

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



**LA CERTEZA JURÍDICA
Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO**

LICENCIADA

ALMA LISETTE HERRERA GIRÓN

GUATEMALA, AGOSTO DE 2019

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

LA CERTEZA JURÍDICA Y EL 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 la Licenciada

ALMA LISETTE HERRERA GIRÓN

Previo a conferírsele el Grado Académico de

MAESTRA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

(Magíster Scientiae)

Guatemala, agosto de 2019.

**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: | Licda. | Astrid Jeannette Lemus Rodríguez |
| VOCAL II: | Lic. | Henry Manuel Arriaga Contreras |
| VOCAL III: | M. Sc. | Juan José Bolaños Mejía |
| VOCAL IV: | Br. | Denis Ernesto Velásquez González |
| VOCAL V: | Br. | Abidán Carías Palencia |
| SECRETARIO: | Lic. | Fernando Antonio Chacón Urizar |

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

| | | |
|-----------|------|--------------------------------|
| DECANO: | Lic. | Gustavo Bonilla |
| DIRECTOR: | Dr. | Luis Ernesto Cáceres Rodríguez |

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

| | | |
|-------------|------|-------------------------------|
| PRESIDENTE: | Dr. | Félix Eduardo Barrios López |
| VOCAL: | Dr. | Oscar Estuardo Paiz Lemus |
| SECRETARIA: | Dra. | Sonia Ninette Villatoro López |

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, 11 de febrero del año 2019.

Doctor
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

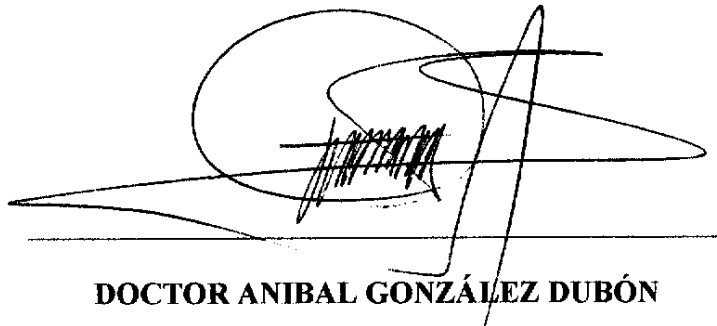
Estimado Doctor Cáceres Rodríguez:

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. 60-2018 de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado, de fecha quince de febrero de dos mil dieciocho, se me asignó para su tutoría, la **Tesis de Maestría en Derecho Constitucional** de la Licenciada **Alma Lisette Herrera Girón**, titulada **“LA CERTEZA JURÍDICA Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO”**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de Maestría en Derecho Constitucional de la Licenciada **Alma Lisette Herrera Girón** 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 ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Guatemala, 16 de julio de 2019

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

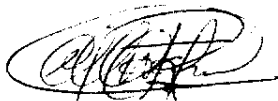
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

LA CERTEZA JURÍDICA Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Esta tesis fue presentada por la Lcda. Alma Lisette Herrera Girón, 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
Colegiada 5456



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 24 de julio del dos mil diecinueve.-----

En vista de que la Licda. Alma Lisette Herrera Girón aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 44-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA CERTEZA JURÍDICA Y EL 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. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

A Dios. Forjador de mi camino, el que me acompaña y siempre me levanta de mis continuos tropiezos, creador de mis padres y de las personas que más amo.

A mis Padres: Gumersindo Herrera y Maria Elena Girón Pereira, por haberme forjado como la persona que soy y motivarme con amor a alcanzar mis anhelos.

A mis suegros: Cristóbal García Illescas, Herlinda Girón y Thelmita Illescas Córdón, por su invaluable apoyo, ternura y cariño que siempre me han brindado.

A mi esposo: Cristóbal Arturo García Girón. Por brindarme el tiempo necesario para realizarme profesionalmente, su respaldo ha sido fundamental, siempre apoyándome y ayudándome en cada proyecto de mi vida.

A mis Hijas: El inmenso amor hacia ellas ha sido el detonante de mi esfuerzo de mis ganas de buscar lo mejor para ellas.

Regy: A pesar que no estás aquí sé que tu alma si lo está, gracias por enseñarme a luchar contra todo y a decirle no a los nos.

Ale: A tu corta edad me has enseñado y me sigues enseñando muchas cosas de esta vida, y sobre todo a enseñarme que todo proyecto se logra de rodillas.

A mis nietos: Alejandro y Rodrigo por liberar mi mente de toda adversidad pintando de colores mis días grises.

A mis hermanos, cuñadas y sobrinos, por lo que representan para mí y por ser parte importante de una hermosa familia unida.

A mis amigos, compañeros de trabajo y a todas a aquellas personas que de una u otra manera han contribuido para el logro de mis objetivos.

CONTENIDO



| | Página |
|---|--------|
| Introducción | i |
| Capítulo I: La propuesta interpretativa del neoconstitucionalismo | 1 |
| 1. La naturaleza del neoconstitucionalismo | 1 |
| 1.1 El enfoque principalista | 3 |
| 1.2 Disposiciones de contenido material | 4 |
| 1.3 El garantismo | 6 |
| 1.4 Extensión del catálogo de derechos fundamentales y su progresividad | 9 |
| 1.5 La interpretación axiológica de la Constitución | 13 |
| 1.6 Constitucionalización del ordenamiento jurídico y Estado constitucional de derecho | 18 |
| Capítulo II: El neoconstitucionalismo como paradigma jurídico-político del derecho | 22 |
| 1. El papel del iusnaturalismo racional y la separación Estado-teología | 22 |
| 2. La racionalización del poder | 29 |
| 3. El Estado de derecho como producto del constitucionalismo | 32 |
| 4. El neoconstitucionalismo como paradigma jurídico-político | 36 |



Capítulo III: La concepción originalista de la interpretación de la Constitución 46

1. La dogmática del originalismo 46
2. Los fundamentos teóricos y filosóficos del originalismo interpretativo 52

Capítulo IV: La tensión entre la propuesta interpretativa neoconstitucionalista
y la concepción interpretativa originalista 60

1. Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las
concepciones de la Constitución 60
2. La necesidad de ir más allá de los elementos puramente estructurales 62
3. El constitucionalismo político y la Constitución rígida y regulativa del
Estado constitucional 64
4. Las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo 67
 - 4.1 La obligación política y sus límites 68
 - 4.2 Rigidez constitucional y reforma constitucional 71
5. La textura abierta e imprecisa de las constituciones democráticas 73
6. La tensión entre Constitución rígida y el dinamismo social contemporáneo 78
7. Tensiones y concepción de Constitución 83

Capítulo V: La inteligibilidad de las propuestas interpretativas del originalismo
y del neoconstitucionalismo y su proyección en la certeza jurídica 89

1. El modelo constitucional 89

| | |
|--|-----|
| 2. El constitucionalismo de oposición (las garantías verticales del originalismo) | 91 |
| 3. La transformación del constitucionalismo y vertical originalista al constitucionalismo horizontal o neoconstitucionalista | 98 |
| 4. ¿Es eficaz la propuesta interpretativa del neoconstitucionalismo formulada en el constitucionalismo horizontal? | 116 |
| 5. La interpretación constitucional realizada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala | 122 |
| 6. A manera de conclusión | 123 |
| Conclusión | 129 |
| Bibliografía | 132 |



INTRODUCCIÓN



La interpretación constitucional siempre ha estado presente de forma contundente en la vida jurídica y política de los pueblos. Ello es así, porque la Constitución no solo trata materias jurídicas, sino políticas, en tanto tengan que ver con las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos y entre los órganos del mismo Estado.

La evolución sufrida por el derecho en general y por el derecho constitucional en particular, ha llevado la interpretación constitucional desde una interpretación decimonónica, fiel al cumplimiento de la letra de la ley, hasta una interpretación que pretende incluir elementos ético-políticos, relegando a veces el contenido del texto constitucional.

Por otro lado, la idea de seguridad jurídica y de certeza jurídica, también ha estado presente como elemento esencial, no solo del derecho, sino de la vida jurídica y política de un pueblo. Ello es así, porque desde que Tarantilio Arso venció la resistencia de la clase patricia en Roma y logró la publicación de la Ley de las XII Tablas, dando así origen al sistema de derecho romano. La idea primordial de la publicación de las leyes era que el pueblo se enterara de su contenido, y supiera cómo dirigir su conducta, ya sea por medio de acciones o por medio de omisiones.



En ese sentido, dado que la interpretación constitucional es el medio para tomar decisiones jurídico-políticas de fuerte magnitud, los métodos que se utilicen para realizarla, así como la elección de sus intérpretes últimos o privilegiados (magistrados, jueces, etc.), adquieren gran relevancia en los Estados contemporáneos. De esas circunstancias dependerán decisiones que pueden permitir que en los distintos países la vida social, política y económica se desarrolle con normalidad, o bien que se incurra en situaciones de crisis que pueden desembocar en situaciones con un alto costo tanto para los ciudadanos como para los poderes del Estado.

En el campo de la interpretación constitucional se debaten, en esencia, en los extremos opuestos, dos vertientes de pensamiento que si bien poseen o comparten algunos tópicos comunes, divergen mayoritariamente en cuanto al sentido, objeto, aplicación y finalidad de la interpretación constitucional; estas vertientes son el originalismo y el neoconstitucionalismo.

El primero de ellos propone que la Constitución debe interpretarse en el sentido de las intenciones originales del poder originario o de los padres fundadores; y que deben mantenerse los estándares y los motivos originales de la fundación o promulgación de la Constitución.



La segunda de estas vertientes propone una interpretación axiológica de la Constitución introduciendo variantes novedosas como el método de interpretación, los principios, la materialidad, el garantismo, la progresividad y la irradiación de la Constitución al resto del ordenamiento jurídico.

Resulta obvio, que los resultados interpretativos de una y otra variante de pensamiento no pueden arrojar iguales efectos, pero lo que más interesa a esta investigación es la idea de la certeza jurídica que provee cada una de las vertientes descritas.

La certeza jurídica puede entenderse como la manifestación o fenómeno interno o subjetivo de la seguridad jurídica. Se presenta como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Ello requiere y exige la posibilidad del conocimiento del derecho por sus destinatarios, así como un cierto grado de claridad para saber de antemano, por parte de los ciudadanos, la forma como deben comportarse en la comunidad.

En otras palabras, el ciudadano debe saber de antemano y de una manera aceptable, qué acciones y qué omisiones le están prohibidas o permitidas. Esta



instancia se conoce como previsibilidad y consiste, esencialmente, en la capacidad de los ciudadanos de organizar su conducta de tal manera que puedan realizarla bajo pautas razonables, que eliminen la indeterminación de los resultados o efectos de sus acciones y de sus omisiones.

De manera evidente puede afirmarse que distintos métodos de realizar una acción, no siempre conducen al mismo resultado, por lo que no puede afirmarse que ambas propuestas, la del originalismo y la del neoconstitucionalismo, pudieran llevar a iguales niveles de certeza jurídica.

Esto es importante, porque las Constituciones no solo crean instituciones, órganos o procedimientos, no solamente tienen dimensión constitutiva, sino que ante todo tienen una dimensión valorativa en el sentido de reconocer estados de cosas como valiosos y merecedores de ser promocionados y protegidos.

Los jueces constitucionales están contemplados institucionalmente para preservar la democracia como sistema político y, sobre todo, para el desarrollo de todo el conjunto de valores y principios que de ella dimanen, dotando de sentido y de dignidad la vida social e individual del ser humano.



La democracia como tal, más que la concurrencia periódica a elecciones de gobernantes, de cuerpos colegiados o de consultas de contenido político o jurídico dirigidas a los ciudadanos, más que un resultado electoral y electorero es un medio para lograr el bienestar general, al que se está más cercano cuando la autoridad ocupa su justo lugar y respeta y garantiza, los derechos contemplados en la Constitución.

El juez constitucional, como intérprete último de la Constitución, desempeña una función esencial para, defender los derechos fundamentales, velar por la regularidad de las leyes constitucionales, garantizar los derechos constitucionales a través del amparo, garantizar el respeto a la independencia de poderes y velar por el respeto al normal funcionamiento de los poderes soberanos. Si los tribunales constitucionales no cumplen con esas funciones elementales, actuarían en el deterioro de la democracia y, por lo tanto, en desmedro de los ciudadanos del Estado.

El objetivo fundamental del presente informe de investigación es, utilizando el método hipotético-deductivo expuesto por Karl Popper y por John Kemeny, determinar si el neoconstitucionalismo, con su propuesta interpretativa de la Constitución, es capaz de garantizar una interpretación inteligible de la Constitución que promueva la certeza jurídica de los ciudadanos.

El problema a investigar se formuló de la siguiente manera: ¿Puede el neoconstitucionalismo garantizar la inteligibilidad de la interpretación constitucional y proveer de certeza jurídica a los ciudadanos?



La hipótesis se planteó de la siguiente forma: El neoconstitucionalismo, si bien pretende ir más allá del contenido del texto de la Constitución en el sentido de introducir teorías de la moral y conceptos ético-políticos en su interpretación, no ofrece un nivel satisfactorio de certeza jurídica a los ciudadanos porque se apoya en un discurso axiológico que depende más de los intérpretes, que del contenido del texto constitucional y en ese sentido promueve el activismo de los jueces, en contraposición al originalismo que se fundamenta en una semántica convencionalista, que permite al ciudadano la previsión de las consecuencias de sus acciones y omisiones en un sistema constitucional democrático.

El presente informe de investigación consta de cinco capítulos. En el primero se desarrolla la corriente neoconstitucionalista y sus principales componentes y elementos característicos; en el segundo capítulo se desarrolla la teoría del neoconstitucionalismo como paradigma jurídico-político en el desarrollo del constitucionalismo; en el tercer capítulo se desarrolla la teoría originalista y su propuesta interpretativa de la Constitución. En el cuarto capítulo se desarrolla el tema de las tensiones existentes en el constitucionalismo provocadas por las concepciones originalista y neoconstitucionalista y sus consecuencias, así como un

intento de conciliación entre ambas corrientes. Finalmente, en el quinto capítulo, se analiza la inteligibilidad de las propuestas del originalismo y del neoconstitucionalismo así como sus manifestaciones por medio de los llamados constitucionalismo vertical y constitucionalismo horizontal para, por último, tratar de arribar a una conclusión válida en relación con la verificación de la hipótesis formulada.





CAPÍTULO I

LA PROPUESTA INTERPRETATIVA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

En el presente capítulo se analizará la propuesta interpretativa del neoconstitucionalismo como planteamiento de interpretación axiológica en el sentido propuesto por Ronald Dworkin, quien manifiesta que el ordenamiento jurídico no solo se compone de reglas sino también de principios y directrices y el planteamiento propuesto por Robert Alexy, quien manifiesta que los principios son mandatos de optimización, que deben procurar la máxima protección de los derechos fundamentales.

1. LA NATURALEZA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

El término *neoconstitucionalismo*, acuñado por el pensamiento académico europeo a finales del siglo pasado, tiene sus inicios en los años subsiguientes a la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

Este término se emplea para agrupar características disímiles que evolucionaron en el derecho constitucional de Europa, -como ya se dijo- desde la segunda postguerra.



En dicha tendencia, la doctrina sistematizó algunos rasgos trascendentes que le proporcionaron al derecho constitucional una fachada novedosa. Así, se ha planteado que surgió un nuevo tipo de derecho que “destronó el enfoque paleopositivista”¹ y surgió una “nueva doctrina constitucional”² expresiva de “perspectivas teóricas, ideológicas y metodológicas renovadoras”³.

El vocablo *neoconstitucionalismo* no ha tenido significación unívoca. Se ha utilizado para explicar una multiplicidad de fenómenos en el ámbito de la teoría del derecho, de la teoría del Estado y del derecho constitucional: plantea ejes metodológicos innovadores para el análisis de las normas jurídicas como la interpretación basada en reglas de ponderación y en la razonabilidad, supone una ideología jurídica postpositivista; reivindica la carga moral del derecho y la trascendencia de los principios. Expresa, también, una cultura jurídica constitucional democrática, tolerante, inclusiva y generadora de virtudes; enuncia un concepto de Constitución diferente y formula un tipo de Estado distinto.

Desde el punto de vista constitucional, los planteamientos de esta doctrina son los siguientes:

¹ Ferrajoli, Luigi. SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. En: Carbonell, Miguel (Editor). TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO ENSAYOS ESCOGIDOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Pp. 71.

² Atienza, Manuel. EL SENTIDO DEL DERECHO. Editorial Ariel. Barcelona. 2001. Pp. 309.

³ Comanducci, Paolo. FORMAS DE NEOCONSTITUCIONALISMO: UN RECONOCIMIENTO METATEÓRICO. En: Carbonell, Miguel (Editor). ISONOMÍA: REVISTA DE TEORÍA FILOSÓFICA DEL DERECHO. Número 16. Abril. 2002. Pp. 85.



1.1 EL ENFOQUE PRINCIPIALISTA

La incorporación en la Constitución de cláusulas generales y principios que presuponen fines, comunican valores y proyectan deberes cívicos, proporciona un techo ideológico que condiciona la actuación del poder político; establece un decálogo cívico para la convivencia social y traza las coordenadas hermenéuticas para la aplicación del derecho. Ello transmuta la concepción normativista y conforma una “noción axiológica de Constitución”⁴, perspectiva en la que esta deja de ser solo el código que organiza los poderes públicos y disciplina las relaciones de estos con los ciudadanos.

Estas normas-principios cargadas de hipótesis metajurídicas le suministran a su vez una connotación moral a la Constitución. De esta forma, la supremacía constitucional no se expresa únicamente desde el ámbito procesal sino también deontológico, ya que traza un canon ético a la relación poder-derecho sociedad:

“El contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, la naturaleza última de las normas constitucionales es prelingüística, es axiológica. Por eso las Constituciones dicen más de lo que los términos significan. Consiguientemente, la indeterminación semántica de las normas

⁴ *IBIDEM*. Pp. 84.

constitucionales es compatible con su plena determinación material; son mandatos precisos pese a su imprecisión lingüística”⁵.



1.2 DISPOSICIONES DE CONTENIDO MATERIAL

Se expresa en la eficacia directa que se les reconoce a las normas constitucionales, al margen de su contenido y textura sintáctica. Ello determina no solo que la Constitución rija como fuente de derecho en el tracto jurídico, sino que además funja como referente de la actuación de los poderes públicos y permee las relaciones sociales en un plano horizontal. Esta idea se interconecta con la trascendencia de los principios y con la omnipresencia de la Constitución en la sociedad.

“Que una Constitución es material significa que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos, directrices) pero de idéntico sentido, que es decirle al poder no solo como organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso,

⁵ Bernal Pulido, Carlos. REFUTACIÓN Y DEFENSA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. En: Carbonell, Miguel (Editor). TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. ENSAYOS ENCOGIDOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Pp. 239.



a veces, qué es lo que debe decidir. Constitución material se opone así a Constitución formal o meramente procedimental”⁶.

La fuerza vinculante que se refiere supone, asimismo, el entendimiento de que las normas constitucionales no requieren de la imprescindible intervención del legislador (*interpositio legislatoris*) para desplegarse, como admitía el pensamiento constitucional precedente. En este sentido, se sustenta que los preceptos constitucionales poseen siempre un significado nuclear, un contenido esencial que posibilita su aplicación inmediata:

“Donde la estructura de la norma constitucional es suficientemente completa para valer como regla para casos concretos debe ser utilizada directamente. La Constitución es fuente directa de posiciones subjetivas”⁷.

“Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida que aquella disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente”⁸.

⁶ Prieto Sanchís, Luis. EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS. En: Carbonell, Miguel (Editor). TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO ENSAYOS ESCOGIDOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Pp. 213.

⁷ Zagrebelsky, Gustavo. MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Trotta. Madrid. 1991. Pp. 105.

⁸ Prieto Sanchís, Luis. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN JUDICIAL. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 130.



1.3 EL GARANTISMO

Como consecuencia de la hegemonía y materialidad de la Constitución, se enarbola la garantía de las normas constitucionales a partir de la ampliación e interconexión sistemática de los mecanismos y vías protectoras: “El garantismo es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad”⁹.

Este proceso se inició después de la segunda postguerra con la mundialización de la justicia constitucional que se desarrolló con la hibridación de los modelos de control concentrado y difuso, lo que dio lugar a un variopinto de sistemas mixtos.

“La mundialización de la justicia constitucional es el rasgo característico del último cuarto del siglo XX, pues entonces se pone en estrecha sintonía con la universalidad de la idea de libertad, con la expansión sin fronteras de un sentir que ve en el resto de la dignidad de todo hombre y de los derechos inviolables que le

⁹ Ferrajoli, Luigi. *Op. cit.* Pp. 72.

son inherentes la regla rectora de todo gobierno democrático y de cualquier convivencia civilizada”¹⁰.



A consecuencia de este fenómeno se suscitó un debate del que brotó el replanteamiento del aparato conceptual y jurisdiccional, lo cual propendió a una defensa más enérgica de la Constitución.

En el mapa categorial que sobrevino, se postuló el concepto de defensa de la Constitución para referirse en sentido amplio a los instrumentos jurídicos y procesales destinados a prevenir la violación de la Constitución, reprimir su quebrantamiento y lograr el desarrollo acompasado de su normativa acorde a los cambios de la realidad.

“En este sentido nos atrevemos a sostener que una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos sectores: la Constitución formal o jurídica y la Constitución real o sociológica, tiene por objeto por tanto, no solo el mantenimiento o conservación de las normas fundamentales, sino también su evolución y su compenetración con la realidad política, para evitar

¹⁰ Fernández Segado, Francisco. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ANTE EL SIGLO XXI: LA PROGRESIVA CONVERGENCIA DE LOS SISTEMAS AMERICANO Y EUROPEO-KELSENIANO. En: REVISTA PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL. Volumen 11. Número 11. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2005. Pp. 86.

que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica”¹¹.



Desde esta perspectiva, la defensa constitucional contempló dos sectores: el de la protección genérica y el de las garantías específicas. El primer ámbito incluye los elementos políticos, dispositivos de técnica jurídica (cláusula de reforma constitucional) y pronunciamientos normativos, tendientes a limitar la actuación de los poderes políticos a los márgenes del mandato constitucional y promover su respeto: “Con estos instrumentos se pretende lograr la marcha armónica, equilibrada y normal de los poderes públicos y el adecuado funcionamiento constitucional”¹².

La segunda dimensión contempla las vías jurídicas y procesales dirigidas a la restauración de la norma violada y la reintegración del orden constitucional, sentido en el cual son mecanismos represivos, reparadores y generadores de justicia constitucional. Este ámbito se escinde a su vez en dos vertientes: la primera es la jurisdicción constitucional de la libertad integrada por las vías procesales que posibilitan proteger los derechos de manera incidental (*judicial review*), los recursos

¹¹ Fix-Zamudio, Héctor. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Fundap: Colección de derecho, administración y política. México. 2002. Pp. 71.

¹² Fix-Zamudio, Héctor & Valencia Carmona, Salvador. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y COMPARADO. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 2001. Pp. 178.



o procedimientos específicos que permiten tutelar estos (*habeas corpus*, acción o derecho de amparo, *mandato de seguridad*, recurso de protección, acción de tutela, queja o recursos constitucional, recurso de derecho público, etc.) y las instituciones y mecanismos que con su actuación inciden en la protección de derechos (*ombudsman*, defensor del pueblo, comisión de derechos humanos, etc.). La segunda vertiente es la jurisdicción constitucional orgánica conformada por los medios procesales (acción o recurso de inconstitucionalidad), que permiten proceder contra actos o disposiciones normativas que infrinjan su ámbito constitucional.

La sistematización teórica que se produjo incentivó además la estructuración del derecho procesal constitucional como disciplina, cuyo objeto es la jurisdicción constitucional.

1.4 EXTENSIÓN DEL CATÁLOGO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU PROGRESIVIDAD

Los derechos fundamentales han experimentado un proceso ininterrumpido de multiplicación, especificación, internacionalización y no regresividad, que ha constituido el eje del desarrollo del derecho constitucional contemporáneo. Ello ha suscitado la ampliación de las dogmáticas constitucionales y la estructuración del derecho internacional de los derechos humanos.



El inicio de este proceso puede establecerse en la segunda postguerra con la incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocidos como la segunda generación de derechos. El sujeto de estos es el individuo en una dimensión social; su objeto es la materialización de contenidos a fin de lograr una existencia humana digna.

“Los derechos públicos subjetivos ligados al Estado liberal de derecho, reposaban en un acentuado individualismo, que ha sido superado por la noción más amplia de los derechos fundamentales, surgida precisamente para englobar no solo a las libertades tradicionales de signo individual, sino también a los derechos sociales”¹³.

Con posterioridad se conformó la tercera generación de derechos ante problemáticas y amenazas globales que degradaban las condiciones de habitabilidad del planeta y ponían en peligro la supervivencia humana. En este caso, el sujeto de los derechos era el individuo como parte de una comunidad o colectivo; el objeto, los recursos y las condiciones ambientales que posibilitan la subsistencia de la especie humana.

¹³ Pérez Luño, Enrique. DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN. Editorial Tecnos. Madrid. 1999. Pp. 96.

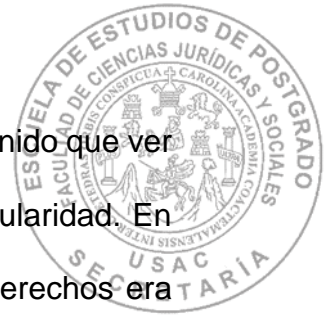


“El valor fundante de estos derechos es la solidaridad, aunque la solidaridad no es del dominio exclusivo de ninguna categoría de derechos en particular, todos los derechos tienen una dimensión social en el sentido y en la medida en que son ejercidos por individuos y grupos en un contexto social, lo que sucede es que estos se relacionan en mayor grado con la propia comunidad”¹⁴.

Paralelamente al refrendo de los anteriores derechos, se desarrolló un proceso de especificación y multiplicación asociado al surgimiento de nuevas necesidades que ameritaban justicializarse para el logro de la dignidad humana, y de agresiones que requieren reprimirse.

Esta dinámica es correlato de que los bienes de la personalidad que tutelan los derechos se acrecientan, especifican y transforman en la medida en que lo hacen necesidades humanas, por ejemplo: la protección de dimensiones humanas más específicas (derecho al honor, derecho a la imagen), el resguardo ante amenazas derivadas del desarrollo tecnológico (*habeas data*), la tutela ante situaciones de vulnerabilidad por la condición de género, minoría de edad o estado físico (derechos en situación), la defensa de quienes se hallan en la situación de inferioridad padecida en una relación de poder (derechos del consumidor).

¹⁴ *IBIDEM*. Pp. 64.



La ampliación del catálogo de los derechos fundamentales ha tenido que ver también con el cambio doctrinal que se ha producido respecto a la titularidad. En ese sentido, se abandonó la postura de que el sujeto activo de los derechos era únicamente el individuo. Esta tendencia comenzó con los derechos de tercera generación que profesaban una titularidad difusa. Tuvo un desarrollo posterior al reconocerse derechos a un grupo humano que se encuentra en situaciones específicas de desventaja (derechos en situación) o a un individuo en tanto pertenece a un gremio determinado (libertad de cátedra de los profesores). Hay que agregar los derechos de las minorías (étnicas, culturales, religiosas) que se configuran en un entorno globalizador al reconocerse que el mundo no es culturalmente homogéneo.

“Es la única manera de construir un modelo de derechos humanos capaz de combinar aspiraciones universalistas con prácticas multiculturales”¹⁵.

“La convivencia entre culturas diversas postula el recíproco conocimiento en defensa del multiculturalismo, debemos aprender a conocer las culturas distintas y superar nuestros prejuicios y nuestro presuntuoso analfabetismo cultural”¹⁶.

¹⁵ Pisarello, Gerardo. GLOBALIZACIÓN, CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS. En: Carbonell, Miguel (Editor). TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. ENSAYOS ESCOGIDOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Pp. 173.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi. *Op. cit.* Pp. 87.



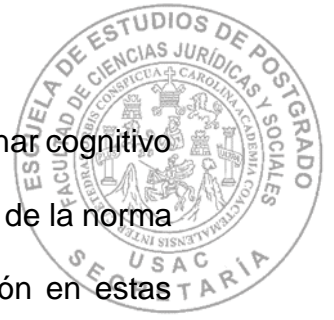
Hay que mencionar, como factor que incide en la ampliación de los derechos, la tendencia del constitucionalismo contemporáneo de asumir la vigencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, lo cual dilata la dogmática constitucional al producirse una conexión entre los derechos positivados en la Constitución y los escriturados en el derecho internacional de los derechos humanos. Este acontecimiento replanteó a su vez la teoría de las fuentes del derecho.

1.5 LA INTERPRETACIÓN AXIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN

La inflexión que introduce el neoconstitucionalismo en la teoría de la interpretación está determinada por la incorporación en los textos constitucionales, de principios, presupuestos teleológicos y preceptos programáticos. Estas normas *sui generis* poseen una textura abierta en tanto su relato normativo es abstracto y multívoco, y su supuesto de aplicación indeterminado.

Esto posibilita diversos modos y grados de concreción: “Los principios son normas derrotables (*defeasible*) porque no establecen exhaustivamente los hechos, condicionantes, o bien no enumeran todas las excepciones”¹⁷.

¹⁷ Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Editorial Trotta. Madrid. 2010. Pp. 76.



Esto provoca que la interpretación no pueda reducirse a un accionar cognitivo en el que se descubre, a través de las reglas del lenguaje, el contenido de la norma y se determina su sentido y alcance. Por el contrario, la interpretación en estas condiciones constituye un proceso intelectual en el que se atribuye significado al enunciado y se concreta su aplicación de acuerdo con las condiciones específicas que se presentan.

“La Constitución posee el carácter de un recipiente abierto, en el que pueden concluir muchas y heterónomas interpretaciones. En este plano, la Constitución no limita y delimita, sino que recibe en sí misma las corrientes y el universo de valores del respectivo espíritu de la época, debe convertirse en un elemento flexible que permita todas las posibilidades”¹⁸.

En este sentido, la interpretación deviene en un acto creativo y concretizador a partir de la optimización semántica que debe hacer el operador jurídico del enunciado.

“Las normas en cuanto contenidos significativos no son previas a la interpretación, sino el resultado de la actividad interpretativa; la interpretación

¹⁸ Bockenförde, Ernst-Wolfgang. ESCRITOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Nomos, S.A. Colombia. 1993. Pp. 23.



jurídica no ha de ser comprendida como una actividad consistente en descubrir el contenido de los textos o documentos normativos, sino como una actividad consistente en la propuesta o estipulación de determinados significados a determinados textos”¹⁹.

Una propuesta interpretativa como la del neoconstitucionalismo requiere consiguientemente de instrumentos y técnicas que permitan la labor estimativa descrita, labor para la que son insuficientes los métodos gramatical, histórico, sistemático y teleológico.

En este punto se ha argüido como un recurso más pertinente el método tópico orientado al problema, o método orientado a la realidad. Supone la visualización del caso-problema por el aplicador del derecho y su solución adecuando la normativa constitucional y construyendo una argumentación particular.

Sus claves son: comprensión del caso para proporcionar la solución más justa; búsqueda de la respuesta en la normativa constitucional; pre-comprensión axiológica de la Constitución; interacción entre la *ratio* del caso, el contexto cultural

¹⁹ Moreso, Josep Joan. CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 101.



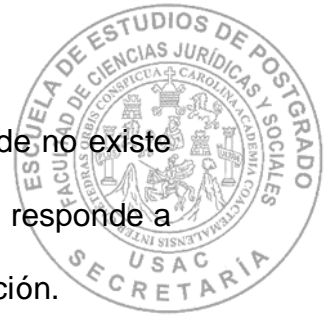
y el enunciado normativo; construcción de una argumentación orientada al problema que fundamente la decisión:

“El caos no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y esta por referencia a aquel, pues no es solo el caso el que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso”²⁰.

En estas condiciones, la solución de antinomias entre normas, de fricción entre valores o de conflictividad entre derechos, es inviable por la vía de subsunción, ya que no son aplicables los principios de *lex superior derogat inferiori*, *lex posterior derogat priori*, *lex specialis derogat generali*. Así, se abren las puertas a las técnicas de ponderación (sopesar los contenidos desde la situación de conflictividad creada, balanceando los bienes, intereses y valores en conflicto) y proporcionalidad (decide el conflicto a partir de la optimización del contenido esencial de la norma, excluyendo las conductas que no lo integran).

²⁰ Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. LEY, DERECHOS, JUSTICIA. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pp. 132.

Estas técnicas desembocan en una sistemática flexible en donde no existe una respuesta válida invariada, sino un sistema de jerarquía móvil que responde a las circunstancias y las exigencias de justicia que demande cada situación.



Ello requiere de un proceso de racionalización, de construcción de razonamiento *caso por caso* y de argumentación de la solución que se brinda.

“La interpretación es un proceso abierto, no es una sumisión pasiva, conoce posibilidades alternativas. La sujeción se convierte en libertad en la medida en que una concepción más nueva de la interpretación ha refutado la ideología de subsunción”²¹.

Sobre estos parámetros puede concluirse que la interpretación constitucional en tiempos del neoconstitucionalismo se proyecta maximizadora del contenido constitucional (principio de eficacia), equilibradora de los contenidos constitucionales (principio de concordancia), razonada (principio de argumentación), favorable a la dignidad humana (principio *pro libertatis*), adaptadora a las circunstancias (principio de concreción), desarrolladora de la Constitución.

²¹ Haberle, Peter. EL ESTADO CONSTITUCIONAL. UNAM. México. 2012. Pp. 156.



“La ley de la buena vida de las Constituciones es el desarrollo en la continuidad, el instrumento normal es la jurisprudencia”²².

1.6 CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El proceso que se inició en el derecho constitucional de la segunda mitad del siglo XX y que arrojó una dimensión de Constitución abierta y material, como se ha apuntado, tuvo con la doctrina del neoconstitucionalismo un impulso al teorizarse y sistematizarse los rasgos que se han señalado. De esta manera, se consolida una noción de Constitución cultural e invasiva.

La cualidad cultural de la Constitución se condiciona porque esta se expresa como documento permeable a los presupuestos de convivencia, aspiraciones y fines que una sociedad acuerda para su existencia. Pudiera señalarse que por primera vez en su historia, los textos del neoconstitucionalismo son, además de normas, un producto cultural.

“Las Constituciones son claramente una pieza cultural, no es solo texto jurídico o sistema normativo de regulación, sino expresión de un estado de

²² Zagrebelsky, Gustavo. JUECES CONSTITUCIONALES. En: Carbonell, Miguel (Editor). TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO ENSAYOS ESCOGIDOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Pp. 99.

desarrollo cultural, reflejo del patrimonio cultural de un pueblo y fundamento de sus esperanzas”²³.



“Las Constituciones son hoy, como quizás nunca anteriormente, su tiempo expresado en ideas, el foro de la sociedad abierta, en el que discuten y se deciden cuestiones contemporáneas. Una Constitución que no solo estructura al Estado en sentido estricto, sino también al espacio público”²⁴.

El atributo invasivo de una Constitución se determina no solo por la eficacia directa que formalmente tienen sus contenidos, sino además porque las reglas y los principios inciden materialmente en los diferentes ámbitos de las relaciones sociales. Imponen funciones a los poderes públicos, marcan directrices al legislador; persuaden hermenéuticamente a la judicatura y permean las relaciones sociales. En esas circunstancias, se produce una constitucionalización del derecho, una sobre-interpretación de la Constitución.

²³ Haberle, Peter. MÉTODOS Y PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. UN CATÁLOGO DE PROBLEMAS. En: Revista Española de Documentación Científica. Año 7. Número 13. Enero-Junio. España. 2010. Pp. 379.

²⁴ Haberle, Peter. RETOS ACTUALES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Instituto Vasco de Administración Pública. País Vasco. 1996. Pp. 137.



“De tal modo que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la Constitución”²⁵.

“Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, persuasiva, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”²⁶.

Un ejemplo expresivo de este rasgo es la vigencia de los derechos en las relaciones privadas. Ello significa el desmontaje de la idea de que los derechos fundamentales se realizan frente al Estado y la reflexión de que estos fungan también el tráfico *inter privatos*, propiedad hasta entonces del derecho civil. El argumento culminante en esta postura ha sido la apreciación de que los derechos fundamentales prevalecen incluso frente al mismo individuo cuando este, por medio de un acto contractual, adopta una decisión que lo coloca en situación de heteronomía; se trata de un constitucionalismo horizontal como complemento al constitucionalismo vertical.

²⁵ Prieto Sanchis, Luis. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN JUDICIAL. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 216.

²⁶ Guastini, Riccardo. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 49.



Como corolario de la sinergia de estos rasgos, se corporiza el Estado constitucional como un nuevo modelo que postula la supremacía sustancial de la Constitución y su transformación en canon del funcionamiento político y social de un país.

“En el Estado constitucional es la Constitución la norma jerárquicamente más elevada, no solo formalmente, sino también desde un punto de vista sustancial. Esta impondría al legislador no solamente el respeto lógico-formal sobre sus decisiones, sino también el desarrollo y sobre todo su aplicación. Las Constituciones estarían dotadas de una fuerza invasiva general, derivada justamente de haber constitucionalizado toda una serie de valores que la convertirían en un objeto completamente diferente, sería un valor en sí. De este modo, la Constitución evidenciaría su especificidad respecto al resto del ordenamiento no solo y no tanto por su posición jerárquica, sino sobre todo por su valor moral”²⁷.

²⁷ Pozzolo, Sussana. UN CONSTITUCIONALISMO AMBIGUO. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 192.



CAPÍTULO II

EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA JURÍDICO-POLÍTICO DEL DERECHO

En el presente capítulo se tratará el tema de la naturaleza del neoconstitucionalismo como paradigma jurídico-político, es decir, como una teoría que introduce elementos ético-políticos al análisis no solo de la Constitución sino de todo el ordenamiento jurídico, en una posición abiertamente antipositivista que pretende destacar la idea de que el positivismo jurídico ha completado su ciclo histórico y no responde, o es insuficiente, para explicar el fenómeno de la interpretación constitucional.

1. EL PAPEL DEL IUSNATURALISMO RACIONAL Y LA SEPARACIÓN ESTADO-TEOLOGÍA

“El Estado de derecho como modelo político institucional de las sociedades postindustriales proviene de un proceso histórico de transformación y secularización, resultado de la modernidad política y jurídica de Occidente”²⁸.

²⁸ Bayón, Juan Carlos. DERECHOS, DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN. *Isonomía*. No. 16. México. 2002. Pp. 65.



El iusnaturalismo racionalista moderno proporcionó un gran impulso a la creación de estos modelos de Estados modernos.

Con la aparición de las estructuras políticas modernas, fundadas en la noción de *autonomía*, la disgregación y fragmentación de la *res publica* cristiana, se produjo un proceso histórico que resultó en la consolidación de los Estados-nación y la paulatina formación de una sociedad funcionalmente estructurada sin *telos* ni naturaleza imperfecta que redimir. En este contexto, el origen divino de la *validez* jurídica del derecho medieval resultaba insostenible.

En el mundo pre-moderno, caracterizado por una ontología dualista, la complementación entre derecho sacro y derecho profano era consecuencia de una comprensión religiosa de la realidad. Por ello, la legitimidad del poder político del príncipe, así como su rango de juez supremo, derivaba del derecho sacro, es decir, las funciones burocráticas y decisiones reales estaban restringidas por un marco jurídico de carácter *meta-social*.

El derecho sacro se constituía como un *momento de incondicionalidad*, una fuente de *normatividad* auto-fundada a la cual no era posible oponerle el carácter instrumental del orden jurídico, pues una pretensión de esta naturaleza significaba la pérdida de legitimidad.



Con la separación del *ámbito público* del *privado*, a partir de las concesiones efectuadas por un poder político desestabilizado debido a las guerras religiosas, la referida comprensión teológica de la realidad fue disolviéndose hasta lograrse una distinción entre lo político y lo religioso.

Ante la caída del derecho sacro y la pérdida de su fuente de *normatividad*, el poder político debería llenar este vacío mediante un equivalente racional del cual pudiera obtener legitimidad. El afianzamiento de la soberanía como fuente de validez del orden jurídico constituyó la respuesta formulada desde el poder absoluto.

Sin embargo, la imposición política de las normas jurídicas y el uso de la coerción para esta finalidad demandaban aún un poder legítimo, así como también un derecho positivo que preservara el *momento de incondicionalidad*. Durante este período, el derecho natural racional cumple un papel preponderante, pues en el marco de una sociedad post-tradicional en cuyo seno conviven concepciones diversas e incluso opuestas sobre la noción de bien y justicia, el derecho moderno queda ligado a principios y asentado en una racionalidad procedimental.

A su vez, las teorías contractuales de la sociedad asumen que la legitimidad de la autoleislación, derivada de la autonomía ciudadana, contiene las aspiraciones racionales de bienestar de cada sujeto concluyéndose, correctamente,

que la razón del derecho moderno es la razón práctica, es decir, la normatividad del orden jurídico queda sometida a la luz de principios derivados *a priori* de la razón práctica.



Una vez sometidas las normas jurídicas positivas a principios morales, el derecho natural racional trajo consigo dos versiones bastante distintas. Por un lado, Thomas Hobbes, fundador de la primera teoría del Estado moderno y por el otro, el constitucionalismo liberal de Locke.

Mientras el contrato social para Hobbes es un *contratado de sumisión y alienación*, el pacto social (figura hipotética) en Locke supone un paso hacia un modelo de Estado constitucional garantista de los derechos y libertades fundamentales.

En la experiencia jurídica anglosajona podemos encontrar la distinción entre el *common law* y el *statute law*, similar a la proyectada entre el *jus commune* y *jus particulare* en Europa continental. En Inglaterra, la formación del *common law* fue resultado de la institucionalización de un derecho consuetudinario surgido de las relaciones sociales y recogidas por las instancias judiciales, en tanto, que el *statute law* constituye el derecho establecido por el poder soberano del rey o del Parlamento.



Esta diferenciación se ha mantenido nominalmente en vigor, pues el *statute law* es válido en tanto no contradiga al *common law*. “Según una distinción constitucional de la Inglaterra medieval, el poder del soberano se distingue, de hecho, en *gubernaculum* (poder del gobierno) y *jurisdictio* (poder de aplicar leyes); el rey, en el ejercicio de la *jurisdictio* (través de sus juicios), estaba obligado a aplicar el *common law*; este último, por tanto, limitaba el poder del soberano”²⁹.

No obstante la inestabilidad del sistema político inglés, resultado de los conflictos religiosos, acarreó una versión absolutista del derecho natural racional. Hobbes, en polémica con Sir Edward Coke, defiende el poder del soberano y la preeminencia del derecho estatutario, pues la preservación de la autoridad y la obediencia al soberano resguardarán las bases políticas de la sociedad.

La abierta oposición de Hobbes a un derecho preexistente al Estado, lo convierte en uno de los precursores del positivismo jurídico moderno, pues desde una ética utilitarista afirma la preeminencia de la autoridad.

Por eso, para esta línea absolutista del derecho natural racional, toda fuente de *normatividad* descansa en la soberanía del poder político, el cual cedió márgenes

²⁹ Bobbio, Norberto. EL POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Debate. Madrid. 1998. Pp. 51.



de libertad en el momento contractual del paso del estado de naturaleza al estado de sociedad. Para Hobbes, por supuesto, estas circunstancias no eran hipotéticas sino una realidad en la desordenada Inglaterra del siglo XVII.

Motivado por un “pesimismo agustino”³⁰, muy propio del protestantismo de la época, Hobbes creía que la corrupción del hombre le impedía alcanzar las leyes naturales de un orden perfecto, así como también era un crítico pertinaz de los órdenes libertarios. Aun así, en el ideario hobbesiano se hallaba una distinción fundamental para la construcción de la noción de *autonomía de la libertad: in foro interno e in foro externo*. Por ello, hace bien en afirmar Reinhart Koselleck que “el hombre hobbesiano era un hombre dividido en dos mitades: una privada y otra pública, resultado de concesiones por parte del poder político”³¹.

En el ámbito jurídico, la teoría hobbesiana desarrolló un equivalente racional que permite una sustitución del derecho sacro, y se apoyaba en el poder soberano del Rey. Para Habermas esta tentativa hobbesiana constituye una *contradicción realizativa*, en el sentido que le otorga Karl Otto Apel, pues según afirma: “El contenido manifiesto de su teoría [la de Hobbes], que explica cómo el derecho

³⁰ Hernando, Eduardo. PENSANDO PELIGROSAMENTE: EL PENSAMIENTO REACCIONARIO Y LOS DILEMAS DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima. 2002. Pp. 71.

³¹ Koselleck, Reinhart. CRÍTICA Y CRISIS. UN ESTUDIO SOBRE LA PATOGÉNSIS DEL MUNDO BURGUEÉS. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Pp. 124.



totalmente positivado funciona de forma ajena a toda moral, cae en contradicción con el papel *pragmático* de la misma teoría, que trata de explicar a sus lectores por qué podrían tener buenas razones como ciudadanos libres e iguales para decidir someterse a un poder estatal absoluto”³².

Esta conciencia jurídica, restringida a los Estados democráticos de derecho, consideraría que la paz interior y la seguridad jurídica son los dos grandes bienes jurídicos por los que debe velar el Estado. Las cuestiones de legitimación se reducirían a lo puramente procedimental y el único gran problema sería la consolidación de la legalidad, pues si la ley perdiera su vigencia los derechos de los ciudadanos desaparecerían.

La disyuntiva sería clara: ley y orden, como garantía de los derechos individuales, o caos, guerra civil, ley del más fuerte. En este sentido, desde una conciencia jurídica hobbesiana, la ley es siempre moralmente buena y justa puesto que surge del Estado. Nos encontramos ante el neopositivismo jurídico que prima la eficacia, seguridad y la efectividad de la ley por encima de su validez ética, legitimidad moral o su razón de justicia. Para este pensamiento iusfilosófico la

³² Habermas, Jürgen. ¿CÓMO ES POSIBLE LA LEGITIMIDAD POR VÍA DE LEGALIDAD? DOXA. Número 5. Universidad de Alicante. 1988. Pp. 30.

seguridad jurídica basada en el principio de legalidad o imperativo de la ley es un bien fundamental que debemos velar y proteger por encima de cualquier otro.



En el sentido anterior, y en referencia al neoconstitucionalismo, que pretende introducir elementos ético-políticos en la interpretación constitucional, se ha afirmado que el neoconstitucionalismo constituye una administración iusnaturalista de la función constitucional, dada la fuerte carga de utilización de principios y valores que caracteriza a esta corriente ideológico-constitucional.

2. LA RACIONALIZACIÓN DEL PODER

La modernidad ha consistido en un proceso paulatino de racionalización y secularización del fenómeno jurídico donde se ha consolidado la diferenciación entre las normas positivas que eran impuestas por los gobernantes y las normas provenientes de la regulación tradicional de carácter predominantemente religioso-moral. Hasta ya avanzada la modernidad, la distinción teórica entre derecho y moral no solo se consolidó, sino que fue explícitamente formalizada dentro de los siglos XVII y XVIII, gracias al esfuerzo teórico que, tras la huella de Puffendorf, desarrollaron Tomasio y Kant. En esta evolución, durante el paso del siglo XVIII al



XIX se produjo un cambio de nomenclatura sustancial: “Se sustituyó la expresión *derecho natural* por *derechos humanos*”³³.

La otra vertiente del derecho natural racional está representada por Immanuel Kant, quien le otorga al derecho un carácter esencialmente moral. Kant, ya desde su interpretación liberal de la razón práctica y la soberanía popular en la constitución del sistema de derecho de la modernidad, deja en claro su comprensión deontológica de los principios jurídicos. El *principio general del derecho*, de acuerdo a Kant, se deriva del imperativo categórico y de este principio de legislación: “Se sigue el derecho subjetivo originario de cada uno a exigir de todos los demás miembros del sistema jurídico el respeto a su libertad en la medida en que esa libertad se pueda poner en concordancia con la igual libertad de todos conforme a leyes generales”³⁴. Esta sería la base para que luego la dogmática jurídica alemana construyera los derechos subjetivos privados, en cuya forma descansaba la moral en el derecho, según afirma el propio Savigny.

En tal sentido, en Kant, el derecho natural se deduce *a priori* de la razón práctica y de esta deducción el principio general del derecho garantiza la autonomía

³³ Truyol y Serra, Antonio. FUNDAMENTOS DE DERECHO NATURAL. En: NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. F. Seix. Barcelona. 1954. Pp. 93.

³⁴ Habermas, Jürgen. FACTICIDAD Y VALIDEZ SOBRE EL DERECHO Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN TÉRMINOS DE TEORÍA DEL DISCURSO. Editorial Trotta. Madrid. 1998. Pp. 171.



privada del hombre como anterior a la voluntad soberana de los ciudadanos. Esta restricción es propia de la teoría kantiana de los derechos del hombre y la caracteriza como un tipo de teoría *moral* de los mismos.

Si Hobbes prescinde del momento de *incondicionalidad* de las normas reemplazándola por una voluntad soberana secularizada, Kant minimiza todo rasgo instrumental del derecho, del cual pueda servirse el poder político, es decir, disuelve el derecho en la moral. Con ambas posiciones, el derecho natural racional queda consolidado como reemplazo del derecho sacro.

No obstante, el derecho natural racional pronto se vio desbordado por una intensa dinámica social, una sociedad con una estructura administrativa compleja y definida según los parámetros del poder fáctico y económico.

Se necesitaba, por tanto, un modelo institucional que respondiera a las exigencias planteadas por una intensificada liberalización de la economía, una sociedad funcionalmente diseñada y un aparato político cuyos poderes sean conferidos por la ley. Concretamente, se aspiraba a una profundización de la racionalidad procedimental en la comprensión del mundo. Este modelo lo proporcionó el Estado de derecho.

3. EL ESTADO DE DERECHO COMO PRODUCTO DEL CONSTITUCIONALISMO



El proceso codificador es producto de la nueva racionalidad utópica ilustrada y se desarrolla a lo largo de todo el siglo XVIII. La codificación constituye un fenómeno típico del Siglo de las Luces, aunque la referencia histórica inevitable de este proceso se encuentra en 1804 con la entrada en vigor del *Códe Civil* napoleónico. La codificación francesa fue una aspiración revolucionaria universal. La *Constitución de 1791* estableció la exigencia de un código único para todo el territorio nacional. En este sentido “la *codificación* fue un fenómeno paradójico y ambivalente”³⁵.

Por un lado, se rechaza el viejo derecho natural racionalista; que hace precipitarlo hacia la forma legal de los códigos (elaborados, por otra parte, a imagen y semejanza de la sistemática racionalista). Por otra parte, se inicia la búsqueda de un *sistema completo*, un *cuerpo de leyes perfectas*, que facilite la realización del postulado formalista jurídico relativo a la sumisión del intérprete a la letra de la ley. Este modelo jurídico de legicentrismo y estatalismo francés ha dado origen a una de las características básicas del Estado de derecho: el impero de la ley y la seguridad jurídica.

³⁵ Calvo García, Manuel. LOS FUNDAMENTOS DEL MÉTODO JURÍDICO: UNA REVISIÓN CRÍTICA. Editorial Tecnos. Madrid. 1994. Pp. 10.



Pero, el Estado de derecho mismo ha sufrido cambios importantes desde su aparición en el escenario político moderno. En ese sentido, se pueden identificar dos modelos de Estado de derecho que, en rigor, hacen referencia a una tipología político-institucional bastante diversa.

“Es sentido lato, débil o formal, ‘Estado de derecho’ designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las *formas* y con los procedimientos legalmente establecidos [...] En un segundo sentido, fuerte o sustancial, ‘Estado de derecho’ designa, en cambio, solo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, *sujetos* a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados a ella), no solo en lo relativo a las formas, sino también en los *contenidos*”³⁶.

Ambos modelos se remiten a una estructura constitucional que fue integrándose paulatinamente.

El diseño institucional del Estado liberal se concretó mediante la separación de poderes, conformando de tal modo una concepción política clásica de la

³⁶ *IBIDEM*. Pp. 13.



Constitución, surgida a partir del artículo 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789).

En este primer constitucionalismo la Constitución organiza y distribuye las funciones del Estado, así como limita el poder político con la finalidad de proteger la libertad del ciudadano.

“La ampliación del repertorio de derechos fundamentales y la necesidad de tutela a los mismos generaron una nueva concepción según la cual la Constitución no solo organiza los poderes públicos sino la sociedad civil misma”³⁷.

Así, los modelos normativos del Estado de derecho son el paleo-iuspositivista del Estado legislativo de derecho y el neo-iuspositivista del Estado constitucional de derecho.

Fue el primer modelo, es decir, el Estado legislativo de derecho, de evidente signo liberal, el que se lanzó en reemplazo de un derecho natural racional exhausto, pues un tipo de normatividad deducida *a priori* llegó a ser insostenible. En este

³⁷ Guastini, Riccardo. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. En: Ortega, Santiago (Editor). RAZONAMIENTO E INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Volumen I. Hermeneia Editores. Lima. 2008. Pp. 35.



primer modelo de Estado, la centralización de las fuentes del derecho se expresó en la monopolización de la producción jurídica. En adelante, la superposición de normas jurídicas emanadas de diversas instituciones como la Iglesia, los municipios, las corporaciones, etc., quedaba resuelta mediante la remisión a una instancia soberana, con legitimidad para el uso de la coerción. Del mismo modo, la multiplicidad de criterios valorativos, que se constituían como fuente de normatividad de acuerdo a la naturaleza de cada institución, quedaba fundida en una instancia axiológica, diseñada con el propósito de garantizar tanto la certeza de las decisiones judiciales como la libertad de los ciudadanos, esto es, el principio de legalidad.

Asimismo, estos cambios estructurales acarrearán transformaciones en el paradigma de la ciencia jurídica. Al respecto, se afirma que:

“En la experiencia premoderna la ciencia jurídica, al ser el derecho no ‘puesto’ como su ‘objeto’ sino recibido por tradición y constantemente reelaborado por la sabiduría de los doctores, era inmediatamente normativa y se identificaba, de hecho, con el derecho mismo. Por el contrario, con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente, la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente normativa para convertirse en una disciplina

tendencialmente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto —el derecho positivo— autónomo y separado de ella”³⁸.



En el caso del Estado constitucional, los cambios ocurridos en el orden jurídico han sido igual de radicales. Como producto de la subordinación de las leyes a la Constitución, la creación de instancias jurisdiccionales que tutelan la validez normativa de la misma y la incorporación de prohibiciones a los poderes político y fáctico derivados del contenido sustancial de las normas fundamentales, la formación de un nuevo tipo de sistema jurídico basado en Constituciones invasivas no se hizo esperar. Si en el modelo paleo-iuspositivista del Estado de derecho, la validez de las normas se apartaba de la justicia, en el Estado constitucional cabe la posibilidad de normas formalmente válidas pero sustancialmente inválidas.

4. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA JURÍDICO-POLÍTICO

El neoconstitucionalismo ha insistido en la distinción importante y significativa entre Estado de derecho y Estado constitucional; un Estado constitucional implica un Estado de derecho pero no todo Estado de derecho implica necesariamente ser un Estado constitucional. El Estado de derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas como principio de

³⁸ Ferrajoli, Luigi. PASADO Y FUTURO DEL ESTADO. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 16.



legalidad, división de poderes, seguridad jurídica. Sin embargo, el Estado constitucional específica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado.

El Estado democrático de derecho es un proceso de conquista histórica de los derechos fundamentales expresado a través de reivindicaciones, luchas políticas, disidencias colectivas o de formas de resistencia al poder establecido. La historia occidental de los derechos fundamentales, por ejemplo, puede entenderse como un proceso de aprendizaje colectivo de este tipo, interrumpido por derrotas y conquistas.

Al referirse a las condiciones que posibilitaron este proceso de constitucionalización, Riccardo Guastini ofrece una esclarecedora clasificación de las razones que lo provocaron. En primer lugar, “la aparición de una *Constitución rígida*, como condición necesaria, significó la incorporación de procesos agravados que permiten una diferenciación de rango normativo entre leyes ordinarias y normas constitucionales”³⁹.

³⁹ Guastini, Riccardo. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Ediciones Legales. Perú. 2016. Pp. 157.



Guastini, al referirse a la reforma de la Constitución, esboza una tipología en la que se contempla al sistema político democrático y a los derechos fundamentales “como bienes constitucionales que no pueden ser variados ni siquiera mediante reforma constitucional”⁴⁰.

Por otro lado, la *garantía jurisdiccional de la Constitución*, en sus modelos americano, francés o latinoamericano, cumple un papel fundamental en la protección del carácter de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, entre las que se encuentran la fuerza vinculante de la Constitución, la sobreinterpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, pueden cumplirse en una mayor o menor medida, esto significa que las mismas son susceptibles de entenderse como parámetros para determinar el grado de condicionamiento e invasión que la Constitución ejerce sobre un sistema jurídico específico.

En el marco de una progresiva constitucionalización del ordenamiento jurídico, el neoconstitucionalismo surge como fundamento iusfilosófico de una comprensión del derecho de orientación antipositivista y destinada a conformar como doctrina del derecho constitucional. Curiosamente, fue en el apogeo del positivismo jurídico, producido en la década del sesenta, gracias a la publicación de textos como *On Law and Justice* de Alf Ross, la segunda *Reine Rechtslehre* de

⁴⁰ Guastini, Riccardo. RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LÍMITES A LA REFORMA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO. En: Aguilera Portales, Rafael Enrique (Coordinador). NEOCONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Porrúa. México. 2010. Pp. 267.



Hans Kelsen y *The Concept of Law* de Herbert Hart, donde se produjo un debate precursor entre Norberto Bobbio y Nicola Matteucci.

En un ensayo titulado *Positivism jurídico y constitucionalismo*, Matteucci cuestiona la tesis de la neutralidad de la ciencia jurídica sostenida por Bobbio, pues la considera como expresión de un legalismo ético basado en el paradigma estatalista. De tal modo, los cambios estructurales ocurridos en el orden jurídico implican el abandono del positivismo como teoría jurídica, pues este ya no se adecua al nuevo constitucionalismo. En defensa del *judicial review*, y proyectando la figura de Sir Edwar Coke, famoso partidario del *derecho común* y adversario de Thomas Hobbes, Nicola Matteucci llega a afirmar que “el gobierno de los jueces representa propiamente el gobierno de la ley”⁴¹.

Por su parte, Norberto Bobbio reafirma su convicción en torno a la defensa de “la autonomía metodológica iuspositivista”⁴². Basándose en la tesis de la neutralidad, Bobbio estima indispensable diferenciar entre el derecho *que es* de aquel *que debería ser*; en buena cuenta, la naturaleza normativa que los neoconstitucionalistas desean impregnar a la ciencia jurídica significa identificar solo como Constituciones aquellas que se justifican en valores morales. Estas constituciones *buenas* demandarían un método propio que el positivismo jurídico no

⁴¹ Matteucci, Nicola. POSITIVISMO JURÍDICO Y CONSTITUCIONALISMO. UNAM. México. 1996. Pp. 62.

⁴² Bobbio, Norberto. IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Trotta. Madrid. 2015. Pp. 146.

proporciona, muy por el contrario, la tesis de la neutralidad postula que no es necesario remitirse a valores morales para identificar normas jurídicas.



En efecto, el iuspositivismo como metodología afirma la contingente separación entre derecho y moral, lo cual permite que el primero sea estudiado como un hecho social sin necesidad de adoptar posturas basadas en valores morales. Por ello, si la ciencia del derecho no desea convertirse en ideología sino preservar su rango científico, los valores jurídicos estudiados deben ser comunes a la totalidad de los sistemas jurídicos. Por el contrario “el neoconstitucionalismo [...] mortificando, por ejemplo, la noción de validez formal con una acentuación excesiva de la validez material, parecería considerar solo los valores que están protegidos por ordenamientos jurídicos inspirados en ciertas ideologías”⁴³.

En su intento por ordenar las principales propuestas teóricas sostenidas por el neoconstitucionalismo, Susanna Pozzolo ha identificado diez tesis, entre las que se cuenta al *derecho como razones para la acción justificadas en una moral racionalmente fundada*. Esta tesis, quizá la más importante del neoconstitucionalismo, armoniza con la negación de la postura iuspositivista de la separación conceptual entre derecho y moral. Como estructura de comprensión, el

⁴³ Pozzo, Susanna. UN CONSTITUCIONALISMO AMBIGUO. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 209.



neoconstitucionalismo propone un modelo axiológico-normativo, cuyo ideal jurídico no es distinto a las normas positivizadas, al contrario, el núcleo de racionalidad de las normas mismas está definido con la inserción de este ideal jurídico en los principios constitucionales.

A diferencia del antiguo iusnaturalismo la necesaria conexión entre derecho y moral se halla a nivel de principios fundamentales, los cuales son materia de estudios del constitucionalismo. Esto explica el por qué las más agudas reflexiones de los teóricos neoconstitucionalistas han estado dirigidas a teorizar sobre derechos fundamentales.

Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zabrebelsky y Carlos Santiago Nino han sido quienes con mayor rigor han cuestionado las bases del positivismo jurídico y su capacidad para explicar fielmente al Estado constitucional. Es más, las insistentes críticas lanzadas por Dworkin a Herbert Hart, terminaron por hacer que este se adhiriera al denominado *positivismo incluyente (soft positivism)*. En tanto el *positivismo exclusivo o excluyente*, representado por Joseph Raz, asume la tradicional tesis según la cual se niega “una conexión (identificada) necesaria entre derecho y moral, considerados conceptualmente distintos entre sí. El iuspositivismo inclusivo, por otra parte, debilita esta tesis: la moral, a pesar de ser diferente o



distinguible frente al derecho positivo, podría ser contingentemente incluida; el derecho positivo bien podría remitir a valores morales [...]”⁴⁴.

Es más, el denominado *teorema fundamental de la filosofía del derecho*, sustentado por Carlos Santiago Nino, afirma que el derecho solo puede asumirse como obligatorio si está debidamente justificado, o sea, si “está apoyado en principios morales”⁴⁵.

Basándose en la ley de Hume, Nino cuestiona que el positivismo jurídico afirme que el derecho sea solo un hecho social, cuya obligatoriedad deriva de su facticidad, esto implicaría que de un hecho fácticamente identificable se pase sin que medie categoría axiológica alguna a un hecho valorativo. Adhiriéndose al denominado imperialismo de la moral, los neoconstitucionalistas estima que el derecho no puede proporcionar justificaciones autónomas, lo cual significa que la obligatoriedad del ordenamiento no es auto-fundada, por el contrario, este debe remitirse a valores de naturaleza normativa no-jurídica, que en el presente caso serían valores morales el caso de Nino es particular, pues sus reflexiones están íntimamente vinculadas con los esfuerzos teóricos por elaborar una teoría democrática radical de naturaleza normativa, que se corresponda con el Estado constitucional.

⁴⁴ Barberis, Mauro. NEOCONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E IMPERIALISMO DE LA MORAL. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 263.

⁴⁵ Santiago Nino, Carlos. BREVE NOTA SOBRE LA ESTRUCTURA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO. En: Santiago Nino, Carlos. DERECHO MORAL Y POLÍTICA. Editorial Gedisa. Madrid. 2007. Pp. 132.



Del mismo modo, el mencionado autor suscribe discutibles tesis de tendencia iusnaturalista, pues “se adhiere evidentemente a una versión fuerte de la tesis del caso especial (*Sonderfallthese*) de Robert Alexy, otro representante destacado del neoconstitucionalismo: el razonamiento jurídico, por tanto, no solo sería un caso especial del razonamiento *práctico* –posición de por sí todavía compatible con la tesis iuspositivista de la separación– sino también, más específicamente, del razonamiento *moral*”⁴⁶.

Pero, ¿qué tipo de moral es la que mejor se acomoda a las pretensiones neoconstitucionalistas? En este punto, la claridad conceptual constituye una condición necesaria e imprescindible para la racionalidad teórica y el neoconstitucionalismo adquiere diversos y amplios sentidos en este aspecto. No queda muy claro cuál es el significado atribuido a un término polisémico como el de la moral, a pesar que se constituye en fuente de normatividad, la moral no tiene, en el horizonte teórico estudiado, un contenido semántico estándar.

Susanna Pozzolo conviene en denominar como *moral individual* a un conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación con la idea que cada uno tiene de lo que está bien y de lo que está mal. En otro sentido, la *moral positiva* se refiere a un conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación con la idea que cada grupo social tiene de lo que está bien y de lo que está mal. En el caso de la *moral crítica*, esta implica juicios éticos expresados en condiciones de omnisciencia y tranquilidad, sobre la base del principio de

⁴⁶ Baberis, Mauro. *Op. cit.* Pp. 265.



universalización. Finalmente, la *moral universal* u *objetiva*, la cual no se remite a algún sustrato empírico, está conformada por principios justos en sí mismos, es decir, principios sin contextos de formación específicos imposibles de identificarse a través de las metodologías de las ciencias sociales.

Siguiendo a Pozzolo:

“Si la conexión de que se trata, por un lado, debería aparecer conforme a la prospectiva normativa del constitucionalismo (en cuanto doctrina de los límites del poder), y por otro lado, debe ser alguna cosa que el positivismo jurídico niega, se trata entonces de la moral universal. Si el reenvío fuera a la moral universal no se podría operar ninguna reducción fáctica, ya que el reenvío no sería a alguna cosa que pudiera ser empíricamente revelada, sino a alguna cosa que es justa en sí misma siempre: no está contingentemente determinada. En este caso, el reenvío a la moral universal pretendería efectivamente su sobreordenación a las normas jurídicas, que encontraría justificación en su naturaleza de ‘verdad’ o de ‘justicia’ universal u objetiva”⁴⁷.

Si el tipo de moral a la que se refiere el neoconstitucionalismo es la moral universal, entonces ¿por qué habría de obedecer a las normas jurídicas y no

⁴⁷ Pozzo, Susanna. UN CONSTITUCIONALISMO AMBIGUO. *Op. cit.* Pp. 202.



directamente a la moral? Nino, desde su adhesión al denominado imperialismo de la moral, afirmó que existe un tipo de derecho que debe ser obedecido en virtud de su legitimidad: el derecho producido por el legislador democráticamente elegido, el cual proporcionaría razones *epistémicas* para crear que las normas jurídicas legisladas por la autoridad democrática obtienen su validez de principios morales.

Este es el contexto en el que se inserta el neoconstitucionalismo. A pesar de la referencia hecha a sus más importantes tesis, sin embargo, un profundo análisis de las relaciones entre el modelo teórico del Estado constitucional y la democracia es una tarea pendiente. No cabe duda de que la democracia, y las teorías normativas o descriptivas elaboradas en torno a ella, mantengan una vigencia indiscutible en los sistemas jurídicos del mundo, sin embargo, el tipo de articulación teórica establecida con el Estado constitucional pareciera que no diera cuenta fielmente de los poderes fácticos y sociales existentes.

Si le cabe algún papel moral al Estado constitucional, ese será el de ser un mediador institucionalizado entre el sistema jurídico y el poder comunicativo de la sociedad, es decir, un instrumento cuyos principios garanticen la tutela de la autonomía ciudadana y la autonomía de la voluntad, así como de los derechos fundamentales. Sin duda, este será el eje de reflexión que sostenga la investigación jurídica en los próximos años.



CAPÍTULO III

LA CONCEPCIÓN ORIGINALISTA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

En el presente capítulo se realizará el análisis de la propuesta interpretativa originalista de la Constitución. Esta corriente plantea la necesidad de seguir los cánones originales en la interpretación de la Constitución, para mantener la idea y los principios de los padres fundadores y no desviarla hacia nuevas corrientes interpretativas que podrían poner en peligro los fundamentos de la república y del Estado de derecho, salvaguardando de esa manera los valores y los principios constitucionales que motivaron el nacimiento de la Constitución y los fundamentos de la república y de las declaraciones de derechos.

1. LA DOGMÁTICA DEL ORIGINALISMO

Como toda teoría que contiene una tesis o posición interpretativa de la Constitución, el *originalismo* centra los fundamentos interpretativos tanto en la dogmática y la praxis constitucional como en la filosofía jurídica y la teoría del lenguaje.



La principal crítica que se ha dirigido a la concepción originalista de la interpretación de la Constitución, es que “los presupuestos semánticos sobre los que se asientan las directivas interpretativas del método originalista de interpretación, condicionan la objetividad de las decisiones judiciales”⁴⁸.

La propuesta interpretativa originalista entrecruza la dogmática constitucional, la filosofía jurídica y la filosofía del lenguaje. Esto tiene que ver con la conocida distinción de Dilthey entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, ya que acogiendo dicha división, el planteamiento originalista se ubica decididamente en la segunda categoría de saberes, cuyo propósito no es, como en la primera, conectar asépticamente los fenómenos físicos con sus causas, sino comprender un campo de acción humana, identificando las motivaciones que le dan origen y argumentando acerca de las razones que la justifican.

Sistematizando las más relevantes teorías originalistas de la interpretación constitucional, pueden identificarse y describirse las motivaciones teóricas que originan su defensa en el plano dogmático y su uso en el campo jurisprudencial. El originalismo aspira “anclar o fijar en suelo firme el significado de los conceptos

⁴⁸ Laise, Luciano Damián. EL PODER DE LOS CONCEPTOS. CONVENCIONES SEMÁNTICAS Y OBJETIVIDAD REFERENCIAL EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL ORIGINALISTA. Editorial Porrúa. México. 2017. Pp. XXXI.

constitucionales, con el objetivo de preservar la autoridad del texto constitucional por sobre el activismo o la creación interpretativa de los jueces”⁴⁹.



Generalmente, se ha hecho por algunos autores la distinción entre *originalismo de intenciones*, y *originalismo del significado público*. Sin embargo, ambos comparten un mismo presupuesto semántico, radicalmente convencional. Esto es, conciben a los conceptos constitucionales como construcciones sociales que preceden o dan forma a la realidad que se proponen regular.

En este sentido, los conceptos constitucionales no harían referencia ni a tipos básicos o naturales de acción humana, ni mucho menos, a exigencias objetivas y universales de justicia. Más bien sucedería lo contrario: “Las acciones y las exigencias de justicia significadas por los conceptos constitucionales serían, ambas, creaciones *ex nihilo* de los padres fundadores (originalismo de intenciones), o de la sociedad del tiempo en que se sancionó la Constitución (originalismo del significado público)”⁵⁰.

⁴⁹ Etcheverry, Juan B. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL. CAUSAS, NATURALEZA Y LÍMITES. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 2000. Pp. 148.

⁵⁰ Solum, Lawrence B. ORIGINALISMO Y CONSTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2013. Pp. 453.



Una de las críticas dirigidas a la semántica originalista de la clasificación aludida, es que en los dos casos, el significado construido daría forma a una realidad humana que, considerada en sí misma, carece de forma. Los conceptos constitucionales serían, en fin, categorías del espíritu creador constituyente, y no en cambio formas, potencialidades o exigencias de la naturaleza humana.

Sin embargo, esta crítica parece un tanto exagerada si se visualiza al lenguaje y a la dogmática constitucional como un medio de comunicación y transmisión de datos a los que el intérprete le asignará un significado determinado, sin que dichos datos lleven *per se*, una carga ideológica o sociopolítica determinada.

En cuanto a la pregunta sobre la efectividad del convencionalismo semántico subyacente a las directivas interpretativas del método originalista, y su efectividad para realizar el propósito de fijación, algunos autores han respondido con una contundente negativa, argumentando que la discrecionalidad inherente a la construcción del significado original de los conceptos constitucionales se proyecta de forma tan lógica como inevitable sobre su interpretación abstracta y sobre su aplicación a los casos particulares.

La convencionalidad semántica se manifiesta, según estos autores, como un impedimento insuperable para la realización del propósito de fijación significativa.

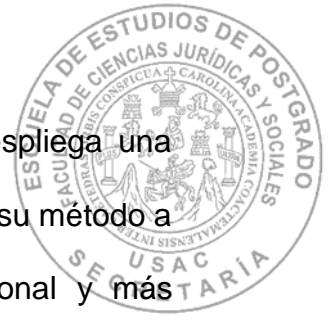


Las directivas interpretativas originalistas, según sus críticos, a lo sumo postergan e incluso ocultan su esencial incapacidad para transformar en *rígido* un significado que, es originalmente móvil.

No obstante ello, la crítica sigue siendo sobredimensionada, pues ninguna teoría interpretativa de la Constitución carece de una dogmática conceptual semántica, ni tampoco del grado de *rigidez* que permita distinguir a la Constitución de las demás leyes infra-constitucionales; y respecto a la movilidad constitucional, la dogmática originalista ha sido bastante flexible, como lo demuestra, la abundante jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

Otra de las críticas dirigidas contra el originalismo, es que, a través de este *iter* argumentativo, se revela la aproximación convencional al lenguaje constitucional como un punto de partida asumido y no argumentado del originalismo; y muestra su inconsistencia con el otro dogma originalista, el dogma de la fijación. Se realiza así, según esta crítica, la tarea más propia de la filosofía jurídica que consiste, “en identificar y cuestionar los puntos de partida de la aproximación dogmática al estudio del derecho”⁵¹.

⁵¹ Viehweg, Theodor. TÓPICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 1997. Pp. 51.



El método originalista de interpretación de la Constitución despliega una sólida argumentación acerca de las razones que justificarían el uso de su método a la luz de la función de coordinación justa del derecho constitucional y más ampliamente, del derecho en general. Mediante la combinación de dos enfoques de análisis, el descriptivo y el argumentativo, puede comprenderse dentro del originalismo, la naturaleza de la interpretación jurídica en general, revelando los presupuestos lógicos sobre los que se asienta su pretensión de objetividad.

En concordancia con el objeto de las ciencias sociales, el originalismo proporciona una perspectiva relevante y original de comprensión de la acción interpretativa en distintos niveles de aproximación. Agudiza en primer término, la comprensión de la naturaleza, los propósitos y las condiciones de posibilidad de la interpretación constitucional.

En segundo lugar, mediante la conexión interdisciplinar entre la teoría del lenguaje y el derecho constitucional, desarrolla un punto de vista aplicado para la continuidad del debate clásico entre el realismo y el convencionalismo semántico. Finalmente, “establece un ángulo de comprensión de la naturaleza y las condiciones, no ya de la interpretación constitucional, sino también y más ampliamente, de la interpretación jurídica en general”⁵².

⁵² Laise, Damián Luciano. *Op. cit.* Pp. XXXIV.



2. LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y FILOSÓFICOS DEL ORIGINALISMO INTERPRETATIVO

El peso del aporte teórico del originalismo tal vez se aprecie con más intensidad a la luz de su contextualización dentro de la filosofía del derecho y el derecho constitucional. A grandes rasgos, una de las preguntas cardinales de esta línea podría esbozarse, parafraseando a John Rawls: “¿puede el derecho guiar y coordinar la conducta social de forma eficaz, en una sociedad que se encuentra fragmentada en múltiples y hasta contradictorias concepciones morales?”⁵³.

Esta interrogante se yergue sobre el acuerdo casi unánime en la filosofía jurídica y política contemporánea, en torno a la conexión que algunos autores consideran inescindible entre el discurso jurídico y el discurso moral, y la subsecuente conexión entre la interpretación jurídica y el razonamiento moral y político. Este es un punto de encuentro que se manifiesta en el auge y la persistencia de teorías de la argumentación como la de Robert Alexy, y teorías de la interpretación como la de Ronald Dworkin; además de teorías de la legitimidad de la decisión judicial, como las de Robert H. Bork o Antonin Scalia. Subsume, asimismo, otros debates jurídicos más acotados y menos persistentes, como el fugaz debate interno a la tradición positivista entre incluyentes y excluyentes.

⁵³ Rawls, John. EL LIBERALISMO POLÍTICO. Editorial Crítica. Barcelona. 1996. Pp. 33.



En cualquier caso, una vez que se acepta que el discurso jurídico está conectado con el discurso moral y que, por lo mismo, la interpretación jurídica es un modo, entre otros, de poner en acto el razonamiento práctico, la pregunta de Rawls se orienta ineludiblemente a la función judicial y muta en esta otra: ¿qué ocurre cuando los operadores jurídicos leen, comprenden, interpretan el derecho desde horizontes morales de comprensión radicalmente diferentes, e incluso opuestos? ¿Es acaso posible seguir hablando de la autoridad del derecho en este contexto?, o ¿acaso es mejor comenzar a hablar del imperio de los jueces?

Las respuestas que se han planteado para esta última formulación de las preguntas rawlsianas, no son pacíficas, del mismo modo que no son pacíficas las distintas teorías acerca de la interpretación constitucional.

En primer lugar, debe hacerse referencia a la comprensión de la interpretación jurídica como una actividad decisional situada entre dos márgenes que, por así decirlo, ofrecen *resistencia al intérprete*. Por una parte, un piso semántico dado por la inteligibilidad del discurso jurídico; y por la otra, un techo moral, constituido por exigencias objetivas de justicia.



“Entre el piso semántico y el techo moral, el intérprete reconoce en parte y crea en otra parte, una solución o decisión prudencial, cuya juridicidad es proporcional a la medida en que se ajuste a uno y otro margen”⁵⁴.

Más, precisamente, la juridicidad depende por igual de que el imperio judicial sea predicable del campo de extensión o referencia de los conceptos jurídicos y “de entre las múltiples soluciones que se ajustan a este campo de referencia, sea la que mejor realiza la finalidad de coordinación justa del derecho”⁵⁵.

Dworkin, a quien esta teoría interpretativa debe mucho, ha expresado esta doble exigencia de ajuste, postulando la necesidad de que toda interpretación “encaje con los textos jurídicos, con su historia interpretativa, y con la teoría de la justicia que cada práctica ha incorporado a través de sus principios fundamentales”⁵⁶.

⁵⁴ Zambrano, Pilar. LA INEVITABLE CREATIVIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: UNA APROXIMACIÓN IUSFILOSÓFICA A LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD. UNAM. México. 2009. Pp. 79.

⁵⁵ Dworkin, Ronald. LA LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN. Editorial Porrúa-UNAM. México. 2009. Pp. 12.

⁵⁶ *IBIDEM*. Pp. 14.



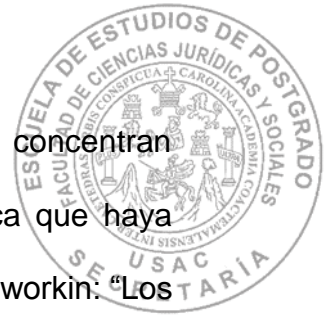
Sin embargo, el piso y el techo de la interpretación son, en la teoría del derecho de Dworkin, “construcciones puramente convencionales que se legitiman, precisamente por ser convencionales”⁵⁷.

“La convencionalidad de la teoría de la justicia que opera como perspectiva de interpretación moral es, sin dudas, difícilmente conciliable con la pretensión de objetividad a la cual todo derecho aspira”⁵⁸. Si esto es así en general, lo es todavía con más razón en las sociedades pluralistas, donde la fragmentación atraviesa todas las etapas del discurso moral, desde los principios morales de justicia hasta sus concreciones en reglas de acción singulares.

Contra lo postulado por Rawls y por Dworkin, el hecho de que el desacuerdo se manifieste con mayor frecuencia en el nivel prudencial del juicio moral, no implica que exista consenso en el nivel de los principios. En la gran mayoría de los casos, la diferencia de cohesión atañe a la forma de manifestación del desacuerdo y no, en cambio, a su existencia.

⁵⁷ Dworkin, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Editorial Ariel. Barcelona. 1999. Pp. 162.

⁵⁸ Etcheberry, Juan B. LA RELEVANCIA DEL DERECHO QUE REMITE A LA MORAL. Editorial Porrúa. México. 2010. Pp. 205.



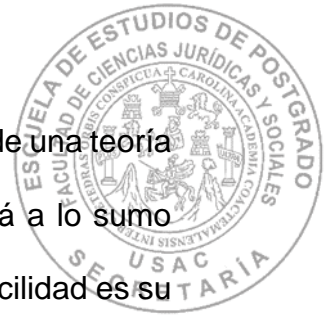
En otras palabras, si bien los debates políticos y judiciales se concentran normalmente en el nivel de las reglas, esta concentración no implica que haya acuerdo en el nivel de los principios. Así, como bien explica el propio Dworkin: “Los desacuerdos entre quienes defienden la existencia de un derecho a elegir abortar y quienes la niegan, brotan de un desacuerdo profundo acerca del sentido y el fundamento del valor de la vida humana”⁵⁹.

En esta perspectiva, el consenso entrecruzado que menciona Rawls en torno a principios elementales de la cultura liberal, como la defensa de un derecho a la vida o de un derecho a la igualdad es, en verdad, una coincidencia meramente terminológica, no conceptual.

Una vez que se postula que los conceptos de igualdad, dignidad, conciencia o vida humana son construcciones sociales sin referencia necesaria a una realidad intrínsecamente inteligible, los conceptos se convierten en el centro de un amplísimo consenso, e incluso de un consenso universal. “Pero no porque exista acuerdo sobre la referencia de los conceptos, sino por el contrario, porque son conceptos aplicables a múltiples y hasta contradictorias referencias”⁶⁰.

⁵⁹ Dworkin, Ronald. EL DOMINIO DE LA VIDA. UNA DISCUSIÓN ACERCA DEL ABORTO, LA EUTANASIA Y LA LIBERTAD INDIVIDUAL. Editorial Ariel. Barcelona. 1998. Pp. 37.

⁶⁰ Zambrano, Pilar. DE LA IMPARCIALIDAD AL PLURALISMO RAZONABLE Y DEL PLURALISMO A LA CIRCULARIDAD SEMÁNTICA. SOBRE LAS RAZONES DE LA SIN-RAZÓN PÚBLICA. UNAM. México. 2016. Pp. 205.



Desde el punto de vista de la interpretación jurídica, la asunción de una teoría convencional de lo justo como horizonte moral de interpretación podrá a lo sumo facilitar la apariencia de adhesión o consenso. Pero el precio de esta facilidad es su vacuidad.

En ese sentido, cuando los jueces y juezas arriban a soluciones diametralmente opuestas partiendo de las mismas premisas normativas, no es tanto porque yerren el camino que va de los principios a la solución, sino porque el significado de los principios que operan de premisa, permite que el intérprete pueda hacerlos maleables, adaptándolos a su ideología, interés, o voluntad, sin que dichos significados ofrezcan resistencia a su interpretación.

Si en verdad se pretende que los jueces y juezas decidan de acuerdo a derecho, habrá que referir el discurso jurídico en todos sus niveles a exigencias de justicia intrínsecamente inteligibles. En el nivel donde los principios fundamentales hacen referencia a exigencias universales de justicia (como el principio fundamental que reconoce la libertad de expresión y comunicación); y en el nivel en que estos mismos principios hacen referencia a modos culturales de determinación de las exigencias universales (como el principio fundamental que proscribela censura previa).



Volviendo a la metáfora del techo y el piso de la interpretación, la objetividad de la interpretación se asienta por igual en la objetividad del horizonte moral de comprensión, y en la inteligibilidad del discurso jurídico que incorpora este horizonte moral a una cultura jurídica concreta.

Puesto en términos de implicancias, afirmar la objetividad interpretativa implica sostener, en primer término, que existen exigencias intrínsecamente inteligibles de justicia, tanto en su expresión universal como en su determinación o expresión cultural.

En segundo término, que el discurso jurídico hace referencia a estas dos formas de expresión de las exigencias jurídicas. En tercer término, que esta doble referencia discursiva es inteligible y; finalmente, que el operador jurídico asume una perspectiva moral de interpretación que recoge la primera condición, y una teoría semántica que recoge las dos restantes.

En la teoría interpretativa del originalismo, la hipótesis es que el convencionalismo semántico garantiza y permite la inteligibilidad del discurso jurídico, y por extensión, posibilita la objetividad interpretativa. La teoría de la interpretación en la cual se permea y se pone a prueba esta hipótesis, es precisamente el originalismo.

El originalismo opera, en todo caso, como una puerta de acceso a las preguntas fundamentales y perennes de la filosofía jurídica y la filosofía del lenguaje, en torno a las condiciones de posibilidad de la inteligibilidad del discurso jurídico, de objetividad interpretativa y de legitimidad de la decisión judicial.





CAPÍTULO IV

LA TENSIÓN ENTRE LA PROPUESTA INTERPRETATIVA NEOCONSTITUCIONALISTA Y LA CONCEPCIÓN INTERPRETATIVA ORIGINALISTA

En el presente capítulo se realizará un análisis de las tensiones que genera la confrontación entre las corrientes del neoconstitucionalismo y el originalismo en la interpretación constitucional como corrientes interpretativas con propuestas divergentes, destacando las similitudes y las disidencias entre ambas corrientes y señalando los principales puntos disímiles.

1. SOBRE LAS CONTRADICCIONES (TENSIONES) DEL CONSTITUCIONALISMO Y LAS CONCEPCIONES DE LA CONSTITUCIÓN

El constitucionalismo que se ha desarrollado a partir de la Segunda Guerra Mundial ha supuesto un cambio de paradigma dentro de la cultura jurídica y política. Este cambio de paradigma se ha ido afirmando más o menos lentamente, pero en los últimos años se ha mostrado de manera manifiesta. En estos momentos es ya un lugar común hablar del *Estado constitucional de derecho*, como algo diferente

del *Estado legal de derecho* y referirse a los cambios que esta transición está suponiendo en la concepción del derecho y de la política.



Si el modelo clásico del Estado de derecho (o Estado legal de derecho, propio del originalismo o constitucionalismo clásico) operaba con una separación fuerte entre derecho y política y entre derecho y moral, de forma que jurídicamente gravitaba en torno a la idea de imperio de la ley (o reserva de ley) y políticamente, en torno a la de soberanía (las leyes eran plenamente revisables); el modelo del Estado constitucional (o Estado constitucional de derecho) termina con esa separación y gravita en torno a las nociones de Constitución normativa o regulativa (la Constitución como norma jurídica o reserva de Constitución) y de Constitución rígida (cuyas normas no son revisables o son de muy difícil revisión).

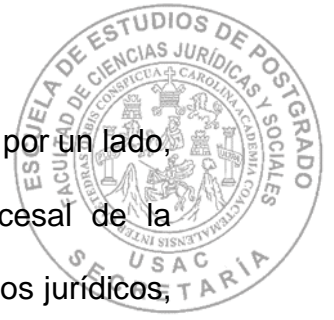
No es posible dar cuenta de la evolución que ha desembocado en lo que llamamos el *Estado constitucional de derecho* considerando tan solo algunos cambios estructurales de nuestros sistemas jurídico-políticos. Es decir, tomando en cuenta únicamente nociones neutrales y/o avalorativas como las de *Constitución rígida* y *Constitución regulativa* no es posible entender el alcance de las transformaciones en curso.



Sin el componente de valor que implica la Constitución del *constitucionalismo político* (la Constitución como ideología), el Estado constitucional simplemente no se entiende. Una vez sentado lo anterior, es necesario poner de manifiesto algunas contradicciones internas del constitucionalismo. Estas contradicciones nos permitirán entender el papel que juegan las concepciones constitucionales. A partir de ahí, es posible demostrar que una concepción de la Constitución tiene que ser capaz de integrar y dotar de sentido a la presencia de *elementos en tensión* y para ello se puede tomar como ilustración la necesidad de integrar tanto el momento de *darse una Constitución* cuanto el de *vivir en Constitución*.

2. LA NECESIDAD DE IR MÁS ALLÁ DE LOS ELEMENTOS PURAMENTE ESTRUCTURALES

Luigi Ferrajoli es probablemente el autor en lenguas latinas que más ha influido en la extensión de la conciencia de los cambios que el paso del Estado de derecho al Estado constitucional está suponiendo. Su planteamiento consiste en extraer las consecuencias que se derivan de dos propiedades estructurales (neutrales y avalorativas) de las Constituciones de nuestros sistemas jurídico-políticos: el carácter rígido y regulativo de las Constituciones.



Ferrajoli viene a sostener que “estas dos propiedades suponen, por un lado, en términos políticos, el paso de una concepción puramente procesal de la democracia a una concepción *sustancial* de ella; y, por otro, en términos jurídicos, el paso de una concepción formal y monista de la validez jurídica de las leyes a una concepción dual de la validez jurídica que exige distinguir entre validez formal y validez material de las leyes”⁶¹.

Estos planteamientos, desde el punto de vista del neoconstitucionalismo, no son equivocados pero sí pueden ser insuficientes. La insuficiencia, según el planteamiento neoconstitucionalista, proviene de la necesidad de dotar de valor a esas propiedades estructurales. Entre otras cosas, porque la rigidez y la normatividad de las constituciones solo son valiosas (no en vano se trata simplemente de técnicas de protección) en la medida en que sean garantía de cosas a su vez consideradas valiosas.

Desde la visión neoconstitucionalista, por ejemplo, estas mismas técnicas al servicio, por ejemplo, no de una expectativa considerada valiosa y, por lo tanto, merecedora de ser protegida en forma de un derecho, sino de un privilegio (es decir, de una expectativa no valiosa o no justificada) resultan irracionales. Solo si se introduce el componente de valor inserto en esas mismas Constituciones, es posible

⁶¹ Ferrajoli, Luigi. DERECHOS Y GARANTÍAS. LA LEY DEL MÁS DÉBIL. Editorial Trotta. Madrid. 2010. Pp. 86.

entender las contradicciones internas del constitucionalismo y las disputas entre las diversas concepciones constitucionales.



Además, desde este enfoque, en términos estrictamente de teoría del derecho, pareciera que es imposible explicar el giro argumentativo y justificativo de las diferentes operaciones del método jurídico (desde el papel de los principios hasta los juicios de invalidez sustancial) desde parámetros meramente estructurales.

3. EL CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO Y LA CONSTITUCIÓN RÍGIDA Y REGULATIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Generalmente se afirma que los ideales del constitucionalismo quedaron plasmados en el artículo 16 de la Declaración francesa de los derechos al establecer que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una Constitución”. La clave para entender el constitucionalismo político es verlo como una ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los derechos; y en este sentido, la Constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política, es decir, de erradicación de los males más característicos de las dominaciones

políticas, ya que, según los neoconstitucionalistas, sin ese componente de valor, no es Constitución.



De manera, pues, que si se aísla la idealidad del Estado de derecho entendido desde el principio del imperio de la ley, la del Estado liberal, la del Estado democrático y la del Estado social y los consideramos como componentes agregados al constitucionalismo, no es difícil observar que cada uno de ellos está particularmente orientado a erradicar alguno de los males más característicos (y probados) de las dominaciones políticas: la arbitrariedad, es decir, la falta de seguridad jurídica, el autoritarismo, o sea, la falta de libertades negativas, el despotismo o la exclusión política, es decir, la falta de cauces para la participación política y la oligarquía o exclusión social, esto es, la falta de capacidad para hacer presentes los propios intereses en la agenda y el debate político.

El Estado de derecho, entendido como imperio de la ley (o gobierno de las leyes), implica una relación de sujeción entre Estado y ciudadano, pero el ciudadano solo está sometido a la voluntad del soberano expresada en normas generales; y ello se traduce en un conjunto de derechos destinados a erradicar la arbitrariedad en dicha relación de sujeción, es decir, a garantizar la seguridad jurídica.



El componente liberal del constitucionalismo puede explicarse en términos de la transformación de la relación entre un soberano omnipotente y un súbdito: en la relación entre soberano competente/incompetente y un ciudadano sujeto/inmune; ese es el papel que tantas veces se ha atribuido a los derechos de libertad -las libertades negativas-: generar esferas de inmunidad y, por tanto también, de incompetencia como forma de combatir el autoritarismo. Y, finalmente, el componente democrático y social de las Constituciones puede verse como una transformación de la relación de representación de la comunidad que ejerce el soberano, y que siempre (y necesariamente) es una relación parte-todo.

De esa forma la contradicción que en el seno de la comunidad produce la acción política del soberano, y que permite distinguir entre representados (o favorecidos) y excluidos, se transforma en la contradicción entre mayorías y minorías tanto en el sentido cuantitativo resultado de la participación política como en el sentido de representación de intereses sociales. Esa transformación se traduce en el reconocimiento de los derechos de participación política y de igualdad como forma de combatir tanto la exclusión política como la exclusión social.

Todos estos elementos son más o menos reconocibles en los Estados que llamamos Estados constitucionales. Lo interesante de todo lo anterior es darse



cuenta de que el concepto de *Estado constitucional* no es un concepto meramente descriptivo.

El Estado constitucional no nace simplemente de la rigidez y la normatividad constitucionales. Es un concepto valorativo –resultado de la asunción de ciertas exigencias ético-políticas- que sirve para evaluar los sistemas jurídico-políticos positivos y entre estos también a aquellos que cuentan con una Constitución rígida y regulativa.

4. LAS CONTRADICCIONES (TENSIONES) DEL CONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo puede caracterizarse, pues, a partir de estas dos notas:

a) sitúa el reconocimiento de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema jurídico-político, lo que supone que el respeto a los derechos juega un papel central en la justificación de la acción política y jurídica de una comunidad; y b) recurre a la rigidez constitucional (a la forma constitucional en oposición a la forma legal ordinaria) como garantía de este papel atribuido a los derechos. Estas dos propiedades permiten entender dos contradicciones centrales que recorren todo el constitucionalismo.

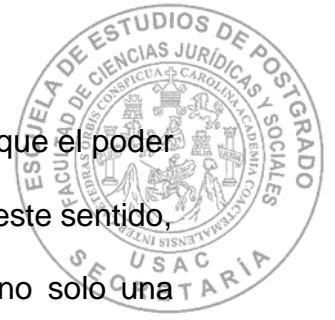
4.1 LA OBLIGACIÓN POLÍTICA Y SUS LÍMITES



El constitucionalismo sitúa el *reconocimiento* de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema político y jurídico. Ello confiere a los derechos un papel central de fundamentación o justificación. Ahora bien, ¿qué es lo que los derechos pueden fundamentar? En primer lugar, los derechos valen para fundamentar la obligación política. Es decir, sirven para establecer bajo qué condiciones el ciudadano de una comunidad política está obligado a obedecer las normas que esa misma comunidad se ha dado.

El poder político fundado en los derechos es poder político legítimo, es decir, autoridad legítima. Dicho en otras palabras, la autoridad fundada en los derechos tiene título para ordenar y lo ordenado por ella es obligatorio para los ciudadanos. En este sentido, el constitucionalismo en cuanto ideología de los derechos es una concepción de la autoridad legítima. Las exigencias vinculadas al Estado de derecho entendido como imperio de la ley y al Estado democrático constituyen las formas legítimas de imposición del Estado al ciudadano, las formas de la autoridad legítima del constitucionalismo.

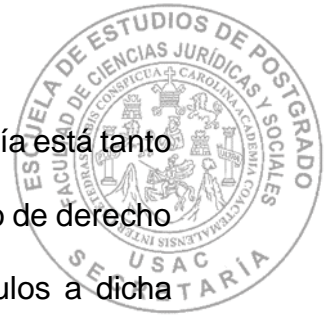
Pero los derechos no solo cumplen esa función de fundamentación de la obligación política de los ciudadanos. Surgen también para fundamentar los límites



de dicha obligación política, es decir, sirven para determinar qué es lo que el poder político puede (debe) y no puede (no debe) ordenar legítimamente. En este sentido, el constitucionalismo en cuanto ideología de los derechos contiene no solo una teoría de la autoridad legítima, sino también una teoría de la justicia.

Si se ven los componentes agregados del constitucionalismo que se han descrito, no es difícil observar que las exigencias normativas derivadas del Estado liberal (los derechos de libertad) y las del Estado social (los derechos de igualdad) suministran los contenidos (las sustancias) de lo que se puede (debe) y no se puede (no se debe) ordenar. Es decir, suministran los vínculos o los límites a la autoridad legítima.

Este doble papel que los derechos cumplen de fundamentación tanto de la obligación política como de los límites a ella, generan en el interior del constitucionalismo una suerte de tensión que resulta ineliminable. Los principios morales (moral positiva) de los cuales se extraen los derechos que sirven para fundamentar tanto la obligación política como los límites a ella no tienen por qué ser diferentes. Puede decirse, entonces, que la fundamentación de la obligación política basada en los derechos constituye una condición de resolución política fuerte.



No es nada nuevo decir, por ejemplo, que el principio de autonomía está tanto en la base de las formas de autoridad consideradas legítimas (el Estado de derecho y el Estado democrático) como en la base de los límites o los vínculos a dicha autoridad (el Estado liberal y el Estado social). Pero lo cierto es que a pesar de esa unidad de principios y valores, la tensión entre la obligación política y los límites a ella no es armonizable en términos meramente estructurales o de diseño de las instituciones.

La persistencia de las disputas entre diferentes pares de concepciones constitucionales es un buen indicio del carácter ineliminable de dicha tensión. Piénsese, por ejemplo, en los siguientes pares de concepciones opuestas: procedimentalismo frente a sustantivismo; democracia frente a derechos; concepción política de la Constitución frente a concepción jurídica de la Constitución; dignidad democrática de (soberanía representada por) la ley frente a judicialización como garantía de los derechos.

Todos estos pares representan intentos de superar dicha tensión enfatizando bien la concepción de la autoridad (primer elemento de cada par), bien la concepción de la justicia (segundo elemento de cada par) del constitucionalismo. Frente a estos intentos, están los planteamientos de aquellos que vienen a sostener



que no es posible resolver dicha tensión en abstracto y que, por tanto, no cabe confiar en un diseño institucional que la liquide.

Solo es posible formular un *desideratum* en el sentido de alcanzar una práctica política y jurídica respetuosa con los derechos; y ello exige recurrir a conceptos dialécticos que apuntan hacia síntesis relativamente inestables (como ponderación, equilibrio, etc.) y al desarrollo de las actitudes adecuadas vinculadas a necesidades discursivas de justificación. Es decir, “apuntan más hacia las exigencias deliberativas y argumentativas vinculadas a la idea de práctica constitucional (vivir en Constitución) que hacia las respuestas estructurales vinculadas a la idea de aplicar la Constitución (tener una Constitución)”⁶².

4.2 RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y REFORMA CONSTITUCIONAL

La otra característica del constitucionalismo, el recurso a la forma constitucional rígida (como opuesta a la forma legal ordinaria), plantea la misma tensión de antes, pero vista ahora en términos dinámicos; es decir, centrada en el problema que representa el paso del tiempo. Si la legislación es el instrumento

⁶² Aguiló Regla, J. “TENER UNA CONSTITUCIÓN”, “DARSE UNA CONSTITUCIÓN” Y “VIVIR EN CONSTITUCIÓN”. Conferencia de Clausura del II Congreso brasileño de Filosofía y Teoría general del derecho. 24-26 de agosto de 2006. Brasil. 2006.

ordinario para el cambio en un sistema jurídico-político, la rigidez de una Constitución regulativa parece enredar el constitucionalismo en un dilema.



Por un lado, si una Constitución es rígida, entonces, como se dice, se somete a los vivos a la voluntad de los muertos, es decir, se instaura el gobierno de los muertos. En el constitucionalismo rígido todo ello es más patente por dos cosas: una, por el carácter plenamente *decisional*, deliberado o intencional que tiene la aprobación de una Constitución rígida. Por definición, en una comunidad que se ha dado una Constitución rígida hay, por decirlo de algún modo, un *momento de decisión*. Y por el presupuesto de la modernidad de la acción política racional, es acción orientada al futuro, no acción anclada en el pasado, lo que Weber llama “legitimación tradicional”⁶³.

Pero, por otro lado, si una Constitución no es rígida, es decir, si los derechos no están sustraídos al juego de las mayorías, entonces, los derechos no están garantizados, es decir, no hay Constitución. De nuevo, esta tensión entre quienes *se dieron una Constitución* y quienes *tienen una Constitución*, tampoco es susceptible de recibir una respuesta estructural y definitiva. La síntesis armónica entre unos y otros solo puede expresarse mediante nociones inestables y dialécticas como la de *continuidad de una práctica* que permita eliminar los términos

⁶³ Weber, Max. ECONOMÍA Y SOCIEDAD. Fondo de Cultura Económica. México. 1993. Pp. 20.

indeseables, por un lado, de sometimiento al pasado y, por otro, de ausencia de garantía de los derechos o de estabilización de las expectativas relativas a los derechos.



Nuevamente, la solución hay que buscarla apuntando hacia las exigencias deliberativas y argumentativas, y el desarrollo de las actitudes adecuadas.

5. LA TEXTURA ABIERTA E IMPRECISA DE LAS CONSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS

La conciencia de estas dificultades en el interior de las corrientes del originalismo y del neoconstitucionalismo está ampliamente extendida. La rigidez de una Constitución regulativa enfrenta al constitucionalismo con todas las objeciones contramayoritarias o contrademocráticas. Por ello, muchas veces se ha dicho que una Constitución democrática y regulativa tiene que ser *abierta*, permitir que el sistema jurídico-político pueda reflejar las alternativas políticas que operan a su amparo.

En ese sentido, parece que la Constitución abierta tiene que ser una Constitución relativamente imprecisa. La cuestión de la imprecisión de los textos normativos es un tema central de la teoría de la interpretación jurídica y –como es

obvio— la interpretación de la Constitución (cómo deben leerse las Constituciones) es un problema ineludible para todas las concepciones de la Constitución. Las causas de la imprecisión de los textos normativos en general han sido ampliamente estudiadas y son bastante bien conocidas. Los problemas de ambigüedad (semántica, sintáctica y contextual), de vaguedad (intencional, extensional, combinatoria, gradual, etc.), de *textura abierta* constituyen un lugar común en la teoría de la interpretación constitucional.

Estos problemas se proyectan sobre la teoría de la interpretación jurídica en general y alcanzan también la interpretación de la Constitución. Hay, sin embargo, dos causas de imprecisión de los textos normativos que, si bien no son privativas de las Constituciones, en ellas se presentan de manera tan acusada que hacen que la interpretación de la Constitución presente peculiaridades que no pueden extenderse a toda la interpretación jurídica.

“Por un lado, la presencia masiva en las Constituciones de los llamados conceptos valorativos, polémicos (o esencialmente controvertidos) y, por otro, a los conflictos entre estándares constitucionales, entre principios constitucionales. La primera suele plantearse como una cuestión semántica (de significado), la segunda, como una cuestión sistemática. La más conflictiva o problemática, sería la primera, la de los conceptos valorativos, polémicos o esencialmente controvertidos; la





cuestión de la ponderación de principios está más allá de los propósitos de este trabajo, pero en realidad, debe abordarse como una prolongación o extensión de la primera”⁶⁴.

Las Constituciones reconocen y formulan derechos, principios y valores. No cabe duda de que muchas de esas cláusulas constitucionales están formuladas en un altísimo nivel de abstracción y de que, por consiguiente, son objeto de permanentes controversias sobre su significado. Controversias que no afectan solo a la periferia del concepto, sino que en muchas ocasiones parece que dichos conceptos no tienen ningún núcleo de claridad compartido. Ello ha llevado a no pocos juristas –formados en los esquemas clásicos del imperio de la ley– a pensar que “estos conceptos, al ser tan imprecisos y conflictivos, no pueden dar lugar a lecturas realmente regulativas (jurídicas) de las Constituciones (vendrían a ser –se dice– ‘música celestial’)”⁶⁵.

Sea como fuere, no cabe duda de que la presencia en las Constituciones de conceptos como igualdad, libertad, tratos inhumanos, etc., constituye un verdadero desafío para la lectura jurídica y regulativa de las Constituciones. “La apertura

⁶⁴ Peña, Lorenzo & Txetxu, Ausín. CONCEPTOS Y VALORES CONSTITUCIONALES. Plaza y Valdés Editores. 2016. Pp. 159.

⁶⁵ Tomas y Valiente. F. LA RESISTENCIA CONSTITUCIONAL Y LOS VALORES. En: DOXA. Número 15-16. Alicante. 1994. Pp. 635.



regulativa de las Constituciones tal vez resuelva el problema político que representa la rigidez constitucional, pero, sin duda, pone en dificultades las posibilidades de una genuina lectura jurídica de las Constituciones”⁶⁶.

En primer lugar, se trata de conceptos evaluativos, es decir, de conceptos que se utilizan para asignar valor a acciones y estados de cosas. En segundo lugar, son conceptos complejos, ello supone no solo que su caracterización requiere la enunciación de un conjunto de propiedades que los ponen en contacto con otros conceptos, sino que, además, su uso exige la formulación de teorías de forma que se definan relaciones de prioridad entre dichas propiedades. La libertad, la igualdad, la dignidad, etc., no son aplicables al margen de una concepción de las mismas.

En tercer lugar, son conceptos que tiene un carácter argumentativo, es decir, suelen estar revueltos en una permanente controversia. Ello en realidad no es más que una consecuencia de lo anterior, al ser conceptos cuya operatividad depende de una concepción, su aplicación supone siempre desplegar una actividad argumentativa destinada a persuadir de la corrección en el uso del concepto. Y, finalmente, son conceptos funcionales, es decir, se trata de conceptos que son usados para canalizar las disputas acerca de las cuestiones socialmente más

⁶⁶ Iglesias Vila, M. LOS CONCEPTOS ESENCIALMENTE CONTROVERTIDOS EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. En: DOXA. Número 23. 2000. Alicante. 1998. Pp. 77 y ss.



relevantes; operan como el *punto de encuentro* (la arena, el ring, el foro, la cancha) en el que se ventilan las disputas políticas fundamentales.

Por ello, del mismo modo que en el *ring* no cabe un resultado pactado, las disputas en torno a estos conceptos no pueden resolverse jamás mediante una simple estipulación convencional de significado. Se trata de conceptos que tienen una carga emotiva tan intensa que nadie con aspiraciones de incidir sobre la realidad social de una comunidad puede renunciar a su uso.

Se trata de entrar en el *ring* y usar el concepto con el fin de ganar una disputa político-social, y ello desemboca siempre en la formulación de concepciones del concepto en cuestión.

Si ello es así, si resulta que nuestras Constituciones están saturadas de conceptos en torno a los cuales no hay posibilidad de definir un núcleo compartido, no hay nada parecido a un núcleo de claridad, entonces, pareciera difícil que de las cláusulas constitucionales puedan extraerse genuinas guías regulativas y jurídicas.



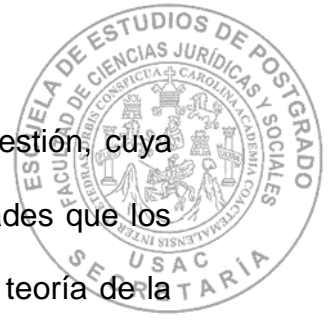
6. LA TENSIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN RÍGIDA Y EL DINAMISMO SOCIAL CONTEMPORÁNEO

“Una buena concepción de la Constitución debe ser capaz de integrar y dotar de sentido el *darse una Constitución* con el *vivir en Constitución*”⁶⁷. La cuestión es muy importante porque lo que desde la perspectiva de la interpretación constitucional de *tener una Constitución*, muchos teóricos han calificado como *conceptos esencialmente controvertidos*, desde la perspectiva de la redacción de una Constitución de *darse una Constitución*, se ve como “*acuerdos incompletamente teorizados*”⁶⁸. Si se es capaz de dotar de sentido a la formulación de acuerdos incompletamente teorizados, entonces, probablemente vaya de suyo el sentido que haya que atribuir a los *conceptos esencialmente controvertidos*.

Si se acepta que la Constitución del Estado constitucional no puede verse como una mera función del poder político existente en un momento determinado, es decir, como la pretensión de perpetuar de una cierta dominación política, entonces, parece que el momento constituyente debe interpretarse otorgando una cierta prioridad al discurso y al consenso (al reconocimiento de los criterios de legitimidad) frente a la negociación y el voto (manifestaciones de poder político).

⁶⁷ Aguiló Regla, J. SOBRE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. En: DOXA. Número 24. 2001. Pp. 24.

⁶⁸ Aguiló Regla, Josep. SOBRE LAS CONTRADICCIONES (TENSIONES) DEL CONSTITUCIONALISMO Y LAS CONCEPCIONES DE LA CONSTITUCIÓN. En: Carbonell, Miguel & García Jaramillo, Leonardo (Editores). EL CANON NEOCONSTITUCIONAL. Editorial Trotta-UNAM IJ. Madrid. 2010. Pp. 257.



Si ello es así, entonces, surge una pregunta clave en esta cuestión, cuya respuesta puede ayudar bastante a superar algunas de las perplejidades que los llamados conceptos esencialmente controvertidos han planteado a la teoría de la interpretación constitucional. ¿Cómo es posible que en sociedades complejas y pluralistas, donde conviven concepciones del bien y de la justicia claramente divergentes entre sí, con un alto potencial de conflicto, etc., se alcance un acuerdo (o consenso) en torno a ciertas formas de acción y a ciertos criterios de legitimidad consistentes en valores y principios?

En efecto, es posible; con mucha frecuencia la gente puede llegar a acuerdos sobre prácticas constitucionales, derechos y valores fundamentales incluso estando en un desacuerdo profundo sobre las concepciones de la Constitución o las concepciones de esos derechos y valores. El vehículo por medio del cual el constitucionalismo es posible, no es otro que los llamados *acuerdos incompletamente teorizados*, en el sentido utilizado por Aguiló Regla, ya citado.

Estos acuerdos tienen la virtud de silenciar aquello en lo que se está en real y radical desacuerdo, y explicitar aquello en lo que se está de acuerdo. El acuerdo se alcanza a veces mediante procesos de abstracción y a veces mediante procesos de concreción, pero lo relevante es huir de aquello que radicalmente separa a los que participan en la convención constituyente. Por ejemplo, a veces en las



Constituciones se pueden encontrar normas que constituyen un acuerdo bastante concreto y cerrado y, sin embargo, es perfectamente posible que sea un *acuerdo incompletamente teorizado*.

Es decir, que las razones por las cuales los participantes creen que una determinada práctica debe estar prohibida o debe estar permitida pueden diferir radicalmente. Pensemos, por ejemplo, en la prohibición constitucional de la pena de muerte. Es perfectamente posible que se alcance un consenso respecto a su prohibición y que, sin embargo, se dé un desacuerdo radical respecto a las razones por las que se considera ilegítima la pena de muerte. El acuerdo por concreción tiene la virtud de silenciar el desacuerdo sobre los principios más generales.

En otras ocasiones, el acuerdo se realiza mediante la operación inversa; es decir, en lugar de descender conceptualmente, se trata de ascender. Por ejemplo, un asunto especialmente conflictivo en casi todos los Estados constitucionales es el del aborto; por lo que resulta prácticamente imposible generar un consenso en torno a él. De ello se sigue que la empresa de pretender constitucionalizar una solución normativa respecto del aborto esté probablemente llamada al fracaso.

Una buena estrategia para alcanzar el acuerdo es silenciar el desacuerdo sobre el caso concreto y acordar respecto de los principios más generales a partir



de los cuales cada uno de los participantes cree poder inferir la solución concreta que le parece correcta. Obviamente ello supone que el acuerdo respecto de estos principios generales es un *acuerdo incompletamente teorizado*. Ahora bien, que esos principios abstractos o más generales no estén teorizados no significa que no tengan cada uno de ellos un núcleo concreto y compartido de casos claros amparados por esos conceptos generales.

“Pensemos en el derecho a la vida, la libertad personal, la dignidad de la persona, etc., como principios relevantes en materia de aborto y a partir de los cuales, según como se teoricen, pueden alcanzarse soluciones diferentes; el que ello sea así, efectivamente, muestra su carácter de incompletamente teorizado, pero no quita que respecto cada uno de ellos haya, a su vez, casos concretos compartidos; ejemplos claros, paradigmáticos y, por tanto, compartidos de atentados contra el derecho a la vida, contra la libertad personal y contra la dignidad de la persona”⁶⁹.

Los *acuerdos incompletamente teorizados* en el sentido expuesto por Aguiló Regla, tendrían la virtud de permitir alcanzar un acuerdo allí donde el acuerdo es necesario y hacer innecesario alcanzar un acuerdo allí donde el acuerdo es

⁶⁹ Moreso, J. J. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. En: DOXA. Número 23. Alicante. 2000. Pp. 105.

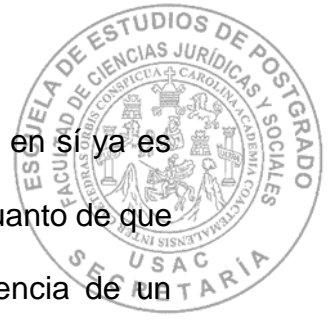


imposible. Desde esta perspectiva las Constituciones serían una gran explicitación respecto de aquello sobre lo que estamos de acuerdo y un silencio elocuente respecto de lo que nos enfrenta. Naturalmente, los silencios de una Constitución consiguen eliminar para el futuro el conflicto ideológico subyacente, pero sirven para poner en el primer plano el consenso básico a partir del cual puede construirse una práctica jurídico-política centralmente discursiva o deliberativa.

Como es obvio, toda Constitución, además de los *acuerdos incompletamente teorizados*, como lo explica Aguiló Regla, tiene que establecer formas de acción política a partir de las cuales puedan desarrollarse esos acuerdos.

Los acuerdos alcanzados por abstracción suelen desembocar en conceptos esencialmente controvertidos y, por ello, requieren de procedimientos de determinación, es decir, de formas de acción política y jurídica que permitan concretar aquello que la Constitución silenció. O, dicho en otros términos, requieren de procedimientos que permitan pasar de los principios constitucionales a las reglas jurídicas; pero de nuevo, en este punto, lo fundamental es que estos procedimientos tendrán que tener un perfil netamente discursivo.

Tras la idea de *democracia deliberativa*, tan en boga en los últimos tiempos, se encuentra precisamente eso. El valor de la democracia no proviene solo del

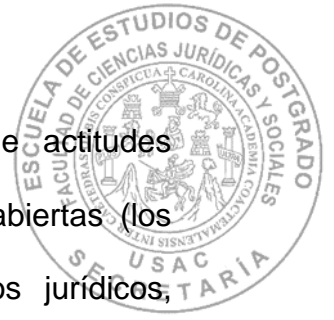


hecho de que sea un mecanismo de agregación de preferencias (eso en sí ya es relevante por cuando es una forma de combatir la exclusión política), cuanto de que lo que se agregue sean preferencias transformadas como consecuencia de un debate público que toma en cuenta los intereses o preferencias de todos.

En muchas ocasiones, cuando se recela de las relaciones entre Constitución regulativa y democracia, no se atiende suficientemente el hecho de que la deliberación relevante requiere consensos básicos y de que, por tanto, no puede verse la democracia como un simple mecanismo de agregación de preferencias.

7. TENSIONES Y CONCEPCIÓN DE CONSTITUCIÓN

Es difícil superar algunas perplejidades que genera en muchos juristas la idea de interpretación de una Constitución simultáneamente regulativa y abierta. El origen de estas perplejidades se encuentra en abordar la cuestión con la mentalidad del jurista formado en torno a la idea de imperio de la ley; pues, conforme a ella, solo las normas constitucionales cerradas (las reglas) darían lugar a lecturas y razonamientos genuinamente jurídicos.



Y desemboca en no pocas ocasiones en la adopción de actitudes jurídicamente escépticas respecto de las normas constitucionales abiertas (los principios) por cuanto, se dice, no darían lugar a razonamientos jurídicos, directamente subsuntivos. Es decir, la presencia en las Constituciones de conceptos esencialmente controvertidos haría imposible hablar de aplicación de la Constitución. Pero, en mi opinión, el que ello sea así no tiene por qué llevar al escepticismo en términos jurídicos.

Es obvio que en algunos casos las normas constitucionales cerradas exigen consistencia respecto de todas las demás normas del orden jurídico; se trata, en efecto, de casos claros de aplicación o ejecución de la Constitución. Pero en todos los ámbitos en los que la Constitución resulta abierta, lo que ella reclama es desarrollo. La vía propuesta para hallar el sentido jurídico de las Constituciones abiertas consiste en sostener que si tiene sentido alcanzar acuerdos incompletamente teorizados (y generalmente se considera que sí lo tiene), tiene que tener sentido interpretar conceptos esencialmente controvertidos.

El sentido regulativo de tales conceptos o principios constitucionales solo se ve claro si se asume que el sentido de darse una Constitución es el de fundar una práctica constitucional orientada por principios y valores. No se trata, por tanto, solo de que la norma constitucional resuelva *ex ante* algunos de los problemas o

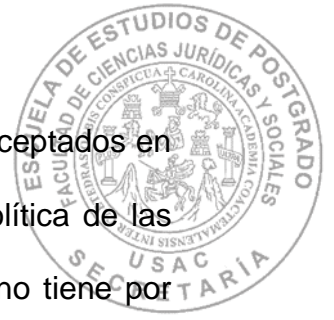
conflictos que puedan surgir, sino de que, además, oriente –aunque no resuelva sin más– la solución de todos los problemas jurídico-políticos.



Las perplejidades que genera la interpretación de las Constituciones se disuelven en gran medida si uno se aproxima a la Constitución rígida como un documento fundacional de una práctica orientada por principios y valores. Si bien se considera, este no trata de ser más que una aplicación de lo dicho anteriormente a propósito de que la expresión *continuidad de una práctica constitucional* se presenta como síntesis armónica que permite eludir los términos indeseables de sometimiento al pasado y de ausencia de garantías de los derechos.

En efecto, toda concepción de la Constitución tiene que dar respuesta al desafío que representa la situación del pasado. El problema es irresoluble en la medida en que nos aproximemos a la Constitución formal o rígida como un documento regulativo y autoritativo que trata de resolver *ex ante* todos los problemas jurídico-políticos que puedan plantearse. Es decir, si se acepta el proceso constituyente como un proceso de imposición que cierra la deliberación, entonces, la ilegitimidad de la forma constitucional parecería palmaria e irresoluble.

Ahora bien, si se ve el proceso constituyente como el origen de una práctica constitucional orientada por principios y valores, tal conclusión ya no es obvia. Lo



cual es así porque la acción social orientada por principios y valores aceptados en una acción orientada hacia el futuro; y, en este sentido, la acción política de las generaciones constituidas puede ser acción perfectamente racional; no tiene por qué ser una mente anclada en (o motivada por) la simple obediencia del pasado. Para que ello pueda ser así, las generaciones que actúan bajo una Constitución tienen que ser ver el proceso constituyente (y, en consecuencia, aceptarlo) como un proceso guiado por la aceptación de ciertos principios y valores, y, así, poder entender su propia práctica constitucional como guiada también por esos mismos principios y valores.

Ello resulta fundamental para afirmar –en frase que ha hecho fortuna– que “la Constitución pertenece a las generaciones vivas”⁷⁰. Esta es la razón por la cual hay que insistir en la idea de que los constituyentes *reconocen* valores, no los constituyen. Lo fundamental para la estabilidad de una práctica constitucional es que las generaciones vivas se *reconozcan* en esos mismos valores, aunque sin duda es posible que los *teoricen* de maneras distintas de como los hubieran teorizado los *padres fundadores*.

⁷⁰ Rubio Llorente, F. LA FORMA DE PODER. ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997. Pp. 73.



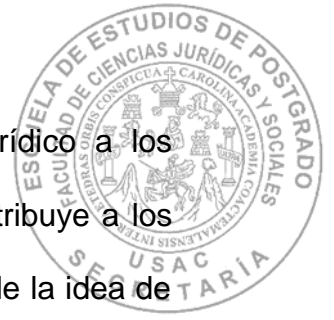
Lo que dota de continuidad a una Constitución es la orientación, no precisamente todos sus contenidos concretos. En la medida en que las generaciones vivas *reconozcan* también los valores incorporados a la Constitución (aunque, tal vez los teoricen de maneras diferentes) la estabilidad de esa Constitución está garantizada. La clave de la continuidad constitucional está en poder interpretar la acción de los constituyentes como orientada por el reconocimiento de principios y valores, y la acción de los constituidos como orientada también por el reconocimiento de esos mismos principios y valores.

En definitiva, si se asume el reto que supone para el constitucionalismo el problema del pasado, entonces, hay que aceptar, que “el constitucionalismo se ve constreñido a moverse dentro de una función que relaciona la rigidez constitucional (dificultad para el cambio) con la apertura regulativa (adaptabilidad). Esta función establece que a medida que se incrementa la rigidez constitucional (se dificulta el cambio) tiene que incrementarse su apertura regulativa (adaptabilidad)”⁷¹.

Ahora bien, si se interpreta esta función en términos meramente estructurales (a la manera de *una Constitución democrática tiene que ser una Constitución regulativamente imprecisa*) puede acabar generando lecturas de la Constitución

⁷¹ Aguiló Regla, S. SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO Y LA RESISTENCIA CONSTITUCIONAL. En: DOXA. Número 26. Alicante. 2003. Pp. 283.

jurídicamente escépticas. La propuesta de encontrar el sentido jurídico a los conceptos esencialmente controvertidos a partir del sentido que se atribuye a los acuerdos incompletamente teorizados no es más que una aplicación de la idea de que una buena concepción de la Constitución tiene que ser capaz de integrar el sentido de *darse una Constitución* con el de *vivir en Constitución*. El punto de conexión entre ambos hay que encontrarlo en exigencias deliberativas y argumentativas, y en el desarrollo de las actitudes adecuadas.





CAPÍTULO V

LA INTELIGIBILIDAD DE LAS PROPUESTAS INTERPRETATIVAS DEL ORIGINALISMO Y DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU PROYECCIÓN EN LA CERTEZA JURÍDICA

En este capítulo se expondrán las características más importantes de las propuestas de interpretación constitucional de la corriente originalista y de la corriente neoconstitucionalista, así como su proyección en la certeza jurídica que constituye el ámbito subjetivo de la seguridad jurídica en el sentido de permitirle al ciudadano estar en una posición capaz de predecir la forma como debe comportarse en sociedad y de conformidad con el ordenamiento jurídico.

1. EL MODELO CONSTITUCIONAL

La historia del constitucionalismo es antigua. No es fácil realizar una reconstrucción, pero sí es posible trazar un marco general en el cual discutir la situación actual, analizando de forma breve y rápida los modelos principales de constitucionalismo y de Constitución hasta la actualidad. En cierta forma puede afirmarse que la literatura jurídica no pone suficiente atención en el tema de los

cambios profundos que han interesado y siguen interesando al constitucionalismo, entendido como *doctrina* de la limitación jurídica del poder.



Como manifiesta Giovanni Tarello: “Las filosofías nacen a partir de problemas y los problemas se ponen a la atención desde la perspectiva de cada ciencia; entonces se hace filosofía también haciendo ciencia política o constitucional y teorizando sobre lo que se hace sobre los propios instrumentos”⁷².

Se puede, entonces, partir de una pregunta, entre las muchas que se podrían hacer, tomando un enfoque desde la ciencia del constitucionalismo como doctrina. ¿Cuáles efectos ha tenido el nivel de resistencia y de limitación del poder, la afirmación y difusión del modelo constitucional con una larga lista de derechos, de varios tipos, junto a la doctrina de los derechos fundamentales?; doctrina que aún quizá no es unitaria y que tiene diferentes acentos en diferentes autores y en todo caso, que se presenta como la opción principal del constitucionalismo contemporáneo.

⁷² Tarello, Giovanni. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY. Palestra Editores. Lima. 2018. Pp. 145.



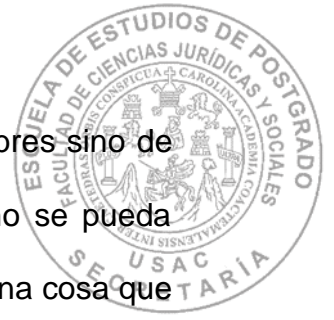
2. EL CONSTITUCIONALISMO DE OPOSICIÓN (LAS GARANTÍAS VERTICALES DEL ORIGINALISMO)

Aunque la historia del constitucionalismo sea antigua, un punto de partida razonable para empezar, es el momento revolucionario que lleva a la Constitución estadounidense y a la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Ese momento histórico, constituye, sin duda, una ruptura, un cambio de perspectiva, un cambio de paradigma.

“Aunque realmente es la Revolución francesa aquella lleva la doctrina constitucional hacia el nuevo modelo”⁷³, hay que recordar que incluso la Constitución norteamericana pronuncia aquel *we the people* determinante por la toma de control por parte de los hombres de sus propias instituciones.

Esta asunción de responsabilidad es lo que marca concretamente el cambio respecto al constitucionalismo antiguo: desde este momento se diseña un *orden artificial*, que, aunque se pretenda natural, se determina desde *fuera*, externamente, ya que el orden está querido e impuesto por los seres humanos.

⁷³ Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Palestra. Lima. 2011 Cap. 1.



Thomas Paine manifestó: “La Constitución no es cosa de hombres sino de hecho, teniendo una existencia real, y no ideal; donde quiera que no se pueda exhibir en forma visible, no hay tal Constitución. Una Constitución es una cosa que precede a un Gobierno, y un Gobierno es tan solo la criatura de una Constitución. La Constitución de un país no es obra de su Gobierno, sino del pueblo que así constituye un Gobierno. Es el conjunto de elementos a que podéis referiros y que podéis citar artículo por artículo; conjunto en el que se contienen los principios sobre los que el Gobierno ha de ser establecido, la forma en que se habrá de organizar, los poderes que tendrá, el carácter de sus elecciones, la duración de las legislaturas, los nombres que han de llevar las cámaras, los poderes que tendrá la parte ejecutiva, y, en resumen, todo cuanto se refiera a la completa organización de una forma de Gobierno, y de los principios en que lo dirigirán, y por los que estará sujeto. Por lo tanto, una Constitución es, con respecto a un Gobierno, lo que las leyes dictadas posteriormente por este Gobierno son con respecto a un tribunal de justicia. El tribunal de justicia no hace las leyes ni puede alterarlas, limitándose a actuar de acuerdo con las leyes establecidas: del mismo modo el Gobierno es gobernado por la Constitución”⁷⁴.

Las Constituciones son documentos diseñados para que tengan una vida larga, y con la idea de que algunos aspectos de la sociedad regulada por ellas sean

⁷⁴ Paine, Thomas. Citado por Hitchens, Christopher. LOS DERECHOS DEL HOMBRE DE THOMAS PAINE. Editorial Debate. Barcelona. 2016. Pp. 173-174.

inmutables. En esta perspectiva, los documentos revolucionarios constituyen el primer paso concreto hacia la real positivización de los derechos individuales.



“Merced a la dirección de los derechos es como se ha formado con toda su amplitud, en el derecho positivo, la noción, hasta entonces solo conocida en el derecho natural, de los derechos subjetivos de los miembros del Estado frente al Estado todo”⁷⁵.

Efectivamente, aunque de una manera diferente según los casos, aquí empieza el recorrido moderno y positivo de los derechos, primero de los hombres (ciudadanos) y después de todos los humanos, insertados en el ordenamiento jurídico con el rol de armas *contra* el poder político, como barreras *contra* la invasión del poder *vertical*, o sea, del poder jerárquicamente superpuesto a los demás.

La construcción del *ciudadano* como sujeto único de derecho parece ser otro símbolo de la modernidad. La identificación del sujeto único de derecho no determina inmediatamente la desaparición de cada diferencia, sobre todo permanecen desigualdades que excluyen particulares grupos dentro de los iguales. Por ejemplo, porque unos no son *hombres*, así que, de este modo, las mujeres

⁷⁵ Carbonell, M. y Posada, A. (Editores). LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. UNAM. México. 2000. Pp. 82.

permanecen marginadas, como amas de casa, y excluidas de la vida pública, también burguesa.



Sin embargo, se tiene que recordar cómo empiezan, en el pensamiento de la Ilustración, a circular ideas de igualdad entre los sexos; por ejemplo, Condorcet escribió algo y después Paine, Bentham y Mill. Aunque al final serán las mujeres que reivindicquen sus propios derechos: Mary Wollstonecraft con *A Vindication of the Rights of Woman* (1792), Olympe de Gouges con su *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana* (1791) y sin olvidar que todavía hoy estos derechos *universales* siguen siendo, de alguna forma, particulares.

El individuo pierde gradualmente caracterizaciones individuales, relacionadas con su ocupación laboral y su posición en la sociedad, y se define en el modelo del ciudadano burgués. Este es y se percibe igual a todos los demás, se mueve desde una posición *horizontal* en relación con sus semejantes: ya no hay organismos intermedios y las relaciones se dan entre ciudadanos y cada uno, con el contrato, puede vincularse a sí mismo y vincular a otro sobre la base del consentimiento.

La aparición de esta figura es una *causa* determinante del desarrollo del constitucionalismo de *oposición* o *vertical*. Este modelo constitucional se construye



sobre la división del espacio social entre un campo normado y uno libre de normas.

El primero es el dominio del legislador y del derecho, de la política pública, allí el ciudadano está sujeto a las normas establecidas por otro, por el poder. El segundo, el espacio libre, es donde el ciudadano es autónomo en sus decisiones.

Por supuesto, para construir este espacio considerado libre de normas heterónomas hay que emanar otras normas, y con este fin la doctrina constitucional ha ofrecido instrumentos modernos para limitar al legislador circunscribiendo su competencia normativa, confinado este poder al exterior del espacio de libertad.

Manifiesta Jellinek: “La presión que los poderes dominantes ejercen sobre los movimientos libres del individuo determinan la idea de que a cada una de las direcciones de la presión corresponda un derecho del hombre. Así se produjo, al lado de la exigencia de la libertad religiosa, la de la prensa, la de la palabra, las de asociación y de reunión, la de emigración, el derecho de petición, la liberación respecto del impuesto...”⁷⁶.

Pareciera que la idea del *coto vedado* de Ernesto Garzón Valdés puede recoger bien la idea germinal de este modelo. Garzón Valdés propone este modelo

⁷⁶ Jellinek, Georg. LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. Editorial Comares. España. 2009. Pp. 130.



en distintos trabajos, con relación con el presente tema, el más pertinente sería:
“Instituciones suicidas, estudios de ética y política”⁷⁷.

Es en este espacio libre en el que el constitucionalismo define al ciudadano, afirmando en primer lugar sus derechos negativos que jurídicamente limitan al legislador –que representa el emblema del poder con su capacidad de dictar normas que obligan a los demás–. Entonces, este constitucionalismo defiende la vida donde ese poder se queda fuera: los derechos afirman lo que el poder legislativo *no* puede hacer. El control jurídico determina las competencias de los órganos dibujando un marco para las acciones legítimas.

El modelo constitucional de la modernidad entonces se caracteriza por ser *vertical* o de *oposición*. Se registra una *igualdad* horizontal –*los ciudadanos para con los ciudadanos*– y una *desigualdad* vertical, *los ciudadanos para con el poder político*.

⁷⁷ Garzón Valdés, Ernesto. INSTITUCIONES SUICIDAS: ESTUDIOS DE ÉTICA Y POLÍTICA. Editorial Paidós Ibérica. México. 2000. Pp. 136.

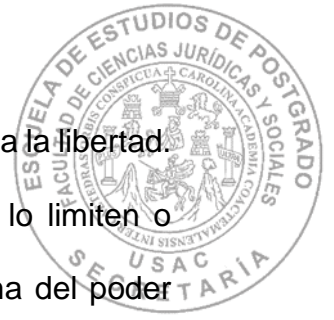


En ese mismo marco, el constitucionalismo seguirá afirmando más y más derechos, constituyendo la base desde donde se desarrollará la democracia: una salida natural para una sociedad de iguales.

La separación en dos esferas vitales y la reivindicación de libertad *contra* el poder son elementos determinantes para la construcción del modelo del constitucionalismo originalista como doctrina de los límites jurídicos al poder en sentido moderno. Un modelo donde el principio de legalidad se presenta como el perno alrededor del que el movimiento político se puede hacer legítimamente derecho; un constitucionalismo que se mueve en la dinámica de oposición sujetos/soberano y que presentará su expresión más alta en las Constituciones de la segunda posguerra y en teorías del tipo kelseniano.

Hoy se podría ver una *dinámica o discurso de oposición* en la crítica contra *los partidos* o contra *la política*. Sin embargo, este discurso de oposición no se transforma en constitucionalismo: la discusión se limita a reiterar la necesidad de la moralidad contra la corrupción, sin producir ninguna herramienta *constitucionalmente* eficaz.

Fundamental en esta construcción del constitucionalismo vertical y de oposición es la percepción del poder en general, pero principalmente legislativo,



como elemento opresivo: las normas heterónomas vinculan, se oponen a la libertad. Por eso se diseñan herramientas para crear diques y fronteras que lo limiten o circunscriban, cerrando idealmente las posibilidades de acción legítima del poder político.

Con ese fin, se diseñan las funciones y responsabilidades de los órganos, con arquitecturas audaces de frenos y contrapesos –a veces activas–, cuando se mezclan las funciones con el fin de causar obstrucciones en la acción del poder, a veces pasivas, cuando se esboza una separación y una sustracción de las funciones y/o competencias: un mecanismo que hace pensar en el de un reloj mecánico, con sus ruedas y carretes activos y pasivos. Entre los instrumentos están también los derechos.

3. LA TRANSFORMACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO VERTICAL ORIGINALISTA AL CONSTITUCIONALISMO HORIZONTAL O NEOCONSTITUCIONALISTA

El proyecto constitucional de la modernidad lleva consigo el germinar de la democracia moderna –ciertamente no se afirma sin dificultades como al menos dos guerras mundiales testimonian– (en base nacional y representativa): la democracia parece el normal desarrollo del espacio de libertad.



Aunque el modelo constitucional que se establece parezca firme como las murallas de defensa de castillos y ciudades, en verdad se trata de un sistema compuesto por varios elementos y no se agota en la arquitectura defensiva, ni en la organización de los órganos.

En particular, las raíces de los derechos actúan como las de los árboles bajo el asfalto, excavan y se mueven hasta romperlo: los derechos se revelan precursores de otros cambios sociales y de nuevos desafíos para el constitucionalismo como doctrina de la limitación jurídica del poder. Desde la afirmación de los derechos, en efecto, se determina un recorrido inagotable de intensificación de la democracia, que, a su vez, en un círculo virtuoso, en la segunda posguerra, conduce a la producción de documentos constitucionales donde finalmente los derechos incorporados en el texto tienen un carácter eminentemente jurídico: son justiciables.

Es oportuno subrayar la idea moderna según la que, si algo es realmente jurídico, puede ser llevado a los tribunales. Esto nos muestra la fundamental centralidad de la jurisdicción, baluarte de la legalidad. “Estos documentos representan la conclusión de la trayectoria del constitucionalismo de *oposición* y *vertical*, y al mismo tiempo constituyen el punto de partida del constitucionalismo



que he llamado *de las reglas* o *regulativo*, de que una expresión es la doctrina del neoconstitucionalismo”⁷⁸.

La afirmación del modelo constitucional *largo y denso* determina un cambio en la doctrina y en la ideología del constitucionalismo: la fuerza que ahora se encuentra en los derechos hace disminuir, bastante rápidamente, la percepción de la importancia de la defensa vertical. El constitucionalismo pierde entonces su dimensión de oposición, de pura defensa, y se torna en favor de una acción horizontal. Aquel *we the people* a la base de las Constituciones de *oposición* –que se había concretado en forma de derechos negativos, en función de garantía contra un poder jerárquicamente superpuesto– ha germinado en un concepto de orden jurídico democrático, donde el soberano ya no está en una relación jerárquica superior a alguien.

El soberano es el pueblo y este está sujeto a la ley. Esta subordinación, simbólicamente, se puede leer en la atribución de la soberanía: la Constitución italiana en su primer artículo establece que: “La soberanía pertenece al pueblo, que la ejerce en las formas y los límites de la Constitución”. La Constitución española en el primer artículo dice: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que

⁷⁸ Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. En: Doxa 21-II. 1998. Pp. 339.

emanan los poderes del Estado” y así, la mayor parte de las Constituciones contemporáneas.



Resoluciones similares se encuentran en las Constituciones alemana, francesa y guatemalteca. No existe, por lo tanto, un poder al que oponerse. Los derechos negativos o de libertad por supuesto están establecidos, pero eso parece cada vez más una advertencia contra un pasado que una frontera defensiva hacia el nuevo poder democrático que emana del pueblo. Los derechos de libertad se diluyen en democracia donde el soberano no se percibe como un poder opresivo contra el que luchar o poner obstáculos verticales.

La idea del control jurídico del poder se traduce entonces no tanto en delimitar la acción, sino más bien en *regular* la actividad del legislador.

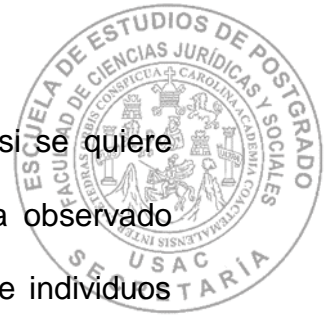
Aunque forma parte desde el principio de la reflexión democrático-constitucional el temor a los posibles abusos de la mayoría, no fue inmediata la confianza en fórmulas jurisdiccionales para prevenir esta eventualidad. Indistintamente de si hay una naturaleza rígida de las Constituciones, lo cierto es que los derechos en todo caso llevan a las Constituciones a la rigidez y, casi *naturalmente* entonces, para prevenir o reparar abusos de la mayoría, entran en la arquitectura constitucional los tribunales supremos (de diversos tipos).



Allí donde empiezan a diluirse como el vino en el agua los derechos de libertad o *contra* ella, los tribunales inician su tarea, actuando como contrapoder externo a la mayoría parlamentaria, con el fin de garantizar las reglas del juego democrático. No tienen una tarea activa, sino casi más de resistencia, de conservación: a partir de un orden que establece los derechos, los abusos implican en efecto una sustracción de derechos.

Esto, claro, vale si se mira a los derechos *contra* el poder político. Los tribunales constitucionales están diseñados para proteger las reglas básicas, son puestos como garantía de la Constitución, son *instrumentos contramayoritarios*, precisamente porque actúan *contra* el soberano-legislador.

Sin embargo, ahora el soberano es la mayoría del pueblo, ya no es alguien superpuesto a los demás. Y en todo caso, eso solo en línea teórica. Desde una perspectiva que tiene el fin de limitar el poder político, la que siempre se denomina constitucionalista, es oportuno recordar que la imagen de la simple oposición mayoría/minoría no describe exactamente nuestras sociedades, sino representa solo un modo de tener en cuenta los votos para la aprobación de una ley. Nuestra realidad es más bien una competición entre diferentes minorías, puesto que también las mayorías son minorías que momentáneamente tienen más éxito.



Hay que tener en cuenta los datos reales de la democracia si se quiere razonar en la perspectiva constitucionalista como ya la literatura ha observado desde hace tiempo, ya que el juego democrático no tiene lugar entre individuos aislados de acuerdo con una perspectiva liberal de los orígenes. Parece oportuno tener en cuenta que es animada por grupos de interés, que se mueven y empujan para favorecer la producción de una u otra normativa que los favorezca. No existe por lo tanto un bien general, sino muchos intereses particulares en competencia entre sí. De tal modo que las políticas que se convierten en normas representan la definición de estos enfrentamientos, fijando un resultado que, a menudo y en sí mismo, no se corresponde perfectamente con el deseo de ningún grupo en particular, puesto que está aprobado por una mayoría momentánea.

Entonces, se revela ilusoria la ausencia de poder: lo que no existe es el común interés, mientras, sí, hay muchos poderes que expresan intereses y que luchan por afirmar su particular voluntad. Esta competición entre intereses se expresa claramente en la concreción de los derechos constitucionales en reglas, especialmente los sociales que implican claramente una acción distributiva por parte del legislador.

Aunque se entiendan estos derechos como *un derecho superpuesto al derecho* y además parezcan afirmar de una vez para siempre lo que dicen, puesto

que ellos son recogidos en disposiciones formuladas típicamente de manera vaga y general, no está nada claro a cuál traducción o concreción el legislador debería dar obediencia.



Por lo tanto, la traducción en normas infraconstitucionales de los derechos difícilmente encontrará apoyo en una clara mayoría, más bien se presentan posiciones distintas que ofrecen reinterpretaciones relacionadas con intereses parcialmente contradictorios entre sí. Este fenómeno conflictivo reduce la percepción de legitimidad de la formulación concreta elegida por el legislador y promueve una llamada a la acción del juez, pidiendo más y más respuestas jurisdiccionales, lo que aumenta a su vez el nivel de conflicto jurídico en general. Ya no hay simples cuestiones políticas donde el legislador pueda libremente elegir: cada arreglo normativo se ha vuelto justiciable.

Esa funcionalidad es determinada fundamentalmente por las ideologías y los métodos adoptados por los intérpretes, tanto jurídicos como políticos. Sin embargo, en parte al menos, está también asociada a un tipo de Constitución: el modelo constitucional *largo y denso* ha favorecido la aparición de una cierta ideología. En este sentido, que se puede compartir la idea de quien considera las Constituciones de la segunda posguerra conceptualmente diferentes de las anteriores; aunque la

diferencia probablemente no era del todo clara para quienes las escribieron, en efecto, ellas han adquirido un significado y una función completamente nueva.



La constitucionalización de los derechos, claramente loable, por otra parte, ha favorecido sin duda la producción de interpretaciones jurisdiccionales a partir de principios o de valores. Desde un punto de vista teórico la discusión sobre este tema se ha centrado por un tiempo relativamente largo –a partir del debate Hart-Drowkin– en la distinción entre reglas y principios.

Parece cada vez más evidente, a la luz de este debate, que la configuración de una norma como regla o principio depende fundamentalmente de la interpretación y es funcional con respecto a algún objetivo perseguido por el intérprete. Se trata en gran parte de una cuestión de grado, si bien, como nota bien Riccardo Guastini, conceptualmente se puede notar una diferencia entre los dos: “Mientras una regla puede ser la premisa mayor para inferir la solución del caso, el principio sirve para construir la norma antes no expresada bajo la cual subsumir el caso”⁷⁹.

⁷⁹ Guastini, Riccardo. *DISTINGUIENDO: ESTUDIOS DE TEORÍA Y METATEORÍA DEL DERECHO*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2013. Pp. 68.



“Puesto que la interpretación constitucional depende fundamentalmente de la *moral crítica* del intérprete, entonces las cláusulas constitucionales están sujetas a un alto grado de discrecionalidad interpretativa”⁸⁰.

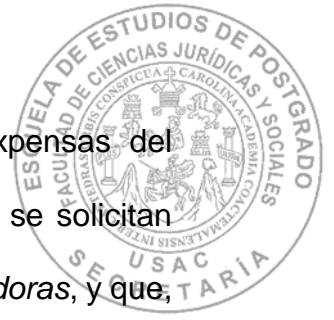
Es decir, esas cláusulas permiten a los intérpretes hacer evaluaciones políticas y de política jurídica –evaluaciones éticas– de modo más amplio que las reglas, puesto que tienen que ser concretadas, o sea transformadas en reglas para poder aplicarse. Ahora bien, aunque se puede discutir racionalmente de ética, esta no puede llegar a ser objetiva.

En ese sentido, todas las teorías normativas del derecho, siempre *pagan un precio* por su específica posición en el mundo. Parafraseando a T. Nagel: “Creo que para desarrollar una ética es necesario situarse o posicionarse en un punto, no hay una mirada desde ningún lugar”⁸¹.

Tomando dicha aseveración en sentido estricto, debe aceptarse la idea de que no hay una objetividad sino diferentes posibilidades racionalmente defendibles. En ese *marco*, parece que se pueden detectar las razonables posturas y éticas distintas que compiten para tener reconocimiento en el derecho.

⁸⁰ *IBIDEM*. Pp. 157.

⁸¹ Nagel, T. LA VISTA DESDE NINGÚN LUGAR. Citado por: Pozzolo, Susanna. CONSTITUCIONALISMO Y MECANISMOS DE GARANTÍA., *op. cit.* Pp. 245.



Así, ampliando el espacio *decisional* de la jurisdicción a expensas del legislativo, cada vez más *sujeto* a unas semánticas constitucionales, se solicitan incluso interpretaciones conformes o, como Guastini las llama, *adecuadoras*, y que, como tales implican una reinterpretación más general del texto constitucional por parte de los jueces y juezas, intensificando el proceso de constitucionalización de todo el derecho y, al final, tal vez modificando el mismo rol del documento constitucional.

Al interpretar esas cláusulas como principios, los intérpretes, en particular los jueces y juezas, cada vez están menos sujetos únicamente a la ley y más a un derecho ampliamente entendido. El aumento de libertad de disposición, en diferentes grados, dependiendo del contexto y de los marcos jurídicos, hace claro cómo el conflicto entre las funciones del poder no se agota, así como no se neutraliza la carga política del derecho.

Como ha señalado Bruno Celado: “Cuando reconocemos o atribuimos un derecho, reconocemos o atribuimos una particular importancia, un particular peso, a un cierto interés, en el sentido de que consideramos ese interés en cuestión como una razón suficiente a partir de ciertas condiciones, con el fin de la imposición o la negación de un determinado derecho o interés”⁸².

⁸² Celano, Bruno. LOS DERECHOS EN LA JURISPRUDENCIA ANGLOSAJONA CONTEMPORÁNEA. En: ANÁLISIS Y LEY. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2001. Pp. 158.



Sin embargo, mientras que este reconocimiento ha demostrado tener *constitucionalmente* éxito en la formulación de los derechos de libertad, de garantías contra el poder político público, en el marco del constitucionalismo originalista, de oposición o vertical. Lo mismo se ha hecho más difícil cuando el constitucionalismo se ha redireccionado en función horizontal debilitando parte del mecanismo de frenos y contrapesos, que, aunque sean determinados por normas ellos también, hacen uso de la fuerza política de los órganos.

La concreción de los derechos sociales, importante y quizá en parte necesaria para el desarrollo de la democracia contemporánea, ha puesto claro que no hay *una* sola traducción posible, razonable, justa de los derechos que, formulados en modo absoluto, han sido transformados en principios para que pudiesen ser fuente de normas aplicables en situaciones concretas. Con mayor frecuencia, debido también a la crisis de la democracia contemporánea, la concreción ha sido demandada a los órganos de la jurisdicción. Sin embargo, si hay más posibilidades legítimas de concreción, claramente eso significa dar un cargo político al juez. ¿Cambia eso su naturaleza? Si tal es el caso, ¿tiene que, y cómo, reaccionar la entera estructura del ordenamiento jurídico?

En una perspectiva constitucionalista de control del poder, el cambio no parece tan exitoso como lo de antes. La afirmación del modelo democrático



combinado con la doctrina de los derechos neutraliza la percepción de la presencia (y del peligro) del poder político público, jerárquico, como entidad opresora. Permanecen las defensas verticales colocadas *en contra*, pero ahora entran en la ponderación interpretativa, dejan de ser cartas de triunfo y se comparan con las normas y los valores que establecen deberes *proactivos* para el legislador, que ya no tiene solo un deber de *self-restraint* (inducido obviamente por las garantías verticales) respecto al *coto vedado*.

Al mismo tiempo, sin embargo, lo que ese órgano traduce en ley no es nada firme y parece solo *prima facie*. Eso implica un aumento de peso de la jurisdicción.

Desde el punto de vista político, en Europa este proceso se ha manifestado especialmente a través de la previsión de las garantías sociales recogidas por las políticas del *welfare state*. La afirmación de los derechos económicos, tales como el derecho al trabajo, o de otros derechos como los de la salud y la educación, sin olvidar los derechos culturales en sus diversas formas, todos plantean una competición entre ciudadanos, entre *los iguales*, cosa que no implica la igualdad absoluta y económica.



El poder legislativo entonces no se presenta opresivo sino árbitro, la situación que se determina solicita la petición de obstáculos contra los competidores horizontales y paradójicamente ya no hacia *quien* decide *cómo* se distribuye.

En esta dirección es interesante notar cómo en el debate público se ponen en oposición entre sí las generaciones, por ejemplo, atribuyendo la culpa a la falta de trabajo para los jóvenes a los más viejos que todavía trabajan o los jubilados que tienen una buena pensión o, tal vez, dibujando la situación de los jubilados como constante e indiferentemente en estado de precariedad económica, para justificar medidas públicas que no favorecen a los jóvenes. El cuadro propuesto siempre quita la responsabilidad de *quien distribuye* y por *cómo lo hace*, porque este último se ha reservado la imagen del árbitro que adjudica entre las diferentes pretensiones avanzadas por parte de *los iguales*, como si fuesen pretensiones con las que no tiene nada que ver.

Sin embargo, eligiendo entre las diferentes reivindicaciones, lentamente el legislador vuelve a ser percibido como árbitro en un arbitraje: cualquier decisión legislativa representa los intereses de solo unas minorías, momentáneamente mayoría; entonces, su legitimidad está constantemente en precario equilibrio.



Por lo tanto, el poder jurisdiccional está con más y más frecuencia llamado a resolver los conflictos que parecen darse en el plano *horizontal* y que ya no logran ser ajustados con el derecho legislativo tradicional –en el derecho de las reglas, tal vez dirían algunos, para subrayar la importancia de los principios–, puesto que no está nada claro cómo *deben ser* redistribuidos los beneficios derivados por el reconocimiento de estos derechos.

La formulación concreta ofrecida por el legislador se vuelve una decisión *prima facie*, siempre sujeta a una nueva definición del equilibrio. Nada es definitivo: i) en el plano dinámico del ordenamiento no existe la última palabra en la democracia y tampoco en la formulación de los derechos –el poder jurisdiccional se configura como una función de garantía, es decir, apolítica–, sin embargo, en la medida en que los derechos sociales son principios, hay un amplio margen de libertad política de los intérpretes. Y, ii) en el plano estático ninguna justificación se presenta claramente *objetiva*, ni cuando viene establecida por el legislador, ni cuando lo hace el tribunal, solicitando continuamente un nuevo sopesar, nuevas ponderaciones para definir la medida concreta, en búsqueda de la *correcta*.

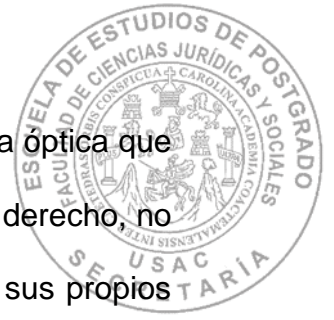
En resumen, el legislador, ahora aparentemente separado nuevamente del pueblo, que ya no tiene interés común, es percibido cada vez más partidario y abusivo respecto a un grupo o al otro. Esto remite, entonces, en medida



diversamente consciente según los actores, a los tribunales la definición de toda una serie de *detalles* normativos. Pero lo que parece una solución de hecho contribuye a debilitar drásticamente la legitimidad de la solución adoptada y del derecho más en general, puesto que cada solución jurídica se percibe no universalizable, provocando un círculo vicioso, al menos para el sistema, aunque no necesariamente para el ciudadano singular que tiene satisfacción de su pretensión.

Como se nota, el problema reside en dificultades estructurales, puesto que este tipo de ideología constitucionalista debilita las garantías verticales. Parece que el ampliarse el espacio de los derechos no ha determinado simplemente un agregado al aparato defensivo, sino ha determinado un cambio que disminuye unos puntos de fuerza del constitucionalismo vertical, que bien han funcionado y que deberían ser recuperados en alguna forma. El debate contemporáneo, sin embargo, parece que en gran parte considera que no hay otra salida a esta situación que la de ayudar a todos los jueces y juezas a hacerse maestros de retórica.

En su configuración, defendida también por la doctrina neoconstitucionalista, eso parece presentar defectos graves porque, al final, no se busca otra vía que confiar en que los jueces y juezas sean buenos y juzguen adoptando teorías que estimamos valiosas. Claramente no parece mal seguir en esto, sin embargo, no parece suficiente, además por las novedades que se vislumbran en el horizonte.



La sensación es que gran parte de esta reflexión se mueve en la óptica que podría llamarse *hartiana*, de los que, queriendo hacer lo que manda el derecho, no se preocupan mucho de los otros que quieren torcer el derecho para sus propios fines. Al revés, desde la perspectiva constitucionalista vertical, es también necesario, quizá prioritario, tomar la perspectiva del *hombre malo* (*bad man*).

Cosa que no implica rechazar la idea de ahondar y enseñar la buena retórica, las técnicas de argumentación y cómo desarrollar buenos y persuasivos razonamientos. Sin embargo, como escribía Alf Ross, “la razón produce solo materias primas”⁸³ y entonces, aunque tomemos los derechos como una formulación jurídica derivada de una moral crítica (si es que hay una), su forma de principios nos llevará a los problemas interpretativos y aplicativos en un cuadro *constitucionalmente problemático*.

Las oposiciones que han dado cuenta de la configuración de la doctrina neoconstitucionalista, parece que han puesto de relieve los cambios que se han producido gradualmente. La que se da entre principios y reglas ha servido para subrayar el distanciamiento de un positivismo jurídico vinculado a la centralidad de la ley que cada vez ha sido menos central, debido tanto a la introducción de textos

⁸³ Ross, Alf. *SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Argentina. 1990. Pp. 73.

constitucionales completamente jurídicos o justiciables como a la proliferación de fuentes externas al ordenamiento que influyen internamente.



La oposición entre ponderación subsunción, ligada a la formulación de principios y valores recogidos en los nuevos textos constitucionales, aclara las diferentes moralidades usadas por los intérpretes, que eligen herramientas más dúctiles o equitativas, o de razonabilidad práctica, para aplicar el derecho positivo. Estos elementos resaltan la transición al constitucionalismo *horizontal* o *regulativo*, puesto que en este modelo: i) los principios, los valores y también los derechos, son ponderados o sopesados considerando diversas necesidades e intereses, a veces colectivos, a veces particulares; ii) se trata de un modelo donde la limitación del poder se expresa fundamentalmente a través de palabras y del contenido asignado por estas, y ya no a través de una arquitectura de *check and balance*. Ya no hay una clara relación entre las funciones del poder y en verdad quizá tampoco tiene sentido seguir pensando en una defensa hacia solo el poder estatal, puesto que se multiplican los órganos que producen normas y muchas obligan al legislador nacional.

Parece bien y necesario mostrar el retorno a una centralidad de la jurisdicción, en comparación con la centralidad de la legislatura en el moderno del Estado de derecho original y de oposición vertical, una declaración provocativa que



Carlo Mezzanotte hizo algún tiempo atrás: “Si no hubiera una constitución, hoy en cualquier caso necesitaríamos un tribunal constitucional”⁸⁴.

Sin embargo, se tiene que notar que la Constitución en definitiva no sirve de vehículo a una doctrina, una idea de sociedad; por el contrario, se hace mensajera de una *pluralidad* de valores, cuya realización parece fuente de conflicto que el legislador no logra agotar, de tal modo que los interesados recurren para encontrar distinta solución al juez.

Sin embargo, llamar a solucionar el conflicto a este en lugar de aquel, ni nos pone a salvo de las evaluaciones políticas ni nos facilita una real solución. Lo que resulta, en cambio, al final es la conclusión de las funciones, transformando la jurisdicción, especialmente la constitucional, en una actividad política y teleológica de forma explícita –el fenómeno que se detecta en general, no es exclusivo de algún ordenamiento en particular, aunque se determina en diversos grados dependiendo del contexto–.

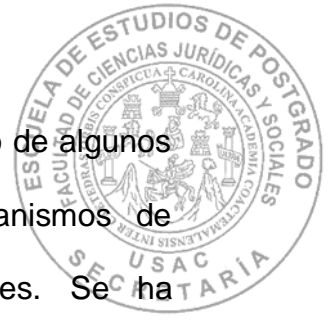
⁸⁴ Mezzanotte, Carlo. LAS FUENTES ENTRE LA LEGITIMACIÓN Y LA LEGALIDAD. Editorial Trotta. Madrid. 1991. Pp. 50.



Puede ser que no haya otra salida que transformar la jurisdicción en una actividad política; sin embargo, eso parecería que implica alguna modificación en la arquitectura del ordenamiento jurídico; sería menester repensar, al menos, el contenido de unas normas de competencia y tal vez la formación de los magistrados.

4. ¿ES EFICAZ LA PROPUESTA INTERPRETATIVA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO FORMULADA EN EL CONSTITUCIONALISMO HORIZONTAL?

El desarrollo del modelo doctrinal del constitucionalismo regulador ha requerido un número cada vez mayor de sopesamientos y ponderaciones, puesto que, como se ha notado, la atribución de significado a la disposición legislativa reenvía a los principios y a los valores que sustentan la regla misma. El persistente cuestionamiento de las decisiones políticas adoptadas por el legislador ha contribuido a transferir poder de disposición a la jurisdicción que, por un lado, lamenta una falta de legitimidad democrática para solucionar los conflictos sociales, pero, por el otro, encuentra precisamente en esa falta su legitimidad institucional para buscar una respuesta.



Esta modalidad de aplicación del derecho ha cambiado el peso de algunos elementos de la estructura constitucional, perturbando los mecanismos de contrapeso o, según los casos, las competencias institucionales. Se ha desequilibrado totalmente el rol del consentimiento, que era fuente de la legitimidad política, y también del principio de legalidad. El modelo del ordenamiento jurídico basado en la ley, aunque sujeta a la Constitución, muestra grietas que ponen en duda su perdurar, su resistencia o su fuerza. La evolución del constitucionalismo horizontal o regulador ha desequilibrado la arquitectura, y se trata de un cambio que todavía no tiene antídotos y continúa alimentándose de ideologías constitucionalmente débiles.

Es cierto que con el fin de recuperar estabilidad, las interpretaciones ofrecidas por los tribunales superiores han producido también especificaciones o concreciones de principios que determinen jerarquías estables. Sin embargo, tiene que notarse que esas jerarquías estables, efectivamente, no se refieren a los valores abstractos, tomados por sí mismos, absolutos; sino más bien consideran una u otra de sus contextualizaciones.

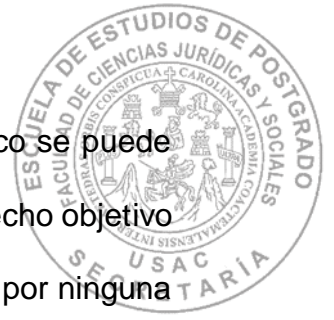
Así, por ejemplo, se ha producido una jerarquía estable que evita el conflicto entre la libertad de expresión, entendida como la libertad de prensa, y el derecho a la libertad personal o a la personalidad, entendida como el derecho al honor,



priorizando los intereses de la libertad cada vez que la noticia no tiene tal importancia. El valor transmitido por cada uno de estos principios ha encontrado una regla de composición y estabilidad.

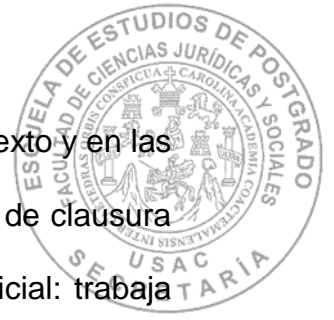
Las ponderaciones que dan lugar a jerarquías móviles dejan por el contrario la percepción de un derecho fluido e incierto, casi un *oxímoron*, un derecho siempre abierto a nuevos equilibrios, a inconsistencias y *defeasibility* (*derrotabilidad*). Defectos que, de hecho, se pueden siempre encontrar, pero son diferentemente percibidos en las diversas áreas del derecho y en relación con las modalidades de acción que los intérpretes habitualmente adoptan en ellas.

La idea del ordenamiento jurídico no funciona igual que antes, el ideal parece haber sido alcanzado y superado de forma simultánea: se ha vuelto incierto el principio jerárquico de garantía de la legalidad que rige la estructura, debido también al número creciente de fuentes del derecho que se afirman en diferentes niveles – piénsese en los productores de normas que van desde las agencias internacionales hasta los organismos de integración, desde órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta el *soft law*–, en implicaciones internas tales que provocan un claro desorden.



En la literatura se afirma que ya no existe un sistema y tampoco se puede configurar un orden piramidal, y por cierto no de tamaño insular. El derecho objetivo llega a formar parte de una red de relaciones jurídicas que no se rigen por ninguna jerarquía clara. La interpretación de fuentes externas a la legislación nacional hace que esta cada vez esté más internacionalizada, contemporáneamente contribuyendo a *constitucionalizar* el derecho supranacional. Esa reconstrucción del fenómeno ofrece un cuadro bastante oscuro, si no sombrío; está por ver si el fenómeno es así porque es intrincado o porque todavía no se ha delineado exhaustivamente.

Una razón determinante de ese marco jurídico-político, es el cambio del constitucionalismo de oposición-vertical en uno regulador-horizontal propuesto por el neoconstitucionalismo. Este segundo se presenta más débil bajo el perfil de los mecanismos de contrapoder, de la arquitectura institucional y, por el contrario, se caracteriza por articular una defensa a través del contenido *pesado* de sus normas, expresando en forma de derechos y de la ideología sustancial que transmite. Los derechos consagrados en el texto fundamental además del derecho positivo asumen la función de un derecho ideal, que no aspira a impedir la acción legislativa, sino más bien a dirigirla. Sin embargo, el texto no conduce a una dirección clara y determinada, puesto que para eso sería menester *una* doctrina constitucional, excluyendo *las* muchas posibles.



Este constitucionalismo confía en la fuerza de las palabras del texto y en las capacidades de la jurisdicción para garantizar la aplicación. El órgano de clausura del sistema tiene características del poder legislativo y del poder judicial: trabaja como un juez, pero funcionalmente anula leyes. El Tribunal Constitucional se une a la arquitectura con el rol de mantener el equilibrio entre los poderes, de los cuales controla el correcto movimiento (también político), gracias a su capacidad arbitral. Sin embargo, ahora claramente ya no tiene esa función.

Se podría leer el rol activo de los tribunales de modo que llevaran el constitucionalismo regulador a ser más cercano al de los contrapoderes: puesto que estos órganos ya no actúan como meros garantes de la Constitución, sino como *promotores* de contenidos de las leyes, su rol se podría reconfigurar en términos de un control jerárquico y material, es decir, como garantías de tipo *vertical* y no tanto *horizontal*. Sin embargo, si ese es el fin innovador de la arquitectura, entonces debería cambiar la idea misma de *tribunal*.

Por el momento, en la actual ideología constitucionalista parece que resulta decisiva la idea *reguladora* de un *deber ser* fijado con el texto fundamental, un derecho ideal *que ha de ser* aplicado, que lograr limitar jurídicamente el poder con la fuerza de las palabras. Sin embargo, ese tipo de constitucionalismo concentrado en la habilidad discursiva y argumentativa de los intérpretes acaba favoreciendo una

confusión de las competencias, lo cual desmonta la relación ordenada de las funciones del poder.



Parece que ya no se mantiene la arquitectura: eso que era un sistema aparece ahora como un conjunto de muchos vacíos, ya que los *sopesamientos* continuos muestran que el tejido es incompleto. No obstante, la doctrina del constitucionalismo horizontal no abandona la idea de un derecho que, aunque no lo sea ya, se podría hacer completo. Eso porque, abandonado el modelo del código – un ideal inalcanzable y tal vez ya tampoco apreciable–, ha hecho suyo el de un derecho que ofrece la solución a todos los casos relevantes, los que se asumen como paradigmáticos, y desde los cuales se pueden ajustar todos los demás. De esa manera, la doctrina constitucional recupera el dogma de la completitud, ligado al ideal del derecho moderno donde el juez aplica un derecho que otros han puesto.

De hecho, la mayor devaluación sigue siendo la violación del principio de legalidad, producida por la incertidumbre de las reglas. Es evidente que toda una serie de supuestos *defectuosos* del ordenamiento jurídico, según fue configurado por la ciencia del derecho y la doctrina constitucional del siglo XIX, ya estaban presentes desde el principio. Sin embargo, son la intensificación de la democracia enfatizada por los derechos sociales –que cambia el enfoque de las garantías del constitucionalismo en horizontal– y la importancia interna que asumen las fuentes

externas al sistema las que, agrietando el principio jerárquico y de competencia, acentúan la crisis de la arquitectura institucional de tal manera que lo que parecía una enfermedad se vuelve normalidad.



Por cuanto se refiere a la certeza jurídica, este es el elemento subjetivo de la seguridad jurídica en el sentido que permite al ciudadano conocer de manera inteligible la manera de cómo comportarse y estar en capacidad de predecir las situaciones cotidianas de su vida en sociedad de tal forma que su conducta sea coincidente con los resultados de una posible interpretación de la Constitución por parte de los tribunales competentes.

5. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL REALIZADA POR LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA

Con relación a qué corriente interpretativa utiliza la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, puede decirse que -bajo la influencia del neoconstitucionalismo- esta, en los últimos años, se ha inclinado por aplicar las corrientes del *bloque de constitucionalidad* y del *control de convencionalidad*, reflejando tales vertientes en su jurisprudencia, y otorgándole de alguna manera, fuerza vinculante; inclinándose de manera fuerte por la protección de los derechos fundamentales.



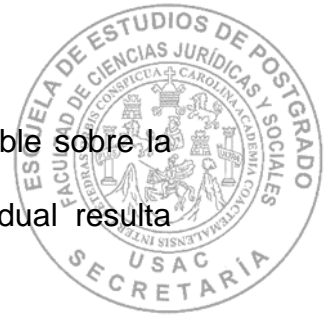
6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Si los derechos negativos se han aducido para frenar el poder, con las constituciones largas y densas el poder resulta sometido al derecho y, por tanto, obligado por los valores, los principios y los derechos fundamentales que se establecen en el texto constitucional. La Constitución ya no tiene una función defensiva, sino proactiva; los derechos se han convertido en una tarea por el legislador. Este cambio está lleno de consecuencias a muchos niveles. Parece conveniente insistir, en particular, en que la fuerza defensiva del constitucionalismo se agota en las palabras, en la formulación de los derechos, encontrando en ellos el baluarte contra el poder.

Si es así, el cambio es radical. En comparación con el constitucionalismo de *oposición*, ¿cuál es el papel de esta doctrina? ¿Es todavía el de una garantía *contra* el poder? Y, si es así, ¿de cuál poder?

Con el último cambio, no solo la Constitución se ha convertido en algo omnipresente en sí misma, constitucionalizando todo el derecho, sino es el propio derecho en su totalidad el que se ha hecho más y más intrusivo. No hay espacio

para elecciones políticas, ni espacio libre de normas; todo es justiciable sobre la base de la Constitución. Cada esfera de la vida colectiva e individual resulta regulada.



¿Está destinado el liberalismo a agotarse en una democracia de los grupos de interés? Esto no quiere decir que sea algo necesariamente negativo. Lo importante sería tener conciencia de las mutaciones para asegurar todavía la defensa contra el poder, ¿o acaso en una democracia definida por los tribunales?

Este situarse en perspectiva horizontal cambia el sentido del constitucionalismo garantista, ya que transforma la Constitución en un instrumento para resolver conflictos cotidianos, entre particulares, lo mismo que la ley. Probablemente ese es uno de los síntomas de la crisis más general del modelo de Estado, al menos según ha llegado al segundo milenio. Para agravar del problema, cabe señalar que incluso los ciudadanos ya no son los de antes: no existe la sociedad de iguales y, en verdad, hay en ella actores con gran capacidad de disposición, gracias a la fuerza económica que tienen y que, usando armas jurídicas, se hacen más poderosos incluso que algunos Estados.

En Europa y aun en Latinoamérica se puede encontrar un interesante ejemplo de este fenómeno nuevo en los deberes derivados del pacto de estabilidad



y crecimiento para los Estados; deberes que pueden acabar poniendo en manos de agencias económicas de algún tipo un ámbito de decisión fundamental, quitándosela a la democracia y tal vez al margen de lo razonable. Sin lugar a dudas se concreta el riesgo de, con base en la presunta *necesidad* del mercado financiero, sofocar las legítimas pretensiones de los ciudadanos a que sean garantizados sus derechos. Es decir, la última palabra ya no la tiene tampoco ni el tribunal constitucional ni ningún otro tribunal protector de los derechos, sino la agencia de *rating*. Eso, por un lado, socava un cierto ingenuo o torpe liberalismo político, ya que el espacio de libertad ni está disfrutado por todos ni en la misma medida.

Por otro lado, el mismo desequilibrio de los actores justifica el movimiento horizontal del constitucionalismo contra las nuevas expresiones del poder. Quizá se podría pensar que lo que falta es una todavía más decisiva constitucionalización de todo el derecho, en una perspectiva promocional como, en otro momento, propuso Bobbio.

Resumiendo: el cuadro general presenta al menos estos caracteres: i) cualquier decisión del legislador se convierte en objeto de debate judicial, agravando el desorden de las fuentes internas. La ley ya no es la herramienta fundamental y el principio de legalidad tiene que ser reconfigurado –el derecho moderno no puede estar sin principio de legalidad–; ii) esa alteración se enfrenta a mil dificultades



puesto que la interpretación por principios transforma también la Constitución en un objeto de perpetuo conflicto; iii) el resultado es una deslegitimación del derecho y en realidad una creciente desconfianza en los derechos, que ya se han transformado en algo distinto.

La imagen descompuesta de esta realidad viene a recomponerse a través de la metáfora de la red por parte de cierta literatura. Los centros de poder normativos se reconstruyen como nodos, suponiendo que sus relaciones sean menos poderosas que de las del poder tradicional, puesto que ha cambiado el tipo de jerarquía. Sin embargo, parece engañosa la metáfora de la red, porque la imagen que transmite es precisamente la de un sistema completamente horizontal, donde los centros nodales son solo *enlaces*, conexiones técnicas.

En cambio, como demuestran banalmente las diferencias entre *los iguales*, los *links* (también en Internet) tienen un papel de diferente peso e importancia, ajustan la realidad y solo unos de los actores son capaces de determinar normativas, promocionando un derecho que refuerce sus propios intereses.

Ni la pirámide ni la red son sinónimos de *cada uno cuenta por uno*. Entonces, tomando una postura pragmática, al estilo de Manuel Atienza, –escribe el autor explicando su pragmatismo: “(...) defender la primacía de la práctica (...) adolece la



cultura iusfilosófica (...) la falta de pragmatismo, de no haber logrado insertarse significativamente en las prácticas jurídicas. ¿De qué sirve producir trabajo de gran sofisticación técnica si no están enfocados –aunque sea a largo plazo y a través de las mediaciones que se quiera– a mejorar el derecho y el mundo social?⁸⁵. Si ello es así, se tiene que poner cuidado en aceptar un presente del derecho que pierde su estructura institucional, y donde *conforma* la realidad una situación oscura que han dado en llamar *gobernanza*.

Eso implicaría privarnos de herramientas para la comprensión, porque nos pondría frente a un hecho imprevisible e indescriptible en continuo y constante cambio, como sugiere el “lenguaje de la *liquidez*”⁸⁶.

De esa *gobernanza* forma parte también la ideología de los derechos. No se sabe si esta puede ayudar eficazmente a reconstruir una trama creíble de los centros de poder contra los cuales el constitucionalismo se habría de rediseñar, sin perjuicio de su función defensiva y de garantía. Ciertamente es que hace falta una investigación de las fuentes legítimas u *oficiales*, tanto por el derecho como tal, cuanto por la misma supervivencia de la idea de democracia.

⁸⁵ Atienza, Manuel. CURSO DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Editorial Trotta. Madrid. 2013. Pp. 102.

⁸⁶ Bauman, Z. MODERNIDAD LÍQUIDA. Fondo de Cultura Económica. Argentina. 2003. Pp. 39.

Ni parece suficiente la confianza en los principios y valores del constitucionalismo horizontal ni es posible que pueda sobrevivir sin una estructura arquitectónica que recupere la fuerza de *oposición*, ya que la variabilidad interpretativa del derecho constitucionalizado tiene tendencia a acabar en direcciones anticonstitucionalistas: o i) empuja hacia perspectivas moralistas objetivistas, que por lo tanto no suelen ser plurales, o ii) corre el riesgo de colocar todo en la total incertidumbre del relativismo.



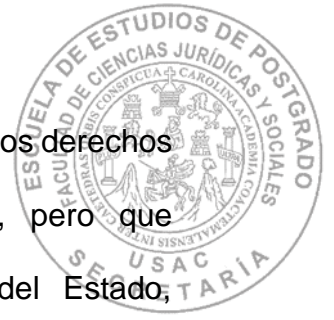
CONCLUSIÓN

La certeza jurídica es requisito esencial de todo Estado de derecho constitucional y democrático, de lo contrario, la función del derecho escrito quedaría sin utilidad alguna y se desvanece el valor de las luchas sostenidas por el pueblo en la antigua Roma y en las etapas históricas posteriores, para obligar al poder a publicar el texto de la ley y sujetarse al contenido del mismo.

Para que esta lucha ciudadana tenga éxito, es decir, para que el texto de la ley sirva a la vez para garantizar la certeza jurídica y para sujetar a su contenido al poder, tiene mucho que ver la concepción de Constitución que las sociedades contemporáneas hayan construido a lo largo de su existencia. En los Estados donde la Constitución y la ley se respetan en un grado superior, generalmente la certeza jurídica cumple su función de garantía de las libertades negativas de los ciudadanos; en los Estados donde no es así, tales garantías cumplen solamente una función semántica.

En el curso del desarrollo del constitucionalismo se debaten dos concepciones de Constitución, si bien no totalmente contrapuestas, divergentes en cuanto a su objeto y fines: el originalismo y el neoconstitucionalismo. La primera concepción mantiene la idea de la adaptación de la interpretación de la Constitución a la fidelidad de su texto y a las intenciones de los padres fundadores; la segunda, sostiene la idea de que la Constitución debe interpretarse de manera abierta, es decir, en relación con los valores y con los acontecimientos políticos del momento histórico.





En el debate entre ambas concepciones se ubican, en el medio, los derechos fundamentales, que merecen un especial ámbito de protección, pero que inevitablemente, entran en conflicto con el ejercicio del poder del Estado, provocando tensiones que, llevan siempre a repensar la concepción de Constitución que posea cada pueblo. Indudablemente, la certeza jurídica juega un papel de primera línea y una indiscutible función de suma importancia en el Estado constitucional de derecho; pues, si lo que se encuentra plasmado en la Constitución no será respetado por los órganos del Estado obligados a garantizar la realidad de su contenido, entonces podrá otorgársele la razón a los utilitaristas anglosajones al dar por verdadero el contenido de la tan conocida frase que manifiesta que *si el derecho no sirve para predecir las actuaciones de los jueces, entonces no sirve para nada*.

La certeza jurídica como manifestación del ciudadano en sus proyecciones personales de seguridad objetiva debe ser respetada por los interpretes de la Constitución, pues si esta ordena, permite o prohíbe algo a sus destinatarios, los órganos jurisdiccionales están obligados a respetar el contenido textual de sus disposiciones, de lo contrario, el ideal de seguridad jurídica se convierte en terrorismo de Estado y tal situación se aleja de la idea contemporánea de Estado de derecho constitucional y democrático.

En relación con las vertientes del originalismo y del neoconstitucionalismo, puede decirse que sus propuestas interpretativas son bastante disímiles y no hay relación de implicación recíproca entre ellas, por lo que son mutuamente excluyentes.



Con fundamento en el contenido del informe de investigación, se confirma la hipótesis de que el neoconstitucionalismo no ofrece un nivel satisfactorio de certeza jurídica a los ciudadanos, porque se apoya en un discurso axiológico que depende más de los intérpretes que del contenido del texto constitucional y, en ese sentido, promueve el activismo ideológico-político de los jueces y juezas en vez de la certeza jurídica.

BIBLIOGRAFÍA



1. Aguiló Regla, J. “TENER UNA CONSTITUCIÓN”, “DARSE UNA CONSTITUCIÓN” Y “VIVIR EN CONSTITUCIÓN”. Conferencia de Clausura del II Congreso brasileño de Filosofía y Teoría general del derecho. 24-26 de agosto de 2006. Brasil. 2006.
2. Aguiló Regla, J. SOBRE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. En: DOXA. Número 24. 2001.
3. Aguiló Regla, Josep. SOBRE LAS CONTRADICCIONES (TENSIONES) DEL CONSTITUCIONALISMO Y LAS CONCEPCIONES DE LA CONSTITUCIÓN. En: Carbonell, Miguel & García Jaramillo, Leonardo (Editores). EL CANON NEOCONSTITUCIONAL. Editorial Trotta-UNAM IJ. Madrid. 2010.
4. Aguiló Regla, S. SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO Y LA RESISTENCIA CONSTITUCIONAL. En: DOXA. Número 26. Alicante. 2003.
5. Atienza, Manuel. CURSO DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Editorial Trotta. Madrid. 2013.
6. Atienza, Manuel. EL SENTIDO DEL DERECHO. Editorial Ariel. Barcelona. 2001.
7. Barberis, Mauro. NEOCONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E IMPERIALISMO DE LA MORAL. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009.



8. Bauman, S. MODERNIDAD LIQUIDA. Fondo de Cultura Económica. Argentina. 2003.
9. Bayón, Juan Carlos. DERECHOS, DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN. Isonomía. No. 16. México. 2002.
10. Bernal Pulido, Carlos. REFUTACIÓN Y DEFENSA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. En: Carbonell, Miguel (Editor). TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. ENSAYOS ENCOGIDOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
11. Bobbio, Norberto. EL POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Debate. Madrid. 1998.
12. Bobbio, Norberto. IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Trotta. Madrid. 2015.
13. Bockenförde, Ernst-Wolfgang. ESCRITOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Nomos, S.A. Colombia. 1993.
14. Calvo García, Manuel. LOS FUNDAMENTOS DEL MÉTODO JURÍDICO: UNA REVISIÓN CRÍTICA. Editorial Tecnos. Madrid. 1994.
15. Carbonell, M. y Posada, A. (Editores). LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. UNAM. México. 2000.
16. Celano, Bruno. LOS DERECHOS EN LA JURISPRUDENCIA ANGLOSAJONA CONTEMPORÁNEA. En: ANÁLISIS Y LEY. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2001.
17. Comanducci, Paolo. FORMAS DE NEOCONSTITUCIONALISMO: UN RECONOCIMIENTO METATEÓRICO. En: Carbonell, Miguel (Editor).



- ISONOMÍA: REVISTA DE TEORÍA FILOSÓFICA DEL DERECHO. Número
16. Abril. 2002.
18. Dworkin, Ronald. EL DOMINIO DE LA VIDA. UNA DISCUSIÓN ACÉRCA DEL ABORTO, LA EUTANASIA Y LA LIBERTAD INDIVIDUAL. Editorial Ariel. Barcelona. 1998.
 19. Dworkin, Ronald. LA LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN. Editorial Porrúa-UNAM. México. 2009.
 20. Dworkin, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Editorial Ariel. Barcelona. 1999.
 21. Etcheverry, Juan B. LA RELEVANCIA DEL DERECHO QUE REMITE A LA MORAL. Editorial Porrúa. México. 2010.
 22. Etcheverry, Juan B. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL. CAUSAS, NATURALEZA Y LÍMITES. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 2000.
 23. Fernández Segado, Francisco. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ANTE EL SIGLO XXI: LA PROGRESIVA CONVERGENCIA DE LOS SISTEMAS AMERICANO Y EUROPEO-KELSENIANO. En: REVISTA PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL. Volumen 11. Número 11. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2005
 24. Ferrajoli, Luigi. DERECHOS Y GARANTÍAS. LA LEY DEL MÁS DÉBIL. Editorial Trotta. Madrid. 2010.
 25. Ferrajoli, Luigi. PASADO Y FUTURO DEL ESTADO. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009.



26. Ferrajoli, Luigi. SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. En: Carbonell, Miguel (Editor). TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO ENSAYOS ESCOGIDOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
27. Fix-Zamudio, Héctor & Valencia Carmona, Salvador. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y COMPARADO. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 2001.
28. Fix-Zamudio, Héctor. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Fundap: Colección de derecho, administración y política. México. 2002.
29. Garzón Valdés, Ernesto. INSTITUCIONES SUICIDAS: ESTUDIOS DE ÉTICA Y POLÍTICA. Editorial Paidós Ibérica. México. 2000.
30. Guastini, Riccardo. DISTINGUIENDO: ESTUDIOS DE TEORÍA Y METATEORÍA DEL DERECHO. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2013.
31. Guastini, Riccardo. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009.
32. Guastini, Riccardo. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. En: Ortega, Santiago (Editor). RAZONAMIENTO E INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Volumen I. Hermeneia Editores. Lima. 2008.
33. Guastini, Riccardo. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Ediciones Legales. Perú. 2016.
34. Guastini, Riccardo. RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LÍMITES A LA REFORMA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO. En: Aguilera Portales,



- Rafael Enrique (coordinador). NEOCONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Porrúa. México. 2010.
35. Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Editorial Trotta. Madrid. 2010.
 36. Haberle, Peter. EL ESTADO CONSTITUCIONAL. UNAM. México. 2012.
 37. Haberle, Peter. MÉTODOS Y PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. UN CATÁLOGO DE PROBLEMAS. En: Revista Española de Documentación Científica. Año 7. Número 13. Enero-Junio. España. 2010.
 38. Haberle, Peter. RETOS ACTUALES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Instituto Vasco de Administración Pública. País Vasco. 1996.
 39. Habermas, Jürgen. ¿CÓMO ES POSIBLE LA LEGITIMIDAD POR VÍA DE LEGALIDAD? DOXA. Número 5. Universidad de Alicante. 1988.
 40. Habermas, Jürgen. FACTICIDAD Y VALIDEZ SOBRE EL DERECHO Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN TÉRMINOS DE TEORÍA DEL DISCURSO. Editorial Trotta. Madrid. 1998.
 41. Hernando, Eduardo. PENSANDO PELIGROSAMENTE: EL PENSAMIENTO REACCIONARIO Y LOS DILEMAS DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima. 2002.
 42. Iglesias Vila, M. LOS CONCEPTOS ESENCIALMENTE CONTROVERTIDOS EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. En: DOXA. Número 23. 2000. Alicante. 1998.



43. Jellinek, Georg. LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. Editorial Comares. España. 2009.
44. Koselleck, Reinhart. CRÍTICA Y CRISIS. UN ESTUDIO SOBRE LA PATOGÉNSIS DEL MUNDO BURGUÉS. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
45. Laise, Luciano Damián. EL PODER DE LOS CONCEPTOS. CONVENCIONES SEMÁNTICAS Y OBJETIVIDAD REFERENCIAL EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL ORIGINALISTA. Editorial Porrúa. México. 2017.
46. Matteucci, Nicola. POSITIVISMO JURÍDICO Y CONSTITUCIONALISMO. UNAM. México. 1996.
47. Mezzanotte, Carlo. LAS FUENTES ENTRE LA LEGITIMACIÓN Y LA LEGALIDAD. Editorial Trotta. Madrid. 1991.
48. Moreso, J. J. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. En: DOXA. Número 23. Alicante. 2000.
49. Moreso, Josep Joan. CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009.
50. Paine, Thomas. Citado por Hitchens, Christopher. LOS DERECHOS DEL HOMBRE DE THOMAS PAINE. Editorial Debate. Barcelona. 2016.
51. Peña, Lorenzo & Txetxu, Ausín. CONCEPTOS Y VALORES CONSTITUCIONALES. Plaza y Valdés Editores. 2016.



52. Pérez Luño, Enrique. DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN. Editorial Tecnos. Madrid. 1999.
53. Pisarello, Gerardo. GLOBALIZACIÓN, CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS. En: Carbonell, Miguel (Editor). TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. ENSAYOS ESCOGIDOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
54. Pozzo, Susanna. UN CONSTITUCIONALISMO AMBIGUO. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009.
55. Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. En: Doxa 21-II. 1998.
56. Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Palestra. Lima. 2011.
57. Pozzolo, Sussana. UN CONSTITUCIONALISMO AMBIGUO. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009.
58. Prieto Sanchís, Luis. EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS. En: Carbonell, Miguel (Editor). TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO ENSAYOS ESCOGIDOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
59. Prieto Sanchis, Luis. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN JUDICIAL. En: Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009.



60. Rawls, John. EL LIBERALISMO POLÍTICO. Editorial Crítica. Barcelona. 1996.
61. Ross, Alf. SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Argentina. 1990.
62. Rubio Llorente, F. LA FORMA DE PODER. ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.
63. Santiago Nino, Carlos. BREVE NOTA SOBRE LA ESTRUCTURA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO. En: Santiago Nino, Carlos. DERECHO MORAL Y POLÍTICA. Editorial Gedisa. Madrid. 2007.
64. Solum, Lawrence B. ORIGINALISMO Y CONSTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2013.
65. Tarello, Giovanni. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY. Palestra Editores. Lima. 2018.
66. Tomas y Valiente. F. LA RESISTENCIA CONSTITUCIONAL Y LOS VALORES. En: DOXA. Número 15-16. Alicante. 1994.
67. Truyol y Serra, Antonio. FUNDAMENTOS DE DERECHO NATURAL. En: NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. F. Seix. Barcelona. 1954.
68. Viehweg, Theodor. TÓPICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 1997.
69. Weber, Max. ECONOMÍA Y SOCIEDAD. Fondo de Cultura Económica. México. 1993.



70. Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. LEY, DERECHOS, JUSTICIA. Editorial Trotta. Madrid. 2003.
71. Zagrebelsky, Gustavo. JUECES CONSTITUCIONALES. En: Carbonell, Miguel (Editor). TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO ENSAYOS ESCOGIDOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
72. Zagrebelsky, Gustavo. MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Trotta. Madrid. 1991
73. Zambrano, Pilar. DE LA IMPARCIALIDAD AL PLURALISMO RAZONABLE Y DEL PLURALISMO A LA CIRCULARIDAD SEMÁNTICA. SOBRE LAS RAZONES DE LA SIN-RAZÓN PÚBLICA. UNAM. México. 2016
74. Zambrano, Pilar. LA INEVITABLE CREATIVIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: UNA APROXIMACIÓN IUSFILOSÓFICA A LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD. UNAM. México. 2009.