



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 9 | n. 2 | maio/agosto 2022 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



Neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista: un debate no concluido en el Derecho*

Neoconstitutionalism and positivist constitutionalism: an unfinished debate in law

RONALD CHACÍN FUENMAYOR^{1, **}

¹ Universidad del Zulia (Maracaibo, Venezuela)
ronaldchacin@unisinu.edu.co
<http://orcid.org/0000-0002-1915-4021>

LORAYNE FINOL ROMERO^{II, *}**

^{II} Universidad Central de Chile (Santiago, Chile)
lorayne.finol@ucentral.cl
<https://orcid.org/0000-0001-7084-2412>

Recebido/Received: 06.11.2021/ November 6th, 2021
Aprovado/Approved: 18.04.2022/ April 18th, 2022

Resumen

El objetivo del estudio consiste en exponer desde una perspectiva crítica, la corriente neoconstitucionalista, de gran influencia en la teoría constitucional, partiendo principalmente de sus nociones principales y antecedentes. Se empleó una metodología descriptiva mediante un análisis teórico, resaltando la doctrina actualizada al respecto. Se constatan los aportes del

Abstract

The objective of the study consists of exposing from a critical perspective, the neoconstitutionalist theory, of great influence on constitutional theory, starting mainly from its main notions and antecedents. A descriptive methodology was used through a theoretical analysis, highlighting the updated doctrine in this regard. The contributions of neo-constitutionalism are confirmed, but with reservations due

Como citar esse artigo/How to cite this article: CHACÍN FUENMAYOR, Ronald; FINOL ROMERO, Lorayne. Neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista: un debate no concluido en el Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 389-421, maio/ago. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i2.83614

* Producto del proyecto de investigación adscrito al Grupo de investigaciones jurídicas unisinuanas CINJUN de la Facultad de Ciencias Jurídicas, sociales y educación de la Universidad del Sinú-Eliás Bechara Zainúm, Montería-Colombia, titulado: "La Hermenéutica constitucional ante las implicaciones socio-jurídicas de la crisis del COVID-2019" (Caso: Estado de emergencia decretado en Colombia).

** Docente e investigador Universidad del Sinú-Eliás Bechara Zainúm (Montería, Colombia). Profesor Titular Emérito de la Universidad del Zulia (Maracaibo, Venezuela). Doctor en Derecho por la Universidad del Zulia. Integrante del Grupo de investigaciones jurídicas unisinuanas (CINJUN). Investigador Asociado acreditado ante el Ministerio de Ciencias Tecnología e Información de Colombia (Minciencias). URL Currículo: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000157626. E-mail: ronaldchacin@unisinu.edu.co

*** Académica Investigadora de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central de Chile (Santiago, Chile). Doctora en Derecho Público por la Universidad del Zulia de Venezuela. URL currículo: <https://ucentral.academia.edu/LFinolRomero/CurriculumVitae>. E-mail: lorayne.finol@ucentral.cl

neoconstitucionalismo, pero con reservas en virtud de sus limitaciones respecto a la indeterminación de su aplicación en la justicia constitucional, cuestión que puede superarse con las argumentaciones de equilibrio generadas por las posturas eclécticas planteadas.

to its limitations regarding the indeterminacy of its application in constitutional justice, an issue that can be overcome with the equilibrium arguments generated by the eclectic positions raised.

Palabras claves: neoconstitucionalismo; constitucionalismo; positivismo constitucional; propuestas alternativas; Derecho Constitucional.

Keywords: neoconstitutionalism; constitutionalism; legal positivism; alternative proposals; Constitutional Law.

SUMARIO

Introducción; **I.** El Constitucionalismo y su implantación; **1.** El proceso de implantación del Constitucionalismo; **2.** Descripción del proceso de constitucionalización del Derecho; **II.** Neoconstitucionalismo; **1.** Definición y Tipologías; **1.1.** Neoconstitucionalismo teórico; **1.2.** Neoconstitucionalismo ideológico; **1.3.** Neoconstitucionalismo metodológico; **2.** Aspectos esenciales; **3.** Los principios neoconstitucionalistas frente a los principios romanistas; **4.** Las particularidades de una justicia constitucional desde el neoconstitucionalismo; **5.** La protección de los derechos humanos como una de las bases del neoconstitucionalismo; **6.** Sobre la no neutralidad del Derecho; **III.** Aportes del Neoconstitucionalismo al derecho en general y al derecho constitucional; **1.** Necesidad ante la insuficiencia del positivismo en las sociedades actuales; **2.** Se justifica por la pluralidad de nuestras sociedades; **3.** Su función ordenadora en los sistemas jurídicos actuales; **4.** Rematerialización, de la constitución o influencia de la Moral; **5.** Conduce a una Filosofía Política que puede ser razonable; **IV.** Críticas al neoconstitucionalismo; **1.** Genera la aplicación de una “constitución invasora”; **2.** Constitucionalismo sin límites; **3.** Fomenta la indeterminación en el derecho; **4.** Evidencia una sobreinterpretación constitucional y excesiva responsabilidad de los jueces; **5.** Extensión desmesurada del control difuso de la Constitucionalidad; **V.** Propuestas Alternativas; **1.** El Postconstitucionalismo no positivista; **2.** El razonamiento Principalista; **3.** El Constitucionalismo garantista o positivismo reforzado; **4.** Positivismo neoconstitucionalista; **VI.** Conclusiones; **VII.** Referencias.

INTRODUCCIÓN

El neoconstitucionalismo como una corriente dentro de la teoría del derecho constitucional, su vigencia, impacto, críticas, aportes, es una discusión no agotada y aún en desarrollo dentro de las ciencias jurídicas, por cuanto vivifica una tensión entre iusnaturalismo y positivismo, esta vez en el ámbito constitucional, que impacta todas las esferas del derecho. El presente análisis se justifica por la necesidad de seguir ahondando en esta discusión, desde una perspectiva teórica y práctica de la concepción y aplicación del derecho constitucional y pretende examinar la corriente neoconstitucionalista con un criterio razonable basado en la seguridad jurídica y administración de justicia, imprescindibles en el derecho.

El estudio se articula desde el cuestionamiento: ¿es valiosa la postura neoconstitucional para el progreso del derecho constitucional?, en este sentido se pretende demostrar una respuesta afirmativa, mediante la exposición de cuatro aspectos, que

constituyen a su vez las cuatro secciones del análisis: 1) El proceso de constitucionalización del derecho, por su enfoque de revaloración constitucional por cuanto constituye un antecedente teórico importante a la postura neoconstitucionalista, incluso no con poca frecuencia confundidos; 2) las nociones fundamentales del neoconstitucionalismo bajo el enfoque de la doctrina constitucional y filosófico jurídica; 3) Los aportes, 4) críticas a la corriente neoconstitucionalista, y 5) la discusión desde las propuestas conciliadoras entre las posturas positivistas constitucionalistas y neoconstitucionalistas.

I. EL CONSTITUCIONALISMO Y SU IMPLANTACIÓN

La constitucionalización del derecho consiste en la realidad jurídica que partiendo del análisis que la interpretación de la Constitución tiene resonancia en todo el ordenamiento jurídico, no sólo en el derecho constitucional y derecho público, sino también en el derecho privado y otras ramas del derecho, tal como lo expresa Acosta Rodríguez en el sentido de que lo constitucional está gradualmente coloreando todas las ramas del derecho¹.

El referido autor le otorga el sentido a la constitucionalización del derecho como un ajuste necesario de todo el ordenamiento jurídico a la norma constitucional, mediante la labor privilegiada de la justicia constitucional, desestimando las objeciones tradicionales que rechazan esta posición por implicar un exceso del poder judicial, sobre la labor de las asambleas, congresos o parlamentos que cuentan con más legitimidad democrática para establecer las leyes de una nación.

Cuestión que podría considerarse superada por cuanto el Tribunal Constitucional en palabras de García De Enterría² es el comisionado del Poder Constituyente para el resguardo de la Constitución, es decir, que ratifica el principio de separación de poderes que imbrica las constituciones democráticas, lo que comprende las facultades del poder legislativo, pero sin perder como parámetro la Constitución. Lo contrario sería permitir que el poder legislativo dicte leyes inconstitucionales que puedan ser obstáculo a las demandas del pueblo. Sobre este aspecto, es el respeto a la Constitución precisamente la labor del control de la constitucionalidad de las leyes, ejercida por los tribunales constitucionales, lo que no desdeña para nada aquellos cuestionamientos sobre los excesos de estos órganos que pudieran torcer la voluntad del poder constituyente e incluso el legislativo y judicial, quebrantando lo que es su eminente función de protección.

De tal manera que el Constitucionalismo es un proceso progresivo que genera el derecho constitucionalizado, consistente en un ordenamiento jurídico: "...impregnado,

¹ ACOSTA RODRÍGUEZ, Joaquín. La interpretación constitucional: entre legicentrismo, neoconstitucionalismo y constitucionalización. *Revista Jus*, Puebla, v. 10, n. 37, 2016.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.

saturado, embebido por una constitución invasiva³ que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y el comportamiento de los actores políticos⁴, es decir, es un concepto gradual, por cuanto un derecho puede estar más o menos constitucionalizado, por cuanto, se trata de un proceso y como tal, involucra fases en desarrollo que pueden expresar un derecho constitucionalizado total o parcialmente.

La diferencia entre un derecho constitucionalizado y del que no lo es, refiere a que en este último la Constitución solo es un catálogo de restricciones a la actuación estatal, es un marco que sólo opera cuando se transgrede el orden prohibitivo establecido en el texto fundamental, mientras que en el primero, consiste en un orden fundamental que impone realizar determinadas acciones al Estado y no solo abstenciones e incluso acciones a las personas privadas, obviamente no puede ser explicado por la sola supremacía jurídica de la Constitución⁵.

Conforme a lo señalado, lo que genera un ordenamiento jurídico constitucionalizado es la presencia de los siguientes elementos: 1) una constitución rígida que incorpore un catálogo de los derechos fundamentales, 2) la garantía jurisdiccional de la constitución concentrada en un órgano autónomo, y 3) la fuerza vinculante de la justicia constitucional. De allí, que un esquema dogmático constitucional rígido, pueda permear a todo el ordenamiento jurídico, y que no pueda ser alterado por procedimientos ordinarios legislativos, porque su control se concentra en el tribunal constitucional quien, a través de sus directrices, fija los lineamientos de todos los tribunales inferiores de las diversas áreas del derecho, para garantizar el acatamiento de la constitución. Lo que podría significar, que las constituciones dejan de ser programáticas y pasan a ser preceptivas⁶, favoreciendo a la efectividad o justiciabilidad de los derechos sociales,

³ Véase el apartado sobre Críticas al Neoconstitucionalismo.

⁴ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002. p. 95.

⁵ CARBONELL, Miguel; SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización del derecho? *Quid Juris*, n. 15, p. 33-55, 2011.

⁶ Las normas preceptivas u operativas son de aplicación inmediata por los funcionarios administrativos y judiciales, las normas programáticas, aclara entre otros autores como D'ATENA, Antonio. Normas programáticas y pluralismo axiológico en el derecho constitucional. *UNED. Revista de Derecho Político*, Madrid, n. 74, p. 455-475, ene./abr. 2009. Cuya diferencia en este tipo de normas estriba en que las normas programáticas son mediante las cuales se representan las líneas de desarrollo del ordenamiento, a través de la fijación de los objetivos que el legislador se encuentra llamado a perseguir, ejemplo de éstas se tiene a las normas sobre derechos sociales, las referentes a políticas estatales que persiguen protección de derechos de las personas vulnerables, la juventud desempleada, los ancianos, el acceso público a la salud, entre otros. Lo cual está relacionado con los principios, considerados en la acepción de "*mandatos de optimización*", como fines que debe atender como obligatorio el ordenamiento jurídico, pero su efecto vinculante es discutible judicialmente en algunos países. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo que los principios son *mandatos de optimización*. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige, porque las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, tal como lo afirma ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

pues constituyen un efecto de la vinculación a la Constitución, los cuales no son vistos únicamente como un catálogo de principios y recomendaciones que le restan fuerza vinculante, sino que se les reconoce un contenido o umbral mínimo⁷.

Sin perjuicio de ello, también hay que advertir respecto a la sobreinterpretación de la constitución, es decir, que se le interprete de manera extensiva y de ella surjan principios implícitos sin reconocimiento expreso. Lo anterior, se refiere a que la norma constitucional es interpretada con un significado ulterior al establecido originalmente por el constituyente, utilizando para ello una interpretación extensiva, dando cabida a la justificación judicial de extraer del texto constitucional numerosas normas y principios implícitos que expanden el derecho constitucional a todo el ordenamiento jurídico, de esta manera, no quedan lagunas en el derecho constitucional, porque prácticamente toda decisión jurídica está pre regulada en una norma constitucional⁸.

Por otra parte, está la interpretación integradora de las leyes (interpretación conforme), aquella que se refiere más que a la interpretación de la Constitución, a la interpretación de la ley, ya que ésta debe hacerse tratando de conservar en la medida de lo posible su conformidad con la carta magna, por ello el intérprete constitucional deberá aplicar aquel sentido de la ley, que considera ajustado a la norma fundamental y desechar cualquier otro que riña con ésta⁹.

Finalmente, está la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas¹⁰, lo que refiere a una intromisión del derecho constitucional en los procesos políticos, para esbozar las propuestas de gobierno de los actores políticos, asumiendo la jurisdicción constitucional una posición ideológica y no solo metodológica, como mecanismo de interpretación de la norma fundamental. Esto se apoya en el abandono del principio "*self restraint*" o respeto a las "*political questions*"¹¹ de los tribunales constitucionales, es decir, que todos los espacios del quehacer político del Estado sean conducentes como parámetros de enjuiciamiento constitucional.

⁷ Son medidas bajo estándares que determinan el número por lo menos básico de necesidades que se deben proteger en el proceso de hacer reales, progresivamente estos derechos. SUÁREZ SEBASTIÁN, María del Pilar. Aspectos fundamentales de los DESC. In: GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías (Coord.). **Compendio: Derechos económicos, sociales y culturales**. Cátedra Gerardo Molina. Bogotá: Universidad Libre, 2009. p. 61-111.

⁸ Véase GUASTINI, Roberto. La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. In: **Estudios de teoría constitucional**. México: IJ-UNAM, Fontamara, 2001.

⁹ Para mayor abundamiento sobre la Interpretación conforme consultar VIGO, Luis Rodolfo. **Interpretación Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

¹⁰ Consultar HARO, Ricardo. La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 16, p. 191-223, 2012.

¹¹ Las cuestiones políticas refieren a elementos propios del poder ejecutivo excluidas de control judicial por referirse a actuaciones políticas regidas por principios de oportunidad y conveniencia, por lo cual los tribunales constitucionales deben abstenerse de pronunciarse por deferencia al poder ejecutivo y sus órganos por ser estos los idóneos para tratar estos asuntos. HARO, Ricardo. La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 16, p. 191-223, 2012.

Luego de poner de manifiesto los elementos de la Constitucionalización del derecho es menester hacer unas precisiones terminológicas¹² sobre el término y sus tipologías, lo que nos permite aclarar varias concepciones y así evitar la confusión entre constitucionalización, positivización del derecho constitucional, neoconstitucionalismo y otros, aspectos que serán abordados en puntos posteriores.

En primer lugar, hay que decir que el constitucionalismo puede ser concebido como sistema jurídico y como teoría del derecho, puesto que comprende la subordinación de los poderes públicos, incluso el legislativo a una serie de normas superiores que establecen derechos fundamentales, limitaciones formales y sustanciales, por ser el criterio de validez en el proceso de creación de las normas jurídica porque tienen que llevar consonancia con los principios de justicia previstos en estas normas supra ordenadas.

En segundo lugar, porque también se concibe al constitucionalismo como una superación del positivismo y antítesis iusnaturalista. Es decir, se estima al constitucionalismo como un perfeccionamiento del positivismo, que lo mantiene dentro de los marcos formales del derecho, es decir, que reconoce como derecho aquellos previstos en las normas generadas por quienes están habilitados para producirlas, con independencia de su contenido y eventual injusticia.

Ferrajoli¹³ también diferencia el constitucionalismo jurídico del político, porque el constitucionalismo iusnaturalista como el constitucionalismo político suele ser identificado por algunos teóricos constitucionales como neoconstitucionalismo. El primero ligado al constitucionalismo de la experiencia histórica del siglo XX unido a las constituciones rígidas de la posguerra. En tanto que el político, como un sentido de limitación de los poderes públicos en resguardo de libertades. De esta forma, el precitado autor justifica esta dualidad por la necesidad de establecer una sujeción entre los poderes públicos a la constitución, y a la vez garantizar las libertades de los ciudadanos. Como consecuencia, es un principio del constitucionalismo liberal de gran influencia en la contemporaneidad, pero ampliado a un constitucionalismo social -y esto es importante subrayarlo- porque prevé los derechos de actuación del Estado en favor de la sociedad, es decir, reditúa a los derechos sociales en el centro, característica jurídica presente en la mayor parte de las actuales democracias constitucionales.

¹² Para ello se considera el trabajo de FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista. **DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 34, p. 15-53, 2011.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista. **DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 34, p. 15-53, 2011.

1. Proceso de implantación del Constitucionalismo

Entre otros trabajos que dan cuenta del origen o implantación del constitucionalismo, uno de los más recientes, es el de Suárez-Manrique¹⁴, quien destaca que es proceso de ubicación histórica en las constituciones de la posguerra. Para ello, el autor empieza destacando cómo es un ordenamiento jurídico antes de su constitucionalización (derecho no constitucional) y después de su constitucionalización.

Un derecho no constitucionalizado para el autor colombiano comprende un campo de derecho no definido completamente, que falta por establecerse en su esencia y en su ámbito o marco, es decir, no se tiene claridad sobre lo que pueda resolver el juez en los casos concretos, existen vacíos, contradicciones, imprecisiones, que pueden ser llenados por la Constitución, pero aún ésta no es empleada como parámetro de corrección, en este derecho existen espacios de discrecionalidad.

También en el derecho no constitucionalizado puede autorizar el cambio hacia la constitucionalización, es decir, pueda ser moldeado por la Constitución, evidenciándose si está previsto el principio de supremacía constitucional, en otros derechos que carecen de ese principio, es muy dificultoso su constitucionalización. Y finalmente, se evidencia que en los ordenamientos jurídicos no regidos por la Constitución tiene ámbitos diferentes o con poca similitud con los contenidos de la Constitucionalización.

Posteriormente según Suárez-Manrique¹⁵ explica que existen presupuestos y elementos que permiten evidenciar un contenido material e indeterminado de la Constitución. En forma similar lo explican Guastini¹⁶ y Carbonell y Sánchez¹⁷, quienes como aquél lo sintetizan en dos garantías: 1) fuerza vinculante y 2) garantía jurisdiccional¹⁸. No obstante Suárez-Manrique, destaca como elemento distintivo a lo que los demás autores no señalan, el contenido indeterminado constitucional.

Por otra parte, como contenido material se refiere a los elementos de normas y principios del texto fundamental que prevé que conductas están ordenadas, prohibidas o permitidas, lo que deriva en que ésta no sea un mero catálogo de derechos, de buenos deseos, sino parámetros vinculantes para el Estado y los particulares. La indeterminación de contenido propio del constitucionalismo expresa según el autor referido un aspecto positivo, y la hace adaptable a las situaciones socio jurídicas, lo que

¹⁴ SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, Bogotá, n. 129. p. 317-351, jul./dic. 2014.

¹⁵ SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, Bogotá, n. 129. p. 317-351, jul./dic. 2014.

¹⁶ GUASTINI, Roberto. La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. In: **Estudios de teoría constitucional**. México: IJ-UNAM, Fontamara, 2001.

¹⁷ CARBONELL, Miguel; SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización del derecho? **Quid Juris**, n. 15, p. 33-55, 2011.

¹⁸ Aspectos ya comentados dentro del punto anterior sobre elementos del Constitucionalismo.

permite inferir, que los principios tienen distintos contenidos que es necesario en ciertos casos ordenar en aras de la efectividad de los derechos fundamentales, de manera que puedan garantizarse en diferentes grados, conforme al contexto histórico y social.

2. Descripción del proceso de constitucionalización del derecho

Desde esta perspectiva, la constitucionalización del derecho puede ser un proceso descriptivo, que evidencia cómo es advertida en distintos ordenamientos jurídicos y al mismo tiempo, prescriptivo, es decir, como el deber ser deliberado de los órganos decisores para establecerlo¹⁹, siendo este deber ser, precisamente uno de los rasgos del constitucionalismo ya analizados anteriormente, como: supremacía constitucional, garantía jurisdiccional, aplicación a particulares, resonancia en otras ramas del derecho, además de la pública.

Suárez-Manrique²⁰, hace una descripción de los modos del derecho constitucionalizado mediante tres vías: legislativa, judicial, académica. La legislativa se perfecciona mediante leyes que respetan los valores, principios y derechos constitucionales y que pueden generar nuevos derechos acordes a los nuevos textos fundamentales; la judicial se refiere a las decisiones de las cortes de mayor influencia en el sistema jurídico, las altas cortes (Tribunales Constitucionales) quienes advirtiendo la falta de actuación del poder legislativo en desarrollar los derechos fundamentales, los establece y tiene efectos también “*erga omnes*”, por la influencia ya vinculante de la jurisprudencial aún en los países herederos del “*civil law*”.

Novedoso es el mecanismo académico, que tiene como medios las enseñanzas de este proceso en las escuelas de Derecho, en los congresos y seminarios, desde una perspectiva prescriptiva o valorativa, generando una doctrina de influencia en los jueces, incluyendo las altas cortes, e incluso a nivel legislativo. Obviamente su efecto es menos vinculante que la constitucionalización legislativa y jurisdiccional. De esta forma, que la constitucionalización práctica se centra en la actuación de los abogados, cuando en los procesos judiciales se planean aspectos constitucionales, incluso en áreas de derecho, tradicionalmente no constitucionales, como el derecho privado.

Lo que se vincula a la constitucionalización por sectores, que de acuerdo a Suárez lo convierte en un proceso dinámico, y puede darse en diferentes grados, porque tiene puntos de inicio y final, así como, retrocesos o falta de continuidad. En consecuencia, la constitucionalización puede variar por grados de dependencia del sector de derecho, encontrándose sectores más susceptibles como el derecho penal, por ejemplo,

¹⁹ SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, Bogotá, n. 129. p. 317-351, jul./dic. 2014.

²⁰ SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, Bogotá, n. 129. p. 317-351, jul./dic. 2014.

mientras que en el derecho civil suele ser más dificultosa, porque puede tener una perspectiva más conservadora, basada en su concepción clásica de derecho, en donde solo suele el derecho constitucional como un auxilio o complemento²¹.

II. NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo es una doctrina muy enraizada con el Constitucionalismo, en efecto, luego de la Constitucionalización del Derecho generada por situaciones históricas relevantes, como el Derecho nazi, que basado en la solemnidad de ley dio lugar a cuestionar cómo la positivización de las normas era insuficiente, y se entendió que la ley dogma apegado a la Concepción de Estado de Legalidad y luego Estado de Derecho, le faltaba mucho más, dando lugar a los procesos de constitucionalización del Derecho en Europa y Latinoamérica. Este fenómeno, es lo que Zagrebelsky denomina el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho²².

Pero el proceso de constitucionalización ha sufrido varios cambios, que se ubican para algunos desde la década de los 90 del siglo pasado y ha derivado en situaciones jurídicas extremas de acuerdo a una visión iusnaturalista, en virtud de que transforma la Constitución aprobada por el Constituyente por una "constitución viviente o cambiante"²³, con el pretexto, a veces legítimo de la influencia de los aspectos sociales y axiológicos en el Derecho puede generar usurpación de funciones al poder constituyente desde el poder judicial²⁴. O como bien lo afirma Prieto Sanchís²⁵ en una postura antiformalista, particularista, judicialista o de jerarquía del derecho móvil, como críticas al neoconstitucionalismo²⁶.

²¹ SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, Bogotá, n. 129. p. 317-351, jul./dic. 2014.

²² Para Zagrebelsky, el Estado Constitucional de Derecho es una forma de profundizar el Estado de Derecho, consiste en el perfeccionamiento del gobierno de los hombres por el gobierno de leyes, donde la ley por primera vez subordinada, sujeta a conformidad a un nivel más alto de derecho, previsto en la Constitución. Lleva a sus últimas consecuencias la sujeción completa de todas las actividades del Estado (ejecutiva y legislativa, salvo la Constituyente) al Derecho, más que una continuación, constituye una profundización que afecta la concepción del Derecho. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 2005.

²³ Es decir: "...como un instrumento vivo, cambiante y mutable, cuyo sentido varía según los tiempos...". SAGÚÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. Buenos Aires: De Palma, 1998. p. 103.

²⁴ Los tribunales constitucionales puedan estar realizando dentro de sus actuaciones que puedan sobre pasar su legitimidad de adaptación de las normas a las nuevas circunstancias sociales, usurpación constitucional del Constituyente, estimado como un cambio material de la constitución misma, lo cual genera problemas axiológicos importantes, sobre todo cuando estos son injustos en el entendido de que limitan excesivamente o hasta vaciar de contenido los derechos constitucionales. CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. La legitimidad de las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales: remedios para el *horror vacui*. **Cuestiones Jurídicas. Revista de la Universidad Rafael Urdaneta**. Maracaibo, v. II, n. 1, p. 65-84, ene./jun. 2008.

²⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y positivismo. **Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho**, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016.

²⁶ Ir al punto sobre críticas al neoconstitucionalismo.

Esta síntesis se expresó en la crisis del positivismo a raíz de los desmanes del nazismo basado en la solemnidad de ley, es decir, zarandeó las bases del positivismo, cuando positivistas como Radbruch comenzaron a criticar su propio enfoque jurídico, lo que implicó a todas luces una concesión a la doctrina del derecho natural²⁷. El neoconstitucionalismo se genera por la extensión de esta limitación del positivismo jurídico y al mismo tiempo revaloración del jusnaturalismo desde la teoría jurídica al derecho constitucional, el positivismo y en consecuencia, el positivismo constitucional, por su alergia axiológica no era suficientemente idóneo para resolver los conflictos constitucionales.

El derecho depende de un elemento formal, la adopción de un acto, promulgación de una ley. No considera las fuentes sociales, producto histórico, variable, que depende de la voluntad y el quehacer de los hombres, es decir, de las prácticas sociales. Su idea de separación entre derecho y moral, que no admite que una norma injusta pueda atentar contra la vigencia de una norma creada conforme a un acto legislativo y, en consecuencia, la corrección de una norma en aras de la justicia. En efecto, ese constitucionalismo de la postguerra, ha derivado en una teoría constitucional con imbricaciones en la teoría jurídica en general, aún por definir²⁸. El mismo constitucionalismo o neoconstitucionalismo de acuerdo a Prieto Sanchís²⁹, comprende más principios que reglas, más jurisdicción que legislación, más ponderación que subsunción³⁰.

No obstante, también surgen análisis como el de Villalonga³¹, quien esboza que el origen del neoconstitucionalismo se basa en una ficción análoga a la del positivismo, fundamentado en la solemnidad de la ley, con una voluntad única, que debía seguir ciegamente el juez y con significado permanente a través del tiempo. De esta forma, en la ficción neoconstitucionalista por el contrario el “todopoderoso” es el poder judicial, a través del tribunal constitucional dotado de una capacidad de interpretar de una manera objetiva la moralidad pública, es decir, de modo razonable para convencer a la ciudadanía. De allí, que sería una manera de legitimar el papel de los tribunales con un rol superior que rompería el esquema tradicional de separación de poderes, propia del

²⁷ Para mayor abundamiento sobre este cambio de postura de Radbruch consultar a PAULSON, Stanley. **La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch**. Madrid: Marcial Pons, 2019.

²⁸ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. El neoconstitucionalismo principialista en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. **Revista Prolegómenos - Derechos y Valores**. Bogotá, v. XII, n. 33, p. 27-42, 2014.

²⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 5, p. 201-228, 2001.

³⁰ Sobre la ponderación no se profundizará en este trabajo, por cuanto se centrará en la articulación planteada al inicio de valorar el neoconstitucionalismo para el avance de la teoría constitucional, por lo cual se abarcan muchos aspectos de esta corriente, por lo cual, centrarse solo en la ponderación sobrepasa los objetivos del estudio.

³¹ VILLALONGA, Cristian. Analizando el modelo de juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 46, n. 3, p. 765-789, 2019.

enfoque positivista, según el cual, es un nuevo papel del juez que se le ha asignado en las sociedades contemporáneas.

Pozzolo por su parte rescata una de las virtudes de la postura neoconstitucionalista, para ella la aceptación de esta teoría constitucional se basa en que justifica la presencia de sus elementos en los ordenamientos jurídicos cambiantes, indicando que se debe a las limitaciones del positivismo para resolver tensiones y conflictos sociales, políticos, económicos que forman parte de la realidad jurídica, por ello es necesario flexibilizar las posiciones formalistas, para evitar que el Derecho, el poder judicial y el Estado sea ineficaz para la regulación de estas problemáticas³². De acuerdo con la misma autora el término empezó a usarse en los años noventa cuando se evidenciaron en algunos sistemas jurídicos las características anteriores, que muchas veces suele ser concebido como una posición antipositivista, con tendencias iusnaturalistas, dado el origen histórico en la época postguerra, de la constitucionalización, pero también como una posición que trata de ser una tercera vía, de intentar conciliar dos posiciones, de utilizar los principios constitucionales para “positivizar el iusnaturalismo”, es la construcción de un nuevo sistema jurídico que comprende los principios, lo cual a juicio de la misma autora ha adherido ciertos adeptos, incluso desde la orilla positivista.

Los derechos humanos, los valores y principios están en un texto normativo, la supremacía constitucional, el privilegio del juez constitucional, con sus referidas posibilidades, también pueden estar previstos en el texto constitucional. Ciertamente, uno de los elementos más resaltantes del neoconstitucionalismo es la relevancia de los principios sobre las reglas³³, ya estos dejan de ser fuentes auxiliares del Derecho para transformarse en fuentes de interpretación directa, incluso como fundamento de validez del Derecho³⁴, y de estos principios son los constitucionales los que se ponen de relieve más que los principios generales del Derecho. Los principios son la base de los derechos y garantías³⁵.

1. Definición y Tipologías

Se refiere a un nuevo constitucionalismo o a una versión diferente al Estado de Derecho, donde se apuesta a un nuevo concepto de Derecho, lo que implica a su vez una nueva teoría del Derecho, en el cual tiene primacía la fuente de todas las fuentes, la Constitución³⁶. El mismo autor en su definición de neoconstitucionalismo lo identifica

³² POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre el neoconstitucionalismo. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. 1. p. 363-415.

³³ GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. **Revista Juris**, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011.

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1999.

³⁵ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. El neoconstitucionalismo principialista en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. **Revista Prolegómenos - Derechos y Valores**. Bogotá, v. XII, n. 33, p. 27-42, 2014.

³⁶ GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. **Revista Juris**, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011.

con la consideración de la norma suprema como fuente de toda producción de derecho, la cual está compuesta por principios y estos son distintos a las reglas o preceptos jurídicos determinados, cuya forma de interpretación y aplicación también es diferente al Estado legal de Derecho: "...teoría bajo la cual existían reglas de derecho únicamente expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta bajo el método de subsunción, muy distinto al método de la ponderación o *balancing* (balanceo)"³⁷.

Cárdenas Gracia³⁸ también en la misma tónica sostiene que el neoconstitucionalismo va más allá de una mera superación o evolución del constitucionalismo tradicional, es una concepción que impacta una nueva forma de derecho. La cual se basa en la constitución como base o centro de todo el sistema jurídico, pero bajo una visión distinta, pensada en términos de principios y directrices que se interpretan bajo el test de la ponderación, dejando de lado los métodos tradicionales de aplicación del Derecho.

La Constitución es siempre omnipotente frente a cualquier análisis y todas las normas u ordenamientos se sujetan al parámetro de la Constitución, es el centro de donde todo emana y converge y en esa preponderancia de la carta magna el juez desempeña un papel activo y crítico, dejando de lado su papel de servilismo frente a la ley. Lo cual es necesario, porque el Derecho bajo el constitucionalismo no se concibe bajo un esquema homogéneo de sociedad, sino por el contrario, heterogéneo y plural, pudiendo servir a valores diferentes e incluso opuestos, porque parte de un concepto de soberanía de una sociedad abierta y plural.

Le toca al órgano judicial por consiguiente armonizar esos valores y principios³⁹ en juego, todos vigentes, pero que además deben prevalecer mediante la ponderación en una decisión sobre una relación jurídica concreta o cuando se realiza el control jurisdiccional de leyes, normas sub legales y demás actuaciones del Estado. Es de destacar en este punto el aporte de Comanducci⁴⁰ no solo en la definición de constitucionalismo sino también en su clasificación. Parte de la clasificación de Bobbio⁴¹ sobre los tipos de positivismo jurídico: ideológico, teórico y metodológico⁴² y lo aplica al neoconstitucionalismo.

³⁷ GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Revista Juris*, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011.

³⁸ CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. *La argumentación como Derecho*. México: UNAM, 2018.

³⁹ Sobre la no absolutización de valores en una sociedad (ductilidad del Derecho) consultar: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2005.

⁴⁰ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

⁴¹ Véase esta clasificación en COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

⁴² COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

Del estudio de Comanducci se puede inferir que el Neoconstitucionalismo en esencia tiene caracteres similares al constitucionalismo, resultante del proceso de constitucionalización del derecho conforme a los caracteres explicados por Guastini⁴³, Comanducci resalta además de la similitud con Constitucionalismo, la limitación del poder del Estado, la defensa de derechos fundamentales, incluye además, aunque de modo no necesario un trasfondo jusnaturalista consistente en la conexión entre derecho y moral, teniendo por lo mismo como contrincante al positivismo ideológico.

El neoconstitucionalismo conforme a Pozzolo⁴⁴ no solo se fundamenta en la filosofía constitucionalista, sino un tipo de sistema jurídico de constituciones largas, rígidas y garantizadas, lo que se conoce como el Estado Constitucional de Derecho, de esta manera se constituye el neoconstitucionalismo como un cierto tipo de sistema jurídico, un cierto tipo de paradigma y la indicación del derecho como debiera ser en razón del derecho que es, es decir, en razón de los principios y valores expresamente enunciados en la Constitución, que garantizan los derechos fundamentales, elementos que están incluidos y no son extraños a esta. Pero entonces ¿cuál es la diferencia con el constitucionalismo? , el constitucionalismo se limita a ser una postura dentro de la teoría constitucional, pero sin la pretensión de constituir en enfoque teórico que fundamente la validez del Derecho, lo que sí hace el neoconstitucionalismo, teniendo una tripartición de acuerdo a la explicación de Comanducci⁴⁵.

1.1. *Neoconstitucionalismo teórico*

Se centra en describir los logros del constitucionalismo frente al positivismo. En lo que respecta a sus partidarios, éste se debe a la transformación de los sistemas jurídicos contemporáneos en el despliegue del proceso de constitucionalización del Derecho, y consistente en una constitución “invasora”, producto de una positivización de un catálogo de derechos fundamentales, la omnipresencia de la constitución en principios y reglas, respecto a particularidades de la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, en comparación a la aplicación de la ley, propia del modelo positivista⁴⁶.

El mismo autor Comanducci reconoce como aportes del neoconstitucionalismo teórico al despliegue de la constitucionalización del derecho, descrita en la primera parte, y hace insostenibles aspectos del positivismo como el estatismo, legicentrismo y

⁴³ Referido anteriormente en el primer apartado de este artículo.

⁴⁴ POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre el neoconstitucionalismo. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. 1. p. 363-415.

⁴⁵ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

⁴⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

el formalismo interpretativo, originado en el siglo XIX y con vigencia durante la mitad del siglo XX, que lucen insostenibles en la actualidad. Por otra parte, dentro del mismo neoconstitucionalismo existen dos tendencias, una conservadora del positivismo y otra que sí admite un cambio radical con éste⁴⁷.

La primera admite el cambio del objeto de interpretación, es decir, incluye a los principios constitucionalizados, pero no admite un nuevo método de interpretación, es decir, que defiende el mantenimiento de una interpretación más o menos formalista y la otra posición, que se puede calificar de neoconstitucionalismo propiamente dicho, cuyo hilo conductor reposa en ese cambio de objeto de la investigación, ya que en virtud de haber este cambiado por un énfasis constitucional con todos sus aspectos, la metodología interpretativa no puede quedar incólume, es por eso que la argumentación en base a principios y el procedimiento de ponderación de autores como Dworkin y Alexy, son incluidos dentro de la corriente neoconstitucionalista.

1.2. *Neoconstitucionalismo ideológico*

Es una ampliación del constitucionalismo, porque no solo describe y ratifica sus elementos ya referidos, sino que los defiende y profundiza, es por eso que no se queda en la limitación de los poderes del Estado, sino en la garantía de los derechos fundamentales, dejando de ver al Estado únicamente como temor, sino como una impregnación de la democracia y sus derechos, es por ello que el neoconstitucionalismo genera y se inspira a la vez en la idea del Estado Constitucional y Democrático de derecho, presente en muchas constituciones democráticas contemporáneas del mundo occidental.

En ese sentido se centra en los mecanismos institucionales para tutelar los derechos fundamentales y del centro a la ley, propia del positivismo, se desplaza al respeto a las leyes que se encuentran conforme a la Constitución y se expande más aún en promover la actuación de las reglas y decisiones del poder legislativo y judicial conforme a la constitución lo que se denomina un "constitucionalismo de reglas"⁴⁸.

El neoconstitucionalismo se afianza en las ideas de Dworkin, Alexy, entre otros, que sostienen una especificidad de la interpretación y de la aplicación de la Constitución, distinta a la de la ley, porque su objeto de análisis es la constitución.

1.3. *Neoconstitucionalismo metodológico*

Para describirlo es menester diferenciarlo del positivismo metodológico que presenta los siguientes elementos, 1) Distinción entre el derecho que es y el que deber

⁴⁷ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

⁴⁸ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

ser y 2) La no relación necesaria entre derecho y moral. El neoconstitucionalismo metodológico sostiene, por el contrario, sobre todo con respecto al derecho constitucionalizado, los principios y derechos fundamentales como un puente entre derecho y moral, es la tesis que justifica esta relación mediante la importancia de los principios y los derechos constitucionales (derecho como debería ser) sobre las reglas (derecho como es).

El fundamento es el Estado Constitucional de Derecho, que a juicio de Prieto Sanchís⁴⁹ tiene como elementos característicos lo señalado por Guastini, aspectos de la constitucionalización del Derecho y Zagrebelsky⁵⁰ sobre una superación del Estado de legalidad por la sujeción de la ley a la norma de mayor jerarquía o Constitución.

2. Aspectos esenciales

En esta parte en primer lugar, se expresarán algunos aspectos fundamentales del neoconstitucionalismo y en segundo lugar se profundizará sobre otros rasgos de esta postura. Se advierte un consenso en los doctrinarios constitucionalistas sobre los caracteres fundamentales del neoconstitucionalismo, como cláusulas fundamentales que establecen derechos y las garantías para ejercerlos; la existencia de un orden de valores, cuya obligatoriedad y aplicación es distinto a la de las reglas.

En palabras de Cárdenas Gracia⁵¹, implica que la Constitución no es un “catecismo político” o un código moral dirigido al legislador virtuoso, al buen legislador, sino que es una norma que prescribe que la realidad debe sujetarse a lo que ella establece y además que es la norma suprema y es por ello que condiciona la validez de los demás elementos del sistema jurídico y es un criterio de interpretación prioritario frente a éstos.

Es de aplicación directa, no necesita de la mediación de una ley para imponer su fuerza vinculante, en la medida que sus preceptos sean relevantes en cualquier proceso. La Constitución expresa comprende un orden social necesario, expresado mediante los valores y derechos preestablecidos. Esto hace que se abandone el esquema lógico deductivo de mera argumentación formal expresada por el positivismo y se desplace hacia una argumentación basada en la proporcionalidad, en la ponderación, contenidos esenciales, entre otros, lo que no significa para nada una justificación de una decisión discrecional sino de tintes demostrativos, expresando que es la constitución que prescribe en ese caso según su plexo axiológico contenido en valores, principios y reglas, evidenciando un mayor esfuerzo de justificación por parte del juez⁵².

⁴⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 5, p. 201-228, 2001.

⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 2005.

⁵¹ CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. **La argumentación como Derecho**. México: UNAM, 2018.

⁵² GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.). **Controversias constitucionales**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009 y

Esa predeterminación axiológica crea una necesidad que genera un máximo tribunal, aplicador e intérprete de la Constitución, que se irradia a todo el sistema judicial, a través de tres grupos de decisiones principales: a) declarando la nulidad de una norma por inconstitucional; b) aceptando por vía excepcional en aras de la misma constitución la no aplicación de ciertas normas al caso concreto, c) resolviendo con pretensiones de objetividad conflictos entre derechos y principios constitucionales en un caso concreto. La garantía judicial de la constitución ejercida por tribunales especiales u ordinarios mediante controles previos o posteriores, abstractos o concretos⁵³ a normas y demás actos de los órganos del poder público⁵⁴.

Lo anterior lleva a concebir a los tribunales o cortes constitucionales en suprainstancias judiciales de revisión, pudiendo esto considerarse como un desbordamiento de sus atribuciones pero que se justifican bajo el fundamento de poner en armonía con la Constitución, las decisiones de los tribunales inferiores. Esta es la posición de García Amado⁵⁵ que destaca entre los elementos del neoconstitucionalismo la relevancia de los tribunales constitucionales: su denso contenido normativo que regula las relaciones de los ciudadanos con los órganos de poder y así mismo las regulaciones que nacen de la Constitución en las relaciones horizontales de derecho privado, lo que explica la expansión del constitucionalismo a todas las ramas del Derecho, rasgo también importante del neoconstitucionalismo; la rigidez constitucional, cuya razón explica Prieto Sanchís⁵⁶, por cuanto el constitucionalismo, fundamento del neoconstitucionalismo, se hace más fuerte mientras más dificultoso sea la alteración del texto, es decir, sea menos accesible a las mayorías legislativas⁵⁷.

Profundizando sobre los rasgos del neoconstitucionalismo, se abundará sobre su concepción de principios, las particularidades de la justicia constitucional, el fundamento de protección de los derechos humanos y muy relacionado con este, la apuesta por una crítica o valoración (no neutralidad) del derecho.

CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. **La argumentación como Derecho**. México: UNAM, 2018.

⁵³ Para abundar sobre estos tipos de controles se sugiere consultar: AMAYA, Jorge Alejandro. *Control de Constitucionalidad*. Bogotá-Buenos Aires. Astrea. 593p. 2015.

⁵⁴ CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. **La argumentación como Derecho**. México: UNAM, 2018.

⁵⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.). **Controversias constitucionales**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

⁵⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 5, p. 201-228, 2001.

⁵⁷ Según Prieto Sanchís, una constitución rígida, más complicada para su enmienda o reforma que requiera mayorías calificadas o convocatoria popular mediante sufragio, se hace inaccesible a las mayorías parlamentarias, a los cambios fáciles, lo que la consolida en sus valores, principios y reglas, dependiendo la aplicación de los mismos de los tribunales constitucionales garantes de los derechos de las minorías en una democracia. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 5, p. 201-228, 2001.

3. Los principios neoconstitucionalistas frente a los principios romanistas

Una contribución importante a los aspectos del neoconstitucionalismo no es solo la relevancia a los principios constitucionales sino también a su diferenciación con los principios tradicionales romanistas, tal como lo señala Portela⁵⁸, distinción que se resume en este cuadro:

Cuadro N° 1: Principios de diferenciación con los principios tradicionales romanistas⁵⁹

Principios neoconstitucionalistas	Principios romanistas “ <i>principia juris</i> ”
De naturaleza política-jurídica, son más abstractos que concretos	Son abstractos pero su fin es funcionar en el contexto del caso, siempre dan una pauta de solución.
Están en el texto legal (sin texto no hay principios)	No siempre forman parte de un texto legal.
El autor es el legislador positivo que les da vida	Son anónimos y forman parte de la sabiduría jurídica universal.
Conquistas propias de los sistemas democráticos	Son de naturaleza neutral.
El rol principal es el juez	Utilizado por legisladores, jueces, científicos del derecho, tienen un campo más amplio
Nacen del derecho constitucional y público y de allí se expanden a todo el sistema jurídico.	Se aplican a todas las ramas del derecho

Portella destaca la importancia de esta distinción porque deriva en la valoración de la importancia o no de los principios neoconstitucionalistas. Esta renaturalización de la constitución o influencia de la moral, lo explica Prieto Sanchís como una interiorización de la moral en el Derecho, ya la moral no entra en conflicto con el derecho, sino que forma parte de este, es como una concesión o reconocimiento a la doctrina iusnaturalista, es decir, al reconocimiento de los derechos naturales, y esto es así porque no solo la Constitución establece atribuciones, procedimientos y sanciones que regulan sino también normas sustantivas que establecen que pueden hacer y no hacer estos, es decir, no solo quién y cómo manda, sino que se manda y determina qué debe

⁵⁸ PORTELLA, Jorge Guillermo. Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. *Dikaion*, año 23, n. 18, p. 33-54, 2009.

⁵⁹ PORTELLA, Jorge Guillermo. Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. *Dikaion*, año 23, n. 18, p. 33-54, 2009.

mandarse, esto se ve plasmado en los valores superiores, en los principios y sobre todo en los derechos establecidos en la Constitución que tienen resonancia en todo el ordenamiento jurídico.

4. Las particularidades de una justicia constitucional desde el neoconstitucionalismo

Se precisa en los siguientes caracteres⁶⁰ la evidencia de un desplazamiento del control Constitucional concentrado a control difuso, es decir, a control por parte de los jueces ordinarios, que ha contribuido a una transversalización del derecho constitucional a otras ramas del derecho. Es decir, se hace mixto, sin desmedro de la importancia del tribunal constitucional como máximo intérprete de la constitución y protagonista del control judicial de las leyes.

Ya los valores, principios y derechos constitucionales no son solo fundamento de validez de las leyes, sino parámetros de aplicación o desaplicación del derecho a un caso concreto. Las decisiones tradicionales del modelo de control constitucional concentrado, no se limitan a declarar nula una ley por inconformidad con la constitución, ni a ratificar su validez por su conformidad, sino a "legislar", es decir, pasa a ser legislador positivo, mediante las sentencias intermedias⁶¹, es decir, aquellas que pueden modificar una ley o su sentido, o declarar inconstitucional algún sentido de la constitución y ratificar la conformidad de otros, como las sentencias aditivas las cuales, conforme a Prieto Sanchís tiene efectos positivos:

...las sentencias aditivas o manipulativas suponen una legislación claramente positiva en la medida en que extienden una disciplina normativa a favor de personas o supuestos inicialmente no contemplados en la norma. Herramienta fundamental al servicio del principio de igualdad, estas sentencias, con todas las limitaciones que se quiera, suponen una peculiar modalidad judicial de colmar las lagunas u omisiones legislativas; y, por cierto, no veo ninguna dificultad para que esta técnica, tal vez bajo los ropajes del

⁶⁰ Para mayor abundamiento al respecto véase: GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Revista Juris*, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011, y PRIETO SANCHÍS, Luís. Neoconstitucionalismo y positivismo. *Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho*, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016. p. 267.

⁶¹ Sobre las sentencias aditivas o intermedias en general consultar AJA, E. Y GONZÁLEZ, M. Conclusiones sobre las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual. In: AJA, Eliseo (Coord.). **Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual**. Compendio. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 257-291, y CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. La legitimidad de las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales: remedios para el *horror vacui*. **Cuestiones Jurídicas. Revista de la Universidad Rafael Urdaneta**. Maracaibo, v. II, n. 1, p. 65-84, ene./jun. 2008; CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. **La creación normativa de los Tribunales Constitucionales**. Referencias a Venezuela. Maracaibo: Universidad del Zulia-Editiones vicerrectorado académico, 2011.

*argumento analógico, sea usada por el juez ordinario en aplicación directa del principio de igualdad*⁶².

La ponderación como una labor propia de los jueces, quienes centran sus decisiones en imponer un principio sobre otros para reconocer o no un derecho o dictan una decisión de equilibrio de reconocimiento de los principios en juego en una relación jurídica.

5. La protección de los derechos humanos como una de las bases del neoconstitucionalismo

Citando a Gil Rendón⁶³, en efecto el eje fundamental sobre el que gira el neoconstitucionalismo es la importancia de los derechos humanos, su fundamento histórico, conceptual y contextual, basado en la dignidad de la persona, su bienestar y calidad de la vida. Se expresa en el *"in dubio pro homine"* lo cual se ha evidenciado de la necesidad y el establecimiento del Estado social de Derecho, la interdependencia de los derechos humanos, su eficacia y protección a través de la normativa constitucional que cobije a su vez la normativa orgánica y sustancial aplicada a través de la justicia constitucional.

Sus tres componentes filosóficos conforme a García Amado⁶⁴, se centra en: objetivismo, cognitivismo y elitismo. Desde el nivel ontológico, el objetivismo, por cuanto precisa un orden de valores, un sistema moral objetivo y aplicable, que dirime las controversias jurídicas, a pesar de los enunciados constitucionales que pueden ser calificados como indeterminados semántica, sintáctica y pragmáticamente. En el nivel epistemológico el cognitivismo, que estriba en que las soluciones basadas en el sistema axiológico establecido en la constitución, pueden ser aprehendidas por los jueces y por ello aplicarlas adecuadamente. Y en lo político y social el elitismo, que resalta precisamente el rol del tribunal constitucional y los jueces constitucionales en general, como consecuencia de lo anterior, por lo cual tienen el privilegio político (legitimidad) de poder corregir al legislador, excepcionando la ley y justificando en algunos casos decisiones *contra legem* en aras de la supremacía constitucional (*pro constitutione*), porque son decisiones basadas en valores, principios y derechos constitucionales, los valores que forman el núcleo metafísico de la Constitución y de los que conocen los jueces mejor que nadie y mejor que el pueblo y que el legislador representa⁶⁵.

⁶² PRIETO SANCHÍS, Luís. Neoconstitucionalismo y positivismo. *Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho*, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016. p. 267.

⁶³ GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Revista Juris*, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011.

⁶⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.). *Controversias constitucionales*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

⁶⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.). *Controversias constitucionales*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

6. Sobre la no neutralidad del Derecho

Deriva en una teoría jurídica normativa, no solo descriptiva sino crítica y no neutral a la vez, que no solo corrige el Estado de Derecho sino la idea de democracia que absolutiza la “regla de la mayoría”, que incluye también la protección de los derechos humanos, no solo los de libertad, sino los sociales, económicos y culturales⁶⁶.

Lo que para algunos autores esta valoración del neoconstitucionalismo puede ser un defecto, explicado por Cárdenas Gracia es una virtud, ya que corrige la “asepsia positivista” basada en la neutralidad: “Una teoría neutral conduce a la parálisis del Derecho, garantiza el *statu quo* y es incompatible con un sistema jurídico orientado hacia la preservación y garantía de los derechos humanos”⁶⁷, cuestión similar a lo que plantea Gil Rendon⁶⁸, ya que gracias a esa toma de posición del neoconstitucionalismo por los valores, principios, la dignidad humana, en fin, por los derechos humanos es lo que impediría volver a un positivismo que abrigó casos de injusticia extrema como las propias del Derecho nazi, teniendo que desde el mismo positivismo admitir su error al reconocer que una norma basada que contenga la injusticia extrema⁶⁹ no podrá ser derecho válido.

III. APORTES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO AL DERECHO EN GENERAL Y AL DERECHO CONSTITUCIONAL

Seguidamente se valorará el neoconstitucionalismo, ya planteado en sus cuestiones fundamentales, para lo cual se abundará en primer lugar sobre sus aportes y por último, las críticas. En lo que respecta a los aportes del neoconstitucionalismo es importante señalar a Atienza que a pesar de que no se identifica como partidario de esta corriente si afirma que está de acuerdo con algunos elementos que podemos relacionar con el neoconstitucionalismo, cuando expresa:

...el tipo de teoría del Derecho que yo defiendo es: 1) constitucionalista, 2) no positivista, 3) basada en la unidad de la razón práctica, lo que supone negar que pueda trazarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre el Derecho y la moral, 4) que defiende un objetivismo moral mínimo, 5) reconoce la importancia de los principios

⁶⁶ CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. **La argumentación como Derecho**. México: UNAM, 2018.

⁶⁷ CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. **La argumentación como Derecho**. México: UNAM, 2018. p. 42.

⁶⁸ GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. **Revista Juris**, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011.

⁶⁹ Frase muy significativa atribuida al autor positivista Gustav Radbruch al analizar las leyes inicuas establecidas al régimen de Hitler (para mayor abundamiento al respecto consultar PAULSON, Stanley. **La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch**. Madrid: Marcial Pons, 2019).

y 6) de la ponderación, así como 7) el papel activo de la jurisdicción, y 8) subraya el carácter argumentativo del Derecho⁷⁰.

El neoconstitucionalismo entonces es razonable por apostar a una relevancia de la función jurisdiccional de la Constitución, incluir la importancia de los principios en la concepción y aplicación de la misma y los derechos que consagra y el carácter argumentativo en la aplicación del Derecho, para lo cual el positivismo constitucional se hace insuficiente. Ahondando sobre los aportes, se tiene:

1. Necesidad ante la insuficiencia del positivismo en las sociedades actuales

Qué es lo que justificó su origen o génesis⁷¹, por lo tanto va más allá de una mera superación o evolución del constitucionalismo tradicional, es una concepción que impacta una nueva forma de derecho. La cual se basa en la constitución como base o centro de todo el sistema jurídico, pero bajo una visión distinta, pensada en términos de principios y directrices que se interpretan bajo la categoría: la ponderación, dejando de lado los métodos tradicionales de aplicación del Derecho.

2. Se justifica por la pluralidad de nuestras sociedades

La Constitución es siempre omnipotente frente a cualquier análisis y todas las normas u ordenamientos se sujetan al parámetro de la Constitución, es el centro de donde todo emana y converge y en esa preponderancia de la carta magna el juez juega un papel activo y crítico, dejando de lado su papel de servilismo frente a la ley⁷². Lo cual es necesario, porque el Derecho bajo el constitucionalismo no se concibe bajo un esquema homogéneo de sociedad, sino por el contrario, heterogéneo y plural, pudiendo servir a valores diferentes e incluso opuestos, porque parte de un concepto de soberanía de una sociedad abierta y plural.

Le toca al órgano judicial por consiguiente armonizar esos valores y principios en juego, todos vigentes, pero que además deben prevalecer mediante la ponderación en una decisión sobre una relación jurídica concreta o cuando se realiza el control jurisdiccional de leyes, normas sub legales y demás actuaciones del Estado.

⁷⁰ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional*, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014. p. 11.

⁷¹ Tal como se expuso en el punto II.1 de este artículo, cuestión relacionada con las limitaciones del positivismo como teoría del Derecho y en el ámbito constitucional: posibilidad de aplicar leyes injustas, insuficiencia de los métodos tradicionales de aplicación del Derecho, resistencia de aceptar los principios constitucionales por el rechazo a la vinculación entre derecho y moral, necesidad de la aplicación de la ponderación para resolver conflictos constitucionales, entre otros.

⁷² COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

3. Su función ordenadora en los sistemas jurídicos actuales

Zagrebelsky⁷³ también desarrolla el Estado Constitucional de Derecho, como una forma de profundizar el Estado de Derecho, consiste en el perfeccionamiento del gobierno de los hombres por el gobierno de leyes, donde la ley por primera vez está subordinada, sujeta a conformidad a un nivel más alto de derecho, previsto en la Constitución. Del Estado Constitucional del Derecho que se puede adjudicar al neoconstitucionalismo puesto que tiene uno de sus rasgos esenciales, la desestimación de la ley en favor de la primacía de la Constitución.

En efecto, para el autor italiano uno de los grandes problemas jurídicos en la actualidad es la del “legislador motorizado” que genera un exceso de leyes que producen una heterogeneidad en el sistema jurídico que puede tener consecuencias negativas por la indeterminación del Derecho, de allí la importancia de los valores y principios fundamentales constitucionales como una instancia superior unificadora del sistema jurídico.

La heterogeneidad es inevitable dado el pluralismo jurídico a diferentes niveles territoriales de leyes, como en los procesos de descentralización política y jurídica, lo cual puede traer distintas presiones sociales para imponer una ley sobre otra, por lo cual la ley ya no zanja un conflicto, sino que lo continúa. De allí la necesidad de unificación de criterios que deben realizar las fuentes constitucionales. Y esta labor la realizan los tribunales constitucionales.

No obstante, en este rasgo de unificación Zagrebelsky⁷⁴ se modera y reconoce que no se puede lograr mediante una constitución invasora que se aplique de arriba hacia abajo lo cual sería errado y no es un elemento del Estado constitucional, sostiene que es una unificación constitucional impropia a su entender, ya que reconoce las distintas ramas jurídicas, pero unificadas en los valores y principios constitucionales, es por eso que en esta “unificación” apuesta a un derecho dúctil, donde no se absolutiza ningún tipo de valor, por la complejidad del derecho de nuestras sociedades, sino una flexibilidad de valores y principios todos vigentes cuya aplicación dependerá de acuerdo a la consideración de cada caso concreto.

4. Rematerialización, constitución o influencia de la moral

Esto lo explica Prieto Sanchís⁷⁵ como una interiorización de la moral en el Derecho, ya la moral no entra en conflicto con el derecho, sino que forma parte de éste, es como una concesión o reconocimiento a la doctrina iusnaturalista, y esto es así porque

⁷³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 2005.

⁷⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 2005.

⁷⁵ PRIETO SANCHÍS, Luís. Neoconstitucionalismo y positivismo. **Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho**, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016.

la Constitución prevé no sólo atribuciones, procedimientos y sanciones de los órganos del poder público, sino también normas sustantivas que establecen que pueden hacer y no hacer estos, es decir, sino quien y como manda, sino que se manda y que debe mandarse⁷⁶, esto se ve plasmado en los valores superiores, en los principios y sobre todo en los derechos establecidos en la Constitución que tienen resonancia en todo el ordenamiento jurídico.

5. Conduce a una Filosofía Política que puede ser razonable

El neoconstitucionalismo se deriva de él una filosofía política democrática lo cual es positivo, en el sentido de que es loable que en una sociedad política está constituida por un Estado de Derecho, se garantice la supremacía de la Constitución, la división de los poderes, el control judicial sobre estos y la nulidad de sus actuaciones cuando vulneren la norma fundamental y los valores, principios y derechos previstos constitucionalmente se hagan prevalecer⁷⁷.

IV. CRÍTICAS NEOCONSTITUCIONALISMO

1. Genera la aplicación de una “constitución invasora”

El neoconstitucionalismo destaca logros del constitucionalismo frente al positivismo en lo que respecta a lo que es para sus partidarios la transformación de los sistemas jurídicos contemporáneos en el despliegue del proceso de constitucionalización del Derecho, consistente en: una constitución “invasora”⁷⁸, positivización de un catálogo de derechos fundamentales, la omnipresencia de la constitución en principios y reglas y respecto a particularidades de la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, en comparación a la aplicación de la ley, propia del modelo positivista⁷⁹. Cuando se señala este adjetivo de “Constitución invasora” es basado en que esta corriente se fundamenta en un despliegue excesivo de la Constitución, que afecta los ámbitos de otras ramas del derecho positivo, que si bien es cierto, deben estar conformes a la Constitución, también es cierto que las particularidades de cada esfera de derecho, con sus propios principios, deben también considerarse y al llevar a la práctica

⁷⁶ Tal como fue indicado en el punto II.3 sobre el análisis de los principios neoconstitucionalistas frente a los principios romanistas.

⁷⁷ PRIETO SANCHÍS, Luís. Neoconstitucionalismo y positivismo. *Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho*, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016.

⁷⁸ Ya anticipado en el punto 2.1. Neoconstitucionalismo teórico.

⁷⁹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

esta expansión constitucional, se produce entonces una actividad de los tribunales constitucionales también excesiva frente a los otros poderes.

2. Constitucionalismo sin límites

Lo explica Atienza⁸⁰ cuando señala que si bien es cierto que la corriente neoconstitucionalista hay que entenderla como una reacción contra el positivismo jurídico, contra una visión del Derecho que pone el foco en las reglas, en la positividad, en los formalismos y descuidando la justicia, también es cierto que lleva al extremo esa posición crítica y no reconoce los aportes del legalismo.

Caen también en una visión unidimensional del derecho como la adjudicada al positivismo (sólo normas) porque prevalecen solo los valores. Actitud ingenua pensando que los valores propios de un Estado Constitucionalizado pueden alcanzarse sin necesidad de someterse a los límites que impone el sistema de derecho positivo. Ignoran, a juicio del autor español, la utilidad de la legalidad como condición de posibilidad para que pueda desarrollarse el valor de la autonomía o división de poderes.

3. Fomenta la indeterminación en el derecho

En lo que respecta a realzar los valores y principios constitucionales puede encontrar una justificación *ex post* para sus propias decisiones, pero esto puede contribuir a la indeterminación del Derecho, es decir a la inseguridad jurídica, por tres razones⁸¹:

Porque una de las características más comunes de las normas que están configuradas como principios es vaguedad respecto a las otras normas, y por tanto ésta característica aumenta en vez de reducir la indeterminación *ex ante*, sino que, por el contrario, la aumenta, o sea que prácticamente anula la predeterminación del derecho, eje fundamental de la seguridad jurídica, conforme a este autor. Porque, en consecuencia, la creación y configuración de principios, a falta de una moral común u objetiva, aumenta la discrecionalidad de jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a las propias, subjetivas, concepciones de la justicia, y también esto, naturalmente, aumenta la indeterminación *ex ante*.

Y por último la especial manera de aplicar las normas configuradas como principios, bajo la forma de ponderación de principios según el caso en particular y por falta de una jerarquía estable entre los mismos, fomenta la discrecionalidad de los jueces,

⁸⁰ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional*, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

⁸¹ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional*, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

es decir la indeterminación *ex ante*. Que según Atienza⁸², tal como se indicó, debe preservarse en aras de la seguridad jurídica. Cuestión última en la que coincide Pietro Sanchís⁸³ en algunas de las críticas esgrimidas contra el neoconstitucionalismo, puesto que deriva en un subjetivismo, dado el gran abanico de valores, principios y derechos que deben interpretarse a partir de fórmulas vagas, abriendo la puerta a la influencia ideológica, moral, de cada juez que aplique la constitución.

4. Evidencia una sobreinterpretación constitucional y excesiva responsabilidad de los jueces

Apunta a una deliberada sobreinterpretación constitucional o dogmática constitucional, que no va en casos relacionada con los esfuerzos de la parte orgánica de la misma en establecer y limitar las atribuciones de cada poder público. Y la excesiva entrega y responsabilidad de poder a los jueces para que dicten sus fallos, más allá de lo estipulado por el órgano constituyente y en muchas decisiones se le exige demasiado al estado para que cumpla cada sentencia, cuando son cuestiones que dependen de la disponibilidad económica⁸⁴. Es el activismo judicial criticado desde décadas por muchos autores, entre ellos Prieto Sanchís 2016, ya que la mayor actividad del poder judicial, su aparente preponderancia frente a otros poderes en asuntos políticos y sociales, puede ir en desmedro de las funciones del poder legislativo y el poder ejecutivo.

5. Extensión desmesurada del control difuso de la Constitucionalidad

Es la propuesta teórica que vinculada al Control difuso de la Constitucionalidad, que la extiende más allá de lo previsto por el constitucionalismo y que puede traer perjuicios como señala Petro González⁸⁵; en efecto, el control difuso deja de ser razonable por la necesidad de la especialidad de los distintos jueces en cada rama del Derecho, así como existen jueces laborales, penales, civiles, entre otros, deben existir los jueces constitucionales. Y esto es así, porque la Constitución tiene un valor fundamental en el Estado social de derecho, razón por la cual no se debe confiar en jueces ordinarios no preparados para esta labor, lo que puede derivar en el riesgo de establecer criterios contradictorios en distintas jurisdicciones sobre la constitucionalidad o no de una ley.

⁸² ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da jurisdição constitucional**, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

⁸³ PRIETO SANCHÍS, Luís. Neoconstitucionalismo y positivismo. **Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho**, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016.

⁸⁴ ORTEGA GARCÍA, Ramón. La constitucionalización del derecho en México. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, v. 17, p. 601-646, mayo/ago. 2013.

⁸⁵ PETRO GONZÁLEZ, Ingrid Regina. El juez en el neoconstitucionalismo y su papel en el sistema de control difuso de constitucionalidad en Colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, Cartagena, v. VIII, n. 16, p.125-134, jul./dic. 2016.

En virtud de las afirmaciones sobre los excesos del neoconstitucionalismo y al mismo tiempo, el reconocimiento en parte de sus aportes, por las limitaciones positivistas, varias propuestas se enuncian dentro de la teoría constitucional con implicaciones en la teoría del derecho, consistente en las alternativas frente al positivismo constitucional y al iusnaturalismo.

V. ALTERNATIVAS

1. El Constitucionalismo postpositivista

Uno de los autores más prominentes que apuesta a esta teoría es Atienza que parte de los defectos del positivismo y el neoconstitucionalismo. En efecto, el positivismo constitucional es excesivamente formalista, se base únicamente en el texto de la ley, demeritando la importancia de los fines y valores tan importantes para la generación de una decisión justa⁸⁶. Esto es como consecuencia de estar en contra de la relación entre derecho y moral y por ende en rechazar la moral absoluta.

El neoconstitucionalismo apunta a un activismo judicial porque aplica casi de manera absoluta los valores y principios e ignora las reglas, despojándose de cualquier elemento de formalismo, sobre el activismo judicial que puede adjudicarse a la aplicación del neoconstitucionalismo se afirma: “El activista es el que no tiene en cuenta los límites del Derecho, actúa como si el Derecho no fuera para él una práctica autoritativa, como si los materiales jurídicos no fijaran ciertos límites, dentro de los cuales él debe permanecer porque, de otra manera, ya no estaría jugando al juego del Derecho, lo que significa que estaría poniendo en riesgo valores esenciales del Derecho (del Derecho del Estado constitucional) que no son puramente formales: no lo son porque –como antes decía- suponen condiciones para que puedan darse los otros, los valores materiales”⁸⁷.

Atienza⁸⁸ propone superar estos excesos y esgrime que la base del Estado Constitucional del Derecho no es ni un rechazo absoluto a las reglas, ni tampoco a los principios y para ello es coherente con su propuesta de concebir al derecho o su aplicación con una práctica argumentativa, donde las reglas y los principios son tomados en cuenta. El positivismo no toma en cuenta la teoría de la argumentación por basarse

⁸⁶ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da jurisdição constitucional**, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

⁸⁷ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da jurisdição constitucional**, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

⁸⁸ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da jurisdição constitucional**, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

únicamente en la subsunción y está limitado por el Estado legal del derecho⁸⁹, pero que apuesta a una argumentación no significa según el autor que está a favor del activismo judicial, como ya se indicó, sino: "...que se toma en serio la obligación de fundamentar sus decisiones y, por ello, acepta también la existencia de ciertos límites: los que marcan la diferencia entre lo que es y lo que no es argumentable en el Derecho"⁹⁰.

Para los autores neoconstitucionalistas el Estado Constitucional se basa únicamente en valores y principios⁹¹ y como consecuencia únicamente en una argumentación sin límites, cuando en muchos casos, las reglas son perfectamente claras para adjudicar derechos en una relación jurídica concreta, por lo cual la subsunción puede ser aplicable.

El Postpositivismo constitucionalista argumenta, pero sin ignorar la necesidad de las formalidades o reglas en muchos casos y sin caer en los excesos del neoconstitucionalismo del activismo judicial y la falta de límites de las decisiones judiciales. La argumentación que plantea Atienza en su propuesta es por ello, razonable y verificable y concluye: "...la única concepción que puede ofrecer una guía al jurista que se mueve en el contexto de los Derechos del Estado constitucional es el constitucionalismo no positivista, que evita los errores o las exageraciones de las dos anteriores doctrinas y ofrece un modelo no unilateral y suficientemente complejo del Derecho"⁹², es decir, que incluye el aspecto formal de las reglas y los fines y valores de la argumentación.

2. El razonamiento Principialista

Esta postura es defendida por Estrada Vélez⁹³, quien afirma que el razonamiento fundamentado en los principios constitucionales tienen primacía sobre las normas, lo cual es más cónsono con el Estado Social de Derecho, por ello hay que dejar la posición de un estado de derecho positivista, decimonónica, de demeritar la vinculación derecho y moral, excluir la ideología del derecho constitucional, para lo cual se hace necesario actualizar los programas de derecho que fomenten esta forma de razonar que supera los principios generales del Derecho, que son una fuente auxiliar del Derecho y no principal en muchos casos como debe ser en un Estado Constitución y social de Derecho.

⁸⁹ Estado legal: refleja el absolutismo de la ley, expresión del Estado liberal conforme a LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos. Del Estado liberal al Estado constitucional: implicaciones en la comprensión de la dignidad humana. *Dikaion*, año 23, n. 18, p. 247-267, dic. 2009.

⁹⁰ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional*, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014. p. 21.

⁹¹ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional*, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014. p. 23.

⁹² ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional*, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014. p. 23.

⁹³ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. El neoconstitucionalismo principialista en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*. Bogotá, v. XII, n. 33, p. 27-42, 2014.

3. El Constitucionalismo garantista o positivismo reforzado

Desarrollado por Ferrajoli⁹⁴, en primer lugar expresa el planteamiento del neoconstitucionalismo, que a su parecer tiene mucha relación con el jusnaturalismo y el realismo jurídico, en el sentido de que se constituye en un constitucionalismo principialista, que comprende la relación entre derecho y moral, que condiciona la validez y la aplicación del derecho y así mismo confunde la validez con la efectividad del derecho, por cuanto termina definiendo al derecho como una práctica social, como una determinación por parte de los tribunales, dejando de lado la validez formal, que guarda una vinculación legítima entre democracia y derecho.

Es por eso que plantea el constitucionalismo garantista, rescatando la idea de un positivismo pero no absolutamente desprovisto de principios ni de aspectos valorativos, estos deben estar, pero cimentados en las normas constitucionales, limitando de esta manera el derecho como hecho del juez y manteniendo la validez del mismo surgida de la constitución y de las leyes, esta última como derivación del poder constituido habilitado por la democracia, pero en sujeción con la Constitución o norma suprema, que garantiza los derechos humanos, pero por un cauce que debe estar sometido a reglas, por ello reitera una propuesta principialista ajustada a la norma constitucional y no derivada del juez.

Ferrajoli⁹⁵ esgrime su posición de constitucionalismo garantista como un argumento que él denomina de predominio positivista, pero no absoluto, porque comprende los principios constitucionales pero sin obviar la fortaleza de las normas en los sistemas jurídicos y de su aplicación mediante la subsunción. Ferrajoli argumenta que esto no es solo un problema de los jueces, que puedan caer en el constitucionalismo principialista al cual le endilga los mismos defectos del neoconstitucionalismo o mejor dicho, lo asimila a este, es importante minimizar la inflación legislativa o exceso de leyes y las reglas vagas e indeterminadas que fomentan la discrecionalidad y por ende el activismo judicial, aunque también admite que esto sería en cierta medida inevitable con todo y los correctivos sugeridos, por ello es necesario reforzar el constitucionalismo mediante el positivismo pero no de modo absoluto, por eso lo denomina constitucionalismo garantista y no positivista, en el cual destaca el papel de las normas, pero sin negar de manera total los principios constitucionales que sí deben ser considerados únicamente cuando sean contrariados por las normas y mediante una labor restringida del juez, centradas en el legislador negativo, eliminar la ley solo cuando va en contra del deber ser previsto en la constitución.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista. **DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 34, p. 15-53, 2011.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista. **DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 34, p. 15-53, 2011.

4. Positivismo neoconstitucionalista

Pozzolo⁹⁶ también plantea una postura dada las críticas al positivismo constitucional y al neoconstitucionalismo, pero no anulándolos, sino complementando, es decir, similar a la posición de Atienza anteriormente, es por ello que expone la solución de las contradicciones entre jusnaturalismo frente al positivismo, decantándose por un “Positivismo neoconstitucionalista” o positivismo incluyente. Lo que constituye una tercera vía en la cual convergen tanto positivista como neoconstitucionalistas no radicales.

Consciente de la crisis de las democracias para salvaguardar los derechos humanos, la insuficiencia del legislador negativo, para solucionar las exigencias actuales de implementar nuevos derechos, pero al mismo tiempo, claros en los riesgos de un abuso en la proliferación de interpretaciones y la sustitución del poder legislativo por el poder judicial, siendo una solución que también puede acentuar las crisis de las democracias.

Este planteamiento ecléctico y equilibrado destaca en varios elementos:

- 1) Aceptan la distinción de Dworkin entre reglas y principios, desde una perspectiva donde se interprete por valores, pero que estos no son factores extra constitucionales sino plenamente constitucionales.
- 2) El derecho se debe conocer con base a ciertos fines que plantean las normas: “Se colocan en la óptica de ofrecer instrumentos, justificaciones y métodos a los intérpretes a la luz de ciertos fines. Se trata de doctrinas normativas, de propuestas sobre política del derecho, con fines (diversamente eficaces o ineficaces) declaradamente anti despóticos y garantistas”⁹⁷.
- 3) La constitución extensa sostenida por los neoconstitucionalistas y varias veces justificada cobra sentido para tratar de mantener la interpretación con base a normas y al mismo tiempo garantizar la implementación de derechos.
- 4) Finalmente en cuanto a esta propuesta, destaca Pozzolo⁹⁸ que otro aspecto fundamental en la coincidencia entre iusnaturalistas y positivistas constitucionalistas, porque consideran que tanto porque los valores y principios constitucionales están constitucionalizados, establecidos positivamente y la actitud del juez de declarar una ley inconstitucional se basa en un examen de contraste o cognición que no comprende una apelación a aspectos externos del sistema jurídico, sino por el contrario a aspectos del mismo ordenamiento jurídico, lo que comprende un reconocimiento de ambas corrientes

⁹⁶ POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre el neoconstitucionalismo. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. 1. p. 363-415.

⁹⁷ POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre el neoconstitucionalismo. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. 1. p. 394.

⁹⁸ POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre el neoconstitucionalismo. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. 1. p. 363-415.

en sus variantes no extremas desde el formalismo y desde el aspecto axiológico, tal como sugiere Atienza (2014), presente en los valores y principios constitucionales.

VI. CONCLUSIONES

Luego de este recorrido por la postura neoconstitucionalista, partiendo de su análisis, consideraciones valorativas, críticas y reconocimiento de sus aportes, se concluye lo siguiente:

- 1) El neoconstitucionalismo cada vez se hace más real no solo dentro de la teoría constitucional, sino que sus implicaciones se expanden a todo el derecho mediante el mandato constitucional.
- 2) La constitucionalización del derecho y el Estado Constitucional de Derecho, las dos caras de una misma moneda, una por ser referido a las situaciones históricas y la otra por su significación argumentativa y teórica sobre la relevancia de la Constitución sobre la ley, abrieron el paso hacia el neoconstitucionalismo.
- 3) El neoconstitucionalismo partiendo de los argumentos iusnaturalistas, el Estado Constitucional de Derecho, la falta de vigencia de los Derechos humanos, reconstruye una práctica con pretensiones teóricas que ratifica la constitucionalización, mediante la argumentación considerando los principios de moralidad aplicados por los jueces.
- 4) Los excesos del neoconstitucionalismo son claros, pero también sus aportes de poner en relevancia la crisis del positivismo constitucional extremo de no garantizar los derechos humanos, es por ello que hasta los mismos teóricos partidarios de la argumentación, reconocen como su fomento, la efectividad de los derechos humanos, plantean un camino intermedio que por un lado corrija los efectos del positivismo ineficaz en la aplicación del derecho y así mismo contenga los excesos del neoconstitucionalismo basado en un poder excesivo de los jueces que confunde la validez del derecho con su efectividad, ignorando por completo la primera, con el peligro de un realismo desprovisto de seguridad jurídica y por otro lado revestido de un poder al juez que puede ir de la discrecionalidad a la subjetividad, al capricho, a la tiranía de los jueces, con el riesgo de minar los valores jurídicos que tanto jura defender.

Finalmente, de las precisiones anteriores se verifica el valor de la corriente neoconstitucionalista para el avance de la teoría constitucional, consolida el proceso de constitucionalización del Derecho para una mayor efectividad de los derechos

humanos y sus críticas han favorecido propuestas esclarecedoras y superadoras del mismo positivismo constitucional y del neoconstitucionalismo.

VII. REFERENCIAS

ACOSTA RODRÍGUEZ, Joaquín. La interpretación constitucional: entre legicentrismo, neoconstitucionalismo y constitucionalización. **Revista Jus**, Puebla, v. 10, n. 37, 2016.

AJA, E. Y GONZÁLEZ, M. Conclusiones sobre las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual. In: AJA, Eliseo (Coord.). **Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual**. Compendio. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 257-291.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

AMAYA, Jorge Alejandro. **Control de Constitucionalidad**. Bogotá-Buenos Aires: Astrea, 2015.

APONTE, Alejandro. Gustav Radbruch. ¿Constituye hoy el positivismo una condición del pluralismo liberal? **Anuario Jurídico Precedente**. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Pp. 55-78. Disponible en el link: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1416>. 2005.

ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da jurisdição constitucional**, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

CARBONELL, Miguel; SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización del derecho? **Quid Juris**, n. 15, p. 33-55, 2011.

CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. **La argumentación como Derecho**. México: UNAM, 2018.

CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. La legitimidad de las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales: remedios para el *horror vacui*. **Cuestiones Jurídicas. Revista de la Universidad Rafael Urdaneta**. Maracaibo, v. II, n. 1, p. 65-84, ene./jun. 2008.

CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. **La creación normativa de los Tribunales Constitucionales**. Referencias a Venezuela. Maracaibo: Universidad del Zulia-Ediciones vicerrectorado académico, 2011.

COLOMBIA. Corte constitucional. Sentencia N° SU 214/2016 de fecha 6 de octubre de 2021. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

D'ATENA, Antonio. Normas programáticas y pluralismo axiológico en el derecho constitucional. **UNED. Revista de Derecho Político**, Madrid, n. 74, p. 455-475, ene./abr. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1999.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio. El neoconstitucionalismo principialista en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. **Revista Prolegómenos - Derechos y Valores**. Bogotá, v. XII, n. 33, p. 27-42, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista. **DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 34, p. 15-53, 2011.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.). **Controversias constitucionales**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 2001.

GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. **Revista Juris**, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011.

GUASTINI, Roberto. **Distinguiendo: estudios de teoría y meta teoría del Derecho**. Madrid: Civitas, 1999.

GUASTINI, Roberto. La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. In: **Estudios de teoría constitucional**. México: IJ-UNAM, Fontamara, 2001.

HARO, Ricardo. La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 16, p. 191-223, 2012.

LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos. Del Estado liberal al Estado constitucional: implicaciones en la compresión de la dignidad humana. **Dikaion**, año 23, n. 18, p. 247-267, dic. 2009.

ORTEGA GARCÍA, Ramón. La constitucionalización del derecho en México. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, v. 17, p. 601-646, mayo/ago. 2013.

PAULSON, Stanley. **La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch**. Madrid: Marcial Pons, 2019.

PETRO GONZÁLEZ, Ingrid Regina. El juez en el neoconstitucionalismo y su papel en el sistema de control difuso de constitucionalidad en Colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, Cartagena, v. VIII, n. 16, p.125-134, jul./dic. 2016.

PORTELLA, Jorge Guillermo. Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. **Dikaion**, año 23, n. 18, p. 33-54, 2009.

POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre el neoconstitucionalismo. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. 1. p. 363-415.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 5, p. 201-228, 2001.

PRIETO SANCHÍS, Luís. Neoconstitucionalismo y positivismo. **Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho**, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. Buenos Aires: De Palma, 1998.

SUÁREZ SEBASTIÁN, María del Pilar. Aspectos fundamentales de los DESC. In: GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías (Coord.). **Compendio: Derechos económicos, sociales y culturales**. Cátedra Gerardo Molina. Bogotá: Universidad Libre, 2009. p. 61-111.

SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, Bogotá, n. 129. p. 317-351, jul./dic. 2014.

VIGO, Luís Rodolfo. **Interpretación Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

VILLALONGA, Cristian. Analizando el modelo de juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 46, n. 3, p. 765-789, 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 2005.