

# Un acercamiento a las “oposiciones paradigmáticas” entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico\*

Milton Ebert Quiroz Villalobos\*\*

Recibido: 27 de marzo de 2014. • Revisado: 27 de mayo de 2014.

Aprobado: 4 de julio de 2014.

## Resumen

La adopción de una teoría del Derecho no solo representa una postura iusfilosófica, sino que además conlleva claras implicancias a nivel práctico. En este trabajo veremos los principales postulados de dos de las corrientes más difundidas sobre este tema, que representan, por ende, dos visiones no solo distintas, sino además opuestas sobre el Derecho: iuspositivismo y neoconstitucionalismo.

Los postulados de una de ellas se convierten en “oposiciones paradigmáticas” frente a los de la otra. Esto es así pues los mismos afectan áreas esenciales del Derecho, como los referidos a su criterio de validez, conformación, papel de los jueces en la resolución de “casos difíciles”, entre otros.

Pese a que los postulados de cada teoría presentan argumentos sólidos en su defensa, siempre dejan algún resquicio que es aprovechado por la otra para ser cuestionada. Esto, sin embargo, no puede ocultar una aparente tendencia a la inclusión, en el Derecho, de elementos propuestos por el neoconstitucionalismo, debido principalmente a los vacíos del positivismo de cara a las exigencias de la sociedad actual. Por

---

\* El presente texto es producto del proyecto de investigación para optar al título de magister en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid, a partir de los cursos vinculados a la cátedra de Filosofía del Derecho. El citado proyecto de investigación finalizó en el año 2014.

\*\* Abogado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima), magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (en alianza con la Universidad Internacional Menéndez Pelayo) y magister en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente de la Universidad Cesar Vallejo – Lima (Perú). Correo electrónico: piobaroja18@hotmail.com

lo cual, este último ha tratado de mantenerse vigente a través de nuevas propuestas, como el denominado positivismo incluyente o softpositivismo que, en más de una ocasión, suele alejarse de manera importante de las ideas básicas del positivismo más difundido a inicios del siglo pasado.

**Palabras clave:** neoconstitucionalismo, positivismo, principios, reglas, subsunción, ponderación, legitimidad.

### **AN APPROACH TO THE “PARADIGMATIC OPPOSITIONS” BETWEEN NEO-CONSTITUTIONALISM AND LEGAL POSITIVISM**

#### **Abstract**

The adoption of a theory of law not only represents a legal-philosophical stance, but also carries clear implications on a practical level. In this paper we will see the main tenets of two of the most widespread streams on this topic, representing thus two not only different, but also opposing views on the law: Legal positivism and neoconstitutionalism.

The postulates one become “paradigmatic oppositions” compared to the other. This is so because they affect essential areas of Law as the criterion relating to its validity, formation, the role of judges in the resolution of “difficult cases”, among others.

Although each theory presented solid arguments in its defense, always leave a loophole that is exploited by the other to be criticized. This, however, does not hide a tendency to include elements proposed by the neoconstitutionalism in Law, mainly because of the gaps of positivism facing the demands of today’s society. Therefore, the latter has tried to remain in force through new proposals, such as the so-called inclusive positivism or softpositivismo that, on more than one occasion is away significantly from the basic ideas of positivism most widespread early last century.

**Keywords:** Neoconstitutionalism, positivism, principles, rules, subsumption, weigh, legitimacy.

## UMA APROXIMAÇÃO ÀS “OPOSIÇÕES PARADIGMÁTICAS” ENTRE NEOCONSTITUCIONALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO

### Resumo

A adoção de uma teoria do Direito não só representa uma postura jusfilosófica, mas que implica claras modificações em nível prático. Neste trabalho veremos os principais postulados de duas das correntes mais difundidas sobre este tema, que representam, portanto, duas visões opostas sobre o Direito: juspositivismo e neoconstitucionalismo.

Os postulados de uma delas se convertem em “oposições paradigmáticas” frente a da outra. Ocorre dessa forma, pois os mesmos afetam áreas essenciais do Direito, como os referidos a seu critério de validade, conformidade, papel dos juízes na resolução de “casos difíceis”, entre outros.

Apesar dos postulados de cada teoria apresentar argumentos sólidos em sua defesa, sempre deixam algum resquício que é aproveitado pela outra para ser questionada. Isto, no entanto, não pode ocultar uma aparente tendência à inclusão, no Direito, de elementos propostos pelo neoconstitucionalismo, devido principalmente aos vazios do positivismo frente às exigências da sociedade atual. Portanto, este último manteve-se vigente por meio de novas propostas, como o denominado positivismo inclusivo ou softpositivismo que, em mais de uma ocasião, pode afastar-se de maneira significativa das ideias básicas do positivismo mais difundido no início do século passado.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo, positivismo, princípios, regras, subsunção, ponderação, legitimidade.

### Introducción

A mediados del siglo pasado un grupo de iusfilósofos, que sin conocerse ni ponerse de acuerdo entre sí, mostraban postulados comunes respecto a una nueva forma de entender el Derecho, aunque claro, presentaban importantes matices. Esta nueva forma de entender el Derecho se caracterizaba, sobre todo, por alejarse y hacer frente a los postulados positivistas (aunque existan ciertas coincidencias con el positivismo metodológico del denominado positivismo incluyente o softpositivismo), dando lugar a lo que se ha dado en llamar neoconstitucionalismo. Este ha sido blanco

de diversas críticas, como las planteadas por autores como Comanducci, quien al advertir que esta teoría refleja la configuración de un determinado ordenamiento jurídico, señala que solo vendría a ser el “positivismo jurídico de nuestros días”; para otros, como Prieto Sanchís, resulta ser ambiguo, pues en algunos aspectos propone un modelo de organización jurídico-política, mientras que en otros propone una nueva concepción del Derecho, es decir, se vuelve ideología. Autores como Miguel Carbonell afirman que no podemos hablar de neoconstitucionalismo, en singular, sino que, dados los mencionados matices, se tiene que hacer referencia a neoconstitucionalismos, en plural. Sin embargo, el positivismo también ha sido blanco de críticas en el mismo sentido (Ruiz, 2014).

Este trabajo no propone el ambicioso e inoportuno objetivo de dilucidar lo anteriormente señalado, sino que, partiendo de mucho más adelante, es decir, de dar por sentado que el neoconstitucionalismo es, efectivamente, una teoría del Derecho y, acudiendo al método descriptivo, se realizará un acercamiento a una serie de postulados irreconciliables o antagónicos entre los de este y el iuspositivismo.

Para este objetivo se presentará un breve recorrido por el constitucionalismo clásico, es decir, el surgido como producto de las revoluciones liberales en Francia y Estados Unidos a finales del siglo XVIII. Al determinar los rasgos de aquel es que se entrará a analizar lo que ha representado el neoconstitucionalismo como nueva concepción del Derecho.

El análisis que se haga de los postulados básicos del neoconstitucionalismo frente al positivismo girará en torno a lo que Sussana Pozolo (2011) ha denominado, quizá sin mayor trascendencia para ella, como “oposiciones paradigmáticas”, es decir, aquellos postulados en los cuales uno aparentemente se aleja irreconciliablemente del otro. Estas oposiciones estarían representados básicamente por la diferenciación entre principios y reglas, haciendo referencia a las teorías fuertes y las débiles; entre subsunción y ponderación; y lo relacionado a la legitimidad de los jueces en un estado democrático.

Cada una de estas oposiciones es un tema que ha dado (y da) lugar a mucha literatura al respecto, por lo que en las líneas que sigue no hay profundización en ninguno de ellos, sino que *grosso modo* se describen las posiciones a favor y en contra de cada uno, a fin de generar un acercamiento a los mismos, recurriendo en algunos casos a ejemplos prácticos propuestos por conocidos autores.

## 1. El constitucionalismo: de las revoluciones liberales a la post Segunda Guerra Mundial

El prefijo “neo” es antepuesto a la denominación de teorías o corrientes de pensamiento para hacer referencia a un replanteamiento de sus postulados, pero sin perder la esencia, es decir, como ocurre en la mayoría de casos, adecuarla a las condiciones de un determinado contexto histórico o de evolución del conocimiento, de manera que se garantice su vigencia, así, no es raro escuchar hablar sobre neoliberalismo, neopositivismo o neomaltusianismo, entre otros.

Entonces, para plantear un acercamiento a lo que se entiende por neoconstitucionalismo primero se debe efectuar un breve recorrido acerca de qué entendemos por constitucionalismo. Este nace junto con el pensamiento liberal, por tanto, podríamos afirmar que su primer antecedente se produce en la Revolución Inglesa (1642-1688), sin embargo, esta experiencia no da cuenta de la existencia de un documento constitucional propiamente dicho, plasmado de manera escrita, siendo el *Bill of rights* un documento proto-constitucional que desarrolló aspectos tanto de la Carta Magna como de la *Petition of rights*, y que junto al *Act of recognition*, fueron firmados y reconocidos por Guillermo de Orange a cambio de ascender al trono. Es decir, la experiencia inglesa no derribó las estructuras del antiguo régimen, sino que atenuó algunas de sus características.

Aclarado el tema del constitucionalismo inglés, podemos afirmar que los escenarios en los que se desarrolló propiamente el constitucionalismo se dieron casi un siglo después, también en Europa, con Francia; y en América, con Estados Unidos. Estas dos experiencias revolucionarias, con sus diferencias entre sí, rompieron con el antiguo régimen, surgiendo en ambos casos documentos constitucionales escritos que representarían la expresión de un acuerdo social que dejó atrás temporal y cualitativamente al antiguo régimen, marcando así el camino de lo que sería el constitucionalismo.

Si bien es cierto, en esta etapa las constituciones representaban una especie de acuerdo social, las mismas aún carecían del peso necesario que haga de sus disposiciones exigencias directas a favor del ciudadano. Así, en el caso de la tradición americana, actuaba más como un documento regulador de la organización y funcionamiento del Estado, preocupado en limitar los poderes del ejecutivo y legislativo, sin contener mayor reconocimiento de derechos, pues estos ya habían sido reconocidos previamente en las convenciones o constituciones de los diversos Estados. Es necesario mencionar que entre 1789 y 1791 se produjeron las primeras

diez enmiendas al texto constitucional estadounidense, a través de las cuales se introdujo la Carta de Derechos de las personas (*Bill of rights*).

Entre estos últimos, sin duda, destacaba la declaración de Derechos de Virginia de junio de 1776 (Hunt, 2009, p. 123). La tradición francesa daba lugar a una constitución más ligada a un proyecto político que jurídico, orientada a proteger a la clase social ascendida al poder, la burguesía, antes que a hacer efectivos los postulados de “libertad, igualdad y fraternidad”. Aquí tenemos como expresión contundente de esta situación el denominado “voto censitario”.

Como es de suponerse, ambas tradiciones, a pesar de su corte liberal, jurídicamente toman caminos distintos. La francesa mantuvo la preeminencia de la ley (del legislador) frente a la constitución, por lo que se habla de un Estado legislativo de Derecho o, en términos de Luigi Ferrajoli, “paleo-iuspositivista” (Carbonell, 2003); mientras que en Estados Unidos la constitución serviría desde sus inicios como parámetro para las leyes, muestra de ello es que luego del emblemático caso *Marbury vs. Madyson* (1803), en el caso *McCulloch vs. Maryland* (1819), el supremo afirmó la primacía de la constitución federal frente a las constituciones de los Estados.

Al respecto de estas dos tradiciones constitucionales, Prieto Sanchís (Carbonell, 2003) nos dice que la norteamericana pretende determinar quién manda, cómo manda y hasta dónde se puede mandar; mientras que la francesa quiere condicionar además qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en los diferentes ámbitos.

Esta concepción de constitución, como reguladora de la organización del aparato estatal en el caso americano, o como proyecto político orientado a garantizar los intereses de una clase social, con un reconocimiento de derechos fundamentales meramente nominal o formal en el caso francés, tuvo un indiscutible éxito teórico durante los siglos XIX y mediados del XX, que es cuando se les empieza a exigir más como documentos jurídicos.

Los terribles hechos de la Primera Guerra Mundial, pero sobre todo los de la Segunda, marcarían un punto de inflexión en la forma de concebir el Derecho y, por supuesto, de mirar el papel de la constitución. Aunque a inicios del siglo pasado ya aparecían constituciones que contenían el reconocimiento de derechos sociales, como la de Weimar (1919) y la de Querétaro (1917), y las de inspiración kelseniana con un marcado carácter normativo, como la de Islandia y Checoslovaquia (1919), Austria (1920), Polonia (1921), y España (1931), los ordenamientos jurídicos en general continuaban siendo estrictamente legalistas, es decir, aún se mantenía en

pie el Estado legal de Derecho, apoyado, claro está, en una concepción positivista que tenía al criterio de autoridad como regla de validez del Derecho.

Son numerosos y diversos los motivos que llevaron a cuestionar el modelo del Estado legal de Derecho, pero como hemos dicho, lo ocurrido en la Segunda Guerra Mundial, específicamente en la Alemania nazi, fue (es) el paradigma de lo que un modelo así puede significar cuando quien ostenta aquel poder autoritativo representa intereses contrarios al orden democrático, no tomándose en cuenta el contenido del Derecho. Surgieron entonces posturas teóricas que reclamaron algo más que este criterio para reconocer la validez del Derecho, algo que asegure que este siempre estará guiado a garantizar una sociedad justa y democrática. Para un sector importante este elemento sería el axiológico.

Así, el razonamiento positivista poco a poco fue siendo cuestionado en aras de un retorno a la búsqueda de la justicia a través del Derecho. En este proceso, considero, han existido dos grandes aportes iniciales: Gustav Radbruch y Theodor Adorno. El primero, a través de la denominada Fórmula de Radbruch según la cual, de manera resumida, se sostenía que “la extrema injusticia no es Derecho” (Alexy, 2001) y que fue empleada por los tribunales alemanes para desconocer a las normas del Reich su carácter jurídico, al considerarlas extremadamente injustas (quizá el caso más emblemático sea el de la Ley de Ciudadanía del Reich). También se siguió la misma para resolver otros casos, como por ejemplo, el de los guardias fronterizos de la República Democrática Alemana.

Luego Adorno (D’Agostino, 2007) sostendría que: la ética contemporánea está dominada por un nuevo imperativo categórico: que Auschwitz no se repita (...). El derecho no debe nunca más dejarse identificar o reducir a la mera fuerza; nunca más debe hacer instrumento de la injusticia o la opresión (...), ningún ordenamiento jurídico debe nunca más erigir como su propia norma fundamental un pretensión de ver como extrañas las razones de la ética (p. 38).

En esta misma línea, tenemos el importante debate entre Herbert Hart y Lon Fuller, en el cual el primero defendía la posición positivista del Derecho, mientras que el segundo sostenía la necesaria presencia de la moral como fuente de su carácter vinculante. Esta línea de debate llega hasta nuestros días a través de numerosos autores, sin embargo, es en iusfilósofos como Rober Alexy o Ronald Dworkin en quienes alcanza mayor desarrollo, y a quienes necesariamente se les comprende dentro del denominado neoconstitucionalismo, aunque, como se señalará, existen divergencias entre sus postulados.

## 2. Neoconstitucionalismo y positivismo: oposiciones paradigmáticas

Hans Kelsen ya hablaba a inicios del siglo pasado de la preponderancia de la constitución en un ordenamiento jurídico, colocándola en el escalón más alto del mismo. Sin embargo, esta supremacía solo obedecía a la lógica de un andamiaje sobre producción normativa, pues no la dotaba de contenido específico, menos consideraba que en ella estuvieran presentes valores morales traducidos en principios, pues consideraba que la presencia de estos la harían ambigua, por tanto, el poder de los tribunales sería insostenible al momento de su aplicación (Kelsen, 1929). Esta concepción es la que serviría de blanco a las críticas que permitieron introducir los postulados neoconstitucionalistas. Y es que, en referencia a H. Kelsen, quien “lo haya leído, se habrá hecho a la idea de una persona intelectualmente fascinante (...) pero también algo unidimensional (...) algo reiterativa” (Manero, p. 32). Por tanto, “hay que empezar a reconocer que las articulaciones concretas de la teoría pura del Derecho pueden considerarse hoy, casi todas ellas, como muertas. Pero ello no implica minusvaloración alguna del papel histórico de la teoría kelseniana” (Ibídem, p. 42).

En primer lugar, debe tenerse presente que el término neoconstitucionalismo empezó a ser usado por los iusfilósofos de la escuela genovesa, y que al parecer fue acuñado a través de la traducción al español, en la Revista *Doxa* (1998), de una conferencia brindada por Sussana Pozzolo con motivo del XVIII Congreso de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, celebrado en 1997 en Buenos Aires – Argentina.

Esta iusfilósofa, que por cierto no se considera parte de esta corriente, se refiere con este término a un movimiento teórico que comparte tesis y perspectivas en torno a la concepción, interpretación y aplicación del Derecho, contrapuestas a las tesis propias del positivismo. Es la heterogeneidad de sus “miembros” lo que ha llevado muchas veces a hablar de neoconstitucionalismos, en plural, como lo hace Miguel Carbonell (2003) en una de las primeras publicaciones sobre el tema. Sin embargo, pese a esta heterogeneidad entre neoconstitucionalistas, se puede establecer que todos elaboran sus argumentos sobre una base o modelo común: el Estado constitucional de Derecho.

Es precisamente el Estado constitucional de Derecho el elemento clave para entender cómo funciona y dónde tiene sus elementos innovadores el



neoconstitucionalismo. Cuando se habla de este Estado se podría afirmar de manera casi refleja que “Estado constitucional es aquel que cuenta con una constitución”, lo cual sería una respuesta fácil, pero inútil, como sostiene Josep Aguiló (Viciano, 2012), pues solo estaríamos haciendo referencia a un Estado constitucional de tipo formal, es decir, aquel en el cual no haya la posibilidad real de poder concretizar el texto constitucional. Por ello, cuando se habla de Estado Constitucional en el cual se apoyan las tesis neoconstitucionalistas se hace referencia a uno de tipo material, en el cual se ha producido lo que Guastini (Carbonell, 2003) denomina la constitucionalización del ordenamiento jurídico debido, principalmente, a la presencia de una constitución “invasora”.

## 2.1. Neoconstitucionalismo como teoría general del Derecho

El neoconstitucionalismo, como señalara Susanna Pozzolo (2011), sirve para denominar un “cierto modo anti-iuspositivista de aproximarse al derecho: una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni post-positivista”, y que por tanto, continúa la misma autora, se caracteriza por mantener “ciertas oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios vs. reglas, ponderación vs. subsunción, constitución vs. legislación, judicial vs. legislativo” (p. 16).

Entonces, cuando hablamos de neoconstitucionalismo estamos ante una teoría general del Derecho, no solo ante una teoría constitucional, pues sus postulados están presentes en todos los niveles del debate (Sanchís, 2010), ya sea en:

Los debates de filosofía política acerca del mejor modo de organizar las instituciones democráticas; en los conceptuales a propósito de qué debemos entender por Derecho y de cómo se explica su relación con la moral; en los metateóricos sobre la función de la ciencia jurídica y el enfoque más adecuado para la comprensión del Derecho; en los teóricos relativos a la naturaleza de las normas y de su interpretación, etcétera. De ahí la fuerte tendencia que se observa en las distintas versiones del neoconstitucionalismo a medir sus fuerzas con otras respuestas globales, singularmente con el positivismo y el iusnaturalismo (p. 463).

Ahora veamos cómo es que estas oposiciones paradigmáticas han venido definiéndose poco a poco, en el terreno de la práctica judicial sobre todo, a favor de las tesis neoconstitucionalistas, debido principalmente a la insuficiencia del positivismo

de tipo kelseniano para dar respuesta a las exigencias de los denominados “desplazamientos” en los ordenamientos jurídicos modernos. Estos son: de la unidad al pluralismo, de la plenitud del ordenamiento a la apertura jurisdiccional y de la coherencia a la argumentación (Luño, 2010).

## 2.2. Cuando hablamos de principios y reglas

Este es uno de los aspectos básicos para poder desarrollar las demás oposiciones entre positivismo y neoconstitucionalismo. Atrás de este tema está indubitablemente el sinuoso e inacabado debate acerca de la relación entre derecho y moral, dentro del cual ha ido ganando espacio la posición de que aquella constituye una relación necesaria. Al respecto, y a partir de la idea de los derechos fundamentales, se observa que “según muchos autores, la idea de (...) su constitucionalización ha hecho insostenible el principio positivista de la separación de derecho y moral y restablecido la conexión entre las dos esferas” (Ferrajoli y Manero, 2014, p. 177). Sin embargo, este no constituye un punto en el cual nos vayamos a detener, sino que abordaremos una consecuencia del mismo, consistente en que si aceptamos la separación conceptual entre derecho y moral (pueden coincidir, pero de manera contingente) entonces se admite que el Derecho estará formado únicamente por reglas, mientras que si aceptamos una relación identitaria, es decir, conceptual necesaria entre ambos, entonces se admite que el Derecho estará formado por principios además de reglas. Veamos algo acerca de esta diferenciación entre principios y reglas.

Una primera forma de entenderlo es a través de la denominada tesis de la demarcación fuerte, según la cual reglas y principios tienen diferencias cualitativas y por tanto pertenecen a categorías distintas. Así, según el neoconstitucionalismo, para que las disposiciones legales sean consideradas válidas no solo deben agotar el criterio *pedigree* de las reglas del positivismo (Dworkin, 2012, p. 65) sino que además es preciso poner atención a su contenido, ya que en él deben estar presentes valores morales superiores, reflejados en principios (Dworkin, 2014, p. 130). constitucionales, y que por lo mismo tienen el efecto de “irradiación” de su contenido hacia todo el resto del ordenamiento jurídico.

A partir de esto se tiene que, en primer lugar, las reglas son precisas y claras, no pudiendo ser objeto de mayor ejercicio interpretativo, es decir, como sostiene Dworkin, son de tipo “todo o nada”, no ceden, por lo que un conflicto entre ellas se solucionará mediante los criterios de temporalidad, jerarquía o especialidad,

debiendo una de ellas ser expulsada del ordenamiento jurídico. Un ejemplo claro de esto es el que propone Robert Alexy (1988) en los siguientes términos:

La norma jurídica del land prohíbe la apertura de puestos de venta los miércoles desde las 13 horas, mientras que la norma federal lo permite hasta las 19 horas. El tribunal resuelve este caso según la norma de conflicto ‘El Derecho federal prevalece sobre el Derecho del land’ (art. 31 de la Ley Fundamental), mientras que declara nula la norma jurídica del land. Este es un caso clásico de un conflicto de reglas. Las dos normas son contradictorias. Una permite lo que la otra prohíbe. Si ambas fueran válidas, la apertura los miércoles por la tarde estaría tanto permitida como prohibida. La contradicción se elimina declarando a una norma nula, por tanto, no válida, y expulsándola así del orden jurídico (p. 142).

En el caso de los principios no ocurre lo mismo, pues partiendo de la definición que hace este mismo autor, de que estos son mandatos de optimización, es decir, “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 2007, p. 67), se establece que cuando estas entran en tensión, no podrá aplicarse entre ellos un criterio de grado, sino de peso, es decir, analizar mediante el ejercicio de la ponderación, cuál de ellas debe ceder ante la otra en el caso concreto, sin que la perdedora deba ser expulsada del ordenamiento jurídico.

Esto ha dado lugar a afirmar que las reglas al ser “todo o nada” son inderrotables, mientras que los principios al tener la posibilidad de ceder uno frente al otro, sí lo son. Sin embargo, el empleo de este criterio diferenciador ha recibido serios cuestionamientos, los cuales, si bien es cierto, no niegan totalmente la diferencia entre principios y reglas, sí rechazan que este sea un criterio determinante para dicho fin. Estas posturas son conocidas como las tesis de demarcación débil, según la cual tanto principios como reglas tienen un parecido de familia, y que si bien es cierto, los principios tienen un contenido axiológico, este también está presente en las reglas aunque en menor medida, no existiendo mayor criterio de diferenciación entre ambos, por tanto, llegan a ser semejantes, pero sin ser idénticas.

Sobre este último tipo de demarcación encontramos lo sostenido por García Figueroa (Carbonell, 2010), quien partiendo de un ejemplo propuesto por Sanchís, plantea que la derrotabilidad también está presente en las reglas. Este ejemplo consiste en que, si deseo abrir una ventana en mi casa debo tomar en cuenta el

artículo 582 del Código Civil, según el cual “no se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, sino hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad (...)”. El tenor del citado artículo es claro, y aparentemente no existiría mayor inconveniente en su aplicación, es decir, sería inderrotable, pues se cumple o no se cumple, dependiendo de si se incurre en el supuesto de hecho; sin embargo, García Figueroa se pone en la siguiente situación:

Supongamos que la ventana que pretendo abrir se halla a 1 metro y 98 centímetros de la finca vecina y que es la única que permite ventilar y dar luz suficiente a los niños hacinados en ella, y supongamos que tal apertura de la ventana apenas provocará en este caso perjuicio alguno al propietario de la finca contigua. Según el artículo 582 CC, parece claro que ni siquiera en este caso cabe abrir una ventana sobre la finca vecina, ¿pero existe ante un caso como este alguna alternativa al ‘respecto riguroso de la norma en cuestión’ que no sea incumplir el derecho (...)?’ (p. 188).

García Figueroa (Carbonell, 2010) sostiene sobre este supuesto que, más allá de la solución que adoptemos, por lo menos la posibilidad de cuestionar dicha regla debe ser un rasgo propio de un Estado Constitucional, el mismo que se encuentra comprometido con valores como la igualdad, la justicia, la libertad, y el pluralismo político. Agrega que, quien considere a las reglas como incuestionables, y que por tanto excluyen a la deliberación práctica, entonces está actuando de manera contraria a la razón práctica.

Por lo tanto, para este autor lo realmente problemático “no es la noción de principio, sino la noción de regla (como norma inderrotable) implícita en la configuración por contraste a los principios. Lo cuestionable no es la derrotabilidad de las normas, sino la posibilidad de su inderrotabilidad” (p. 201)

### 2.3. Cuando hablamos de ponderación y subsunción

El tema de la ponderación puede ser abordado de diferentes maneras, por lo que aquí vamos a partir de señalar tres rasgos que según Guastini, citado por Juan Moreso (Carbonell, 2003, p. 102), la distinguen de la subsunción, aplicada para solucionar los conflictos entre reglas. Estos tres rasgos característicos de la ponderación consisten en que:

- a. Se realiza entre dos principios en conflicto, P1 y P2, cuyos supuestos de hecho se superponen parcialmente, entre los que hay una antinomia de carácter parcial-parcial. Siendo así, no vale para resolver esta antinomia ninguno de los tres criterios generales para resolución de antinomias: no vale *lex superior derogat inferiori* (...), no vale *lex posterior derogat priori* (...); no vale tampoco *lex specialis derogat generali* (...).
- b. La ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica ente los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida por el intérprete, mediante un juicio de valor. Como resultado de la valoración, un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable.
- c. La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que establecida en su aplicación al caso concreto. Ello establece una jerarquía que Guastini denomina, de forma muy adecuada, “jerarquía móvil”, es decir, aunque en un caso concreto P1 desplace a P2, bien puede ser que en otro caso P2 desplace a P1 (...).

Como se aprecia, el proceso de ponderación deja un margen de acción muy amplio al juez, lo cual es objeto de numerosas críticas por parte del positivismo. Así, se afirma que:

El hecho que el fundamento de la decisión preexista a la decisión del caso individual, y que tal fundamento sea proporcionado por el legislador y no construido por el juez, viene a ser algo así como la realización perfecta de la idealidad que compartimos respecto de cómo debe, a estos efectos, distribuirse el poder (Manero, p. 23).

También se sostiene que, el juez al decidir qué principio debe primar sobre otro en un caso concreto, estaría influenciado sobre todo por un factor extrajurídico, con lo cual la denominada jerarquía móvil se convertiría en un serio problema dentro de un ordenamiento jurídico que pretende tener como uno de sus pilares la predictibilidad y pretensión de justicia de sus decisiones judiciales.

De estas afirmaciones se desprende otro conjunto de importantes cuestionamientos a la ponderación, como por ejemplo, que resta la fuerza normativa de los derechos fundamentales, pues los degrada al nivel de simples propósitos o

programas, alejándolos al mismo tiempo de los criterios de validez e invalidez, de verdadero y falso, para transportarlos al ámbito de la conveniencia y la discrecionalidad judicial, conforme señala Habermas, citado por Robert Alexy (Carbonel, 2010). Se dice además, según García Amado, citado por Bernal Pulido (2006) que la ponderación es un procedimiento irracional, pues no existe un “ponderómetro” que dicte las pautas de cuándo un principio debe vencer a otro, o que solo sirve para aparentar la fundamentación de decisiones de los tribunales que se dan con base a criterios, muchas veces, extrajurídicos, por tanto, este podría ser reemplazado por los mecanismos de subsunción e interpretación que garantizan y evidencian una fundamentación más racional que la apariencia que se produce en la ponderación.

En defensa de las tesis neoconstitucionalistas podemos citar a Prieto Sanchís (Pulido, 2006), para quien no necesariamente esta teoría presupone una naturaleza prelingüística y axiológica de las normas constitucionales y que el modelo argumentativo de las relaciones entre constitución y legislación busca que no se generen espacios exentos de control judicial o que se llenen con un mero decisionismo judicial.

Así, podemos cerrar este punto señalando que la seguridad y predictibilidad de las decisiones judiciales es más fácil de alcanzar cuando se trata de reglas, pues la subsunción implica únicamente un acto de fundamentación en derecho, es decir, un ejercicio de racionalidad pura, una mera actividad lógica: una suerte de silogismo. Por su parte, la ponderación pretende salvar esa acusación de discrecionalidad judicial (acusado muchas veces de decisionismo) apelando a que la racionalidad de la ponderación se garantiza mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual exige que los jueces, mediante la argumentación jurídica, como un tipo de argumentación práctica, justifiquen sus decisiones más que explicarlas, pues como dice Manuel Atienza (2007): “los jueces –los jueces del Estado de Derecho– tienen, en general la obligación de justificar, pero no de explicar, sus decisiones (...)” (p. 140). Entonces, justificar significa demostrar que la decisión adoptada es aceptable razonablemente.

Para que los jueces puedan justificar su decisión en un caso concreto a través de la ponderación, tienen que haber llevado a cabo sus tres conocidos pasos: test de racionalidad, test de necesidad y el test de proporcionalidad propiamente, así en este orden de prevalencia. Por tanto, y siendo bien conocido en qué consiste cada uno de estos test, es claro que las decisiones de los jueces tienen un nivel de racionalidad que permite evitar las arbitrariedades, es decir, incurrir en el puro decisionismo judicial. En consecuencia, existe un margen de discrecionalidad pero racionalizada, que resulta evidente dada la naturaleza de los principios y el tipo de colisiones que entre ellos

surgen. De esta manera aquí podemos afirmar que en la ponderación el resultado se obtiene de aplicar la racionalidad práctica, es decir, de un proceso discursivo por el cual, a través de los tres test del principio de proporcionalidad, se argumentan “buenas razones” para dar cumplimiento a la conocida regla propuesta de que “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro” (Alexy, 2007, p. 138).

Para Prieto Sanchís (Carbonel, 2003) una posición intermedia entre la mera subsunción y ponderación consiste en que ambas conviven como etapas de un solo proceso, pues antes de llevar a cabo la ponderación se tiene que encuadrar el caso entre los dos principios en pugna, lo cual es llevado mediante la subsunción, es decir, antes de ponderar se tiene que subsumir el caso en los principios a ponderar. Una vez realizado el ejercicio de la ponderación, la decisión asumida adquiere la calidad de regla para el caso concreto, por lo que nuevamente se tiene que llevar una subsunción final del caso en el principio vencedor. Así ambos procesos conviven y son necesarios, a fin de llegar a una decisión razonada, que esté entre la lógica (subsunción) y la argumentación (ponderación).

Por tanto, plantear como mejor modelo, un modelo puro, sea subsuntivo o ponderativo, es caer en uno de los extremos, sea el lógico o el argumentativo, que como hemos visto presentan numerosas críticas, en su mayor parte totalmente justificadas. Así, una salida, por lo menos teórica, pues no se logra evitar la discrecionalidad judicial, estaría en la propuesta de Prieto Sanchís que acabamos de ver. En este mismo sentido, se expresa Manuel Atienza, citado por Pérez Luño (2010), cuando dice que “no hay que estar en la argumentación jurídica, contra la lógica, sino contra sus pretensiones imperialistas” (p. 94), es decir, que se tiene que argumentar jurídicamente pero sin estar contra la lógica, sino contra el predominio absoluto de esta última. En este sentido, para Pérez Luño (2010), la argumentación judicial debe contar con: 1. Elaboración rigurosa: ordenada, clara y coherente de argumentos. 2. Expresión lingüística de esos argumentos con un lenguaje preciso. 3. Congruencia interna de las cadenas argumentativas.

#### 2.4. Legitimidad de los jueces y Estado democrático: la objeción contramayoritaria

Democracia y constitución siempre han vivido en tensión, en especial, desde los primeros momentos del Estado Constitucional de Derecho, en el cual, entre otras

características, se reconoció la rigidez y primacía del texto constitucional, además de crearse órganos especiales de control de la constitucionalidad de las normas.

Se acusa que estas características generan una suerte de situación contraria a la democracia, denominada “objeción contramayoritaria”. Esta consiste en que, partiendo de la idea de que el parlamento es el órgano más representativo y con mayor legitimidad en un diseño institucional democrático, pues representa a la pluralidad de la nación, la existencia de un texto constitucional que restrinja la voluntad de dicho órgano o el hecho de que un tribunal especializado, compuesto por magistrados sin legitimidad popular directa pueda revisar y anular una ley proveniente de él, causa que la democracia se vea afectada de manera significativa.

En relación al primer punto de la objeción contramayoritaria, es decir, al sometimiento del legislador a los designios constitucionales, podemos decir que la constitución ya no es el mero documento de buenas intenciones sin mayor trascendencia como lo era hasta mediados del siglo pasado, sino que ahora, es decir, en el Estado Constitucional de Derecho, no solo está en la máxima escala del ordenamiento, sino que, como hemos visto, está cargado de principios que finalmente son la positivización de valores morales que reflejan el sentir del momento histórico, en el cual se dio el proceso constituyente del cual surgió el texto constitucional, por lo tanto, todas las decisiones que surjan o emanen de un poder constituido tendrán que estar en concordancia con lo que la constitución establezca.

Pero la primacía constitucional y la consiguiente sujeción de legislador a su texto no solo se explica por este aspecto temporal, sino que además los principios sirven de protección y límite frente a la democracia, entendida como mera voluntad de las mayorías, de tipo procedimental, buscándose así una de tipo sustancial, pues como dice Carlos Bayón (Carbonell, 2003):

(...) La adopción de decisiones colectivas por mayoría no podría calificarse como auténticamente democrática sino se desarrollase en condiciones en las que esté satisfecha la exigencia de que todos sean tratados ‘con igual consideración y respeto’, ni tampoco si el contenido de la decisión adoptada socavase esas condiciones. Y ello requerirá no solo la efectividad (y puesta a resguardo del poder normativo de la mayoría) de los derechos civiles y políticos, sino también, según suele decirse, de los derechos sociales o incluso la de los relativos a la esfera de la autonomía personal, sin los cuales –como llegan a sostener algunos– quedaría socavada la calidad y autenticidad de la participación política. Esto implica que el procedimiento



mayoritario sería solo una pieza –y en rigor, no la principal– de ese ‘sistema político completo’ que vendría a ser la democracia; una pieza necesaria (...) pero no invariablemente valiosa (...) (p. 301).

Visto así este primer punto, podemos decir que queda claro que la democracia no puede ser entendida únicamente en términos mecánicos como lo que mayoría decide, sino que, como acabamos de ver, debe tener en cuenta otros factores.

El segundo aspecto de la objeción contramayoritaria está referido a la capacidad de los tribunales, en específico del Tribunal Constitucional, para poder anular una decisión emanada del órgano con mayor legitimidad en el diseño institucional democrático: el parlamento.

Sobre este punto, Prieto Sanchís (Pulido, 2006) advierte que no es exacto que se produzca una primacía del modelo geográfico entre las competencias del legislador y del juez, y muestra de ello son los derechos implícitos que existen en los textos constitucionales. Además, afirma que la crítica respecto a la falta de legitimidad democrática de los jueces frente al legislador es un tema de filosofía política, que no tiene que ver con el positivismo y que, además, no resulta incompatible con el neoconstitucionalismo.

Existe una experiencia, la única conocida, en la cual se ha tratado de atribuir legitimidad directa a los tribunales: la elección por sufragio universal de los altos magistrados en Bolivia.

Si bien es cierto, tanto la constitución de Ecuador (art. 434) como la de Venezuela (art. 264) han establecido mecanismos que permiten la participación ciudadana en los procesos de selección de sus altos magistrados, es Bolivia la que ha adoptado una medida novedosa en este sentido, pues su texto constitucional permite que los miembros de los más altos tribunales, como el Tribunal Supremo (art. 182), Tribunal Agroambiental (art. 188), Consejo de la Magistratura (art. 194) y Tribunal Constitucional (art. 198), sean elegidos mediante sufragio universal.

Así una vez que la objeción contramayoritaria haya sido superada mediante la elección de las magistraturas por sufragio universal, entonces tendríamos que no debería existir mayor oposición cuando estos anulan una ley que provenga del legislativo, pues estaríamos ante dos órganos legitimados popularmente. Si se desearía insistir con dicho argumento entonces quizá se podría empezar a hurgar en cuál de los dos órganos está más legitimado, entrando entonces a determinar el grado de legitimidad de cada uno, un aspecto ya netamente de teoría política.

Sin embargo, lo anterior es puramente una reflexión en abstracto sobre la legitimidad de los tribunales, no representando en ningún momento un análisis acerca de la conveniencia o no en la práctica de esta medida.

Existe otro tipo de cuestionamiento, referido al modelo argumentativo propio de los jueces en el modelo neoconstitucionalista. Este sostiene que dado que a nivel del legislativo se produce un proceso deliberativo entre los parlamentarios, entonces, sus decisiones están lo suficientemente motivadas. Además de ser de carácter público, pudiendo participar la sociedad civil en alguna de sus etapas. En las instancias judiciales no se produce lo anterior, pues, si bien es cierto también existe un proceso deliberativo, las decisiones pueden provenir, y aquí se vuelve contra la ponderación, por motivaciones extrajurídicas, es decir, “esa argumentación no podría estar presidida exclusivamente por la idea de corrección, esto es, no se trata de un diálogo filosófico, sino de un diálogo condicionado por la necesidad de obtener ciertas finalidades prácticas (...)” (Atienza, 2007, p. 172). Otro argumento esgrimido en favor de la argumentación legislativa frente a la judicial es que en esta última se trata de procesos de deliberación secretos, es decir, sin estar expuestos a la población. Sin embargo, esto podría refutarse afirmando que las deliberaciones judiciales también presentan esos elementos dialécticos a través de dos instituciones: el procedimiento de tipo contradictorio, es decir, escuchando a las partes en el proceso, y el voto particular, en el cual se proyectará parte de la deliberación interna que dio lugar a la sentencia.

Por tanto, no habría manera de asegurar que la fundamentación de los tribunales sea mejor o más apropiada que la que resulta de la deliberación parlamentaria. Entonces, dado que en ambos casos se producen procesos deliberativos, la diferencia que marcaría la calidad entre uno u otro estaría determinada, para los “parlamentaristas”, por la cantidad de miembros que participan en ellos; mientras que para los “judicialistas” estaría determinada por el nivel de conocimiento y especialidad de quienes participan en el proceso, aunque sea un reducido número.

## Conclusiones

El neoconstitucionalismo se constituye en una teoría general del Derecho, pues trata de dar una visión global del mismo, sus postulados pueden estar presentes en todos los niveles de debate, sea en los de filosofía política, en los conceptuales, en los meta-teóricos, o en los teóricos relativos a la naturaleza de las normas y de su interpretación.

El neoconstitucionalismo no es una corriente con planteamientos homogéneos, sino que sirve para identificar a un grupo de iusfilósofos que, teniendo entre sí muchas diferencias de pensamiento, se vinculan por su posición anti-positivista, siendo el aspecto más resaltante el de la vinculación entre derecho y moral.

Ante la primera oposición paradigmática, referida a principios y reglas, se concluye que la tesis de demarcación fuerte es superable, como se ha comprobado a través de ejemplos prácticos, resultando más convincente la tesis de demarcación débil, pues esta no cae en una suerte de línea divisoria rígida, sino que las ubica en una misma familia, aunque aclara que los principios tienen un mayor contenido axiológico que las reglas.

Respecto a la segunda oposición, referida a la ponderación y la subsunción, se concluye que la ponderación es un método que conlleva necesariamente a una argumentación racional, la cual se da a través de los test del principio de proporcionalidad, por lo que también está obligada a tener elementos lógicos propios del método subsuntivo. Es decir, la ponderación no es sinónimo de arbitrariedad ni decisionismo judicial, sino de argumentación judicial racional que, finalmente, y aquí entra el elemento subsuntivo, siempre tendrá que basarse en disposiciones constitucionales. Luego de la operación de ponderación, el principio vencedor queda convertido en una especie de regla para el caso concreto, por lo cual nuevamente se tiene que subsumir.

En lo referente a la tercera oposición, referida a la objeción contramayoritaria, tenemos que, dado su papel de norma suprema del ordenamiento jurídico, y su contenido, formado por principios que concretan valores morales indispensables para convivencia en sociedad, que permiten proteger a las minorías sobre los designios mayoritaristas, además de ser reflejo de la voluntad del constituyente, la constitución debe servir como marco de todo aquello que decidan los poderes constituidos cualquiera que estos sean.

En lo referente a la “objeción contramayoritaria”, tenemos que resulta innegable que los jueces carecen de legitimidad directa para poder anular una decisión que provenga del legislador. Sin embargo, existen experiencias donde esta objeción ha sido superada, como es el caso boliviano donde los magistrados de los más altos tribunales son elegidos por sufragio universal.

Otro criterio a tomar en cuenta en esta última oposición es el referido a la calidad de la argumentación en cada caso. Así, en el parlamento participan algunos (sino muchos) personajes que durante el proceso deliberativo solo se expresan

mediante el voto, generalmente determinado por un criterio partidario, es decir, aquí cantidad no es calidad. En el proceso deliberativo judicial quienes participan son profesionales del Derecho, es decir, especialistas en la materia (sin pasar por alto las presiones y criterios extrajurídicos que muchas veces marcan su opinión, pero de todas maneras, en menor medida que el parlamento), por lo que el resultado de su deliberación sería de mayor calidad que el parlamentario.

## Referencias

- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En *Revista Doxa*, 5, 139-151.
- \_\_\_\_\_. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- \_\_\_\_\_. (2010). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En Carbonell, Miguel. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta – IIJ.
- Atienza, M. (2007). Argumentación y constitución. En Aguló J., Atienza, M., y Ruiz, J. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. España: Iustel.
- Bayón, J. (2003). Derechos, democracia y constitución. En Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_. (2010). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En Carbonell, Miguel. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta - IIJ.
- Bernal, C. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate*. Colombia: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- D'agostino, F. (2007). *Filosofía del Derecho*. Colombia: Temis.
- Dworkin, R. (2001). *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. España: Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad da Coruña.
- \_\_\_\_\_. *Los derechos en serio*. España: Ariel.
- \_\_\_\_\_. (2014). *La filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En Carbonell, Miguel. *Constitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L., y Ruiz, M. (2014). *Un debate sobre principios constitucionales*. Lima: Palestra.
- García, A. (2010). Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica. En Carbonell, Miguel. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta - IIJ.
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

- Hans, K. (1929). La garantía jurisdiccional de la constitución. La justicia constitucional. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 3-46. Julio-diciembre 2008.
- Hunt, L. (2009). *La invención de los derechos humanos*. España: TusQuets.
- Moreso, J. (2003). Conflictos entre principios constitucionales. En Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Pérez, A. E. (2010). *Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*. España: Universidad de Alcalá - Servicio de Publicaciones.
- Pozzolo, S. (2011). Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo. En Pozzolo, Susanna (Ed.). *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*. Lima: Palestra.
- \_\_\_\_\_. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. En *Revista Doxa*, 21(2), 339-353.
- Ruiz, J. (2014). *El legado del positivismo jurídico*. Lima: Editorial Palestra.
- Sanchíz, P. (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Carbonell, Miguel. *Constitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_. (2010). Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (44), 461-506.
- Viciano, R. (2012). *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia: Tiran Lo Blanch.