

[INICIO](#) [ACERCA DE...](#) [INGRESAR](#) [REGISTRO](#) [BUSCAR](#) [ÚLTIMO NÚMERO](#) [NÚMEROS ANTERIORES](#) [EQUIPO EDITORIAL](#) [REVISTAS UC3M](#)
[INDEXACIÓN EUNOMÍA](#) [PROG. EN CULTURA DE LA LEGALIDAD](#) [NORMAS AUTORES](#)

Inicio > Archivos > **Eunomía N° 11 (Octubre 2016 – Marzo 2017)**

Eunomía N° 11 (Octubre 2016 – Marzo 2017)

Tabla de contenidos

Descargar Eunomía

Descargar Eunomía (octubre 2016 – marzo 2017) N° 11 PDF
369

Presentación

Presentación = Foreword PDF
6-8
José María Sauca

Estudios

Comity entre autoridades = Comity among Authorities PDF
9-29
Timothy Endicott

Felipe González Vicén: la soledad de la conciencia ética individual y la obediencia al Derecho = Felipe González Vicén: the loneliness of the individual ethical conscience and obedience to the Law PDF
30-43
Eusebio Fernández García

El federalismo y el relato del proceso de integración europea: una mirada rápida al origen del debate = Federalism and the narrative of European Integration: a quick look at the origin of the debate PDF
44-62
Giuseppe Martinico

El castigo en el contexto de sociedades sin ley = Punishment in lawless societies PDF
63-84
Ilse Carolina Torres Ortega

Foro y ágora

El recurso sistemático al Decreto-ley para conceder créditos extraordinarios. A propósito de la STC 126/2016, de 7 de julio PDF
85-114
Yolanda Gómez Lugo

La decisión del Comité Olímpico Internacional sobre la participación de los deportistas rusos en los juegos olímpicos = The decision of the International Olympic Committee on the participation of Russian athletes in the Olympic games PDF
115-125
José Rodríguez García

La disputada gloria de Ronald Dworkin. Reflexiones a propósito de un homenaje póstumo = Ronald Dworkin's Glory at Stake. Reflections on a Posthumous Tribute PDF
126-141
Alfonso García Figueroa

Voces de Cultura de la legalidad

Neoconstitucionalismo = Neoconstitutionalism PDF
142-151
Susanna Pozzolo

Conceptos Jurídicos de Derecho Subjetivo = Legal Concepts of Subjective Right PDF
152-162
María Beatriz Arriagada

Regulación de la interpretación del Derecho = Regulation of Legal Interpretation PDF
163-175
Álvaro Núñez Vaquero

La financiación de los partidos políticos = The funding of PDF

USUARIO/A

Nombre usuario/a

Contraseña

Recordar mis datos

NOTIFICACIONES

- [Ver](#)
- [Suscribirse / Des-suscribirse](#)

CONTENIDO DE LA REVISTA

Buscar

Todos

Navegar

- [Por número](#)
- [Por autor](#)
- [Por título](#)
- [Otras revistas](#)

TAMAÑO DE FUENTE

INFORMACIÓN

- [Para lectoras/es](#)
- [Para autoras/es](#)
- [Para bibliotecarias/os](#)

| | |
|---|---------|
| political parties | |
| <i>Emilio Pajares Montolio</i> | 176-210 |
| Tutela multinivel de los derechos: concepto, marco teórico y desafíos actuales = Multilevel protection of Human Rights: concept, theoretical framework and current challenges | PDF |
| <i>Carmen Montesinos Padilla</i> | 211-220 |
| Consulta previa a los pueblos indígenas = Prior consultation to indigenous peoples | PDF |
| <i>Mónica Mazariegos Rodas</i> | 221-236 |
| Derecho global = Global law | PDF |
| <i>Ángel Aday Jiménez Alemán</i> | 237-245 |
| El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional = The Principle of Legality in International Criminal Law | PDF |
| <i>Rodrigo Lledó</i> | 246-263 |
| Crímenes de guerra = War Crimes | PDF |
| <i>Alfredo Liñán Lafuente</i> | 264-272 |
| Inversión socialmente responsable = Socially Responsible Investment | PDF |
| <i>Alberto Muñoz Fernández</i> | 273-284 |

Releyendo a...

| | |
|--|---------|
| Los dilemas de la razón y el progreso en un campo en ruinas; la exposición de la doctrina sansimoniana = The dilemmas of reason and progress in a field in ruins: The doctrine of Saint-Simon: an exposition | PDF |
| <i>Francisco Martínez Mesa</i> | 285-309 |

Rincón de lecturas. Debatiendo

| | |
|---------------------------------------|---------|
| Puertas abiertas y buenos vigilantes | PDF |
| <i>Joan Navarro</i> | 310-314 |
| El fenómeno de las puertas giratorias | PDF |
| <i>Fernando González Barroso</i> | 315-317 |

Rincón de lecturas. Book forum

| | |
|--|---------|
| Sebastián Escámez Navas (2014): El pensamiento liberal contemporáneo sobre la tolerancia. Autores, orígenes y contextos | PDF |
| <i>Paloma de la Nuez</i> | 318-323 |
| Sebastián Escámez Navas (2014): El pensamiento liberal contemporáneo sobre la tolerancia. Autores, orígenes y contextos : las razones de la tolerancia y liberalismo | PDF |
| <i>Manuel Toscano Méndez</i> | 324-338 |
| Feliz de honrar la crítica: Respuesta a Paloma de la Nuez y Manuel Toscano | PDF |
| <i>Sebastián Escámez Navas</i> | 339-346 |

Rincón de lecturas. Recensiones

| | |
|---|---------|
| Perfecto Andrés Ibáñez (2015), Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional | PDF |
| <i>Miguel Fernández Núñez</i> | 347-351 |
| José Ramón Álvarez Layna (ed.) (2015), Robert Owen: textos del socialista utópico | PDF |
| <i>Ricardo Cueva Fernández</i> | 352-355 |
| Anthony Padgen (2015), La Ilustración. Y por qué sigue siendo importante para nosotros | PDF |
| <i>Carlos Alonso Mauricio</i> | 356-359 |
| Ana Gemma López Martín (ed.) y Javier Chinchón Álvarez (coord.) (2016), Nuevos retos y amenazas a la protección de los derechos humanos en la era de la globalización | PDF |
| <i>Jorge Rodríguez Rodríguez</i> | 360-369 |

Neoconstitucionalismo

Neoconstitutionalism

Susanna Pozzolo
Università degli Studi di Brescia
susanna.pozzolo@unibs.it

Recibido / received: 05/09/2016
 Aceptado / accepted: 19/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3284>

Resumen

La presente voz sobre 'neoconstitucionalismo' trata de ofrecer una mirada sintética acerca del origen, desarrollo y difusión de la doctrina neoconstitucionalista. El término neoconstitucionalismo es manifestación del *giro interpretativo* que surgió a finales del pasado siglo y que se desarrolló, por un lado, como una crítica teórica hacia posturas doctrinales de tipo 'positivista' o 'formalista' y, por otro lado, como una doctrina filosófica enfocada hacia las potencialidades ofrecidas por el gran número de derechos y valores reconocidos en los textos constitucionales que se van produciendo desde la segunda posguerra. Asimismo, esta entrada, al subrayar los rasgos teóricos del neoconstitucionalismo, quiere dar cuenta brevemente de las razones y motivos detrás de su desarrollo, mostrando sus implicaciones teóricas, políticas y morales.

Palabras clave

Constitución, valores morales, interpretación, principios, jerarquía, derechos, democracia.

Abstract

The word 'neoconstitutionalism' presented wants to offer a very synthetic information about the origin, development and dissemination of 'neoconstitutionalist' doctrine. As a part of the interpretative turn of the past and present century, the doctrine is developed, on the one hand, as a critique of doctrinal positions as the 'positivism' or 'formalism' and, on the other hand, as a reflective philosophical doctrine toward potentialities offered by the large number of rights and values recognized in the constitutional texts which are produced from the second postwar. The entry, emphasizing the theoretical features of neoconstitutionalism, wants to present briefly also the motives and the reasons behind its development, showing the theoretical, moral and political implications.

Keywords

Constitution, moral values, interpretation, principle, norms, hierarchy, rights, democracy.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Origen del término. 3. Moral y derecho.
 4. La difusión del neoconstitucionalismo.



1. Introducción

El término “neoconstitucionalismo” ha adquirido una complejidad significativa, ya sea como vehículo de significados en sentido estricto, ya sea por los elementos teóricos que lo componen (o descomponen) y que reflejan su función política como doctrina (debido a que, por ejemplo, la elección de interpretar las normas como reglas o como principios cambia el equilibrio entre los poderes estatales y sus competencias). Por esta razón, parece adecuado empezar ofreciendo un marco general que permita entender su nacimiento y desarrollo.

El tema de la interpretación jurídica y el estudio del razonamiento jurídico han sido dos elementos centrales en la doctrina y en la teoría del derecho desde siglo XX hasta la actualidad, tanto así que se ha hablado de un *giro interpretativo*. Aunque no sean, en absoluto, temas completamente nuevos, la necesidad de evidenciar el rol y las posibilidades ofrecidas por la interpretación jurídica han emergido casi *naturalmente* acompañando el moderno proceso de constitucionalización –debido a la introducción de constituciones en los sistemas jurídicos, primero como meras declaraciones y después como normas jurídicas-. El neoconstitucionalismo forma parte de este proceso histórico y teórico y, aunque apareció de manera posterior al propio proceso de constitucionalización, se encuentra hoy en pleno florecimiento. La historia del constitucionalismo es muy antigua y en este contexto solo se pueden proponer algunas referencias generales que permitan trazar un marco general en el cual situar el neoconstitucionalismo.

Las constituciones modernas, promulgadas después del período revolucionario que tuvo lugar en las postrimerías del siglo XVIII, además de ser una obra claramente humana elaborada de forma consciente, introducen dos ideas fundamentales y fructíferas: una noción única de sujeto jurídico (el ciudadano) y la regla del consentimiento (que modifica la idea y percepción de la autoridad). A esto se acompaña la declaración de derechos que determina el nacimiento de algún tipo de “coto vedado”. La unión de este último con la democracia nos lleva a las constituciones de nuestros días, ricas en derechos y densamente pobladas de principios.

Al observar este proceso, se pone ante todo en evidencia la construcción de un constitucionalismo de *oposición* al poder que desarrolla instrumentos de protección vertical a través de los derechos de libertad (derechos que nacen *contra* el poder político). Con la posterior introducción y profundización de la democracia, sumada al desarrollo y expansión de los derechos “positivos” –es decir, derechos que no se entienden como barreras frente poder, sino que se caracterizan como *pretensión hacia la comunidad* (redistribución de la riqueza, derechos y servicios sociales)–, el constitucionalismo contemporáneo se transforma en *regulativo* u *horizontal* (busca regular los pares, es decir, ya no hay un poder separado de los ciudadanos *contra* el cual actuar).

Bajo esta línea de evolución del constitucionalismo, se fue afirmando gradualmente la pretensión de intensificar la implementación *real* de los derechos recogidos en los documentos fundamentales (en particular los derechos positivos). Este cambio significó también el desarrollo, por parte de la jurisprudencia, de una creciente actitud interpretativa e intervencionista, a través de la cual se presenta como un importante actor en el nuevo contexto democrático. Estos orígenes marcan las características que juntas darán lugar a la perspectiva neoconstitucionalista.

2. Origen del término

El término *neoconstitucionalismo* fue acuñado para identificar una doctrina filosófica acerca del derecho, que surgió al observar cómo unas propuestas teóricas,



defendidas por algunos influyentes académicos, se unían evidenciando la necesidad de un cambio en la tradicional aproximación positivista al derecho por parte de diferentes sectores de la doctrina.

Se evidenciaba entonces, por una parte, cómo iba tomando gradualmente forma y difusión una nueva perspectiva crítica, que hasta el momento no había sido propiamente elaborada. Esta corriente heterogénea, difícil de identificar y sin una etiqueta que la agrupara, era apoyada por autores que defendían posiciones -en muchos aspectos relevantes- muy lejanas entre sí. A pesar de esto, sus propuestas teóricas se fueron combinando, ofreciendo la oportunidad de una reconstrucción unitaria que daba cuenta de una nueva doctrina (o de una nueva perspectiva hacia el derecho), que se oponía explícitamente al positivismo jurídico, al tiempo que pretendía apartarse del tradicional iusnaturalismo: el neoconstitucionalismo.

El término *neoconstitucionalismo*, a pesar de haber sido pensado en un principio para designar una corriente jurídica, pueden asignársele hoy diferentes sentidos (Pozzolo, 2001; Comanducci, 2002). Entre estos, dos pueden ser considerados como principales.

A) El término indica un *tipo de ordenamiento jurídico* en donde el derecho se estructura según una jerarquía que finaliza en la constitución, ubicada en su cúspide. Según esta idea, el sistema jurídico se asemeja a una pirámide, aunque la razón de su unidad ya no se encuentra (tan solo) en su carácter *nomodinámico* (Kelsen 1960), sino también (y sobre todo) en su carácter *nomoestático* (Ferrajoli 2009 y 2009b). Lo que caracteriza a esta constitución es precisamente la inclusión de principios que irradian todo el ordenamiento jurídico, determinando su contenido semántico.

B) Otro sentido dado al término neoconstitucionalismo es el que hace referencia a una *doctrina del derecho*, según la cual los principios constitucionales se tienen que interpretar haciendo referencia a su contenido moral o a las doctrinas morales que ellos transmiten. Según esta posición, la teoría positivista que separa claramente entre derecho y moral no funciona, precisamente porque para dar sentido a los principios no se puede ignorar su contenido moral (Nino, 1985;1996).

Estas dos acepciones del término neoconstitucionalismo pueden entenderse como los dos sentidos extremos a los que se acercarían de manera gradual los diferentes usos del término por parte de la doctrina jurídica. La gran difusión y uso del término son muestra de su éxito. Sin embargo, este éxito ha venido acompañado por la pérdida de capacidad connotativa.

Desde un punto de vista descriptivo, como teoría del derecho, la postura neoconstitucionalista, y/o el uso de la noción de constitucionalismo, intenta dar cuenta del proceso de constitucionalización entendida no tanto como la aprobación de una constitución, sino como un proceso a través del cual el contenido de ésta permea todo el derecho (sobre constitucionalización cfr. Guastini, 1998). En esta dirección se desarrollan estudios sobre la acción de los intérpretes del derecho y del razonamiento jurídico de los diferentes actores legales, además de poner al día las tradicionales investigaciones acerca de la relación entre normas -y entre estas y los principios- en las cuales se analiza si se modifican (y cómo) las jerarquías internas entre los elementos del sistema jurídico constitucionalizado. En esta área se insertan desde los clásicos estudios de carácter teórico general, hasta los más sociológicos.

Desde un punto de vista más claramente normativo, como ideología del derecho, la postura neoconstitucionalista subraya la subordinación de todo el derecho al contenido constitucional. Esta perspectiva se conecta, aunque no necesariamente, con la tradición doctrinal del constitucionalismo político en su sentido más amplio, entendido como doctrina de la limitación jurídica del poder. De este modo, con el modelo de Estado constitucional contemporáneo, dotado de una constitución extensa y densa, el constitucionalismo obtiene el resultado querido, puesto que finalmente todo el derecho está sujeto al derecho mismo. Sin embargo, siguiendo esta dirección, se acentúan sobre todo los elementos sustantivos sobre los formales, que se presentan como medios para asegurar la aplicación de un derecho sustantivamente justo y no solo legítimo. En esta línea, se disminuye la atención hacia los mecanismos de *check and balance*, mientras que se acentúa el interés por los valores insertos en los principios constitucionales que se muestran como el baluarte más fuerte en contra de las degeneraciones del poder (Pozzolo, 2012). Este desplazamiento plantea algunas preguntas sobre el constitucionalismo en general, pero una en particular: dado que es difícil negar la variabilidad interpretativa y la compatibilidad de varias teorías morales con el dictado constitucional, ¿cómo identificar los criterios para contener o limitar la discrecionalidad interpretativa del decisor? A este problema se intenta contestar con la tesis de la conexión entre moral y derecho.

El constitucionalismo se caracteriza por proponer varias dicotomías: 1. principios vs. reglas; 2. ponderación vs. subsunción; 3. constitución vs. independencia del legislador.

Como se puede ver, cada una de estas tesis necesitaría una entrada enciclopédica. Sin embargo, dado que el objetivo de este trabajo es mostrar la forma en que se presenta el conjunto de ellas, se hará solo una breve descripción de las mismas.

1. Principios y reglas son diferentes por dos características fundamentales: la dimensión del peso y la forma de aplicación. Mientras que el peso caracteriza los principios (Dworkin 1984, 1996, 1999; Alexy 1989, 1993, 2004), la forma de aplicación “todo o nada” es precisa solo de las reglas. Aunque sobre estas distinciones y peculiaridades existe una extensa literatura, es difícil encontrar quien defienda una distinción tajante entre los dos tipos de normas. Es más frecuente entender que entre los dos tipos de normas se presenta una diferencia de grado. En todo caso, para visualizar los dos extremos se pueden reconstruir las reglas como normas inmediatamente aplicables y los principios como fuente de reglas (Guastini 2013). El proceso que nos ocupa en esta primera contraposición es el típicamente desarrollado por la jurisprudencia¹ que, frente a derechos o principios abstractos y que se encuentran en conflicto entre sí (o están indeterminados), necesita una “directiva” concreta para definir el caso jurídico: para alcanzar este objetivo se recurre a la ponderación.

2. La ponderación se entiende como la forma adecuada para la aplicación de los principios, mientras la subsunción lo sería para las reglas. En particular, sobre el tema de la ponderación (o balanceo) hay varias posiciones teóricas o diferentes reconstrucciones, razón por la cual reenvío a las entradas específicas. Para lo que exige la caracterización del neoconstitucionalismo, se puede resumir estas posiciones de maneja sintética en varios puntos.

¹ Cuando lo hace el legislador ya tenemos una regla para aplicar.

El tema se presenta frente a un caso judicial concreto cuando el intérprete (a) identifica que los principios que se aplicarían al caso son plurales y en cierta medida contradictorios. Para proceder a regular el caso, (b) se necesita algún tipo de “sistematización” del derecho, cosa que involucra unas elecciones sustantivas. Para proceder, el intérprete pondera o balancea los principios, los pesa o atribuye un grado de importancia y construye así una jerarquía de valor, de modo que el principio que ha obtenido el peso mayor será aplicado o tendrá un rol central en la determinación de la regla que definirá el caso. La antinomia entre los principios se puede reconstruir como momentánea, de modo que no conduce a la expulsión del principio con menor peso, el cual sencillamente se entenderá precedido en el caso concreto y conservará su plena fuerza para ser ponderado en otros casos. De esta manera se entiende que (c) la jerarquía establecida se da para las circunstancias concretas, dado que el juicio resuelve un caso determinado y la jerarquía definida se limita a estas circunstancias. Sin embargo, dependiendo de los distintos contextos institucionales, se pueden producir reglas abstractas para casos futuros. Un ejemplo de esta última transformación se encuentra, típicamente, en la regla que soluciona el conflicto entre libertad de expresión y tutela del honor. Para resumir, en el proceso de ponderación entre los principios que evalúa las normas aplicables al caso, el juez establece una nueva jerarquía momentánea que se aplicará al caso concreto y a una clase de casos futuros.

3. En este esquema es evidente el rol central desempeñado por la constitución, particularmente por sus principios y derechos, que constituyen los elementos sustantivos para evaluar la validez de todas las normas infraconstitucionales. La supremacía constitucional determina entonces un cambio en la figura misma del legislador moderno, ya que éste no es libre de determinar normas según su voluntad y suprema autoridad, sino que se encuentra sujeto él mismo a la constitución. Bajo la perspectiva neoconstitucionalista, esto no solo implica que cada decisión legislativa sea o pueda ser evaluada a la luz de la constitución, sino también que el legislador tenga la tarea de implementar y desarrollar su contenido. Una constitución rica en principios tiene mucho más que decir de lo que explícitamente establece, puesto que representaría un puente entre moral y derecho que acaba sustantivando el sistema jurídico entero. Esto quiere decir que el legislador ya no puede decidir algo con base en sus meras razones políticas, sino que tiene que obedecer las exigencias constitucionales. La actividad legislativa se vuelve “administrativa”: la legislación tiene que dar aplicación a los principios de la constitución; sin embargo, para este fin parece necesaria una doctrina de la constitución, puesto que no hay una relación biunívoca entre disposición y norma, y hay más de una doctrina compatible con el dictado constitucional entre las que debe elegir el intérprete (Celano, 2013).

Para limitar la discrecionalidad que parecería emerger de todo esto, se han propuesto varias explicaciones de cómo se determinaría la “incorporación” de la moral en el derecho. Antes de tratar este tema es importante recordar y subrayar que otra característica del neocostitucionalismo es también el rol fundamentalmente activo desarrollado por la jurisprudencia, en particular la constitucional, aunque no exclusivamente. Efectivamente, otra característica central de los sistemas jurídicos contemporáneos (además de los derechos y del criterio del consenso) se encuentra en la idea de la revisión judicial de las leyes y en la necesaria y constante defensa del carácter supraordenado de la constitución, lo que requiere entonces un control continuo sobre el trabajo del legislador.

Esto implica que la función judicial represente un fuerte factor de constitucionalización del ordenamiento jurídico, ya que la implementación de los principios y de los derechos se desarrolla en una cooperación entre legislación y

jurisdicción – no exclusivamente constitucional, puesto que todos los jueces están llamados a interpretar el texto fundamental y sus principios con interpretaciones “conformes” (Guastini, 2013). De esta modalidad interpretativa y aplicativa se deriva un proceso en el cual la constitución permea o impregna el sistema jurídico en su totalidad. El ordenamiento constitucionalizado acaba reduciendo o eliminando todas las áreas políticas donde el legislador puede elegir libremente, porque cualquier materia es ahora justiciable bajo los principios constitucionales. Por un lado, ya no hay una simple *political choice*. Por el otro, esta situación viene acompañada por el riesgo de una creciente politización de la magistratura.

3. Moral y derecho

La perspectiva neoconstitucionalista en alguna medida desactiva el problema de la definición del derecho que divide positivismo y iusnaturalismo. Ya no tiene sentido discutir si la moral influencia el derecho, puesto que claramente el derecho hace uso términos morales e incorpora ideologías. La pregunta pasa a ser: ¿qué tipo de papel y qué efectos tiene la moral en el derecho? Dado que muchos principios (de origen moral) forman parte de la Constitución, ¿tienen estos un papel en la identificación del derecho?

Para el neoconstitucionalismo, la constitución es la carta de valores de la comunidad social y política, razón por la cual hay varias conexiones entre derecho y moral. Aunque con diferente intensidad, quien adopta una ideología neoconstitucionalista normalmente subraya su oposición directa con la postura positivista, con su tesis de las fuentes sociales del derecho y su división entre los ámbitos de lo normativo. Esto, sin embargo, no lleva a sostener una imposibilidad descriptiva. Más bien al contrario, se considera que la moral puede ser también conocida, toda vez que se suponga posible una lectura y discusión racional en el ámbito de ésta. Es preciso advertir que el debate en la mayoría de los casos no esclarece de qué moral se habla, dando con frecuencia lugar a la equivocación según la cual existe una moral objetiva que se puede conocer como un hecho natural. Claramente (y demasiado sucintamente), la moral de que se puede discutir razonablemente es la moral crítica y la moral social es la que es posible describir.

Con las necesarias precauciones, entonces, se puede decir que la práctica del derecho también hace uso de argumentos y razones morales, lo que para unos conlleva la incorporación de la moral en el derecho (Moreso, 2009; 2001) –una de las morales críticas, probablemente– y para otros, en cambio, se trata de algo distinto (Raz, 1972; 1979), por ejemplo, se puede reconstruir como un reenvío externo.

Aunque persiste el debate acerca de si se da una conexión y (en caso de que así sea) de qué tipo, entre derecho y moral(es), parece difícil negar que exista una conexión contingente, al menos con alguna moral positiva. Sin embargo, muchos neoconstitucionalistas no entran en este terreno, sino que parten de la incorporación de principios morales a la constitución, con la que afirman que se ha dado entrada a la moral en el derecho. Esta incorporación implicaría la necesidad de interpretar las normas constitucionales (y con eso todo el derecho) con “gafas morales”.

Es importante precisar en qué sentido se utiliza el término moral, con el objeto de evitar malentendidos en la discusión. En lo que concierne a la moral, la postura neoconstitucionalista se mueve entre dos opciones: o bien, (a) sostiene que los valores morales son objetivos y cognoscibles -se podría decir, a mi juicio, que se asemejan al derecho natural, donde la moral es eterna y universal, y el derecho tiene que conformarse a ella para merecer el título de tal, ya que en caso contrario

no se consideraría derecho. O bien, (b) el contenido de los valores morales es contingente. Si es así, entonces pueden coincidir con lo que viene atribuido socialmente y/o con el contenido de una moral crítica alrededor de la cual unos sabios están de acuerdo (un ideal hacia el cual dirigirse). En los dos casos atribuidos a la segunda opción: la moral sería contingente, dependiente de las creencias de los intérpretes, cambiante e históricamente determinada.

Con independencia de la opción que se elija, el interés por los aspectos del tema moral y de la justicia, ligado al fenómeno de la constitucionalización del derecho, ha exigido importantes estudios acerca del razonamiento judicial y también de la argumentación jurídica (Atienza, 2006; 1996; Atienza y Ruiz Manero, 1991). En esta línea pueden ubicarse también buena parte de las estrategias que se van desarrollando en el ámbito educativo hacia las nuevas generaciones y no solo en lo que se refiere a la formación de los juristas -para los que ya es evidente que tendrán que enfrentarse con grandes desafíos culturales, sociales, políticos y económicos en el futuro próximo, para lo que necesitarán tener extraordinarias habilidades de razonamiento y argumentación-.

Otro modo de abordar la conexión entre moral y derecho es considerar el derecho invadido por una necesaria pretensión de justicia (Alexy, 2004). Esto no implica una visión iusnaturalista que niega la calificación de “derecho” a la norma injusta (como podría ser si se tomase el sentido a) antes descrito), sino que se insiste en que cuando se atribuye a una norma la calificación de derecho se sugiere también la justicia de su contenido y del comportamiento indicado, al menos *prima facie*. Un modo distinto de acercarse a este fenómeno podría ser también la discusión en torno a la opacidad de las razones subyacentes a las normas (por ejemplo Raz, Schauer, 1991; Bayón, 1996; Atienza y Ruiz Manero, 1991; Redondo, 2005; Moreso, 2014), puesto que el calificativo de “derecho” lleva una carga positiva que presupone que no se necesita la ponderación de las razones que han determinado la norma, es decir, hay una especie de prejuicio positivo hacia el derecho.

La conexión entre derecho y moral lleva también al discurso constitucionalista a una dirección más directamente práctica: sin aceptar totalmente la norma *Lex iniusta non est lex*, el neoconstitucionalismo exige al jurista asumir un fuerte compromiso moral y una actitud abiertamente crítica o, al menos, de clara oposición a las normas injustas establecidas por el legislador. Esto exige desarrollar doctrinas adecuadas al cambio normativo e implica también que, a través de instrumentos interpretativo-retóricos-argumentativos, alguien como un juez pueda intervenir y modificar las reglas establecidas por un legislador que no se atiene a los preceptos constitucionales.

En el debate acerca de la conexión entre derecho y moral, en el marco del neoconstitucionalismo, se han desarrollado distintas posiciones teóricas tanto acerca del concepto mismo de moral, como sobre el tipo de conexión que se da entre estos dos órdenes normativos. De esta manera, dentro del mismo constitucionalismo se encuentran y conviven diversas posturas que se distancian entre sí en diverso grado. Esto demuestra, en mi opinión, cómo la preocupación por la justicia y su relación con el derecho, es un núcleo temático central que supera las diferencias teóricas.

4. La difusión del neoconstitucionalismo

La difusión del neoconstitucionalismo ha sido extraordinaria porque ha captado unas exigencias reales en nuestras sociedades y ha ofrecido un nombre a algo que ya existía.



A partir de los años que siguieron a la segunda guerra mundial, el creciente interés y fuerza reconocidas a los derechos, a través de constituciones y documentos internacionales, junto a la exigencia de reencontrar un modo para hablar racionalmente o razonablemente de justicia, han sido elementos no poco relevantes del *giro interpretativo* tomado por el derecho.

Aunque la perspectiva neoconstitucionalista encuentra sus raíces en Europa, con la emanación de las constituciones de la segunda posguerra y en el trabajo de los tribunales alemán e italiano en un primer momento, su formulación a finales del siglo pasado encaja convenientemente con el cambio institucional que durante el mismo período se fue desarrollando en América Latina. Las citadas exigencias de justicia que emergieron desde Latinoamérica a partir de los años noventa del siglo pasado, provocaron la adopción de un gran número de constituciones extensas, ricas en derechos y principios. No obstante, frente a una normativa prometedora, la inactividad de un legislador que no implementaba, o no lo hacía tan rápidamente, las disposiciones fundamentales en ella contenidas, ha exigido una actitud activista por parte de quienes podían interpretar directamente los principios superiores: los jueces constitucionales. Estos tribunales, en diferente medida, han encontrado en la perspectiva neoconstitucionalista la posibilidad de desplegar una “política” expansiva y afirmativa de los derechos fundamentales, trabajando en la dirección de su fortalecimiento y protección a través de la interpretación de la constitución. Al trabajo de estos órganos se ha sumado con el tiempo el aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para terminar, es preciso señalar cómo la difusión del término “neoconstitucionalismo” –sin dejar de lado su apoyo a las argumentaciones dirigidas a satisfacer las necesidades políticas de estabilidad y justicia–, debido al aumento de su potencialidad denotativa –que le ha llevado a denominar varios “objetos”, quizás no siempre coherentes entre ellos–, ha implicado una disminución de su capacidad connotativa, llegando a abarcar un gran número de casos y terminando por convertirse en un término “paraguas” para perspectivas anti-positivistas

Sin embargo, el término ha adquirido también un uso significativo para una perspectiva de análisis y de crítica que se puede reconstruir como metodológicamente positivista, marcando un momento importante de toma de conciencia política y teórica sobre las potencialidades de las constituciones de nuestro tiempo, extensas y ricas en derechos y principios. Como muestra el debate acerca del “nuevo constitucionalismo”, del “constitucionalismo popular” y también alrededor de la forma política democrática, el “siglo de los derechos” –como lo había llamado Norberto Bobbio– aún no ha terminado (pese a las muchas y persistentes dificultades). Sigue siendo fuerte la atención general hacia los derechos humanos y fundamentales, así como la pretensión de lograr fortalecer la dignidad de toda la humanidad a través del derecho.

Bibliografía

- ALEXY, R. (1989), *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, R. (2004), *Conceptos y validez del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- ATIENZA, M. (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, M. (2006), *Dejemos atrás el positivismo jurídico*. En: RAMOS PASCUA, J. A. y RODILLA GONZALES, M. A. (eds), *El positivismo jurídico a examen*.



- Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, pp. 765-780.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1991), "Sobre principios y reglas", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1991, pp. 101-120.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2000), *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid.
- BAYÓN, J.C. (1996), "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional", *Jueces para la Democracia*, n° 27, noviembre, pp. 41-49.
- BARBERIS, M. (2011), "Esiste il neocostituzionalismo?", *Analisi e diritto*, 2011, pp. 11-30.
- CARBONELL, M. (ed), (2007), *Teoría del neconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid.
- CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds), (2010), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid.
- CELANO, B. (2013), *I diritti nello stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna.
- COMANDUCCI, P. (2002), "Forme di (neo)costituzionalismo: una ricostruzione metateorica". En: MAZZARESE, T. (ed), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 71-94.
- DWORKIN, R. (1984), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- DWORKIN, R. (1988), *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona.
- DWORKIN, R. (1996), "The Moral Reading of the Constitution", *N.Y. REV. BOOKS*, Mar. 21, pp. 46, 46.
- DWORKIN, R. (1999), *Freedom's Law. The moral reading of the American constitution*, Oxford University Press, Oxford.
- FERRAJOLI, L. (2009), "Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista", *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2010, pp. 2771-2816.
- FERRAJOLI, L. (2009b), *Garantismo*, Trotta, Madrid.
- GUASTINI, R. (1998), La «costituzionalizzazione» dell'ordinamento italiano, in «Ragion pratica», 11, pp. 185-206.
- GUASTINI, R. (2013), *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, Madrid.
- KEISEN, H. (1960) *La dottrina pura del diritto*. Saggio introduttivo e traduzione di G. Losano, Einaudi, Torino, 1966.
- MAZZARESE, T. (2002), "Diritti fondamentali e neocostituzionalismo". En: MAZZARESE, T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, pp. 1-70.
- MORESO, J.J. (2009), *Constitución: un modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid.
- MORESO, J.J. (2001), "In difesa del Positivismo giuridico inclusivo", *Ars Interpretandi*, pp. 335-365.
- MOORE, M.S. (1989), "The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?", *Stanford Law Review*, Vol. 41, No. 4, Apr., 1989, pp. 871-957.
- MORESO, J.J. (2014), "Ethica more iuridico incorporata". En: SCAMARDELLA, F. y LUQUE SANCHÉZ, P. *Gli argomenti del costituzionalismo*, Editoriale scientifica, Napoli,
- NINO, C.S. (1985), *La validez del derecho*, Astrea, Barcelona.
- NINO, C.S. (1989), *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires.
- NINO, C.S. (1989b), *El constructivismo ético*, Madrid, 1989,.
- NINO, C.S. (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale UP, New Haven.
- POZZOLO, S. (2001), *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico* (2001), Palestra, Lima.
- POZZOLO, S. (2011), "Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo". En: POZZOLO, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011, pp. 13-87
- POZZOLO, S. (2011), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Palestra, Lima.
- POZZOLO, S. (2012), *Costituzione, interpretazione, disaccordi*, Aracne, Roma.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1992), *Sobre principios y normas*, CEC, Madrid.

- PRIETO SANCHÍS, L. (1997), *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, Mexico.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1996), "El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, pp. 125-158
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2013), *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid.
- RAZ, J. (1972), "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, Vol. 81, No. 5 (Apr., 1972), pp. 823-854.
- RAZ, J. (1979), *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- REDONDO, C. (2005), "Legal reasons: Between Universalism and Particularism", *Journal of Moral Philosophy*, vol 2, Issue 1, pp. 47 – 68.
- REDONDO, C. (2014), "Sull'incorporazione della morale nel diritto". En: SCAMARDELLA, F. y LUQUE SANCHÉZ, P. *Gli argomenti del costituzionalismo*, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 85-99.
- SCHAUER, F. (1991), *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and Life*, Oxford Clarendon Press, Oxford.
- SCHIAVELLO, A. (2003), "Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?", *Diritto e questioni pubbliche*, 3, pp. 37-49.
- ZAGREBELSKY, G. (1996), *El Derecho dúctil*, Trotta, Madrid.