



EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS*

Raymundo GIL RENDÓN**

SUMARIO: I. *Estado de derecho*. II. *Neoconstitucionalismo*.
III. *Tesis sobre la justicia constitucional*.

I. ESTADO DE DERECHO

1. *Definiciones*

El Estado de derecho puede ser estudiado bajo diferentes enfoques; como una aspiración política o como una pretensión de seguridad jurídica, lo cual equivale a una visión ideológica bajo los ámbitos de la ciencia política o de la ciencia del derecho. Ambas ideologías pretenden justificar y legitimar el Estado bajo un sustento jurídico.

El método histórico muestra las diferentes acepciones y concepciones que ha tenido en el devenir de los acontecimientos políticos, económicos y sociales de la humanidad el término Estado de derecho.

2. *El Estado de derecho bajo el análisis del lenguaje*

Se ha pretendido conceptualizar el Estado de derecho en un solo término bajo la lexicología que englobe el concepto general con la idea de atrapar todas las ideologías en una sola idea totalizadora que impida salirse de un solo enfoque, lejos de cualquier tinte político, lo cual ha sido histórica-

* Artículo presentado en el Congreso sobre el Estado Constitucional de Derecho, Universidad Veracruzana, 29 de mayo de 2006.

** Doctor en derecho por la UNAM.

mente una visión dogmática y autoritaria, ya que al vaciar de contenido el concepto, ha llevado a legitimar regímenes autoritarios como el nacional socialismo en Alemania y el fascismo en Italia.

Por tal motivo es imprescindible enfocar el estudio de este concepto bajo el análisis del lenguaje y dentro de un contexto histórico determinado.

3. *Versión liberal del Estado de derecho*

Esta concepción atiende al Estado de libre mercado (capitalista) y le asigna una función al Estado como mero agente de policía, cuya función consiste en vigilar que se cumpla la ley por todos los factores de la producción y es la caracterización que los iusfilósofos¹ han denominado como el Estado paleopositivista o Estado legal de derecho.

Según Cascajo,² la noción de Estado de derecho se halla afectada de una “constitutiva ambigüedad” y de una frondosidad conceptual manifestada en sus múltiples acepciones. De ahí su resistencia a una categorización simple y definitiva. En tal virtud, coincidimos con este autor y con otros en que el término es equivoco y ambiguo y por lo tanto resulta muy difícil su determinación lingüística y conceptual, aunque buscaremos caracterizarlo jurídicamente.

4. *Expresión técnica-jurídica del Estado de derecho*

Esta acepción pretende dar cuenta de unos mecanismos o condiciones jurídicas de hecho o supuestamente tales, que presiden el funcionamiento del Estado. En los teóricos clásicos alemanes e italianos del derecho público, las nociones de *Rechtsstaat* o *de Stato di diritto*, así como en parte para la doctrina inglesa, la de *Rule of law* o para la francesa las de *Règne de la loi* o *Separation de pouvoir*.³

Bajo esta óptica conceptual se pretendió explicar, describir y justificar el Estado de derecho como un modelo ideal que debería seguirse para caracterizar un verdadero Estado de derecho, donde el cumplimiento formal de la ley fuese el fin que pretendiese alcanzar cualquier Estado que

¹ Ferrajolli, Comanducci, y otros.

² *Consideraciones sobre el Estado de derecho*, p. 81.

³ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 244.

se ostentara como Estado de derecho y no podría explicarse ningún funcionamiento del Estado sin el sometimiento irrestricto a la ley.

Así se dogmatizó desde la Declaración Francesa de los Derechos del Ciudadano de 1789, que estimó que en toda sociedad debería existir la garantía de los derechos y la separación de poderes, para que tuviese una verdadera Constitución, surgiendo así el constitucionalismo y la cultura de respeto a la ley.

Los presupuestos fundamentales sobre los que gravita esta concepción son: la limitación de la actividad de los órganos del poder por la legalidad; la garantía por parte de ésta de los derechos públicos subjetivos, que adquieren tal cualidad por su positivación, al margen de cualquier exigencia de tipo iusnaturalista, y la teoría de la forma o control constitucional de toda actividad del Estado. Así, desde un ámbito estrictamente formal lo jurídico sería aquella conexión sistemática, estructural y jerarquizada de normas generales y abstractas como característica primordial del Estado y del derecho, llevando ésta idea a identificar irremediabilmente al Estado y al derecho como dos caras de la misma moneda, pretendiendo purificar la noción jurídica del Estado de cualquier contaminación política, sociológica o ética vaciando de contenido al Estado de derecho, ya que conduce, según Pérez Luño, a la tesis de que cualquier Estado, en cuanto conjunto de reglas jurídicas sistematizadas, esto, en cuanto ordenamiento, es Estado de derecho. Con ello se llega al peligroso equívoco de considerar Estado de derecho a cualquier Estado que de hecho funciona a través de unos cauces jurídicos.⁴

El propio Kelsen justificó la idea de que todo Estado es Estado de Derecho, pero al final de su vida admitió que era un pleonasma y en la segunda edición de su obra *Teoría general del derecho*,⁵ corrigió su pensamiento que fue muy criticado por haber conducido al extremo de establecer como Estados de derecho a los regímenes fascista y nazi respectivamente.

Efectivamente, el pensamiento del ilustre jurista vienes del siglo XX fue rectificado por él mismo al decir que por Estado de derecho, debe entenderse un cierto tipo de Estado: aquel que responde a las exigencias de la democracia y de la certeza del derecho. En este sentido debe entenderse por Estado de derecho aquel que posee un ordenamiento jurídico relativa-

⁴ *Idem.*

⁵ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 2a. ed., 1960, pp. 314 y 315.

mente centralizado con base en el cual la jurisdicción y la administración se hayan vinculadas por leyes, esto es, por normas generales emanadas de un Parlamento elegido por el pueblo, cuyos miembros del gobierno responden de sus actos; cuyos tribunales son independientes, y donde se garantizan determinadas libertades a los ciudadanos, especialmente la libertad de religión, de conciencia y de expresión.⁶

Con el análisis del pensamiento original y evolutivo de uno de sus más elocuentes ideólogos del Estado de derecho del siglo XX, reflejamos la opinión doctrinal dominante donde se demostró el equívoco conceptual de caracterizar al Estado de derecho con cualquier estructura formal donde se respetaran las leyes, carentes de contenido y adaptables a cualquier ideología, sin tomar en cuenta las exigencias materiales y espirituales del ser humano, partiendo de su dignidad como persona.

El olvido histórico de los regímenes fascista y nazi respectivamente, en torno a la existencia digna y humana de los hombres que el Estado de derecho debería respetar y garantizar, condujo inexorablemente al exterminio de cerca de seis millones de personas y a censurar dichos regímenes políticos sin derecho, ya que según Gustavo Radbruch, la injusticia extrema no es derecho, y estos sistemas jurídicos y políticos llegaron a cometer crímenes de lesa humanidad como el genocidio, *amparados en un Estado de derecho*.

Desde este plano ideológico la fórmula Estado de derecho ha sido un caballo de batalla para la lucha en ocasiones ideal y utópica por el perfeccionamiento de la realidad empírica del Estado y así se le ha adjetivizado como: Estado democrático y social de derecho (artículo 20.1 de la Ley de Bonn), Estado de equidad, Estado de justicia, Estado social y democrático de derecho (artículo 1o.1 de la Constitución Española).⁷

En síntesis, la noción de Estado de derecho ha ejercido de este modo una importante función ideológica, al ser empleada como instrumento de legitimación para justificar realidades políticas heterogéneas y así encontramos autores en Italia y Alemania que consideraron al Estado nacional socialista y al fascista, como verdaderos Estados de derecho.⁸

⁶ *Idem*.

⁷ Pérez Luño, *op. cit.*, nota 3, p. 246.

⁸ Koellreuter, O., *Der nationale Rechtsstaat*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932; D'Alessio, *Lo Stato fascista come Stato di diritto, en scritti giuridici in onore de Santo Romano*, Padova, Cedam, 1940, vol. I, pp. 489.

5. *Estado social de derecho*

- Estado social y democrático de derecho (artículo 1.1 de la Constitución Española)
- Estado democrático y social de derecho (artículo 20.1 de la Ley Fundamental de la República de Alemania).

II. NEOCONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo surgió entre los siglos XVII y XVIII, teniendo como marco Inglaterra, y las Revoluciones francesa y americana, lo que dio como consecuencia la existencia de nuevos modelos de organización política del Estado, cuyo sustento se funda en el principio de la “división de poderes y en la defensa de los derechos del hombre”; así, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se sostiene que una sociedad que no tiene como premisas la división de poderes y la garantía de sus derechos del hombre, no cuenta con una Constitución.

Las revoluciones liberales se hicieron basándose en el derecho natural como derecho supremo. En Inglaterra, con sir Edgard Coke, surge la doctrina del *Common Law*, como una lucha contra el absolutismo, aclarando que esta doctrina sólo se mantuvo algunos años, ya que se regresó a que el Parlamento siguiera teniendo el control de las leyes, pero además la doctrina de *Common Law* tiene vital importancia ya que tuvo trascendencia jurídica de Estados Unidos.

Es en Estados Unidos donde ondea el principio de supremacía constitucional, éste aparece en forma más clara y contundente en el artículo 6o. de la Constitución de 1776, ya que se establece la superioridad de la Constitución, sobre las Constituciones y las leyes locales así como sobre las leyes y tratados federales.

En Francia el constitucionalismo nace como la expresión racionalizada de los principios liberales, que intentan sustituir al gobierno de los hombres por el de las leyes. La Constitución en su sentido actual tiene como base la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. La conciencia de supremacía constitucional nace en el momento mismo en que nace la Constitución.

El problema de garantizar la efectividad constitucional y hacer real su contenido jurídico, nace con el judicialismo en Estados Unidos, como parte de la defensa constitucional por parte de los jueces y el antijudicialismo en Francia que intenta sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes.

La jurisdicción constitucional desemboca en dos puntos, por un lado la organización de la justicia constitucional en la Constitución de Weimar, así como en la Constitución como experiencia histórica del Tribunal del Imperio de Hans Kelsen.

Kelsen abre un sistema de justicia constitucional basándose en su *Teoría pura del derecho*; este autor fundador de la Escuela de Viena, sitúa en el vértice de su pirámide normativa a la Constitución. La justicia constitucional se concibe como una garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional es concebida por Kelsen como un elemento que asegura la solidez del ordenamiento.

Para Kelsen deben prevalecer los valores legislativos codificados en la Constitución, por lo que quiere garantizar la norma suprema, para así afianzar el sistema democrático.

Es la visión pura del “derecho”, y la identificación del “Estado y el derechos”, donde impera el “Estado legalista de derecho”, o como una concepción iuspositivista o iusnormativista.

1. *La visión del neoconstitucionalismo*

El término alude a un nuevo “constitucionalismo”, o bien a una opción diferente para el “Estado de derecho”, donde impera un concepto distinto acerca del derecho; lo cual implica una novedosa y distinta *Teoría del derecho*, en cuyo significado prevalece o tiene primacía la fuente del derecho que rige todas normas jurídicas: la Constitución.

Bajo esta concepción, la norma suprema o “norma-normarum”, es fuente de toda la producción jurídica, la cual esta compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al “paleopositivismo”, teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho expedidas por el Poder Legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de subsumción, muy distinto al nuevo método de la ponderación o *balancing* (balanceo).

Se puede distinguir históricamente al nuevo constitucionalismo, como uno de los dos modelos del Estado de derecho; el primero y más antiguo, se refiere al “Estado legal de derecho”, donde el principio de legalidad prima sobre el principio de constitucionalidad, en el primero la ley impera, y en el segundo la Constitución y sus principios.

Luigi Ferrajoli menciona la existencia de dos modelos de Estado de derecho, el primero denominado “Estado legislativo de derecho”, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido, con independencia de su valoración como justo; una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido puesta por una autoridad dotada de competencia normativa. El Estado constitucional de derecho sería el nuevo modelo en formación teórica y práctica —no consolidado— a partir de la Segunda Guerra Mundial con ejemplos paradigmáticos en las Constituciones de Italia (1947); Alemania (1949); Portugal (1976), y España (1978), en donde surgen las Constituciones rígidas y el control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias, con un triple cambio en el paradigma: *a*) en la naturaleza y estructura del derecho; *b*) en la naturaleza de ciencia jurídica, y *c*) en la jurisdicción.⁹

En otra parte de su obra nos habla de tres paradigmas: el derecho premoderno; el Estado legislativo del derecho y el Estado constitucional del derecho, como las transformaciones que se han producido en el tránsito de uno a otro.

El primer cambio de paradigma del derecho se produjo con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente.

Un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo con la subordinación de la legalidad misma —garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad— a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez.

Cambia, en segundo lugar, las formas de producción legislativa donde se le impone en el Estado constitucional de derecho, prohibiciones y obligaciones de contenido tales como a los derechos de libertad y a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.

⁹ Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Trotta, p. 14.

Por otro lado, cambia el papel de la jurisdicción, si es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre un juicio de valor sobre la ley, que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad.

Una cuarta transformación, en la cual la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión substancial de la democracia, donde existe un límite en los derechos constitucionales que corresponden a prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de tales poderes que podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.

Por último, para Ferrajoli el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar el Estado de derecho como el positivismo jurídico, que alcanzan con su forma última y desarrollada.

Paolo Comanducci,¹⁰ concibe al neoconstitucionalismo —siguiendo la clasificación de Bobbio— tanto como una ideología, una metodología y una teoría.

La primera pone en segundo plano la limitación del poder y garantiza los derechos humanos (Ferrajoli y Alexy).

Una metodología porque sostiene que los principios constitucionales y los derechos fundamentales son un puente entre el derecho y la moral;¹¹ y es una teoría porque al abandonar el estatismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo adopta un modelo no sólo descriptivo de la norma constitucional sino axiológico.

Prieto Sanchís ha tratado de resumir el neoconstitucionalismo de la siguiente manera:

Primero, carácter normativo o fuerza vinculante: la Constitución no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe.

Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes: la Constitución no sólo es una norma sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componen-

¹⁰ Citado por Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 39.

¹¹ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985; *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.

tes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario.

Tercero, eficacia o aplicación directa: no requiere de ningún otro acto jurídico —ley— para desplegar su fuerza vinculante.

Cuarto, garantía judicial: las posibilidades son amplias, como puede ser control concreto y abstracto, *a priori* y *a posteriori*, encomendado a órganos especiales o a jueces ordinarios.

Un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico incluida por tanto la Constitución.

Quinto, presencia de un denso contenido normativo, formado por principios, derechos y directrices.

Sexto y ultimo lugar, la rigidez constitucional.¹²

Para Jaime Cárdenas, el modelo neoconstitucionalista es una visión que impacta le vivencia del derecho.

La Constitución se presenta como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho (subsunción), sino mediante la ponderación.

La Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más, la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores tendencialmente opuestos.

El neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley.

La certeza del paleopositivismo era ilusoria y sólo cabe recordar cómo las posiciones de Kelsen o Hart derivan en una fuerte discrecionalidad.

El neoconstitucionalismo no se engaña, sabe que los casos difíciles están ahí, al igual que la colisión entre principios contrapuestos; reconoce esas circunstancias y obliga al juzgador y a toda autoridad a una argumentación suficiente que justifique las decisiones.

¹² Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 116 y 117.

La discrecionalidad judicial es controlada, no con una herramienta falsa e inadecuada —la subsunción y silogismo— para todos los casos, sino con argumentos diferentes que significan un mayor esfuerzo justificatorio, como es el caso del uso del principio de proporcionalidad (ponderación).

Metodológicamente se dice que el neoconstitucionalismo conecta el derecho y la moral.

Desde el punto de vista de Jaime Cárdenas,¹³ esta conexión es inevitable. Los sistemas normativos están interrelacionados entre ellos, lo relevante es que los problemas jurídicos se resuelvan aduciendo razones jurídicas, y el sistema jurídico abierto de neoconstitucionalismo hurga en el sistema jurídico —principios expresos o implícitos— para encontrar las soluciones.

Aunque en última instancia toda norma, ya sea principio o regla, como dijera MacCormick,¹⁴ tenga un fundamento en la moral o en la naturaleza afectiva del ser humano, lo realmente trascendente consiste en que el juez y la autoridad al decidir lo hagan con fundamento en el ordenamiento jurídico.

No se puede desconocer el papel de la moral en el derecho. Como dice Santiago Sastre,¹⁵ es innegable que la presencia de principios y derechos en la Constitución ha supuesto la plasmación jurídica de pautas que tienen indudablemente un carácter moral.

Así como sostiene Jürgen Habermas,¹⁶ la “moral” ha emigrado al “derecho” sin agotarse en el derecho positivo.

2. *Estado de derecho por principios: neoconstitucionalismo vs. Estado de derecho legislativo*

La nueva concepción del Estado de derecho o neoconstitucionalismo, donde se ha superado la idea del Estado legislativo, lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal.

Es Gustavo Zagrebelski,¹⁷ quien distingue la concepción del Estado legislativo que se rige por reglas del Estado constitucional, en donde el

¹³ *Op. cit.*, nota 10, p. 43.

¹⁴ Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press 1978.

¹⁵ *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, p. 244.

¹⁶ *Facticidad y validez*, p. 868.

¹⁷ *El derecho dúctil*, 6a. ed., Trotta, 2005, p. 109.

derecho se va a regir por principios. Con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse, en particular a que un hombre deba comportarse de determinada manera; sin embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo es importante diferenciar lo que podría denominarse “regla” de lo que podría, por el contrario, denominarse principio.

Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas, significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.

¿Cuál es la diferencia entre las reglas y los principios?

En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico. Las reglas aunque están escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial.

Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.

La diferencia sustancial entre reglas y principios, está sobre todo el diverso tratamiento que el derecho hace de ambas.

Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador.

Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. En los principios se deberán tomar en cuenta tradiciones históricas, contextos de significado, etcétera, más que interpretadas por el análisis lingüístico deberán ser entendidas en su *ethos*.

En pocas palabras, a las reglas “se obedece” y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo de los valores, las grandes opciones de la cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión.

3. *Distinción entre reglas y principios*

Según Zagrebelski, su distinción estriba en que las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos o podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a ese respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas.

Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.¹⁸ Se podría indicar señalando simplemente que son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente.

Podrían, dice este autor, “los autómatas” hacer uso de dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La aplicación de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una reacción, se tome posición ante ésta de conformidad con ellos.

Los principios constitucionales carecen de supuestos de hecho y, por tanto, no pueden ser utilizados en la operación lógico-jurídica (en particular, en la subsunción en el supuesto de hecho), que según aquella tradición, es la única a la que habría podido referirse el término “aplicación”.

Lo anterior tuvo lugar en la aceptación en la década de los treinta, cuando no se podía aceptar la idea de la jurisdicción constitucional o que la garantía de la constitucionalidad de la actuación del Estado no podría configurarse como actividad jurídica, y específicamente judicial. Debería concebirse, por el contrario, en términos políticos y atribuir su competencia a órganos comprometidos y responsables políticamente; es la famosa polémica y discusión de Kelsen *vs.* Schmitt, sobre quién debería ser el defensor de la Constitución.

¹⁸ *Ibidem*, p. 111.

La negación de la posible relevancia judicial de los principios constitucionales constituía una simple radicalización operada por motivos polémicos, de la concepción positivista de la jurisdicción, Kelsen cambiaría esta concepción, inventado el Tribunal Constitucional, concebido inicialmente como un simple defensor de la Constitución.

Lejos estaba de entender su nuevo rol de intérprete de principios constitucionales.

El derecho por reglas es distinto al derecho por principios o neoconstitucionalismo.

Según el positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, o como las concibiera Bobbio, “normas programáticas”, esconderían un vacío jurídico y producirían una contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamações de buenas intenciones, etcétera.¹⁹

Los enemigos de las normas constitucionales por principios eran, sin proponérselos, unos sostenedores a ultranza del Estado legislativo de derecho, propio del positivismo jurídico.

Los partidarios de los “principios”, estaban fincando el nuevo constitucionalismo con la adopción de los principios en lugar de las “reglas”, sus partidarios, conciente o inconscientemente estaban forjando una nueva concepción del derecho.

Los principios no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una toma de posición conforme con su *ethos* en las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente, una cuestión de principio.

Los principios, como dice Zagrebelski,²⁰ no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad, la cual, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor.

En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla —como razona el positivismo jurídi-

¹⁹ *Ibidem*, p. 112.

²⁰ *Ibidem*, p. 118.

co—, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias.

El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición”²¹ jurídica, conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho).

El “ser” iluminado por el principio aún no contiene en sí el “deber ser”, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio.

4. Características del “neoconstitucionalismo” o Estado constitucional del derecho

El llamado “neoconstitucionalismo” se caracterizaría, según Jaime Cárdenas,²² *grosso modo*, a efectos de la argumentación, por lo siguiente:

- a) Se reconoce por algunos una conexión débil entre derecho y moral.
- b) Se admite que el derecho no sólo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas.
- c) El derecho no sólo consiste en la estructura normativa sino también en la argumentativa, contextual y procedimental.
- d) La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte.
- e) Las normas que no son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras.
- f) Más que hablar de interpretación se destaca el papel de la argumentación no sólo en su faceta retórica sino en sus ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales.
- g) La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente, en la calidad de la argumentación.
- h) Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución.
- i) El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador (legislador negativo, según Kelsen), y lo desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática.

²¹ *Idem.*

²² Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 10.

- j) Se intenta poner fin con las técnicas de la argumentación a la discrecionalidad judicial en el sentido en que había sido entendida por Kelsen o Hart.
- k) No hay neutralidad ni avaloratividad en el derecho.

III. TESIS SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La vinculación e interdependencia entre los derechos humanos, el control constitucional y el Estado constitucional de derecho; su finalidad: el bienestar del ser humano atendiendo a su dignidad de persona.

La hipótesis consiste en mostrar y demostrar el vínculo conceptual, contextual e histórico entre los derechos humanos, su protección y defensa a través de la historia reciente, su reivindicación y relación íntima con el “Estado constitucional de derecho”, su eficacia y protección a través del Control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad, conforme a la normativa constitucional: orgánica y sustancial, privilegiando en toda interpretación jurídica al “ser humano”(in dubio pro homine).

La finalidad o *ethos* es el bienestar de la persona humana y su calidad de vida, conforme a un disfrute y protección pleno de los derechos fundamentales.

Sirvió para demostrar mi aserto o hipótesis, el análisis del pensamiento original y evolutivo de uno de sus más elocuentes ideólogos del Estado de derecho del siglo XX: Hans Kelsen, ilustre iuspositivista o más bien iusnormativista, creador de la Teoría del derecho y del Tribunal Constitucional, así como la concepción de los derechos humanos como reivindicación histórica de Norberto Bobbio.

En el trabajo reflejamos la opinión doctrinal dominante donde se demostró el equívoco conceptual de caracterizar al Estado de derecho con cualquier estructura formal donde se respetaran las leyes, carentes de contenido y adaptables a cualquier ideología, sin tomar en cuenta las exigencias materiales y espirituales del ser humano, partiendo de su dignidad como persona.

Identificación de la justicia constitucional formal y material: llegamos a identificar a la justicia constitucional formal y material, con la nueva concepción del Estado constitucional de derecho, y como medio de control de la constitucionalidad, donde ponderar y balancear los dos extre-

mos sujetos a la Constitución, por un lado los derechos fundamentales y por el otro el límite constitucional del poder y de las facultades de las autoridades.

El verdadero papel de la jurisdicción constitucional es lograr el nuevo equilibrio entre el poder y los derechos humanos, a través del Estado constitucional de derecho.