

CAPÍTULO PRIMERO

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO

I. PREÁMBULO

Entraña cierta dificultad el intentar desarrollar una investigación sobre argumentación jurídica de corte principalista sin hacer referencia a la corriente de pensamiento que se ha manifestado en diversos países de Europa bajo el rótulo de neoconstitucionalismo, la cual ha propiciado una transformación en la forma de entender el derecho. La dificultad surge porque la argumentación jurídica principalista encuentra su fundamento dentro del contexto del neoconstitucionalismo. Así se puede decir que todo estudio sobre razonamiento jurídico con principios conlleva hacer referencia a esa corriente de pensamiento, por lo que no debe resultar extraño que el presente capítulo se centre en explicar su origen, sus generalidades y sus postulados.

En otro sentido, cabe mencionar que en el desarrollo de la argumentación jurídica de corte principalista surgirán necesariamente diversas interrogantes sobre los principios jurídicos; por ejemplo, ¿qué son?, ¿cómo operan?, ¿cómo se distinguen de las reglas?, y ¿cuáles son sus principales características? Tales preguntas adquieren relevancia en las sociedades pluralistas como la mexicana, en la cual coexisten diversos principios en el sistema jurídico. Es así como en este capítulo se buscará responder estas cuestiones y otras más que surjan en el transcurso de la investigación.

II. MARCO HISTÓRICO, FILOSÓFICO Y TEÓRICO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

1. *Marco histórico*

Sin tratar de formular una reseña de todos los sucesos que propiciaron el surgimiento del neoconstitucionalismo, sí cabría mencionar el contexto principal en el que surgió esta corriente teórica, a fin de que se ubique en el tiempo

y en el espacio. De esta manera, el nuevo constitucionalismo tiene su espacio en Europa y su tiempo en el período posterior a la culminación de la Segunda Guerra Mundial (posguerra); esto es, a partir de 1945.

La reconstrucción de Europa después de la Segunda Guerra Mundial se dio también en el terreno jurídico, derivado en parte a que la sociedad estaba asombrada ante algunas atrocidades cometidas con base en el derecho vigente de países europeos (piénsese en el caso de Alemania). Por ello, se hizo necesario modificar el esquema jurídico, en particular el papel y la posición de la Constitución. Bajo esta premisa se fue desarrollando un constitucionalismo más sensible a ciertos ideales morales, lo que resultó en una nueva manera de concebir a la organización estatal; esto es, de un Estado de derecho a un Estado constitucional o democrático de derecho.

El antecedente histórico sobre este nuevo constitucionalismo se tiene en Italia con la Constitución de 1947, la cual se enmarca dentro de esa ola de pensamiento; asimismo, se tiene a Alemania con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, país que sobresale por el agrio contexto social que sufrió bajo regímenes formalistas, de ahí que haya sido de las primeras naciones de tradición romano-germánica (los otros son Austria y la escindida República de Checoslovaquia) en donde fue instaurado un Tribunal Constitucional;¹ esto es, en 1951, a diferencia de Italia, en donde se instauró en 1956. Por tal razón, Alemania bien puede considerarse como el primer país del continente europeo que logró la difusión y generalización de la justicia constitucional entendida en términos extensivos; es decir, Constituciones con contenidos morales.²

De esta manera, no resulta extraño que en el período de la posguerra se haya generado una especial transformación teórica y práctica del derecho constitucional en países con sistemas jurídicos pertenecientes al *civil law*, especialmente del continente europeo.³

¹ Para un panorama general sobre el surgimiento de los tribunales constitucionales en el continente europeo puede consultarse el capítulo I, denominado *The rise of Constitutional Courts*, de la reciente obra de Ferreres Comella, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*, Yale University Press, 2009, pp. 3-5. Este autor recuerda que Kelsen tuvo un relevante papel en el establecimiento de los tribunales constitucionales, así señala que el filósofo austriaco escribió de forma abundante a favor de someter las leyes a algún tipo de control judicial y a favor del modelo centralizado, frente a la alternativa americana. También existe una versión en castellano de la citada obra: Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 25-29.

² Para una reconstrucción histórica sobre el nuevo constitucionalismo, véase Barroso, Luís Roberto, *El neconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 1-3.

³ *Ibidem*, p. 2.

Con mucho, lo característico de la corriente teórica del neoconstitucionalismo es que describe la manera en que se concibe la Constitución en los Estados democráticos; esto es, como una norma jurídica que no sólo establece las funciones de los entes públicos, sino que además reconoce un sistema de principios que funcionan como criterios rectores de las acciones en el ámbito público y privado.⁴

Por otro lado, cabe resaltar que además de concebir un denso contenido material en las Constituciones de la posguerra, también se reconoce su supremacía, a fin de que funcionen como instrumentos de garantía y realización de los derechos fundamentales.

Ahora bien, a pesar de que el surgimiento y desarrollo del neoconstitucionalismo se dio principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, conviene señalar que también se relaciona con la caída de los regímenes totalitarios o represores del siglo XX, como el de Italia, bajo el fascismo de Mussolini. De ahí que, por ejemplo, existan diversas investigaciones de autores italianos sobre temas relacionados con el neoconstitucionalismo (piénsese en Fioravanti, quien hace hincapié en la insuficiencia solemne de protección constitucional de los derechos frente a las posibles transgresiones de los poderes públicos; por ello, él mismo pugna por comprender a la Constitución como la gran norma directiva que comprometa a todos en la realización de valores constitucionales).⁵

Partiendo de estas ideas, se debe entender que la importancia que se le otorga a la Constitución en la corriente filosófica neoconstitucionalista como norma directiva fundamental debe contraponerse frente al modelo decimonónico del Estado de derecho. Ello es así, porque siendo la Constitución una verdadera norma jurídica que funcione como un elemento de fundación de los derechos esenciales de los individuos y no como un mero manifiesto de buenas intenciones, se tiene entonces que las leyes emitidas siguiendo el proceso legislativo previamente establecido pudieran constituirse como ilegítimas, por ser opuestas a tales derechos. De ahí la contraposición entre el citado Estado de derecho de corte legalista con el Estado constitucional de derecho que la teoría del neoconstitucionalismo busca explicar.⁶

⁴ En este sentido, para algunos autores españoles, la Constitución encarnaría un *proyecto político bien articulado* por no limitarse a fijar las reglas del juego, sino por participar directamente en éste. Véase Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, p. 22.

⁵ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 6a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2009, p. 128.

⁶ Para la redacción de este párrafo han resultado de gran utilidad las opiniones presentadas por Fioravanti. *Idem*.

Bajo este sendero se configura la idea de un control de constitucionalidad de las leyes, el cual operaría como un examen de conformidad de tales leyes con la Constitución, con lo que se posibilita la inaplicación a casos concretos de normas jurídicas emanadas formalmente, pero ilegítimas en el ámbito material, lo que pondría en duda el valor incondicional de la fuerza de la ley en el terreno del legalismo.

Resumiendo, el neoconstitucionalismo aparece después de la Segunda Guerra Mundial en países como Alemania e Italia; principalmente, la realidad constitucional o, si se quiere, cultura de los derechos y libertades, se formó en oposición a la teoría legalista, en la cual no se juzgaba la validez de las leyes en atención a su congruencia con los valores y principios que se contienen en la norma directiva fundamental.

2. *Marco filosófico*

En teoría del derecho se ha querido ubicar al neoconstitucionalismo en alguna de las corrientes filosóficas dominantes. Así, algunos autores prefieren hablar de postpositivismo o positivismo de nuestros días. Se considera que más que ubicar al neoconstitucionalismo en alguna tradición jurídica particular se debe comprender y reconocer que éste se desenvuelve dentro de los postulados del iusnaturalismo y del iuspositivismo. Con mucho, en la tradición constitucionalista existen criterios de legalidad, y además sustanciales o morales, si se quiere ser más preciso.

Bajo esta idea, conviene hacer un paréntesis a fin de presentar una lectura muy general sobre los postulados opuestos del iuspositivismo y del iusnaturalismo, lo que permitirá vislumbrar la ubicación filosófica del neoconstitucionalismo sin comprometerlo con alguno de estos escenarios.

Se debe recordar que bajo los postulados del iusnaturalismo *racionalista* existían principios con validez universal (como lo es la justicia) fundados en la naturaleza humana. Estos principios universales del derecho natural calificarían a las leyes positivas como legítimas o no; en otras palabras, el iusnaturalismo intentó equiparar las leyes positivas con las leyes naturales; esto es, con la razón. De ahí que bajo esta corriente de pensamiento se pensara que tales leyes del derecho positivo deberían estar acordes con las leyes naturales, si se querían considerar como derecho; ello porque estas últimas se percibían como anteriores y superiores al derecho positivo.

Por su parte, el iuspositivismo surgió en el contexto de la idea de objetividad en la ciencia, la cual se transmitió al campo jurídico. Así, la legitimidad en el derecho pasó a segundo término, y los principios de legalidad y de validez procedimental se impusieron como criterios rectores del positivismo

jurídico; por ello, bajo esa corriente se identificó al derecho con la ley, olvidándose de las cuestiones materiales; por ejemplo, la justicia.

Así las cosas entre las posturas antagónicas en el derecho, por lo que no parece difícil ubicar el marco filosófico del neoconstitucionalismo, el cual se considera que no se ubica en el positivismo jurídico, pues bajo el constitucionalismo se percibe el derecho en un contexto más amplio que el de la simple legalidad; tampoco se encuentra en el campo del iusnaturalismo, ya que el neoconstitucionalismo, si bien hace una lectura del derecho desde el terreno de la moral, no parte de principios o leyes naturales superiores al derecho; esto es, no se ubica en el campo de la metafísica, sino más bien parte de ideales morales reconocidos en las propias Constituciones, los cuales, al ser plasmados en esos instrumentos fundamentales, se hacen exigibles en el terreno jurídico; es decir, se juridifican.⁷

Con todo, si bien el neoconstitucionalismo no se ubica en alguna de las posiciones señaladas como antagónicas del derecho, sí utiliza sus postulados, por lo que se considera que éste se encuentra en una posición de desarrollo del positivismo y del iusnaturalismo, puesto que promueve la vinculación del derecho y la moral, pero sin menospreciar los parámetros positivistas, como son los referentes a la legalidad y a la validez jurídica.

En síntesis, se puede decir que el marco filosófico del neoconstitucionalismo se desprende de las dos tradiciones jurídicas prevaletentes. Así, el neoconstitucionalismo parte tanto de la oposición al legalismo estricto del iuspositivismo como del idealismo metafísico del iusnaturalismo. No obstante lo anterior, se piensa que el marco filosófico del nuevo constitucionalismo no se circunscribe a un postpositivismo como han llegado a afirmar algunos autores, como Luís Roberto Barroso,⁸ pues si así fuera, también se podría decir que se trata de un postiusnaturalismo.

3. *Marco teórico*

En el terreno teórico son tres los estadios que cambiaron la forma de entender el constitucionalismo, los cuales se pueden agrupar en los siguientes

⁷ Sobre la juridificación de los ideales morales en la doctrina española se ha entendido que una vez recibidos los valores y principios por la Constitución, son derecho positivo, por lo que han de tratarse en su vertiente de prescripciones jurídicas. Véase Tomás Puig, Petra María, “Valores y principios constitucionales”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, España, núm. 5, 2001, p. 134, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=102560>.

⁸ Este autor habla de un *postpositivismo* que intenta ir más allá de la legalidad estricta y hacer una lectura moral del derecho, con lo cual se está de acuerdo; sin embargo, se considera que no se debería encasillar el neoconstitucionalismo en un postpositivismo como pretende el mismo Luís Roberto Barroso. Sobre esto, véase Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 5.

puntos: a) la Constitución como verdadera norma jurídica; b) la creación de una jurisdicción especial para controlar la constitucionalidad de las leyes, y c) la novedad de la interpretación de la Constitución.⁹

A. *La Constitución como verdadera norma jurídica*

Parece evidente que a mediados del siglo XX hubo un cambio respecto al carácter de las Constituciones políticas de diversos países de Europa; esto es, se empezó a reconocer el carácter jurídico y, por lo tanto, obligatorio de éstas. De esta forma, ya no sólo serían concebidas como un documento político de buenas intenciones de los gobernantes, sino como verdaderas normas jurídicas vinculantes tanto para los poderes públicos como para los particulares.¹⁰

Por otro lado, cabe notar que existen diversos autores disconformes con el carácter normativo de la Constitución. Ellos consideran que en las Constituciones contemporáneas se tienen algunos preceptos que podrían catalogarse como demagógicos, derivado de su imposibilidad de cumplimiento; por ende, desconocen el nivel jurídico de la Constitución.¹¹ En este sentido, se considera que al margen de que pueda verse como un problema el carác-

⁹ Por supuesto que aquí se está siguiendo, con algunos matices, la clasificación que sobre el marco teórico del neoconstitucionalismo efectuara Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, pp. 5-17. En ese libro, el autor habla de tres grandes transformaciones sobre el conocimiento del derecho constitucional, bajo los siguientes rótulos: a) el reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución, b) la expansión de la jurisdicción constitucional y c) el desarrollo de una nueva dogmática de la interpretación constitucional.

¹⁰ De aquí que, por ejemplo, Cecilia Mora-Donatto, al abordar algunos problemas sobre interpretación constitucional, haya señalado que en los siglos XIX y parte del XX no existía propiamente un derecho constitucional, sino político. Por ello, refiere que la Constitución quedó fuera del derecho y, por lo tanto, sólo era susceptible de interpretación política, en aras de respetar el principio de soberanía parlamentaria. Pese a estas afirmaciones, cabría hacer una aclaración; esto es, que la ausencia de derecho constitucional en tales periodos sólo debe circunscribirse en el contexto de la mayoría de los países del continente europeo y en algunos del americano, no así en el contexto del constitucionalismo desarrollado en los Estados Unidos de América, en el cual, como se verá más adelante, sí existió un derecho constitucional y un entendimiento de la Constitución como norma jurídica antes de las dos grandes guerras mundiales. Sobre las afirmaciones efectuadas en esta nota, véase Mora-Donatto, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 59 y 60.

¹¹ Por ejemplo, Rodolfo Vigo relata que autores como Troper niegan que la Constitución sea un conjunto de normas, o como Garrido Falla, quien califica a ciertos artículos de la Constitución Española como retórica constitucional, y Forsthoff, quien alerta sobre los peligros de una interpretación constitucional que privilegie los valores. Véase Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, 2004, p. 61.

ter normativo de la Constitución, lo que sí es evidente es que en la práctica judicial la Constitución opera como una verdadera regla jurídica.

Pero cabría detenerse un poco y apuntar algunos antecedentes relevantes sobre los que se enmarca la fuerza normativa de la Constitución. Así, se debe comenzar en el continente americano, en la época en que se gestó la independencia de los Estados Unidos de América, la cual en parte acaeció por los abusos legislativos del Parlamento inglés en materia impositiva; de ahí que los americanos revolucionarios confiaran más en los jueces que en los legisladores. En este sentido, recuérdese que la independencia fue reconocida por Inglaterra en 1783, por lo que la Constitución de los Estados Unidos data de 1787, constituyéndose entonces como una de las cartas constitucionales escritas más antiguas en el mundo, la cual en 1791 integró mediante diez enmiendas un catálogo de derechos fundamentales, formalmente conocidos como *Bill of rights*.¹²

Bajo este contexto, es como se debe comprender la doctrina Marshall del caso *Marbury vs. Madison* (1803), en la cual en términos generales se establece un control *judicial* de constitucionalidad de carácter *difuso*; esto es, en el que todos los tribunales judiciales de los Estados Unidos tienen la posibilidad de efectuar un examen de la conformidad de las leyes con la Constitución, y, en todo caso, inaplicar las que estimen contrarias a la norma suprema.

Por otro lado, en Europa las cosas se enmarcaron en un trasfondo diferente, aunque conectado al contexto americano. Así, tras la Revolución francesa de 1789, los revolucionarios (identificados con la clase burguesa y las clases populares) confiaron en el Poder Legislativo, que representaría la voluntad general, para liberarse de las desigualdades ocasionadas por los privilegios establecidos en el régimen monárquico y clérigo conocido como *antiguo régimen*, y que los jueces de aquella época vinieron a confirmar bajo el estigma de *las leyes fundamentales del reino*. De ahí que después de la Revolución francesa los jueces hayan tenido un papel limitado, si no es que mecánico, pues ellos estaban obligados a resolver los casos al tenor literal de la ley, y, en caso de duda debían recurrir a la interpretación legislativa, por lo que su actividad era completamente disconforme con la posibilidad de ejercer un control de la constitucionalidad de las leyes, lo cual por supuesto

¹² Un panorama general del proceso histórico de creación y ratificación de la Constitución americana se encuentra en Morineau, Marta, *Una introducción al Common Law*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 79-81. También puede resultar interesante a este respecto el trabajo de Friedman, Lawrence M., *Breve historia del derecho estadounidense*, trad. de Pablo Jiménez Zorrilla, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 32 y 33.

se fue transformando a lo largo del tiempo hasta culminar con la creación de tribunales especiales denominados *constitucionales*.¹³

Hay que recordar además que tras la Revolución francesa se emitió en 1789 uno de los documentos más relevantes para el desarrollo de los derechos humanos: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que a su vez fue incorporada a la Constitución francesa de 1791, la cual tuvo el carácter de norma suprema, aunque con un mínimo de obligatoriedad jurídica, ya que ésta se proyectaba como un ideal de organización política que confiaba en la lealtad de las instituciones públicas y de los ciudadanos como el mejor mecanismo para garantizar su cumplimiento y respeto.¹⁴

En este sentido, cabe señalar que a pesar de que los franceses sustentaran su nuevo régimen en una Constitución escrita, ésta quedó reducida en el mejor de los escenarios al cumplimiento de su parte orgánica, pues la parte referente a los derechos fundamentales no gozaba de efectividad jurídica. Así, el activismo dado al Parlamento francés como garante de las libertades individuales en contra del yugo monárquico y como poder público capaz de darle operatividad a la Constitución, minimizaba la obligatoriedad de ésta, reduciéndola a un programa de corte político que era necesario concretar a través de las leyes.¹⁵

¹³ El contexto histórico del modelo francés se describe ampliamente en Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 1, pp. 39-49.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 42 y 43. Por otro lado, resulta necesario referir que la eficacia de la Constitución sin un mecanismo de coacción nos traslada al terreno del constitucionalismo liberal, en el cual la fuerza normativa de la Constitución se sustenta en la aceptación social, por lo que ni siquiera es necesario contar con Constituciones escritas. En ese contexto liberal, la Constitución se entiende como un instrumento político, por lo que la soberanía parlamentaria cobra gran importancia. La contrapartida de este pensamiento es el constitucionalismo democrático, en el cual la Constitución se constituye como una verdadera norma jurídica y escrita, en donde la eficacia se asegura mediante mecanismos formales y directos, como el control constitucional de las leyes. En esta vertiente, la soberanía popular tiene mayor trascendencia frente al Parlamento. Así, el derecho surge en la Constitución y no en las leyes. En resumen, se puede decir que las Constituciones del siglo XIX fueron de naturaleza liberalista, y las del siglo XX de corte democrático. Para la redacción de este párrafo han resultado muy provechosas, aunque no muy iluminadoras, las ideas plasmadas en el trabajo de Mora-Donatto, Cecilia, *op. cit.*, pp. 10-17.

¹⁵ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, pp. 62 y 63. El autor precisa, sin embargo, que existió un cambio en la forma de concebir la Constitución francesa, cuando en una decisión de 1971 el Consejo Constitucional francés declaró operativos el preámbulo y las declaraciones revolucionarias, con lo que se reconocía la fuerza normativa de éstas. Pese a ello, hay que recordar, como se ha venido afirmando, que la consideración de la Constitución como norma jurídica se estableció en la mayoría de los países europeos a partir de la culminación de la Segunda Guerra Mundial; esto es, de 1945.

Con este recorrido histórico del constitucionalismo americano y francés (recuérdese que este último vino a marcar el esquema establecido por la mayoría de los países del continente europeo), lo que se puede desprender son dos reflexiones que contribuyen a que se comprenda en su justa dimensión el reconocimiento de las Constituciones como normas jurídicas a partir de la segunda mitad del siglo XX.

La primera es que parece razonable pensar que el protagonismo de algunos jueces americanos,¹⁶ desplegado previamente al surgimiento de las guerras mundiales, propició, en una forma importante, la eficacia constitucional a partir de la primera mitad del siglo XX en los países de tradición jurídica pertenecientes al *civil law*, principalmente de Europa, pero que también se expandió a los países del continente americano con esa tradición. La segunda es que la Constitución americana como norma absolutamente operativa se constituyó como el talón de Aquiles del constitucionalismo continental, derivado de lo cual se afirmó como un parámetro para que diversos países europeos postularan la función prescriptiva que en todas sus partes comporta la Constitución.

B. *La creación de una jurisdicción especial para controlar la constitucionalidad de las leyes*

Muy conectado con el punto anterior, se tiene la ola de justicia constitucional que marcó a la mayoría de los países de Europa en el periodo de la posguerra con la creación de tribunales constitucionales, los cuales, en términos generales, cumplen con una función de defensa jurisdiccional de la norma suprema en todas sus partes, lo que se identifica con el control de constitucionalidad de las leyes.

De esta manera, recuérdese que en el siglo XIX y en las primeras décadas del XX en la Europa continental operaba el modelo de supremacía del Poder Legislativo; ello por la muy difundida doctrina inglesa de soberanía parlamentaria, así como de la doctrina francesa que concebía a la ley como la expresión de la voluntad general. Pese a esto, a partir de 1945 las cosas comenzaron a cambiar en gran medida por la inclusión de los derechos humanos (antes sólo consagrados en declaraciones políticas universales) en las Constituciones, quedando por ello su protección en manos de la justicia constitucional, de ahí que se comenzaran a formar tribunales especiales para atender esa tarea.¹⁷

¹⁶ Por supuesto que se está pensando en la célebre sentencia del *caso Marbury vs. Madison* dictada por el juez John Marshall.

¹⁷ Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 8.

Así las cosas, después de la Segunda Guerra Mundial el panorama general en el terreno jurídico, al menos en los países de la familia del *civil law*, fue invadido por una teoría del neoconstitucionalismo; primero, por el establecimiento de la supremacía constitucional; segundo, por la inclusión de principios como derechos fundamentales en las Constituciones políticas; tercero, por su reconocimiento como normas jurídicas, y cuarto, por la creación de tribunales especiales; esto es, constitucionales. Así, por ejemplo, en la actualidad es impensable un Estado constitucional de derecho sin instrumentos para hacer efectivos los ideales morales contenidos en las Constituciones.¹⁸

Por otro lado, sobre el carácter de los tribunales constitucionales como tribunales especiales, cabe hacer mención que ello obedeció a la preocupación (principalmente en Francia) de que un poder; esto es, el Judicial, tuviera que revisar y calificar de válido o no el trabajo de otro poder; esto es, el Legislativo (el cual por cierto es elegido democráticamente). Por ello, la solución a esto fue crear tribunales independientes del Poder Judicial; es decir, especiales, los cuales no debían atender a las tareas comúnmente asignadas a los jueces ordinarios o a las cortes supremas, y más bien centrarse en examinar la constitucionalidad de las leyes.¹⁹

Actualmente existe discusión sobre la naturaleza de los tribunales constitucionales, así como de las tareas que deben efectuar y de los mecanismos de elección de los jueces que los integran. En este sentido, en algunos países europeos, como Francia, se tiene actualmente un órgano especial que no forma parte del Poder Judicial; esto es, el Consejo Constitucional, que controla la validez constitucional de las leyes.²⁰

¹⁸ A este respecto, Tania Groppi ha señalado que la justicia constitucional es un elemento cardinal del Estado democrático que en su ausencia cabe dudar del carácter democrático de un ordenamiento jurídico. Véase Groppi, Tania, “Introducción: a la búsqueda de un modelo europeo de justicia constitucional”, en Groppi, Tania *et al.* (coords.), *La justicia constitucional en Europa*, trad. de Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración Pública y Política, 2004, p. 21.

¹⁹ Sobre este tema, Marian Ahumada ha señalado que la función que los jueces constitucionales desarrollan en los periodos de transición difícilmente podría encomendarse a jueces ordinarios o a un tribunal supremo, ya que sobre esos juzgadores pesa el lastre del régimen anterior, por lo que manifestarán resistencia al cambio que implica la justicia constitucional, la cual se distancia de los esquemas tradicionales. *Cfr.* Ahumada, Marian, “La expansión del control de constitucionalidad y el sistema de los tribunales constitucionales”, *Tribunales constitucionales y democracia*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 89.

²⁰ Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 1, p. 43. El autor, en una postura un tanto desconcertante, refiere que dado que el Consejo Constitucional francés no forma parte del Poder Judicial ordinario, en Francia no existe un control *judicial* de las leyes.

En síntesis, por lo que hace a la creación de una jurisdicción especial para controlar la constitucionalidad de las leyes, se puede decir que si bien la expansión de esa jurisdicción es un fenómeno que se dio principalmente en Europa, ésta no fue extraña a nuestro país. Así, cabe afirmar que algunas de sus manifestaciones tienen plena vigencia en el sistema jurídico mexicano, en el cual si bien no se cuenta con un tribunal constitucional especial e independiente del Poder Judicial, sí se tiene una Suprema Corte de Justicia, la cual, al igual que el tribunal constitucional alemán y español, por mencionar algunos ejemplos, puede conocer de recursos de amparo, fungiendo así como tribunal de última instancia, y además efectuar un examen de constitucionalidad de las leyes.

C. *La novedad de la interpretación de la Constitución*

Es innegable que la interpretación jurídica como instrumento necesario para la aplicación de las normas jurídicas surgió paralelamente con el derecho; sin embargo, no se debe pasar por alto que por largo tiempo la Constitución fue concebida como un documento político sin efectividad jurídica; por ello, al otorgarle fuerza normativa a ésta, se tuvo la necesidad de instituir un nuevo parámetro en la interpretación jurídica; esto es, la interpretación constitucional, derivado de las nuevas piezas del derecho con las que tenían que operar los juzgadores.

Bajo esta premisa, la interpretación constitucional actualmente se asume como una de las operaciones más complejas para los juzgadores, pues se trata de llevar a cabo una mediación entre el mundo formal y el mundo fáctico, tarea nada sencilla si se entiende que en el mundo material conviven un sinnúmero de ideales morales, los cuales de forma ordinaria se contraponen. Con todo, la interpretación constitucional es una operación que contribuye de forma importante a materializar el mundo formal; es decir, los ideales morales consagrados en las cartas constitucionales.

Ahora bien, cabe precisar que a pesar de la existencia de diversos métodos de interpretación jurídica, y que también se pueden utilizar en la aplicación de la Constitución, se percibió la necesidad de concebir otros parámetros que permitieran de mejor forma la concreción de la norma constitucional. Así, se hizo necesario tomar en cuenta el *telos* de la propia Constitución, el cual, como expresa Francisco Rubio,²¹ permite la creación y el mantenimiento de una sociedad abierta en la que se posibilite la alter-

²¹ Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente de derecho”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2008, pp. 175 y 176.

nativa, la cual es sumamente importante en las sociedades pluralistas a fin de generar una coexistencia entre la mayoría y los disidentes, pues ¿no acaso los derechos fundamentales son instrumentos de triunfo de las minorías y los tribunales constitucionales los protectores de la disidencia?

Así las cosas, con la interpretación constitucional se abrió en el campo de la interpretación jurídica en general una toma de conciencia sobre la necesidad de elaborar nuevos parámetros útiles para lograr la correcta comprensión y consecuente aplicación de la Constitución, necesidad que en la actualidad no se ha cubierto del todo. Simplemente piénsese en la relación que existe entre la argumentación jurídica y la propia interpretación constitucional, por lo que los inconvenientes de la primera se pueden ubicar como los desafíos de la segunda, ya que es innegable que los jueces constitucionales en el proceso argumentativo deben interpretar los ideales establecidos en las Constituciones.

Una primera reflexión que se puede desprender de lo hasta ahora señalado es que el papel de los juzgadores constitucionales se torna más complejo al momento de interpretar la Constitución, pues los contenidos de ésta presentan una fuerte carga valorativa. Así, la interpretación que efectúen los jueces no sólo debe develar la finalidad o el sentido de la norma, sino que más bien debe ubicar el fundamento del propio derecho.

En este sentido, se puede afirmar que existe una verdadera transformación en la manera de aplicar las normas jurídicas, que se circunscribe en la interpretación constitucional, pero que genera un efecto dominó en el derecho, pues ¿no acaso los principios irradian todo el sistema jurídico? Así, es evidente que en teoría constitucional y de la argumentación jurídica ahora se reflexiona con base en los derechos fundamentales.

Con mucho, para efectos expositivos se puede decir que la novedad en la interpretación constitucional, en contraposición a la interpretación jurídica general (si se permite este antagonismo), es que la función de la primera no puede simplemente limitarse a la revelación del significado que expresa la norma jurídica, en este caso la Constitución, mediante la utilización de los conocidos métodos de interpretación jurídica, como son el gramatical, histórico, teleológico o sistemático, sino que debe optar por desplegar un análisis y evaluación más profundo de los ideales contenidos en ésta, a fin de comprender su alcance en el contexto de las realidades vigentes notoriamente pluralistas o, mejor, en constante tensión.

En síntesis, la novedad de la interpretación de la Constitución es una imagen del neoconstitucionalismo, la cual se genera, porque los jueces constitucionales no operan con normas que describen conductas que se conectan con consecuencias jurídicas, sino con normas que consagran ideales

morales en forma de principios que deben ser cumplidos de forma optimizada dentro de los márgenes posible. Así, los principios no pueden contradirse, como las reglas jurídicas, sino en todo caso colisionar, lo que jamás implicará su autoexclusión del sistema jurídico.

De esta manera, en el contexto del neoconstitucionalismo es un fenómeno común la existencia de colisiones entre principios catalogados como derechos fundamentales. Por ello, autores como Luís Roberto Barroso²² han afirmado, con gran razón, que las Constituciones modernas son nada menos que documentos dialécticos que promueven bienes jurídicos que se contraponen; esto es, que viven en una tensión continua.

Hasta aquí con lo señalado sobre la novedad de la interpretación de la Constitución. En lo que sigue se presentarán algunas ideas generales a retener a propósito de los marcos de acción del neoconstitucionalismo.

Como marco histórico, se caracteriza como respuesta a las violaciones cometidas por regímenes jurídicos vigentes en contra de la dignidad humana y con la consecuente formación de los Estados constitucionales de derecho.

Como marco filosófico, se establece una renovada vertiente en la teoría del derecho, que sin ubicarse en alguna corriente jurídica específica, si busca un replanteamiento sobre la relación entre el derecho y la moral.

Como marco teórico, se modifica la naturaleza de la Constitución, se crea una justicia constitucional y se desarrolla una compleja interpretación jurídica.

III. GENERALIDADES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

1. *Concepto*

Si como expresa Alfredo García Avilés²³ por “concepto” entendemos un pensamiento acerca de las propiedades del objeto, es evidente que con éste se consigue caracterizar y distinguir objetos similares. Bajo esta premisa, en adelante se delinearán las propiedades del neoconstitucionalismo, pero sin la intención de delimitar los alcances del concepto “neoconstitucionalismo”; esto es, sin el ánimo de definirlo,²⁴ pues no se considera adecuado encasillar pen-

²² Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

²³ García Avilés, Alfredo, *Introducción a la metodología de la investigación científica*, 2a. ed., México, Plaza y Valdes editores, 1997, p. 136.

²⁴ Se debe recordar que la operación lógica denominada *definición* tiene como función delimitar los alcances del concepto o, mejor, efectuar un análisis de éste. Piénsese en la célebre

samientos. Con todo, tal vez sea más adecuado decir que a continuación se presentarán algunas ideas generales acerca de esa corriente de pensamiento.

En primer lugar, cabe decir que el neoconstitucionalismo puede ser entendido como aquel esquema teórico que explica el proceso de transformación de la tradición formalista del derecho, derivado de la aceptación y comprensión de la norma fundamental como norma jurídica que integra un sistema de principios y valores que respaldan todo el derecho y, por consiguiente, al Estado y sus actividades.

De ahí que, por ejemplo, las actuales investigaciones en teoría constitucional desarrolladas en México se hayan sumergido en el estudio de los principios jurídicos catalogados como derechos fundamentales y su proyección en todo el sistema jurídico, investigaciones que de alguna forma ponen en tensión a las concepciones formalistas del derecho, que en este país están muy bien arraigadas.²⁵

En este sentido, el neoconstitucionalismo en particular busca explicar los textos constitucionales surgidos después de la Segunda Guerra Mundial y de la caída de los regímenes dictatoriales de los años setenta, como el de la España franquista. Como ya se ha referido, se trata de Constituciones que no sólo precisan la separación de los poderes o sus competencias, sino que integran normas con contenido sustantivo que guían la actuación pública.²⁶

Una de las particulares más representativas del multicitado neoconstitucionalismo es que éste se centra en gran medida en explicar la forma de operar de las Constituciones materiales, las cuales comportan un efecto expansivo que permea todo el sistema jurídico. Así hoy en día es muy improbable atender algún conflicto jurídico en toda su extensión sin mirar los ideales morales que nos marca la Constitución bajo el epígrafe de derechos fundamentales, tanto en su vertiente vertical; esto es, conflictos entre los gobernados y el gobierno, como en su vertiente horizontal; es decir, problemas jurídicos entre los propios gobernados, como son las recurrentes colisiones

definición del hombre *como animal racional*, lo que constituye el tipo de definición de género próximo y diferencia específica.

²⁵ De hecho, en México Pedro Serna ha manifestado que con el neoconstitucionalismo cabe hacer referencia a una superación de la concepción formal del Estado de derecho y su sustitución por un Estado de derecho rematerializado a partir de una comprensión de la Constitución como orden o sistema de valores que se proyecta sobre el derecho ordinario o infraconstitucional. *Cfr.* Serna Bermúdez, Pedro, “Neoconstitucionalismo e interpretación. Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional”, en Torres Estrada, Pedro (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006, p. 213.

²⁶ Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 9 y 10.

entre principios que los jueces constitucionales tienen que atender de forma relativamente cotidiana.²⁷

Por otra parte, cabe precisar que el neoconstitucionalismo se constituyó como un esquema que equiparó dos tradiciones constitucionales que han transitado por senderos diferentes; esto es, la europea, en donde ya existían Constituciones catalogadas en algún sentido como materiales (por ejemplo, la francesa de 1791 que incorporó contenidos de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), pero sin eficacia jurídica, y la tradición americana, que cuenta con una Constitución sumamente garantizada (piénsese en el control judicial *difuso* de constitucionalidad de leyes que está vigente desde 1803), aunque con menos contenido material. Así, el neoconstitucionalismo implicó un modelo de conjunción de realidades distantes, pero conectadas por un objetivo común; esto es, el respeto de la dignidad humana, que como bandera mundial emergió con gran énfasis después de la Segunda Guerra Mundial.

Con lo dicho hasta este momento se puede vislumbrar que el neoconstitucionalismo se convierte en una plataforma de conocimiento para describir diversos fenómenos, como son las Constituciones con contenidos, el control de constitucionalidad, la relación entre el derecho y la moral,²⁸ la eficacia jurídica de las Constituciones, por mencionar los más relevantes. De esta manera, bien se pudiera ubicar la concepción presentada sobre esa corriente filosófica en un solo tipo de neoconstitucionalismo (como se verá en puntos posteriores existen diversos tipos); esto es, el teórico.

Pese a ello, existen otras maneras de acercarse al neoconstitucionalismo sin hacer referencia a su aspecto teórico; por ejemplo, Paolo Comanducci²⁹ expresa que el neoconstitucionalismo comporta un conjunto de mecanismos normativos concernientes a un sistema jurídico particular, que vienen a resguardar los derechos fundamentales. Sin embargo, esta conceptualización no la compartimos, pues delimita el alcance del neoconstitucionalismo

²⁷ Bajo este esquema, el propio Luis M. Cruz ha referido que en la medida en que la Constitución se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, contribuye a configurar el orden social en su conjunto. *Cfr.* Cruz, Luis M., *op. cit.*, pp. 4 y 5.

²⁸ Sobre esa relación, el mismo Fernando Atria ha aludido que el derecho neoconstitucionalista incluye normas constitucionales que hacen referencia a principios morales, las cuales son aplicables, como las leyes ordinarias, aunque interpretadas a través de un proceso de ponderación. *Cfr.* Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27, 2004, p. 119, en [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/09259512077961540032268/028045.pdf#search="neoconstitucionalismo"&page=39](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/09259512077961540032268/028045.pdf#search=).

²⁹ Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, UNAM-Trotta, 2006, p. 75.

a uno de sus aspectos de estudio; esto es, de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales.

Con todo, no se debe olvidar que la concepción teórica del neoconstitucionalismo busca describir y explicar *todas* las consecuencias que presenta una de las últimas transformaciones jurídicas del presente siglo XXI, derivado del reconocimiento de las Constituciones como verdaderas normas jurídicas y cargadas de un amplio contenido moral.³⁰

2. Tipos

La idea de tipos de neoconstitucionalismo surge como una analogía sobre la conocida distinción que Norberto Bobbio formuló del positivismo jurídico, distinción que generó cierto impacto en la teoría del derecho, o más precisamente en la manera de explicar y confrontar el positivismo jurídico, al menos en los países de las lenguas romances.³¹

Por ello, antes de presentar los tipos de neoconstitucionalismo cabría, a modo de resumen, señalar la caracterización del positivismo jurídico que este filósofo italiano efectuó desde tres aspectos diferentes; esto es, como un modo de acercarse al estudio del derecho, como una determinada teoría del derecho y como una ideología específica de lo que se considera como justo.³²

Por el modo de acercarse al derecho, Norberto Bobbio no entiende los métodos o técnicas empleados en la investigación, sino más bien la delimitación del objeto de estudio. Por “teoría” entiende un agregado de asevera-

³⁰ Ha resultado muy útil para este comentario la idea que Juan Bautista tiene sobre el neoconstitucionalismo. Para este autor, el neoconstitucionalismo es un proceso de transformación de los sistemas jurídicos por obra de un cambio operado en el modelo de comprensión de la Constitución por parte de los operadores jurídicos, que pasan a verla como un orden valorativo. Véase Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. XVII y XVIII.

³¹ Para una explicación del positivismo jurídico utilizando la tipología de Bobbio, véase Santiago Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 32-43. Este autor buscó ubicar a los representantes más característicos del positivismo jurídico (Bentham, Austin, Hart, Ross, Kelsen y el propio Bobbio) en alguna de las tipologías, concluyendo que ellos se ubicaban en la vertiente del positivismo metodológico. Para una confrontación entre el positivismo jurídico y el constitucionalismo utilizando las distinciones del primero formuladas por Bobbio, véase Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Distribuciones Fontamara, 1997, pp. 25-58.

³² Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Distribuciones Fontamara, 1991, p. 44.

ciones relacionadas entre sí, con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, generalizados y unificados en un sistema coherente, y por “ideología” comprende una toma de posición fundada en valores frente a una realidad.³³

Con estas preliminares ideas, se está en posición de señalar que el positivismo, como una forma de acercarse al derecho (metodológico), se centraría en el derecho real, el derecho positivo, en oposición al derecho ideal. Así, la posición sobre el derecho es avalorativa; esto es, se trata de no emitir juicios de valor sobre éste, y por lo tanto admitir la separación entre el derecho y moral, ya que el primero es estudiado como un hecho social. Por su parte, el positivismo teórico entiende al derecho como un conjunto de reglas jurídicas formuladas por el Estado (teoría estatal del derecho). Aquí cobra relevancia el monopolio de la producción jurídica y la consideración del sistema jurídico como completo y coherente. Por último, el positivismo ideológico se enfoca en considerar que el derecho, por haber emanado de un procedimiento previamente establecido, es considerado valioso, adecuado y justo. Por ello hay una obligación moral de obedecerlo, con independencia del derecho ideal. El criterio de justicia aquí se relaciona con el de vigencia. Así, no interesa cuál sea el contenido de las leyes si no el proceso para su surgimiento.³⁴

Bajo esta tipología del positivismo jurídico, Paolo Comanducci ha instituido una clasificación similar para representar el neoconstitucionalismo, a fin de hacer más fácil la confrontación entre esta corriente y el propio positivismo; no obstante, en este trabajo de investigación se pretende abordar esa clasificación con un objetivo diverso; esto es, examinar el neoconstitucionalismo mediante el método de clasificación, con la intención de que se comprenda de mejor forma.

A. *Teórico*

El neoconstitucionalismo teórico se puede concebir como aquel conjunto de ideas ordenadas que tienen como objetivo el describir e interpretar de manera generalizada el proceso de transformación de un sistema jurídico legalista y centralista a un sistema jurídico no formalista y de textura abierto, característico de los Estados constitucionales de derecho.

³³ *Ibidem*, p. 45.

³⁴ Sobre estos puntos clave para identificar la tipología del positivismo jurídico véase Santiago Nino, Carlos, *op. cit.*, pp. 32-43. En el mismo sentido, véase Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 44-57.

Se trata de identificar en un modelo teórico los principales postulados de aquel sistema de derecho constitucionalizado o rematerializado en contenidos,³⁵ a fin de que pueda ser expuesto y organizado de forma general. De ahí su particular relevancia en el ámbito de la enseñanza del derecho, en la cual se pueden ir generando nuevos partidarios a esa corriente. Con mucho, lo relevante del neoconstitucionalismo en este contexto pedagógico es que no sólo se centra en la teoría constitucional, sino que además tiene influencia en la teoría del derecho; por ello, la existencia de investigaciones sobre neoconstitucionalismo efectuadas tanto por constitucionalistas como por filósofos del derecho.

Por otro lado, cabe destacar que la identificación o caracterización teórica del neoconstitucionalismo puede aludir a dos objetos de investigación diversos; es decir, tanto al estudio de la Constitución como norma jurídica fundante de todo el sistema jurídico (modelo descriptivo) como al estudio de la referida Constitución, pero con contenidos sustantivos (modelo axiológico), lo que se considera impráctico, pues en una posición maximalista del derecho se debería buscar agrupar más que dividir todas las realidades que se puedan presentar en el fenómeno observable. Así, se estima que no resulta muy útil hablar de un neoconstitucionalismo que adopte como objeto de investigación dos distintas realidades. Con todo, para los efectos de la presente investigación el tipo de constitucionalismo teórico se concentrará en un modelo integral, en el cual se estudie la Constitución como norma jurídica fundante y con contenidos valorativos.³⁶

Con independencia de lo hasta ahora señalado, surgiría la siguiente interrogante: ¿cuál es la importancia del neoconstitucionalismo teórico? Se piensa que su mérito radica en poner de relieve las dificultades actuales del positivismo jurídico (si se quiere ser más exactos, del metodológico), reformulando los criterios teóricos dominantes, a fin de generar una nueva concepción del derecho acorde con el pluralismo y con el dinamismo social. De ahí que, como se ha referido anteriormente al presentar un concepto de neoconstitucionalismo, se circunscriba esta vertiente teórica del constitucionalismo, la cual representa una visión general y ordenada de los sistemas

³⁵ Tal sistema de derecho ha sido concretizado por Paolo Comanducci con una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas particularidades de la interpretación y aplicación de las normas constitucionales. Véase Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 83.

³⁶ Para un análisis general del modelo descriptivo y axiológico de la Constitución, véase *ibidem*, pp. 83 y 84.

jurídicos contemporáneos, lo que además resulta muy útil en el ámbito de la docencia y enseñanza del derecho.

Bajo esta premisa, podrían algunos juristas prácticos tildar las precedentes aseveraciones de simple dogmática jurídica, a lo cual se les diría que tal apreciación sólo miraría una cara de la moneda. Es cierto que un acercamiento al fenómeno jurídico desde el campo exclusivamente académico sería por demás infructuoso; no obstante, cabría identificar que la preferencia al tipo de neoconstitucionalismo teórico que se ha manifestado no implica marcar una *exclusión*, sino más bien reconocer el papel de la teoría para la comprensión de los fenómenos prácticos. La cuestión, con todo, es observar las realidades actuales, describirlas, explicarlas y agruparlas en modelos teóricos susceptibles de ser presentados para contribuir al desarrollo del derecho.

De esta manera, se es consciente de que el neoconstitucionalismo está impulsando y apostando por un nuevo marco epistemológico³⁷ que profundice y reconozca el mundo ideal del derecho, sin desconocer el mundo real de éste, pues la profundización y reconocimiento no implica en ningún sentido supresión.

En resumen, se puede afirmar que desde el campo teórico, el neoconstitucionalismo busca caracterizar el funcionamiento actual de los sistemas jurídicos. Así, el neoconstitucionalismo viene a presentar nuevos planteamiento epistemológicos sobre la manera de estudiar el fenómeno jurídico; por ejemplo, en el campo de las fuentes del derecho, en la forma de concebir a la Constitución, y sobre todo en la manera de interpretar y argumentar con ideales morales positivizados. Por ello, es evidente que el neoconstitucionalismo teórico reclamaría la revisión del pensamiento jurídico dominante a fin de ajustarlo a las vigentes realidades; ello si quiere atender en alguna medida el carácter maximalista que permea el derecho.

B. Ideológico

Si se recuerda que la caracterización del positivismo ideológico se representa con la obligación (moral) de obedecer el derecho por emanar éste

³⁷ En este sentido, Luis Prieto Sanchís ha identificado en varios puntos algunos rasgos relevantes de la nueva teoría del derecho que está impulsando el constitucionalismo; por ejemplo, más principios y ponderación que reglas y subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas y conflictos jurídicos; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador, y coexistencia de una constelación plural de valores en vez de homogeneidad ideológica. Véase Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 120 y 121.

de un procedimiento preestablecido y por ello de su estimación como valioso, entonces el neoconstitucionalismo ideológico se asemeja en mucho a aquél, porque desde el constitucionalismo existe una estimación positivamente valiosa de la Constitución por contener derechos fundamentales y además por emanar de un poder constituyente, por lo que se considera moralmente bueno el obedecerla.

Por tal circunstancia, en la doctrina existe cierta crítica al neoconstitucionalismo en esta vertiente, al considerar que éste se comprende muy bien desde el aspecto positivista, pues sólo opera un cambio en el nivel de la norma jurídica a obedecer, en el formalismo lo son las leyes, en el constitucionalismo lo es la norma fundamental, así se ha concluido que el neoconstitucionalismo ideológico se muestra muy proclive a ser entendido como una variante actual nada menos que del positivismo ideológico.³⁸

Pese a ello, se considera que si bien la estructura es la misma tanto en el positivismo ideológico como en el neoconstitucionalismo (obedecer las normas jurídicas), la esencia es muy diferente, ya que mientras que en el primero la obligación moral surge por el solo hecho de la existencia de leyes emitidas mediante un proceso legislativo sin importar el contenido de éstas, desde el neoconstitucionalismo las cosas son muy diferentes, pues aquí no sólo se trata de cumplir la Constitución por la simple circunstancia de que ésta emana de un poder constituyente, sino que cobra relevancia su obediencia, porque esa norma integra un contenido sustancial.

En este contexto, el rasgo más representativo del neoconstitucionalismo ideológico es que desde éste se emiten valoraciones positivas sobre el proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos, con el objetivo de apoyarlo e, incluso, defenderlo frente a otras realidades. Se trata, en otras palabras, de emitir un juicio de valor (positivo) sobre dicha corriente, más que de describir y explicar los procesos de constitucionalización, como sí se hace desde la vertiente teórica del neoconstitucionalismo.³⁹

Es evidente que la anterior representación del neoconstitucionalismo no es la única posible. Así, algunos autores señalan que con el neoconstitucionalismo ideológico particularmente se subraya la relevancia de los mecanismos jurisdiccionales de tutela de los derechos fundamentales, a fin de que los poderes públicos sujeten sus actividades a la concretización de éstos;⁴⁰ sin embargo, se piensa que dicha concepción estaría presentando una de las características generales del modelo neoconstitucionalista, más

³⁸ Esta conclusión puede verse en Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 86.

³⁹ Para la redacción de este párrafo han resultado muy útiles las afirmaciones hechas por Comanducci. *Ibidem*, p. 85.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 85 y 86.

que mostrando éste en su vertiente ideológica; por ello, se considera que el elemento relevante para la comprensión del constitucionalismo ideológico es el valorativo; esto es, la estimación positiva que como sujetos cognoscentes efectuamos sobre esta corriente jurídico-filosófica.

C. Metodológico

El neoconstitucionalismo metodológico no tiene que ver con el método para estudiar dicho fenómeno, sino más bien con la precisión en el objeto de estudio,⁴¹ si en el positivismo metodológico el objeto lo era el derecho positivo; esto es, el derecho real y, por lo mismo, la negación de la relación entre el derecho y la moral, en el neoconstitucionalismo metodológico ocurre ciertamente lo opuesto; es decir, aquí se mantiene al derecho como un fenómeno sujeto de valoración e identificable en el mundo del deber ser, y no sólo en el del ser, como defiende el positivismo metodológico.

Bajo este esquema, se tiene que el neoconstitucionalismo en su vertiente metodológica es completamente antagónico con el positivismo conceptual o metodológico,⁴² pues cuando éste defiende la separación entre el derecho y la moral, al tener como criterios verificables del fenómeno jurídico únicamente los hechos sociales y centrarse por ello en el estudio del derecho positivo (tesis de las fuentes sociales); es decir, del derecho que existe, no del derecho que debería ser, excluye por completo cualquier lectura moral de las normas jurídicas.

Por su parte, el neoconstitucionalismo metodológico, al defender la idea de que el fenómeno jurídico no puede ser entendido en su totalidad sin relacionarlo e identificarlo con el derecho ideal, con el derecho que debería ser, está reconociendo explícitamente la *necesaria* relación entre el discurso jurídico y el discurso moral, de ahí el marcado antagonismo entre ambas concepciones del derecho, antagonismo que, como se recordará, no estuvo tan marcado en las tipologías de positivismo teórico e ideológico con sus equivalentes del neoconstitucionalismo.

Bajo este contexto, se puede observar que con el neoconstitucionalismo metodológico resurgen los grandes problemas de teoría del derecho que el propio Hart (quien dedicó parte de sus investigaciones en examinar la esen-

⁴¹ Aquí se están siguiendo las ideas de Norberto Bobbio sobre el modo de acercarse al derecho, que refiere como uno de los aspectos para la caracterización del positivismo jurídico.

⁴² Dicha circunstancia reviste importancia, si como sugiere Carlos Santiago Nino, el positivismo que sostuvieron filósofos del derecho como Norberto Bobbio, Hans Kelsen o Hart fue nada menos que el metodológico. Sobre esto, véase Nino Carlos, Santiago, *op. cit.*, p. 37.

cia o naturaleza del derecho) no pudo pasar por alto; por ejemplo, cuando hablaba de la existencia de afirmaciones generales teóricas de que entre el derecho y la moral hay una conexión en algún sentido *necesaria*, y que ello debe ser estimado en cualquier elucidación de la noción de derecho.⁴³

Partiendo de las reflexiones hasta aquí presentadas, es apropiado detenerse en el análisis de las posturas que surgen bajo el neoconstitucionalismo metodológico. Así, cabe referir que la relación necesaria entre derecho y moral es una de las discusiones más recurrentes en teoría jurídica; por ejemplo, entre positivistas incluyentes y positivistas excluyentes.⁴⁴

En este sentido, la relación moral-derecho se enmarca en la misma interpretación de la Constitución, derivado de que esta norma consigna derechos que representan algún tipo de moral que es importante reconocer jurídicamente, por lo que los juzgadores se ven obligados a transitar por el terreno de la moral. Por ello, como señala Wilfrid Waluchow para el caso de Canadá, pero que es aplicable al contexto mexicano, es entendible que la argumentación moral figure a menudo en los casos constitucionales.⁴⁵

Paradójicamente, este tipo de interpretación abierta ya había sido esbozada de alguna manera por Lon Fuller,⁴⁶ quien partiendo del carácter obtuso de las disposiciones constitucionales, infirió que el papel de los intérpretes de éstas debía ser creativo, lo que no se traduce en activismo judicial, pues como precisó dicho autor, debe fundarse (la interpretación) en las necesidades del gobierno democrático y en la misma naturaleza humana, necesidades que se considera deben guiar en todo momento la interpretación constitucional, ya que actualmente un gobierno democrático sólo es entendido bajo un marco de derechos fundamentales con eficacia jurídica.

Con todo lo dicho para entender el neoconstitucionalismo metodológico, el cual no es más que la posición adversaria del positivismo conceptual, pues aquél reconoce una toma de posición valorativa del fenómeno jurídico y, por lo tanto, la negación de la tesis de la separación entre el derecho y la moral impulsada desde el positivismo metodológico.

⁴³ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 193 y 194.

⁴⁴ Recuérdense que en los últimos años ha surgido una controversia en las líneas del positivismo sobre la posibilidad de una conexión particular entre el derecho y la moral, que algunos positivistas reconocidos aceptan como posible e, incluso, característica de los sistemas jurídicos modernos; pero que otros rechazan por considerarla inconsistente con la naturaleza misma del derecho.

⁴⁵ Waluchow, Wilfrid J., *Positivismo jurídico incluyente*, trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 2007, pp. 159 y 160.

⁴⁶ Fuller, Lon L., *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Trillas, 1967, p. 116.

IV. PARTIDARIOS Y POSTULADOS

1. *Gustavo Zagrebelsky*

La ubicación de Zagrebelsky como partidario del neoconstitucionalismo obedece a que sus principales reflexiones sobre el derecho y el Estado se circunscriben en un contexto antiformalista; en específico llama la atención el reconocimiento que dicho autor efectúa sobre el carácter abierto, activo y sociológico del derecho, así como la importancia que le confiere al estudio de los principios contenidos en las Constituciones democráticas.

A continuación se presentan a modo de resumen las principales ideas de Zagrebelsky relevantes para esta investigación:

A. *Heterogeneidad del derecho*

La falta de homogeneidad en el derecho surge en mayor medida por los principios contenidos en las Constituciones, los cuales se perciben como conflictivos. Por ello, parece difícil intentar explicar a los principios sin abordar la heterogeneidad del derecho, la cual se explica por la pluralidad de realidades que viven y se desarrollan en un mismo espacio.

Zagrebelsky expone dicha situación tomando como referencia las leyes, lo que, sin embargo, puede extenderse a las normas fundamentales. Así, para este autor, el mismo pluralismo de las fuerzas políticas y sociales conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes.⁴⁷ De esta manera, es entendible cómo las normas jurídicas no pueden ser actualmente la expresión pacífica de los ideales de las sociedades, los cuales son instrumentos y manifestaciones de conflicto y enfrentamiento social.⁴⁸

Por ello, se puede afirmar que el papel conflictivo, divergente, cambiante e inacabado del derecho surge por las características de las actuales piezas que lo integran, principalmente los principios, los cuales no son la expresión de un solo objetivo convergente con los demás intereses existentes en las sociedades pluralistas, sino más bien expresiones que representan la misma heterogeneidad.

⁴⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, 9a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2009, p. 37.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 38.

B. *Principios de justicia*

Existen en la Constitución principios de justicia, como los denomina Zagrebelsky, los cuales fungen como orientaciones de las acciones de los poderes públicos. Estos principios vendrían a ser nada menos que los derechos fundamentales.

Los principios de justicia guardan estrecha relación con la existencia de Constituciones pluralistas, derivado de que éstas contienen un cúmulo de aquéllos; por ello, el surgimiento de las normas fundamentales pluralistas podría equipararse con la creación de convenios jurídicos, en los cuales cada una de las partes involucradas introduce sus intereses. Así, tales normas pueden entenderse como pactos en los que a lo largo del tiempo se han ido integrando los ideales de justicia de las sociedades, que han adquirido la cualidad de jurídicos, por lo que se consideran plenamente alcanzables, como los intereses que se integran en los convenios jurídicos.⁴⁹

C. *Distinción entre reglas y principios*

La distinción entre las normas consideradas reglas y las consideradas principios es un tema que ha sido ampliamente abordado por diversos autores en teoría del derecho; sin embargo, se considera relevante señalar la posición sobre la distinción entre ambas normas que el profesor Zagrebelsky ha presentado de forma relativamente sencilla, lo que no le resta seriedad a sus reflexiones. Para dicho filósofo, las leyes de las que se compone el derecho vendrían a ser las reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos básicamente serían los principios jurídicos. Así, distinguir los principios de las reglas implica distinguir las Constituciones políticas de las leyes, por aquello del contenido sustantivo de las primeras, ausente en las segundas. He aquí una simple, pero esclarecedora distinción.⁵⁰

⁴⁹ Para redactar este párrafo ha sido de gran utilidad la explicación que Zagrebelsky efectúa sobre la Constitución pluralista. *Ibidem*, p. 97. Para una ilustración sobre el carácter alcanzable de los ideales que han sido positivizados, resulta relevante la distinción que efectuó recientemente el profesor español Alfonso García Figueroa sobre la dimensión utópica y tópica de los principios. Para dicho autor, en los principios confluye una dimensión profundamente utópica, pero también profundamente tópica, ya que éstos expresan ideales quizá inalcanzables, pero que también nos obligan efectivamente a aproximarnos a ellos lo más posible, lo cual es un objetivo alcanzable por razones conceptuales. Véase García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, p. 122.

⁵⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

En un sentido más detallado, para Zagrebelsky, la distinción entre reglas y principios se entiende de la siguiente forma:

las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas... Puesto que carecen de supuestos de hecho, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndolos reaccionar ante algún caso concreto.⁵¹

De dicha distinción se pueden desprender tres elementos relevantes sobre los principios: el primero se refiere a la ausencia de supuestos y consecuencias jurídicas en éstos, lo cual genera su amplia indeterminación; el segundo se relaciona con la comprensión de los principios como criterios rectores generales de actuación y no como operadores deónticos, como sería el establecimiento de una obligación, prohibición o permisión, y el tercero se refiere a la posibilidad de coexistencia en el orden jurídico de principios opuestos, sin que puedan catalogarse como excluyentes o como una excepción a alguno de ellos.

D. *El pluralismo de los principios*

La realidad es que en las sociedades actuales, aun en las fragmentadas, existen principios que los individuos viven, reconocen y de alguna forma comparten. Por ello, si el derecho pretende ser consciente de su alcance material o sustantivo, debe considerar el contexto cultural en el cual pretende operar.

Ahora bien, la relativa homogeneidad que puede existir entre los ideales morales que tienen los individuos no elimina el pluralismo cultural actual, el cual genera un escenario persuasivo, ya que cada individuo pretende oponer sus ideales frente a los de sus semejantes; ello mediante la exigencia del respeto y tolerancia de su forma de concebir su vida y su entorno.

Bajo este escenario, se puede desprender la función de la argumentación jurídica en el contexto pluralista, función que no pocos han calificado de desconcertante y problemática. Así, el pluralismo de los principios presenta un desafío en la actividad de los jueces constitucionales, los cuales deben tomar posición frente a colisiones entre principios, de manera que se

⁵¹ *Ibidem*, pp. 110 y 111.

permita la realización de la diversidad de los principios; en otras palabras, el pluralismo de los principios ha desplazado el conformismo y simplismo del razonamiento jurídico.

Por ello, el pluralismo de principios exige una actitud prudente por parte de los operadores jurídicos, ya que al no existir una jerarquía de principios, los juzgadores tienen que dar las mejores razones al momento de optar por alguno de ellos en caso de tensiones. Aquí cabría decir que dichas razones deben ser tanto *buenas* desde el punto de vista ético como *correctas o válidas* desde el punto de vista intelectual.

En síntesis, se puede decir que existe un pluralismo de principios por la simple razón de que éstos surgen de la sociedad y su cultura, derivado de lo cual comparten las características de heterogeneidad que se da en la comunidad, por lo que la importancia del derecho será determinada por el reconocimiento o no de los principios.

En este sentido, para Zagreblesky,⁵² el derecho por principios determina de alguna forma la existencia de una sociedad pluralista. Sobre ello se considera que más bien determina su supervivencia formal, pues con independencia de lo que diga el derecho, las sociedades pluralistas existirían.

E. *La crisis de la certeza del derecho*

La pregunta que a varios formalistas les inquieta a propósito de la amplia indeterminación de los principios es ¿qué pasa con la certeza del derecho? Zagrebelsky no es indiferente a esta aparente problemática, misma que al decir de dicho autor se centra en señalar que los principios, ya sean del derecho natural o del constitucional, abren el camino al arbitrio de los juzgadores, pues les permite utilizar puntos de vista inestables en la aplicación del derecho.⁵³

En este sentido, y pese a que el mismo Zagrebelsky⁵⁴ acepta los efectos negativos que conllevan los principios para la certeza del derecho, los que además entiende como una consecuencia de los sistemas jurídicos actuales y no como una anomalía, la idea que se tiene sobre la supuesta afectación a la certeza del derecho es que ésta no es del todo evidente, ya que, por ejemplo, en el derecho operan tanto principios como reglas, por lo que siguen siendo vigentes los criterios de interpretación de las reglas.

⁵² En particular, este autor señala que no resulta difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. *Ibidem*, p. 125.

⁵³ *Ibidem*, pp. 144 y 145.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 146.

En todo caso, se piensa que los principios en el derecho generan un escenario propicio para mejorar la certidumbre jurídica, ya que los juzgadores deben presentar un amplio cúmulo de razones para sustentar sus decisiones judiciales sobre principios, razones que pueden referir tanto criterios jurídicos como sustantivos o morales; además, estas decisiones que no están exentas de la crítica libre por parte de la sociedad. De ahí que se estime que se pueda hablar de un mejoramiento o fortalecimiento de la certeza en el derecho, la cual no sólo debe relacionarse con el conocimiento a priori de los alcances y consecuencias del derecho, sino con el esquema de argumentación y justificación maximalista en el derecho.

F. *El puesto del legislador en el Estado constitucional*

Es criterio general referir que en los Estados democráticos el legislador ha perdido su papel de amo y señor del derecho. Así, en el contexto constitucionalista se entiende que el principio de legalidad no es el todo, sino una parte del derecho; éste es más complejo y exige, por lo tanto, una actitud sumamente creativa y activa por parte de los operadores jurídicos.

Bajo esta senda, se ha referido un cambio de protagonista en el derecho, antes en manos de los legisladores, ahora en poder de los jueces. Pese a ello, Zagrebelsky ha considerado que hoy en día los jueces no tienen el camino fácil como lo tenían en el contexto de los ordenamientos del Estado legislativo. Para este autor, los jueces no deben mirarse como los amos del derecho en el sentido en que lo fueron los legisladores, sino más bien como garantes de la integración y coexistencia entre las leyes, los derechos fundamentales y la misma justicia.⁵⁵

Con base en lo anterior, la reflexión final que se podría desprender es que no se trata de definir qué poder público ejerce el control sobre el derecho; eso no es relevante ni necesario para el contexto vigente. Lo que importa aquí es identificar que hoy en día los jueces tienen una función notable sobre la efectividad y materialización del fenómeno jurídico, por lo que más bien ellos deben comprender dicho papel, a fin de que, en la medida de sus posibilidades, contribuyan a mejorarlo.

2. *Luigi Ferrajoli*

Tal vez parecería arbitrario ubicar a Ferrajoli como partidario del neoconstitucionalismo, ya que este autor formula su propia teoría del garan-

⁵⁵ *Ibidem*, p. 153.

tismo; no obstante, se observa que algunos puntos del garantismo se identifican con el nuevo constitucionalismo, por lo que bien se podría decir que Ferrajoli al presentar una crítica del positivismo y al centrar su interés en los sistemas de garantías de los derechos fundamentales, es un partidario, si se quiere moderado, del neoconstitucionalismo.

A este respecto, resulta adecuado señalar que a pesar de que las investigaciones de Ferrajoli no se colocan en el estudio del papel de los principios en los actuales Estados constitucionales, y de que este autor ha sido catalogado como un positivista crítico, con todas las implicaciones que ello comporta, estas circunstancias no eliminan la disposición de los trabajos de Ferrajoli en apoyo a ciertos postulados de la teoría del neoconstitucionalismo, como son los mecanismos de efectividad de los derechos fundamentales en el terreno jurídico.

Ahora bien, dejando a un lado el contexto de ubicación de Ferrajoli como partidario del neoconstitucionalismo, resulta necesario desarrollar algunas ideas que propone este autor en su teoría del garantismo, a fin de ubicar los puntos de contacto o convergencias entre dicha teoría y la del neoconstitucionalismo. Así, cabría iniciar con la pregunta ¿qué es el garantismo? De forma general se puede decir que “garantismo” significa asegurar y proteger los derechos básicos de individuos o de grupos sociales específicos frente a posibles transgresiones por parte de otros individuos o de poderes públicos. En otras palabras, el garantismo implica el establecimiento de medios de defensa de los derechos fundamentales contra agresiones de los sujetos señalados, a fin de maximizar su realización y minimizar su afectación, por aquello de la inevitable limitación temporal de los derechos en caso de colisiones entre ellos.⁵⁶

Pero cabe precisar los postulados más sobresalientes de la teoría garantista de Ferrajoli, en los siguientes puntos:

A. *Sistema artificial de garantías*

El sistema artificial de garantías que se proyecta en la teoría garantista de Ferrajoli ofrece un interesante punto de encuentro entre los postulados de dicha teoría y los del neoconstitucionalismo, en adelante se observará cómo entiende este autor el referido sistema artificial de garantías.

⁵⁶ Gascón Abellán, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a. ed., Madrid, Trotta-UNAM, 2009, p. 21.

Para Ferrajoli, en los Estados constitucionales de derecho la producción jurídica se encuentra dirigida tanto por normas de carácter formal como de corte material. Así, en el derecho se tiene una vertiente del *ser* (es decir, el derecho que *es*, el puesto por los hombres, sin que sea necesario que derive de la moral) y otra del *deber ser* (esto es, el derecho proyectado, informado y pensado bajo ciertos valores éticos).⁵⁷

Por ello, refiere este autor que derivado de la doble artificialidad del ser y del deber que se manifiesta en la producción jurídica, la misma legalidad ha cambiado de naturaleza en los Estados constitucionales, pues las leyes no sólo son condicionantes para la sociedad, sino que además están condicionadas por vínculos sustanciales y formales. Así, el sistema de garantías se da porque la doble artificialidad del derecho le confiere a dicho sistema una función de tutela en contra del derecho ilegítimo; en otras palabras, gracias al sistema artificial de garantías el mismo derecho es protegido, tomando en cuenta sus vínculos formales y sustanciales.⁵⁸

En este sentido, es evidente que la comprensión que tiene Ferrajoli sobre la producción jurídica desde sus dos vertientes lo acercan mucho a los postulados del neoconstitucionalismo, en el cual cobra importancia el aspecto material del derecho, que tiene como centro de detonación la inclusión de principios en las Constituciones. Pese a ello, cabría notar que la teoría del garantismo de Ferrajoli, al menos por lo que se refiere al sistema artificial de garantías, se centra más en el análisis de la creación de las leyes, lo que, sin embargo, no diluye la conexión de sus postulados con el pensamiento que se desenvuelve dentro del neoconstitucionalismo.

B. *Paradigma garantista de validez y vigencia*

Ferrajoli señala que hay dos dimensiones de las normas: una relativa a la existencia o vigencia, y que se refiere al cumplimiento con un proceso legislativo para la formación de éstas, y otra referente a la validez, que se preocupa por el contenido material de las normas; es decir, por el reconocimiento de los principios en el derecho.⁵⁹

Si se parte de dicha idea, se puede entender que es muy posible que se tengan normas vigentes, pero inválidas, en los sistemas jurídicos actuales, situación que ha cobrado preocupación, principalmente a partir de la cul-

⁵⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 6a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2009, p. 19.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 21.

minación de la Segunda Guerra Mundial y de la abolición de algunos regímenes autoritarios europeos. De ahí que, por ejemplo, Ferrajoli, derivado de su contexto cultural, se haya preocupado por el aspecto material de las normas jurídicas, mediante la formulación de modelos garantistas enfocados en la tutela de los derechos individuales.

El paradigma garantista de vigencia y validez en el derecho pone de relieve la trascendencia de mirar hacia los ideales contenidos en las Constituciones en la formación de las normas jurídicas, y no solamente al procedimiento formal para la creación de éstas. Así, la aportación de dicho esquema bifocal es nada menos que la moralización del derecho, lo que se traduce en la continua efectividad de los ideales compartidos en las sociedades contemporáneas.

Por todo ello, Ferrajoli entiende que el esquema garantista se explica por la complementación entre la forma y la sustancia indispensable para la creación y, se agregaría, para la aplicación del derecho.⁶⁰

C. *Democracia formal y democracia sustancial*

De las dos dimensiones de las normas jurídicas que se han señalado en el punto anterior se pueden desprender algunas clasificaciones para los elementos de conformación y desarrollo de los Estados democráticos de derecho; por ejemplo, Ferrajoli sitúa a la democracia en dimensiones similares a las formuladas para las normas jurídicas. Así, él precisa la existencia de una democracia de corte formal y material, lo cual no es una ociosidad intelectual, sino un elemento representativo y garantizador del funcionamiento de los mismos Estados constitucionales.

En este sentido, cabe precisar que bajo la dimensión de la democracia formal se disciplinan las formas del cómo y quién formula las decisiones; esto es, se asegura la expresión de la voluntad de la mayoría. Por su parte, mediante la dimensión de la democracia sustancial queda señalado que es lo que no puede ser decidido por cualquier mayoría, la cual se encuentra delimitada por los derechos contenidos en la norma fundamental, los cuales vinculan a todas las decisiones que se formulen en la dimensión formal de la democracia.⁶¹

Bajo esta senda, se puede apreciar de nueva cuenta el papel que para Ferrajoli tienen los derechos fundamentales en la conformación de las normas jurídicas y de los mismos Estados constitucionales. Por esta situación se

⁶⁰ *Ibidem*, p. 22.

⁶¹ *Ibidem*, p. 23.

estima que el modelo garantista contribuye en gran forma (al igual que el neoconstitucionalismo) a poner de relieve las debilidades de una visión de tipo formalista del derecho.

D. *El nuevo papel del juez en el sistema garantista*

Tanto en el modelo garantista como en el neoconstitucionalista el papel del juez ha sido revalorado, pues ahora ya no es suficiente hablar de una simple sujeción del juez a la ley, sino de una sujeción a la ley en cuanto sea coherente con los valores y principios prevalecientes en la sociedad. En el modelo garantista de Ferrajoli, la validez de la ley ya no es sólo formal, sino, como se ha venido señalando, también material; es decir, coherente con la Constitución, la cual rescata la pluralidad cultural de significados.⁶²

De esta forma, la actividad del juez retoma un aspecto material, ya que sus decisiones deben mirar y respetar primordialmente los principios que han ido construyendo los individuos, institucionalizados ahora en derechos fundamentales, por lo que el juez es un sujeto relevante para la realización de dichos derechos, y en caso de que exista una afectación ilegítima de éstos, los individuos que integran las sociedades cubiertas con esquemas garantistas cuentan con vías de protección que les funcionan como herramientas para controlar el respeto de sus ideales básicos. De ahí, el nuevo y difícil papel de los juzgadores en los sistemas garantistas como el descrito por Ferrajoli.

E. *Consideraciones generales*

En resumen, se puede decir que la teoría del garantismo de Ferrajoli comparte el postulado del neoconstitucionalismo referente a la necesidad de transformar el modelo formalista por un modelo de corte material, lo que además implica la confrontación constante del derecho con la realidad, revalorando la dimensión de eficacia jurídica. Así, para ambas teorías el sistema jurídico no es sólo una estructura creada por el hombre con carácter independiente, sino un orden jurídico con fines valiosos para la sociedad; de ahí, la importancia de los principios para el neoconstitucionalismo y de las garantías constitucionales para la teoría propuesta por Ferrajoli.

⁶² *Ibidem*, p. 26.

Por otro lado, cabe enfatizar que el garantismo tiene bien merecido su lugar en el terreno de la eficacia jurídica, pues de poco sirve tener el mejor catálogo de derechos fundamentales si no se cuenta con mecanismos que propicien su efectividad o respeto ante posibles afectaciones injustificadas. Así, el modelo de Ferrajoli no hace más que reducir las distancias existentes entre las cuestiones teóricas y prácticas del derecho. Por ello, parece que la idea rectora del garantismo es comprimir la tasa de ineficacia de los derechos comprendidos en la norma suprema.

3. *Paolo Comanducci*

De este autor resulta relevante resaltar las críticas que formula a los tipos de neoconstitucionalismo (teórico, ideológico y metodológico). Lo anterior, a fin de desprender su postura, que según se considera, sería convergente con el neoconstitucionalismo.

A. Neoconstitucionalismo teórico

Comanducci piensa que se puede mirar favorablemente la teoría del derecho neoconstitucionalista, y aquí nos parece que se encuentra el principal elemento para considerarlo como partidario del neoconstitucionalismo, con independencia de que, como se verá más adelante, no está de acuerdo con algunos postulados de esta corriente.

En este sentido, Comanducci⁶³ señala que el neoconstitucionalismo como teoría del derecho da mejor cuenta que la tradición positivista de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos actuales; es decir, de aquellos que integran tanto reglas como principios, por lo que sería válido y necesario contar con una teoría que explique dicha situación en el derecho.

Pese a lo anterior, extrañamente la crítica de Comanducci sobre el neoconstitucionalismo teórico versa sobre la identificación de éste con el positivismo metodológico. Para justificar esta crítica, el citado autor parte de la hipótesis de la aceptación de una conexión sólo *contingente* entre el derecho y la moral. En sus términos, se trataría nada menos que de su *hijo legítimo*. En particular, Comanducci estima que los cambios en la concepción del derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX han sido parciales; por ello, el neoconstitucionalismo teórico paradójicamente es el positivismo jurídico actual.⁶⁴

⁶³ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 87 y 88.

Sobre dicha crítica, se considera que ésta es en algún sentido débil, por las siguientes razones: primera, porque Comanducci parte de una hipótesis de que en todo caso tendría que intentar corroborar o al menos ejemplificar; segunda, porque no explica por qué considera que los cambios sobre la concepción del derecho han sido parciales; tercera, derivado de que genera cierta confusión el cambio de perspectiva sobre el apoyo y no de la teoría del derecho neoconstitucionalista con respecto al positivismo jurídico, y cuarta, porque su crítica sería en todo caso particular, ya que se centra en relacionar el neoconstitucionalismo teórico únicamente con el positivismo metodológico y no con el teórico, lo que la haría más general.

B. *Neoconstitucionalismo ideológico*

La principal crítica de Comanducci se refiere a la disminución del grado de certeza del derecho que la ponderación de principios forjaría. A dicho autor le preocupa la indeterminación *ex ante* que podrían generar los principios en el derecho.

Sobre esta crítica cabe resaltar que la inconformidad de Comanducci con el neoconstitucionalismo ideológico no se concentra en sus postulados (que se refieren a la obligación moral de obedecer la Constitución o a la emisión de un juicio de valor positivo sobre el proceso de constitucionalización), sino más bien en los elementos generales que describen el propio neoconstitucionalismo, como son la inclusión y la aplicación de principios en el derecho. De ahí que Comanducci se aleje de las principales críticas formuladas al neoconstitucionalismo ideológico.

Bajo este contexto, en adelante se presentará la objeción formulada a los principios, por ser este el esquema que Comanducci eligió para criticar el neoconstitucionalismo ideológico. Con todo, se considera que más que ser una crítica a este tipo de constitucionalismo, es una crítica general a los elementos más representativos del proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos actuales.

Para Comanducci, el principal problema del neoconstitucionalismo ideológico es que con los principios se maximiza la indeterminación *ex ante* del derecho, por tres razones fundamentales: la primera, por la excesiva vaguedad de los principios; la segunda, por el aumento de la discrecionalidad judicial al operar con principios, los cuales no se ubican en una moral común, y la tercera, por la falta de criterios de jerarquización de los principios.⁶⁵

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 92 y 93.

No obstante lo anterior, Comanducci reconoce que sí existen buenas razones para aplicar los principios mediante la ponderación. Así, se encamina a considerar que los objetivos de los principios no son mejorar la certeza del derecho, sino adecuarlos a los cambios sociales.⁶⁶

La reflexión final que se puede desprender es que, a pesar de los posibles inconvenientes del neoconstitucionalismo ideológico, dicho modelo tiene futuro en el contexto pluralista actual, en el cual por cierto la actividad judicial debe buscar que los ideales morales sean alcanzables.

C. *Neoconstitucionalismo metodológico*

Respecto del neoconstitucionalismo metodológico, Comanducci ha centrado su crítica en el tipo de norma moral que se conecta con el derecho en la justificación judicial; ello, en virtud de que como se recordará el neoconstitucionalismo identifica al derecho como un fenómeno tanto del mundo del *ser* como del *deber ser*, lo que conlleva un puente o relación necesaria entre el derecho y la moral.

Comanducci parte de la premisa de que los neoconstitucionalistas asumen que toda decisión judicial se justifica si ésta deriva de una norma moral,⁶⁷ la pregunta que entonces se formula es ¿cuál debe ser la norma moral? Así, para este autor, la norma moral que debería justificar la decisión podría ser de cuatro tipos: *a*) una norma moral objetiva verdadera; *b*) una norma moral objetiva racional; *c*) una norma moral subjetivamente escogida, y *d*) una norma moral intersubjetivamente aceptada.⁶⁸

Bajo dicho escenario, Comanducci concluye que elegir cualquier tipo de las normas morales descritas comporta serios problemas en la justificación de las decisiones judiciales, ya que los tipos *a* y *b* conducen irremediablemente a una moral subjetivamente escogida; esto es, al tipo *c*. Asimismo, el tipo *d* puede conducir también al tipo *c*, y si no es así, se puede caer en la inutilidad, ya que las normas morales compartidas a que se refiere el tipo *d* pueden estar ya incorporadas en el derecho.⁶⁹ En este sentido, Comanducci entiende que no hay razones para privilegiar el tipo de justificación moral sobre otros tipos de justificación posibles, ya que la primera genera mayor indeterminación en el derecho.⁷⁰

⁶⁶ *Ibidem*, p. 93.

⁶⁷ Aquí, por supuesto, cabría dudar sobre la aceptación de dicha premisa. Así, para los fines de este apartado se debe tomar con toda reserva dicha afirmación.

⁶⁸ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 94.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 95-97.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 96.

Con todo, se considera que la conexión necesaria entre el derecho y la moral (que reconoce el neoconstitucionalismo metodológico como su objeto de estudio) no se relaciona con que toda decisión judicial deba fundarse en una norma moral, la conexión es más directa y simple; ésta se genera porque los principios que contienen ideales han sido incorporados en las Constituciones, por lo que es difícil aplicarlos sin recurrir a un discurso moral; sin embargo, ello no significa que el discurso jurídico haya sido excluido; por el contrario, éste se imbrica con el moral, lo que conlleva una argumentación de tipo maximalista.

Por otro lado, a modo de síntesis, se puede decir que Comaducci es partidario (un tanto escéptico) del neoconstitucionalismo teórico, aunque critica severamente dos de las formas de éste; esto es, el ideológico y el metodológico; sin embargo, reconoce en la versión ideológica que hay buenas razones para operar con principios en el derecho. Es así como se puede afirmar que Comaducci contribuye con sus tipologías y críticas del neoconstitucionalismo al desarrollo de éste, por lo que cabe ubicarlo como un precursor en todo caso rebelde de la citada teoría.

4. *Luis Prieto Sanchís*

En primer lugar cabe señalar que Prieto Sanchís se centra en describir el neoconstitucionalismo desde el contexto de un modelo institucional de organización; esto es, desde el modelo de Estado constitucional de derecho. De esta forma, para este autor, el neoconstitucionalismo hace posible la unión de dos tradiciones constitucionales: una que ve a la Constitución como una regla de juego de las atribuciones políticas y que goza de una garantía jurisdiccional, y la otra, que la concibe como el proyecto o programa directivo de carácter social; esto es, con un alto contenido normativo que condiciona lo que debe mandarse, aunque sin una vigorosa garantía jurisdiccional.⁷¹

Bajo esta premisa, Prieto Sanchís se pregunta si es posible o no que el neoconstitucionalismo haya generado una nueva teoría de la interpretación jurídica. Su respuesta es que no se puede hablar de una *nueva* teoría de la interpretación jurídica en el contexto del neoconstitucionalismo, porque no ha existido una sola teoría de la interpretación generada dentro del positivismo jurídico, sino una diversidad; por ejemplo, la tesis de la única respuesta correcta y de la discrecionalidad judicial que coexisten en el esquema positivista.⁷²

⁷¹ Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales...*, cit., pp. 111-114.

⁷² *Ibidem*, p. 126.

Pese a ello, se estima que la diversidad en las tesis sobre interpretación jurídica no elimina la posibilidad de construir nuevos métodos de interpretación que consideren las características particulares de los derechos fundamentales, a fin de lograr su adecuada aplicación.

En otro sentido, el autor español ha entendido que no se puede asumir una divergencia entre la manera de interpretar los principios y las reglas jurídicas, derivado de que las reglas tienen referencias y se fundamentan en los principios.⁷³ Más allá de esto, se considera que la interpretación jurídica en el modelo neoconstitucionalista sí difiere de la interpretación de las reglas, ya que la interpretación constitucional posibilita la referencia a principios en un primer nivel del discurso, lo que en la interpretación jurídica de las reglas se da en un segundo momento.

Con todo, Prieto Sanchís, en un trabajo posterior, estimó que el constitucionalismo hace insostenible el positivismo jurídico, entre otras cosas porque la teoría de la interpretación ya no puede defender la tesis mecanicista ni de la discrecionalidad, como lo hace el positivismo.⁷⁴

Como se puede observar, bajo la determinación última de Prieto Sanchís es posible pensar en una nueva teoría de la interpretación jurídica; sin embargo, cabe dejar constancia del cambio de postura, así como de los postulados que utilizaba dicho autor para defender la continuidad de la interpretación jurídica, por ello de que pudieran resurgir en una ocasión futura los mismos postulados, pero sostenidos por otros autores renuentes en aceptar la transformación que genera el neoconstitucionalismo en los métodos de interpretación.

Por otro lado, a pesar del optimismo actual de Prieto Sanchís sobre el neoconstitucionalismo, se debe recordar que él mantiene una posición neutral entre el constitucionalismo y el positivismo, si se quiere más inclinada al constitucionalismo. Así, de hecho él critica el relativismo que desarrolla Zagrebelsky, y nos recuerda que el postulado positivista de que *no existe* una relación necesaria entre el derecho y la moral, no es eliminado por la circunstancia de que ocasionalmente surja dicha relación.⁷⁵

⁷³ *Ibidem*, pp. 126 y 127.

⁷⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 28. De hecho, cabe advertir que pese a que en algún momento tal autor fue renuente en aceptar el surgimiento de una nueva teoría de la interpretación jurídica, ya en obras anteriores a la referida, pensaba en algunas otras consecuencias para el modelo formalista que generaba el constitucionalismo. Sobre esto, véase Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo...*, *cit.*, pp. 93 y 94.

⁷⁵ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo...*, *cit.*, p. 96.

De esta manera, Prieto Sanchís ha formulado algunas críticas a Zagrebelsky, a fin de poner en balance el tipo de positivismo jurídico que los formalistas sostienen en la actualidad. En ellas, el autor español refiere que el positivismo jurídico que ataca Zagrebelsky es un positivismo muerto, y esto es así, porque los positivistas contemporáneos no creen en el monopolio de la ley como fuente del derecho ni en la aplicación de éste de forma mecanicista, ni mucho menos en la identificación de la ley con la justicia.⁷⁶

La reflexión que se puede desprender sobre estos embates de Prieto Sanchís a algunos neoconstitucionalista es que tal vez existan ciertos positivistas que ya no vean el derecho de forma tan cerrada o formal como bien refiere dicho autor; sin embargo, cabría considerar si esto ocurre en todos los países; por ejemplo, en el caso de México alguien podría desconocer la prevalencia que los juristas le dan a las leyes sobre las cuestiones materiales, como lo es la justicia, o el cuidado de muchos juristas en no utilizar términos con una carga axiológica al momento de explicar, interpretar y aplicar el derecho, lo que es deseable si perseguimos una objetividad jurídica ordinaria,⁷⁷ pero demasiado ingenuo en términos de la complejidad de la realidad.

En síntesis, se puede decir que Prieto Sanchís ha contribuido al desarrollo del constitucionalismo, ya que sus investigaciones han descrito los postulados que permiten comprender dicha corriente de pensamiento, ya sea criticándolos, pero fundamentalmente asumiéndolos. Así, hoy en día en muchos (si no es que la mayoría) de los trabajos académicos de este autor se encuentran de forma explícita o implícita su posición y vocación de precursor del neoconstitucionalismo, situación que pocos encontrarían razón para negar.

5. *Ronald Dworkin*

Sería inoportuno decir que el profesor norteamericano es un neoconstitucionalista, ya que como se ha visto esta corriente filosófica se desarrolló principalmente en el continente europeo a consecuencia de la realidad histórica de países como Alemania e Italia; sin embargo, también sería inadecuado omitir el estudio de la teoría elaborada por Ronald Dworkin, que bien podría coincidir con los postulados del neoconstitucionalismo, en específico con la idea de un constitucionalismo de principios. Así, se conside-

⁷⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales...*, cit., p. 214.

⁷⁷ Como se verá en la última parte de la investigación, la objetividad en el derecho no implica el desconocimiento de las cuestiones materiales o sustanciales que de hecho se manifiestan en éste.

ra que sí se podrían ubicar las ideas de Ronald Dworkin dentro de dicha corriente o, mejor dicho, se deberían utilizar los postulados de la teoría del derecho de Dworkin para entender el neoconstitucionalismo.

Se debe comenzar por señalar que Ronald Dworkin critica las doctrinas positivistas que han venido controlando el pensamiento jurídico. La principal razón en que se sustenta su crítica es que las concepciones del derecho formalistas desconocen la práctica jurídica, en la cual no existe una separación absoluta entre el derecho y la moral. De hecho, las críticas de Dworkin toman como referencia los postulados del positivismo jurídico asumido por Hart.⁷⁸

Pero cabe desarrollar las ideas primordiales de Dworkin a propósito del constitucionalismo contemporáneo:

A. Reglas, directrices y principios

El punto de partida que Dworkin utiliza para criticar al positivismo jurídico se sustenta en una clasificación que dicho autor efectúa sobre el tipo de normas que integran el derecho. Así, él habla de que en el derecho figuran principalmente reglas, pero también principios y directrices, situación que desconoce la teoría positivista, pues ésta se concentra en el análisis de la aplicación de las reglas jurídicas, dejando fuera el estudio de otras normas, como son las descritas por Dworkin.

En este sentido, y tomando como contexto que las críticas de Dworkin se dirigen principalmente al positivismo de Hart, el profesor estadounidense entiende que los criterios de identificación de las normas jurídicas válidas, en los que se puede basar una regla de reconocimiento (como son el que hayan sido emitidas por un grupo de personas elegidas democráticamente) que Dworkin denomina *test de pedigree*, no es útil para identificar principios, ya que éstos se explican por su contenido sustancial y no por su origen.

Antes de continuar, se debe precisar qué entiende Dworkin por principio y directriz. De forma general, para dicho autor una directriz es una norma que propone un objetivo a alcanzar de tipo económico, social o político; por su parte, un principio es una exigencia de justicia que debe ser cumplida, de ahí el peso de moralidad que tienen los principios.⁷⁹

⁷⁸ Para la redacción de este párrafo han sido de gran utilidad algunas de las ideas plasmadas en el ensayo que sobre Dworkin elaboró A. Calsamiglia en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, p. 8.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 72 y 73. Como ejemplo de directriz, Dworkin refiere la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil, y como ejemplo de principio señala la máxima de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia.

Por otro lado, si se recuerda que las reglas jurídicas son proposiciones que obligan, prohíben o permiten determinada conducta, se puede afirmar que la diferencia entre aquéllas y los principios es de tipo aplicativo, ya que las reglas tienen una orientación silogística: si se cumplen las circunstancias estatuidas por ésta, debe aplicarse la consecuencia prevista. Pero no es así como operan los principios, ya que ellos no establecen consecuencias que se alcancen necesariamente cuando se cumplan determinadas condiciones.

De ahí que Dworkin ponga como ejemplo el principio de que “nadie puede beneficiarse de su propio delito”, el cual no establece condiciones necesarias para su aplicación, pues sólo enuncia un parámetro directivo, pero no exige una particular determinación. Así, es muy posible que dicho principio y en general los principios no se apliquen en determinadas circunstancias; pero ello no comporta que no sean principios del sistema jurídico (recuérdese que muchos principios pueden ser limitados temporalmente por prevalencia de otros principios con base en consideraciones particulares, las cuales pueden ser superadas en otros contextos).⁸⁰

En resumen, se puede afirmar que los principios tienen una “dimensión de peso o importancia”⁸¹ que no poseen las reglas que utilizan el método de exclusión; en este sentido, la pregunta en la aplicación de los principios es ¿qué importancia tiene este principio en relación con aquél?, y en el caso de las normas, es una afirmación del tipo: si se cumple la hipótesis prevista, aplíquese su consecuencia jurídica. De ahí, la relevancia en la distinción de Dworkin entre los diversos tipos de normas jurídicas, pues es evidente que no se puede aplicar de igual forma el principio de libertad de expresión, la regla jurídica que prohíbe estacionar un automóvil en determinado lugar y la directriz que señala que deben otorgarse créditos a la producción agrícola con tasas preferenciales.

B. *Los casos difíciles*

La distinción entre casos fáciles y casos difíciles ha funcionado como un criterio compartido en teoría del derecho y de la argumentación jurídica para enmarcar las diferencias sustanciales entre las reglas y los principios. Así, es evidente que el análisis de los casos considerados como difíciles presenta una herramienta útil de ataque al positivismo jurídico.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 76 y 77.

⁸¹ La expresión “dimensión de peso o importancia” es de Ronald Dworkin. *Ibidem*, p. 77.

La cuestión es ¿qué debe considerarse como caso difícil? Una respuesta cauta diría que un caso tiene tal connotación cuando no existe una regla jurídica aplicable a una causa. Una respuesta menos cauta precisaría que se está ante un caso difícil cuando se presenta una tensión entre diversos principios que exigen simultánea aplicación. Dworkin, aludiendo al positivismo, asumiría la primera respuesta; pese a ello, en este trabajo de investigación se asumirá la segunda respuesta.

Para Dworkin, los casos difíciles siempre presentan una respuesta correcta, ya que en los supuestos de que no se tenga una regla jurídica, se tiene la posibilidad de aplicar los principios que la sustentan. De esta forma, Dworkin entiende que el material jurídico existente es suficiente para atacar la posible incertidumbre jurídica que generan los casos difíciles.⁸²

La idea que asume Dworkin es que los jueces no necesitan recurrir a la discrecionalidad judicial para resolver los casos difíciles, pues el derecho compuesto por diversas normas brinda respuestas correctas para todas las cuestiones. La enorme tarea que tienen que desdoblarse dichos jueces es buscar en el mismo derecho la solución al problema planteado; esto es, los decisores deben convertirse en localizadores de los principios que funden sus decisiones, más que en creadores de normas jurídicas aplicables a las causas difíciles. Con tales anotaciones, lo que estaría planteando Dworkin es un esquema de juez casi perfecto (juez Hércules) que sea capaz de ubicar todas las respuestas correctas.⁸³

Bajo este escenario, se estima que el criterio de Dworkin se circunscribe primordialmente a la aplicación de reglas jurídicas, por lo que quedaría pendiente la cuestión de cómo resolver correctamente los casos difíciles considerados así por tratarse de tensiones entre principios, pues no parece muy adecuado recurrir a la solución que nos presenta Dworkin; esto es, buscar principios que sustenten a los principios o derechos. En todo caso se debería mirar hacia los valores, pero ello nos podría generar mayores complicaciones.

En resumen, se observa que para Dworkin en los casos difíciles el juez no debe recurrir a la discrecionalidad, pues para dicho autor existiría el peligro de que se crearan normas o, peor aún, que se dejaran al arbitrio de

⁸² Para la redacción de este párrafo ha resultado muy provechoso lo apuntado por A. Calsamiglia en el prólogo de Dworkin. *Ibidem*, p. 13.

⁸³ Cabe advertir que no se comparte el rechazo de Dworkin hacia la discrecionalidad judicial, pues es evidente que ésta es necesaria en la operación de aplicación del derecho. Así, no se debe confundir aquélla con la arbitrariedad judicial. Con todo, si Dworkin lo que pretende es rechazar esta última circunstancia, por supuesto que se estaría de acuerdo con su planteamiento; en otro sentido, el desacuerdo es completo; esto es, sin importar si alude a una discrecionalidad judicial de tipo fuerte o débil.

los jueces los derechos de los individuos, y eso sería en sus términos *no tomarse en serio los derechos*. Así, Dworkin propone optar por un modelo judicial descubridor de principios, en el cual el criterio de elección de los principios estaría guiado por el razonamiento y la ponderación, lo cual fornecería la justificación y eliminaría la arbitrariedad judicial.

C. *La tesis de los derechos*

La filosofía de Dworkin se basa en los derechos individuales, que son cartas de triunfo frente a cualquier mayoría. Así, cualquier objetivo social o político no tiene prevalencia sobre los derechos individuales. Dicha circunstancia cobra relevancia en el terreno de las decisiones judiciales, en las cuales se tienen que decidir conflictos que en mayor medida involucran derechos fundamentales de diversa índole; por ejemplo, individuales o de determinados grupos sociales.

En este sentido, en toda controversia jurídica o, mejor, colisión de principios, los jueces deben justificar la prevalencia de determinado principio en el caso particular. Así, ellos no se pueden excusar de resolver la cuestión; más aún, para Dworkin, el juez debe buscar e indagar, tratándose, por ejemplo, de conflictos entre reglas, el principio preexistente que resolverá la controversia, sin poder crear ningún derecho, a efecto de evitar caer en esquemas de aplicación retroactiva. Así, el juez debe garantizar los derechos ya existentes y no idearlos, más aún si se trata de derechos individuales, pues éstos deben prevalecer sobre los objetivos sociales, ya que estos últimos están subordinados a los mismos derechos.⁸⁴

Con todo, el problema que emerge es cómo resolver las tensiones entre derechos fundamentales de individuos y de determinados grupos sociales, cuestión que no precisa Dworkin. A pesar de ello parece adecuado decir que no debería existir alguna jerarquía entre los mismos, en todo caso se prefiere la utilización de “criterios de preferencia” temporal que se podrían obtener del análisis de casos judiciales particulares. En síntesis, se puede afirmar que Dworkin es un no utilitarista, pues para él los objetivos generales o sociales sólo son legítimos si respetan los derechos de los individuos.

D. *Modelo de la respuesta correcta*

El modelo de la respuesta correcta señala que tratándose de la solución de los casos considerados difíciles el juez (considerado como un *Hércules* por

⁸⁴ Sobre estas afirmaciones, véase Dworkin, Ronald, *Los derechos...*, cit., pp. 18, 37 y 146.

Dworkin) puede encontrar la respuesta correcta en el mismo material jurídico previamente establecido. De esta manera, el juez no tiene discrecionalidad ni mucho menos poder político para inventar derechos.⁸⁵

De esta forma, para Calsamiglia, el modelo de Dworkin evitaría diversos problemas, como son el que el juez se convierta en legislador o que funde sus decisiones en objetivos políticos, respetando así el principio de separación de poderes.⁸⁶

A pesar de las bondades del esquema de Dworkin y de las consideraciones que sobre el mismo efectúa Calsamiglia, se estima que el modelo de respuesta correcta podría abrirse a consideraciones de otro tipo; esto es, no sólo jurídicas o morales, sino también políticas y sociales, ya que como se mostrará en el capítulo tercero la práctica judicial fluye en el discurso jurídico, moral, social y político, lo que no conlleva una invasión de las funciones de los poderes públicos, en especial la del Poder Legislativo, sino más bien una combinación de contextos necesarios para la adecuada argumentación con principios, pues ¿acaso un juez podría justificar una decisión referente al principio de libertad de expresión sin considerar las cuestiones políticas y sociales relacionadas con éste?

Con mucho, se estima que el modelo que propone Dworkin es de corte principalista, ya que plantea una función garantizadora de los derechos individuales a cargo de los jueces, además de que precisa que los mismos jueces deben argumentar sobre la elección de los principios involucrados, los cuales de hecho sustentan las reglas jurídicas.

En otro sentido, a modo de conclusión general se puede decir que los principales postulados del referido autor convergen con la teoría del neoconstitucionalismo en los siguientes puntos:

- Se defiende una postura contraria a la forma de argumentar del modelo positivista.
- Se reconoce la existencia de más de una realidad en el derecho, ya que se señala que éste no sólo se integra por reglas, sino también por principios y directrices.
- Se acepta el sistema de ponderación ante colisiones o elecciones entre principios.
- Se privilegia la función de las Constituciones como instrumentos de defensa de los derechos individuales ante violaciones del Estado; por ejemplo, las efectuadas por mayorías legislativas. Aquí cabría precisar que también converge con el sistema garantista de Ferrajoli.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 21, 146, 147 y 148.

⁸⁶ Sobre ello, véase lo apuntado por A. Calsamiglia en el prólogo a Dworkin, *ibidem*, p. 21.

- Se acepta un razonamiento judicial moral; esto es, se reconoce la relación necesaria entre el derecho y la moral, ya que para Dworkin los principios son exigencias de justicia, y por consiguiente de moralidad.
- Se presenta un papel más creativo y menos simplista de los jueces (recuérdese al juez Hércules), ya que ellos deben buscar en el derecho los principios aplicables, y no sólo basarse en la discrecionalidad judicial ante la ausencia de reglas aplicables al caso concreto.
- Se reconoce que los jueces deben guiarse por principios, como el de justicia, al aplicar las leyes positivas.⁸⁷

V. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO

1. *A manera de introducción*

El título que se ha elegido para el presente punto puede generar ciertas dificultades a consecuencia de su amplitud. Así, podría correctamente alguien esperar que se efectúe un análisis tanto de los principios que rigen la estructura de la Constitución como de los principios generales del derecho. A fin de evitar confusiones tanto en este punto como en toda la investigación, es momento de precisar a qué tipo de principios jurídicos nos estaremos refiriendo.

El presente trabajo se circunscribe principalmente a los principios considerados derechos fundamentales, así como a los principios constitucionales que sin ser derechos fundamentales pueden entrar en tensión con éstos. Bajo esta premisa, cabe advertir que al referir principios o principios jurídicos en la investigación no se estará pensando en los principios generales del derecho; sin embargo, ello no implica que al momento de analizar el tema de argumentación jurídica principalista se pueda aludir a principios fundacionales del propio derecho (piénsese en la justicia), en donde se podría caer en el terreno de los principios generales del derecho bajo la función directiva de éstos. Pese a ello, el hilo conductor de la presente investigación será dentro del terreno de los derechos fundamentales.

⁸⁷ En particular, Dworkin ha señalado que un mal juez es aquel juez rígido y mecánico que hace cumplir las leyes para beneficio de éstas, sin importarle la injusticia que ello comporte. Así, el buen juez opta por la justicia en vez de la ley. Véase Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 20.

2. Consideraciones generales sobre los principios jurídicos

El tema de los principios jurídicos (los contenidos en las Constituciones como derechos fundamentales) ha generado gran polémica en la teoría del derecho, ya que reviven la confrontación entre dos tradiciones jurídicas; esto es, la positivista y la iusnaturalista. Así, se podría decir que muchos de los juristas en nuestro país con una tradición formalista se quedan perplejos ante los retos que presenta el derecho por principios. El problema es que los positivistas creen que los principios han desestabilizado el derecho, derivado de la amplia vaguedad que presentan dichas normas, lo que propicia su imprevisibilidad.

La polémica ha sido tan notoria que incluso hoy en día es muy improbable que un formalista intente explicar el derecho sin aludir a consideraciones sobre legitimidad; a su vez, un iusnaturalista difícilmente puede tratar el derecho sin apuntar a mecanismos (formales) que hagan efectivos los ideales morales positivizados.⁸⁸

Ahora bien, cabría precisar qué se debe entender por principios. Así, se puede decir que son aquellas guías o normas fundamentales del sistema jurídico, impregnadas de un denso contenido moral, que representan la cultura y valores construidos por la sociedad. Así, los principios no se asumen como supuestos de hecho, sino como ideales generales de dichas construcciones, por lo cual su aplicabilidad a casos concretos siempre presenta un carácter de amplia indeterminación.

Bajo este sendero, autores como Riccardo Guastini han centrado el análisis de los principios en sus cualidades, a fin de distinguirlos de otras normas. En términos generales, este autor ha señalado (siguiendo a los juristas contemporáneos) que los principios tienen las siguientes cualidades: *a*) el ser normas fundamentales en tanto que caracterizan al sistema jurídico y le dan fundamento ético; así, los principios no requieren de justificación, porque la cultura jurídica los percibe como correctos, y *b*) el constituirse como normas estructuralmente indeterminadas, lo que genera su carácter defeasible al no establecer las condiciones particulares para su concretización.⁸⁹

⁸⁸ Sobre este tema en España se ha dicho que los principios generan un conflicto de ideologías entre los dogmáticos, los cuales bien pueden ser catalogados como positivistas en su ejercicio, aunque iusnaturalistas de convicción. Véase García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 42.

⁸⁹ Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta-UNAM, 2008, pp. 74-76.

Como se puede observar, en esta caracterización de los principios tendrían cabida los derechos fundamentales, ya que éstos operan como elementos esenciales de la fisonomía de los sistemas jurídicos y se perciben en la cultura jurídica como ideales que merecen ser respetados; sin embargo, también se puede decir que dicha caracterización puede contener a los principios generales del derecho, entendidos en su función directiva. Con todo, es interesante para los fines de la presente investigación la representación que retoma dicho autor sobre los principios.

3. *Los principios y la estructura de las reglas jurídicas*

Los principios y las reglas jurídicas no tienen igual fisonomía; por ello, los primeros han sido objeto de diversas críticas, por la supuesta ausencia de su valor normativo derivado de la amplia elasticidad y ambigüedad con que se caracterizan, lo que al decir de algunos críticos del derecho por principios, generaría un activismo judicial.⁹⁰

Así, en la doctrina se han presentado recurrentes distinciones entre los principios y las reglas, por lo que cabría resaltar las más relevantes, a efecto de ubicar las divergencias estructurales entre dichas normas jurídicas. En el siguiente cuadro se esquematizarán los elementos distintivos de éstas.⁹¹

	<i>Reglas</i>	<i>Principios</i>
Cualidades	Se constituyen bajo la fórmula del todo o nada; esto es, o resuelve o no el caso.	Se constituyen como pautas no definitivas; es decir, orientadoras. Su elemento identificativo es su peso o relevancia para cada caso judicial.
Caracteres	Es cerrado, ya que fijan supuestos de hecho conectados con una consecuencia jurídica. Así, se conocen de antemano las condiciones de aplicación y de excepción.	Es abierto, porque no se fijan como tal supuestos de hecho conectados con una consecuencia jurídica. Así, no se puede conocer a priori la forma de aplicación de éstos.

⁹⁰ Para la redacción de este párrafo se han utilizado las ideas plasmadas por Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales...*, cit., p. 176.

⁹¹ Para la elaboración del esquema distintivo entre reglas y principios ha resultado muy enriquecedor el resumen que sobre las ideas de Zagrebelsky elaboró el profesor español Luis Prieto Sanchís. *Ibidem*, pp. 177 y 178.

	<i>Reglas</i>	<i>Principios</i>
Esquemas de cumplimiento	Tienen un cumplimiento pleno, si se dan los supuesto de hecho, debe aplicarse la consecuencia jurídica.	Desarrollan un cumplimiento cambiante; esto es, es susceptible de cumplirse de forma variable, dependiendo del contexto particular.
Forma de resolución del conflicto (entre reglas) o colisión (entre principios).	Se resuelve a través de la declaración de invalidez de una de las reglas (lo que implica que ésta sea expulsada del sistema jurídico) o percibiéndola como una excepción de la otra regla.	Se resuelve mediante la operación de ponderación, lo que no significa que uno de los principios tenga que ser expulsado del sistema jurídico, sino que sólo es inaplicable para el caso concreto.

Bajo esta realidad, se puede decir que los principios y las reglas, a pesar de ser ambas catalogadas como normas jurídicas imprecisas y ambiguas (aunque en mayor medida las primeras), comportan diferencias estructurales que modifican en gran escala su forma de aplicación y cumplimiento. Así, un derecho fundamental no puede conectarse a una consecuencia jurídica preestablecida como sí acontece con las reglas, en las cuales existe un modelo tradicional de aplicación causal. Por ello, cabe afirmar que un elemento sumamente distintivo entre las reglas y los principios es que estos últimos mantienen una estructura intensamente flexible a aplicaciones completamente divergentes. Así, es posible que en un caso constitucional los jueces privilegien el derecho de libertad de expresión frente al derecho de intimidad, y en otro posterior los mismos jueces garanticen este último derecho frente al primero, sin que con ello se contradigan.

4. *Los derechos fundamentales como principios*

Antes de señalar las peculiaridades de los derechos fundamentales como principios cabría eliminar algunos fantasmas conceptuales ya muy difundidos en la literatura especializada⁹² sobre los criterios generales de distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos. En nuestro país, el pro-

⁹² Por ejemplo, en Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 1998; Häberle, Peter y Kotzur, Marcos, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, y Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

fesor José Luis Caballero ha tratado de eliminar dichos fantasmas, al referir que los derechos humanos se circunscriben al ámbito internacional; es decir, se trata de prerrogativas personales que se integran en instrumentos de la comunidad internacional; por el contrario, los derechos fundamentales se relacionan con el ámbito constitucional de cada Estado, por lo que estos derechos tienen una protección particular por cada país.⁹³

De esta forma, se puede indicar que la distinción se centra en que los derechos humanos tienen un carácter universal, y los derechos fundamentales, a pesar de que primordialmente devienen de los primeros, tienen un perfil regional; pese a ello, no se comparte la idea de que la principal diferencia sea una cuestión del nivel de tutela o protección de los derechos, pues como se sabe, en la mayoría de las convenciones sobre derechos humanos se establecen mecanismos de control (si se quiere menos vinculantes, por ello del principio *pacta sunt servanda* que rige en la comunidad internacional) a fin de que se respeten los derechos humanos (piénsese, por ejemplo, en la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la que está sujeta nuestro país desde 1998).⁹⁴

Aunado a lo anterior, no se debe olvidar que en nuestro contexto el criterio de distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos referente al nivel de tutela jurídica de ellos (fuerte o débil) ha perdido significado, en virtud de la marcada reforma constitucional de junio de 2011, en la cual se equipara la protección a un mismo rango tanto de los derechos humanos (fundamentales para nuestros fines) contenidos en la Constitución

⁹³ Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009, p. 5. Con mucho, parece que la distinción que elaboró este autor ha sido superada por las modificaciones a la Constitución de junio de 2011 en materia de protección de los derechos humanos, en la cual se concibe a los derechos individuales como derechos humanos y se les brinda una protección a aquellos contenidos en tratados internacionales; con todo, no debemos olvidar que aún se reconoce la existencia de ciertos derechos contenidos en instrumentos jurídicos internacionales; esto es, fuera de la Constitución, los cuales se busca proteger con controles regionales, como el juicio de amparo. La duda que ahora nos surgiría es si el cambio de denominación de garantías individuales a derechos humanos no hizo más que realimentar la incomprensión sobre los criterios de distinción entre los derechos fundamentales y los derechos humanos.

⁹⁴ De la misma idea fue el doctor Héctor Gros Espiell, el cual manifestó interés en el problema doctrinario sobre las distinciones entre las expresiones de derechos humanos y derechos fundamentales. Dicho autor refirió que le resultaba preocupante que con la expresión “derechos fundamentales” se quisiera significar que existían otros derechos (los humanos) que estaban al margen de cualquier protección nacional e internacional. Véase Gros Espiell, Héctor, *La futura Constitución de Europa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, diciembre de 2003, p. 17, en <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/europea/HectorGros.pdf>.

como de los reconocidos en los tratados internacionales de los que México sea parte. Así, ahora toda persona en el territorio nacional que estime que alguno de sus derechos contenidos en la Constitución o reconocidos en tratados internacionales ha sido violado puede recurrir a la institución del amparo, a fin de que se le restituya y preserve su derecho afectado.

Con mucho, no se puede concluir que las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales” están desconectadas; por el contrario, éstas se retroalimentan. Así, se debe entender que todo derecho (humano o fundamental) encuentra su fundamento en la dignidad humana, por lo que la distinción es de forma, y no de fondo; esto es, en unos casos los derechos se encuentran establecidos en cartas constitucionales y, en otros, en instrumentos internacionales, lo que desde luego no restringe su importancia.⁹⁵

Hasta aquí con lo dicho sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos. En adelante se precisará el porqué de la comprensión de los derechos fundamentales como principios.

En términos generales, si se recuerda que los principios jurídicos son aquellos que comparten, entre otras características, la de ser indeterminados, inconmensurables, imprevisibles en su concretización y que invitan necesariamente a consideraciones morales, bien se podría decir que los derechos fundamentales; esto es, aquellos ideales que han sido expresamente integrados a una carta constitucional, no son otra cosa que principios, ya que dichos derechos, con independencia de su positivización, comparten las características esenciales señaladas para los principios.

En este sentido, cabe recordar que en los Estados constitucionales democráticos que surgieron en el periodo de la posguerra se proyectaron las Constituciones políticas como instrumentos compuestos primordialmente por *principios*, los cuales, al formar parte de un documento jurídico, se fueron identificando como *derechos fundamentales*, ya que éstos fungieron como parámetros, guías o límites últimos de la actividad de los poderes públicos y de los particulares, y porque al integrarse a la Constitución adquirieron tutela efectiva, sin que con ello perdieran sus cualidades de principios como las anteriormente señaladas. De esta manera, el criterio de identificación de los principios con los derechos fundamentales será el que se asumirá a lo largo de toda la presente investigación.

⁹⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 9. De hecho, este autor ha sido más contundente al afirmar que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados. Dicha afirmación cobra relevancia y actualidad en el contexto del derecho constitucional mexicano del siglo XXI, en el cual se habla de derechos humanos positivizados a partir de 2011.

5. *Principios constitucionales*

Hasta donde se tiene conocimiento, la mayoría de los estudios sobre argumentación jurídica principalista se centran en analizar colisiones entre derechos fundamentales; por ejemplo, la libertad de expresión *versus* el derecho a la intimidad; no obstante, como se verá en el capítulo tercero del presente trabajo, cabe la posibilidad de que colisionen principios de diversa naturaleza. Así, piénsese en la tensión entre un derecho fundamental como la libertad de asociación política de un individuo con el principio constitucional referente a la autorregulación de los partidos políticos.

Se debe partir entonces de la idea de que si bien todos los derechos fundamentales son principios constitucionales, también existen otro tipo de principios constitucionales que no tienen esa naturaleza de derechos de los individuos o grupos sociales, pero que al igual que éstos constituyen pilares indispensables para la conformación y el desarrollo de los Estados constitucionales de derecho. Así, es criterio difundido entre los juristas que la Constitución no sólo se integra de una parte dogmática, sino también de una parte orgánica, en la cual existen diversos principios constitucionales que sin ser derechos de los individuos operan como decisiones políticas fundamentales para el sostenimiento del Estado democrático.

Sin ánimo de definir, se puede señalar que los principios constitucionales desde una perspectiva reducida⁹⁶ son todas aquellas cláusulas, directrices o bases que estructuran la conformación, funcionamiento, organización, desarrollo y permanencia del Estado democrático, los cuales se contienen en diversas disposiciones de la Constitución tanto de su parte orgánica como dogmática.

En este sentido, cabría apuntar algunos principios constitucionales como son los siguientes: sistema federal como forma de Estado; república representativa y democrática como forma de gobierno; división de poderes; soberanía nacional; renovación de poderes mediante elecciones libres, auténticas y periódicas; autorregulación de los partidos políticos; protección de la paz pública; control estatal de los programas de educación básica, y la separación del Estado y la Iglesia.

Bajo este sendero, algunos constitucionalistas del país han afirmado que de hecho los pilares de la Constitución de 1917 (que bien se pueden identi-

⁹⁶ Se dice reducida, ya que desde una óptica extensiva los derechos fundamentales son también presupuestos indispensables para la conformación y el desarrollo de los Estados constitucionales de derecho. No obstante, para los fines de la investigación se hará dicha distinción para enmarcar la posibilidad de tensión entre los diversos principios constitucionales.

ficar con los principios constitucionales para los fines del presente trabajo) son básicamente siete; esto es, soberanía, derechos humanos, separación entre los poderes públicos, sistema representativo, régimen federal, juicio de garantías y la supremacía del Estado sobre las iglesias.⁹⁷

En síntesis, se puede afirmar que los mencionados principios constitucionales u otros más que no viene al caso detallar pudieran entrar en colisión con los derechos fundamentales. De este modo, en la presente investigación, además de analizar las tradicionales tensiones entre derechos fundamentales, será también de interés el abordar otro tipo de colisiones; de ahí, la razón por la que se ha considerado necesario precisar algunos puntos esenciales de los principios constitucionales.

6. *Principios de la Constitución y principios generales del derecho*

En primer lugar, cabe apuntar que los principios de la Constitución son aquellas directrices elementales para mantener la vigencia de ésta. De forma más precisa, en teoría constitucional se tienen como principios de la Constitución a los siguientes: supremacía, fundamentabilidad, inviolabilidad, permanencia y reformabilidad, los cuales tienen como función el estructurar a la Constitución.⁹⁸

En el mismo sentido, se han definido a los principios de la Constitución como aquellas reglas elementales que dirigen el funcionamiento coherente y equilibrado de la estructura de las Constituciones de los Estados.⁹⁹

Más allá de las anteriores consideraciones sobre la vigencia y estabilidad de la Constitución que le imprimen sus principios, cabe notar que para los fines de la presente investigación dichos principios no serán objeto de análisis, no obstante que se reconoce el papel y la relevancia de los principios de la Constitución para mantener viva dicha norma jurídica.

Por otro lado, sobre el tema de los principios generales del derecho, se debe recordar que en la doctrina existe una pluralidad de enfoques y significados sobre ellos, lo que propicia gran desconcierto al momento de aplicarlos o estudiarlos.

Así, por ejemplo, los principios generales del derecho pueden ser entendidos como reglas orientadoras para el conocimiento, interpretación y

⁹⁷ Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, 2006, p. 56.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 71.

⁹⁹ Quisbert, Ermo, *Principios constitucionales*, Bolivia, s.e., 2006, p. 28, en <http://ermoquisbert.tripod.com/dc/05.pdf>.

concretización de las normas jurídicas, o en ocasiones tiene un sentido ontológico; es decir, como directrices que los operadores pueden inducir a partir de las normas positivas. Asimismo, los principios pueden comprenderse en el contexto axiológico; esto es, como postulados éticos que guían todo el ordenamiento jurídico; por ejemplo, la justicia, el bien común, la moralidad o el *ethos* social.¹⁰⁰

Con todo, se puede afirmar que los principios generales del derecho, a pesar de que no están instituidos en alguna norma jurídica, son percibidos como los fundamentos del mismo derecho, así tienen que deducirse de los mismos valores constituidos y generalmente admitidos en las sociedades.¹⁰¹

De ahí que en los círculos del formalismo jurídico los principios generales del derecho no hayan sido muy bien recibidos, a pesar de que las legislaciones de diversos países los reconocen. El principal problema que se ha manifestado a propósito de su utilización es que ellos contribuyen a generar espacios de oscuridad en la aplicación del derecho; esto es, un esquema que posibilita la fundamentación de las decisiones judiciales fuera del contexto jurídico.

En otro sentido, a los principios generales del derecho se les han reconocido diversas funciones, como son el constituirse como criterios aptos para interpretar la ley (función interpretativa), para integrarla, ofreciendo a los juzgadores elementos para resolver un caso no regulado (función integradora) y para dirigir la actividad legislativa y judicial (función directiva).¹⁰²

Sobre la función integradora, cabe recordar que en México, así como en la mayoría de las legislaciones de los países pertenecientes a la tradición del *civil law*, se dispone que cuando no se pueda resolver alguna cuestión conforme a las reglas establecidas o por analogía, debe recurrirse a los principios generales del derecho. De esta forma, es evidente el alcance limitado de dichos principios, los cuales operan por vacíos de la ley y por referencia expresa en las reglas.¹⁰³

¹⁰⁰ Pérez Luño, Antonio Enrique, "Principios generales del derecho ¿un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 98, octubre-diciembre de 1997, pp. 16-18, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27480>.

¹⁰¹ Para la redacción de este párrafo ha resultado muy útil la idea que Coviello tiene sobre los principios generales del derecho (citado por García Maynez). Véase García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 60a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 370.

¹⁰² Azúa Reyes, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, 5a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 110.

¹⁰³ De ahí que, por ejemplo, algunos cataloguen a los principios generales del derecho como un mito jurídico, ya que éstos permiten explicar que pese a las lagunas de las leyes existen instrumentos para asegurar la plenitud del ordenamiento jurídico; el carácter mítico consiste en suponer que el derecho cuenta con los procedimientos para garantizar soluciones

Bajo estas anotaciones, se puede apreciar que los principios generales del derecho no son los principios en los que se centrará la presente investigación, ya que los primeros principalmente operan como mecanismos para completar el derecho en caso de lagunas o vacíos de la ley, lo que no guarda relación con los principios considerados como derechos fundamentales, pues éstos no buscan sellar las lagunas de las leyes ni garantizar completitud del ordenamiento jurídico; su campo de acción es en otro sentido y mucho más amplio.

Pese a ello, tratándose de la función directiva de los principios generales del derecho, se entiende que la argumentación abierta o maximalista pudiera relacionarse con ésta, ya que bajo tal argumentación se busca considerar el extenso bloque que dirige el derecho, lo que incluye a valores como la justicia, así se piensa que en este supuesto se pudiera caer en el terreno de los principios generales del derecho.

7. *A modo de epílogo*

Del análisis de los derechos fundamentales, de los principios constitucionales y de los principios generales del derecho se pueden desprender las siguientes ideas:

Los derechos fundamentales conforman los principios, los ideales, los valores y la cultura de las sociedades actuales, por lo que su apego o desapego a ellos puede generar un descontento entre la sociedad y su derecho.

Los derechos fundamentales representan a la vez principios que han sido positivizados en normas fundamentales, como lo es una Constitución.

Los principios constitucionales, entendidos en un sentido extensivo; es decir, incluyendo a los derechos fundamentales, son las piezas esenciales para la conformación y el desarrollo de los Estados constitucionales de derecho.

Los principios constitucionales, en un sentido restringido, como el que se utiliza en la presente investigación, son elementos indispensables para el funcionamiento y el sostenimiento de los Estados democráticos, pero éstos no se identifican con un derecho de algún individuo o de un grupo social.

Es muy común que las colisiones entre principios se den en el mundo de los derechos fundamentales; sin embargo, también es muy posible que existan colisiones entre dichos derechos y los principios constitucionales entendidos en sentido reducido.

a todas las controversias. Véase Pérez Luño, Antonio Enrique, “Principios generales del derecho...”, *cit.*, pp. 19 y 20.

La función directiva que tienen los principios generales del derecho se puede identificar en algún sentido con la argumentación jurídica de corte maximalista, ya que dicha argumentación mira hacia todos los postulados que dirigen y sustentan el derecho.

Los principios jurídicos, al abrir el diálogo a consideraciones de otra naturaleza, como pudieran ser las morales, propician el fortalecimiento y la validez del derecho y no su muerte por la falta de objetividad.