen de manera independiente uno de otro, pero es claro que no es adecuado ni riguroso mezclarlas de manera general ni identificarlas de manera ingenua.

Aun a pesar de los retrocesos normativos que puedan afectar a las sociedades contemporáneas, el discurso y práctica de los derechos humanos parece constituir un logro definitivo de la humanidad contemporánea.

¹¹¹ *Ibidem*. Pp. 138.



Desde luego, muchos cambios tienen que realizarse para alcanzar una cultura jurídica que realmente acepte estos cambios.

Por otro lado, el prestigio social de esta disciplina, así como el poder del que esta dispone, hace que los sectores dominantes intenten que los operadores del Derecho se pongan de su lado. Recuérdese que el Estado sostiene el monopolio de la fuerza legítima, y que, por tanto, la enunciación del Derecho es una expresión de hegemonía social y política.

Estos cambios son urgentes, si se quiere asegurar la supervivencia del constitucionalismo moderno. Existe una tendencia a recortar o simplemente ignorar las garantías de todo tipo. Pero puede también notarse que ha habido una serie de consecuencias negativas que han surgido del hecho de que se considera que la economía, la política, etc., son disciplinas o actividades que no tienen nada que ver con la moral. Esta separación de la moral no es recomendable, a menos que se pretenda que estas áreas de la vida humana pierdan totalmente su razón de ser.

CONCLUSIÓN



El neoconstitucionalismo propone una interpretación axiológica de la Constitución que afronta serias oposiciones, no solo por las tesis de los juristas que podrían considerarse clásicos del Derecho, sino también por juristas contemporáneos que plantean objeciones bastante racionales a la tesis neoconstitucionalista de la interpretación moral de la Constitución.

Es importante aclarar, sin embargo, que la moral no es el Derecho, ni el Derecho es la moral, pues de lo contrario, la distinción no tendría sentido, ni tampoco la discusión sobre la relación entre Derecho y moral.

No obstante ello, es innegable que existe una relación entre Derecho y moral, pues resultaría imposible una separación total, cuando generalmente, las leyes constituyen, en la mayor parte de los casos, costumbres o morales positivizadas.

El problema de la relación entre Derecho y moral, en relación con la propuesta neoconstitucionalista de la posibilidad de una interpretación axiológica de la Constitución, en mi opinión, no debe centrarse en la naturaleza de la relación entre Derecho y moral, sino en la extensión y límites de dicha relación, es decir, lo que se



debe evitar es la completa moralización del Derecho y la completa positivización de la moral.

Claro está que establecer dicha extensión y límites sin enfrentar problemas jurídicos tan serios como la transgresión de la seguridad jurídica o el abuso de poder de los Tribunales Constitucionales cuando se conviertan en legisladores positivos, no es de ninguna manera sencillo. Gran parte del problema, en la práctica, se da porque los distintos órganos de poder no se respetan entre sí y llevan al campo jurídico lo que debería resolverse en la arena política. Así las cosas, se observa la enorme diferencia entre las formas de resolver conflictos que derivan en crisis constitucionales, de países cuyos ciudadanos sienten y manifiestan de hecho un gran respeto por su Constitución y sus leyes; y países en los que estos instrumentos vienen a ser documentos sin valor alguno; téngase, por ejemplo, como paradigmáticos, los casos de Inglaterra y Venezuela.

En el sentido de la propuesta neoconstitucionalista sobre la posibilidad de una interpretación axiológica de la Constitución, puede decirse que la hipótesis planteada al inicio de la investigación se verifica, en el entendido que, la moral juega un papel fundamental en la interpretación constitucional en los casos difíciles o atípicos, en los que no existe norma que interpretar y por lo tanto tampoco existe norma que aplicar, creando espacios o lagunas que los Tribunales Constitucionales colman con las técnicas interpretativas más variadas. Una técnica paradigmática, por ejemplo, lo



constituye la que Laband y Jellinek denominaron *mutaciones constitucionales*, que consisten en técnicas interpretativas que respetan el texto de la Constitución pero que solo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo sin atender particularmente al texto fijo de la Constitución, o sin que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión. Esta técnica tiene sin embargo, como límite, el carácter normativo de la Constitución, ya que se trata de una modificación del sentido de la norma constitucional respetando su texto.



BIBLIOGRAFÍA

1. Aguiló Regla, J. TEORÍA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO (Y DEL ORDEN JURÍDICO). Editorial Ariel. Barcelona. 2000.
2. Alchourrón, C & Bulygin, E. ANÁLISIS LÓGICO Y DERECHO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.
3. Alchourrón, C. & Bulygin, E. INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1975.
4. Alexy, Robert. DERECHO Y RAZÓN PRÁCTICA. Editorial Fontamara. México. 1993.
5. Alterio, Ana Micaela & Niembro Ortega, Roberto. (Coordinadores). EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR EN LATINOAMÉRICA. Editorial Porrúa. México. 2013.
6. Arriola Cantero, J. F. & Rojas Amandi. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO HOY. Editorial Porrúa. México. 2010.
7. Atienza, M. & Ruiz Manero, J. LAS PIEZAS DEL DERECHO. Editorial Ariel. Barcelona. 1996.
8. Atienza, Manuel & García Amado, Juan A. UN DEBATE SOBRE LA PONDERACIÓN. Palestra Editores. Lima. 2012.
9. Atienza, Manuel. DOS VERSIONES DEL CONSTITUCIONALISMO. Editorial Doxa. España. 2011.



10. Ballesteros, Jesús. SOBRE EL SENTIDO DEL DERECHO. Editorial Tecnos. Madrid. 1984.
11. Barberis, Mauro. EL NEOCONSTITUCIONALISMO, TERCERA TEORÍA DEL DERECHO. Palestra Editores. Lima. 2011.
12. Barroso, Luis Roberto. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO. UNAM. México. 2008.
13. Bayón Mochino, J. C. LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO: DEBER JURÍDICO Y RAZONES PARA LA ACCIÓN. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.
14. Bayón, Juan Carlos. DEMOCRACIA Y DERECHOS: PROBLEMAS DE FUNDAMENTACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2004.
15. Betegón, Jerónimo, y De Páramo, Juan Ramón. DERECHO Y MORAL. Ensayos Analíticos. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1990.
16. Bidart Campos, Germán J. DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1968
17. Bovero, Michelangelo. Prólogo a: Salazar Ugarte, Pedro. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, UNA RADIOGRAFÍA TEÓRICA. Fondo de Cultura Económica, México. 2006.
18. Bulygin, E. VALIDEZ Y POSITIVISMO. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1987.
19. Cappeletti, Mauro. OBRAS. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2014.



20. Carbonell, Miguel. (Coordinador). NEOCONSTITUCIONALISMO. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell. A.C. México. 2015.
21. Carbonell, Miguel. ESCRITOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL. UNAM. México. 2001.
22. Carbonell, Miguel. NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009.
23. Carbonell, Miguel. TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. ENSAYOS ESCOGIDOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
24. Cárdenas Gracia, Jaime. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. UNAM. México. 2009.
25. Carpizo, Jorge. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. Editorial Porrúa. México. 2012.
26. Carracedo, José Rubio. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Dimensión moral de la democracia. En: Blasco, Pedro Luis. (Coordinador). LA JUSTICIA: ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO. Editorial Trotta. Madrid. 2014.
27. Carrió, G. R. NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1990.
28. Copete Lizarralde, Álvaro. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Ediciones Lerner. Bogotá. 1960.
29. De la Torre Martínez, Carlos. LA RECEPCIÓN DE LA FILOSOFÍA DE LOS VALORES EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNAM. México. 2005.



30. De Paramo Argüelles, J. R. RAZONAMIENTO JURÍDICO E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Revista Española de Derecho Constitucional. España. 1988.
31. Del Rosario Rodríguez, Marcos. (Coordinador). SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2009.
32. Duverger, Maurice. INSTITUCIONES POLÍTICAS Y DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Ariel. Barcelona. 1980.
33. Dworkin, R. EL POSITIVISMO Y LA INDEPENDENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.
34. Dworkin, R. EL POSITIVISMO Y LA INDEPENDENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.
35. Dworkin, Ronald. LIBERALISMO, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA. Editorial La Isla de La Luna. Buenos Aires. 2003.
36. Escudero Alday, Rafael. LA RESPUESTA POSITIVISTA AL DESAFÍO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO: EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
37. Escudero, R. LOS CALIFICATIVOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO. EL DEBATE SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LA MORAL. Editorial Civitas. Madrid. 2004.
38. Estévez Araujo, Jorge. CRISIS DE LA SOBERANÍA ESTATAL Y CONSTITUCIÓN MULTINIVEL. Revista Direito GV 4. Vol. 2. 2006.
39. Fabra Zamora, Jorge Luis & Núñez Vaquero, Álvaro. (Editores). ENCICLOPEDIA DE FILOSOFÍA Y TEORÍA DEL DERECHO. Volumen uno. UNAM. MÉXICO. 2015.



40. Ferrajoli, Luigi. LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DE LOS DERECHOS: CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA COMO MODELO TEÓRICO Y PROYECTO POLÍTICO. Editorial Trotta. Madrid. 2014.
41. Ferrajoli, Luigi. UN DEBATE SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2012.
42. Ferreres Cómella, V. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICA. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.
43. Ferreres, Víctor. EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY. Editorial Fontamara. México. 2007.
44. Friedman, Barry. CONSTITUCIONALISMO POPULAR MEDIADO. Editorial Trotta. Madrid. 2003.
45. García Figueroa, Alfonso. CRIATURAS DE LA MORALIDAD: UNA APROXIMACIÓN NEOCONSTITUCIONALISTA AL DERECHO A TRAVÉS DE LOS DERECHOS. Editorial Trotta. Madrid. 2009.
46. Gascón Abellán, M. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN. Revista Española de Derecho Constitucional. España. 1994.
47. Geiger, Theodor. DERECHO Y MORAL. Editorial Alfa. Barcelona. 1982.
48. Guastini, Riccardo. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. En: Carbonell, Miguel. (Ed.), NEOCONSTITUCIONALISMO (S). Editorial Trotta. Madrid. 2006.
49. Haberle, Peter. EL ESTADO CONSTITUCIONAL. UNAM. MÉXICO. 2003.
50. Hart, H.L.A. ¿HAY DERECHOS NATURALES? Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1962.



51. Ibáñez, Perfecto Andrés & Alexy Robert. JUECES Y PONDERACION ARGUMENTATIVA. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 2006.
52. Jiménez Cano, Roberto M. UNA DEFENSA DEL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE. *Isonomía*, No. 39. 2013.
53. Kramer, Larry. CONSTITUCIONALISMO POPULAR. Palestra Editores. Perú. 2011.
54. Liendo Tagle, Fernando. LA INTERPRETACIÓN ORIGINALISTA DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN ANTONIO SCALIA. ¿ES POSIBLE EN EL DERECHO CONTINENTAL? *Revista de Derecho*. No. 2. 2015.
55. Linares Quintana, Segundo V. DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1970.
56. Manili, Pablo Luis. (Coordinador). DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2005.
57. Melden, A.I. OBLIGACIÓN JURÍDICA Y OBLIGACIÓN MORAL. Cuadernos de Crítica. UNAM. México. 1977.
58. Molina, Enrique. LA MORAL ENTRE LA CONVICCIÓN Y LA UTILIDAD. Ediciones Eunate. Pamplona. 1996.
59. Moreso, J. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.
60. Naranjo Mesa, Vladimiro. TEORÍA CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Editorial Temis. Colombia. 2010.



61. Nino, C. S. FUNDAMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992.
62. Orinesu, Claudina. LOS LÍMITES DE LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA AL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad. No. 2. 2012.
63. Ortega, José & Gasset. INTRODUCCIÓN A UNA ESTIMATIVA: ¿QUÉ SON LOS VALORES? Ediciones Encuentro. Madrid. 2004.
64. Pino, Giorgio. DERECHOS FUNDAMENTALES, CONFLICTOS Y PONDERACIÓN. Palestra Editores. Lima. 2013.
65. Pisarello, Gerardo. LA OFENSIVA DEL CONSTITUCIONALISMO ANTIDEMOCRÁTICO. Editorial Trotta. Madrid. 2011.
66. Post, Robert C. & Siegel, Reva B. CONSTITUCIONALISMO POPULAR, DEPARTAMENTALISMO Y SUPREMACÍA JUDICIAL. Palestra Editores. Perú. 2011.
67. Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICOS. Palestra Editores. Lima. 2011.
68. Prieto Sanchís, L. CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO. Editorial Fontamara. México. 1997.
69. Prieto Sanchís, L. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Trotta. Madrid. 2003.
70. Prieto Sanchís, Luis. IDEOLOGÍA E INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Editorial Tecnos. Madrid. 1987.
71. Recaséns Siches, Luis. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Cuarta edición. Editorial Porrúa. México. 1977.



72. Recaséns Siches, Luis. NUEVA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1980.
73. Requejo Pagués, Juan Luis. JURISDICCIÓN E INDEPENDENCIA JUDICIAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.
74. Risieri Frondizi. ¿QUÉ SON LOS VALORES? INTRODUCCIÓN A LA AXIOLOGÍA. Fondo de Cultura Económica. México. 1972.
75. Rubio Carracedo, José. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, DIMENSIÓN MORAL DE LA DEMOCRACIA. En: Blasco, Pedro Luis. (Coordinador). LA JUSTICIA: ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO. Editorial Trotta. Madrid. 2014.
76. Rubio Llorente, F. PRÓLOGO A DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. Editorial Dykinson. Madrid. 1998.
77. Ruiz Manero, J. JURISDICCIÓN Y NORMAS. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1990.
78. Salazar Ugarte, Pedro. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: UNA RADIOGRAFÍA TEÓRICA. Fondo de Cultura Económica. México. 2006.
79. Vázquez, R. DERECHOS HUMANOS. UNA LECTURA LIBERAL IGUALITARIA. UNAM. México. 2015.
80. Vigo, Rodolfo Luis. DE LA LEY AL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 2012.
81. Vigo, Rodolfo Luis. JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO. DEL ESTADO DE DERECHO LEGAL AL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2016.



82. Villabella, Carlos Manuel. NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. ¿UN NUEVO PARADIGMA? Grupo Editorial Madrid México. 2014.
83. Wroblewski, J. CONSTITUCIÓN Y TEORÍA GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Editorial Civitas. Madrid. Pp. 1988.
84. Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. LEY, DERECHO. JUSTICIA. Editorial Trotta. Madrid. 1999.