



*Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*

Vol. 26 (2022), pp. 206-226

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2022.26.0.9170>

## DEL NEO-CONSTITUCIONALISMO A LA JURISTOCRACIA

### FROM NEOCONSTITUTIONALISM TO JURISTOCRACY

JUPITER QUIÑONES DOMÍNGUEZ

*Profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chihuahua*

<http://orcid.org/0000-0002-2037-1525>

Recibido: 22/06/2022

Aceptado: 14/11/2022

**Resumen.** El presente artículo estudia el fenómeno del nuevo constitucionalismo producto de revoluciones de derechos y fortalecimiento del poder judicial en diversos países a finales del siglo pasado y principios del presente, con el objeto de plantear interrogantes respecto a si estos cambios son resultado de un verdadero desarrollo de la ciencia jurídico-constitucional o si implican sólo una especie de tecnocracia jurídica al servicio de élites políticas.

**Palabras clave:** Constitución, Revolución de Derechos, Poder Judicial, Tecnocracia.

**Abstract:** This article studies the phenomenon of the new constitutionalism product of rights revolutions and strengthening of the judiciary in various countries at the end of the last century and beginning of the present, in order to raise questions about whether these changes are the result of a true development of legal-constitutional science or if they involve only a kind of legal technocracy at the service of political elites.

**Keywords:** Constitution, Rights Revolution, Judiciary, Technocracy.

Sumario: **I. INTRODUCCIÓN. II. ¿EXISTE UN VERDADERO NEOCONSTITUCIONALISMO? III. ALGUNAS CRITICAS AL NEOCONSTITUCIONALISMO. IV. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO INSTRUMENTO DE LA JURISTOCRACIA. V. ¿UN NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL? VI. CONCLUSIÓN. VII. FUENTES DE INFORMACIÓN. VII. FUENTES DE INFORMACIÓN.**

\* \* \*

## I. INTRODUCCIÓN

A manera de introducción podemos decir que el término neoconstitucionalismo constituye un tema abordado en mayor medida por la doctrina constitucional Iberoamericana, sin embargo dicho concepto no ha sido aceptado en forma totalmente pacífica por los estudiosos del tema, sino que existe un debate y falta de uniformidad respecto a la aceptación o no del mencionado término, pues para muchos teóricos desde el punto de vista científico no se puede sustentar un nuevo constitucionalismo sino que estamos en presencia de una ideología o en el mejor de los casos una «moda» doctrinal, referida por algunos autores para tratar de dar un sesgo novedoso a una problemática ya antigua pero que sigue en vías de desarrollo científico y jurisprudencial.

Además de lo anterior, es interesante preguntarnos si esta tendencia constitucional tiene alguna explicación política o si sólo se trata de un desarrollo de la ciencia jurídica, motivado por el reconocimiento universal de los derechos humanos y así como por la protección de la dignidad humana por el orden jurídico tanto nacional como supranacional.

## II. ¿EXISTE UN VERDADERO NEOCONSTITUCIONALISMO?

Como ha quedado asentado, hablar de neoconstitucionalismo dependiendo la perspectiva con que se haga, nos remite a diversas acepciones de un fenómeno que se ha presentado en diversos países del mundo.

Ahora bien, independientemente del problema de la pertinencia del término, lo que algunos autores denominan neoconstitucionalismo se relaciona con temas de interés constitucional, como son: 1) la concepción de Constitución como una norma de eficacia directa integrada por reglas, principios y valores; 2) el papel preponderante de los jueces como intérpretes últimos de la misma; y 3) los métodos de interpretación constitucional ligados a la ponderación y razonabilidad, de las decisiones sobre todo en los llamados «casos difíciles».

Creemos oportuno reflexionar en torno al hecho de que, es especialmente en Latinoamérica más que en Europa y Estados Unidos donde ha habido una mayor aceptación del término «neoconstitucionalismo», lo cual consideramos se debe a las siguientes razones:

A) Si tuviéramos que precisar un punto de inicio del neoconstitucionalismo muy seguramente lo sería la Europa de la segunda postguerra, especialmente por las Constituciones de Alemania, Italia, Francia y más reciente de España y Portugal, mismas que tienen como común denominador el reconocer a la dignidad humana como principio legitimador del ordenamiento; por esta razón es más debatible el término en Europa, pues el

nuevo paradigma viene impuesto en sus Constituciones y la jurisprudencia que han venido forjando sus propios Tribunales Constitucionales, sin embargo, si nos detenemos a hacer un análisis del entendimiento de las constituciones anteriores (incluso las de entre guerras) es claro el cambio cualitativo que se ha desarrollado.

B) Estados Unidos es quizá el único país que con mayor autoridad puede negarse a hablar de un neoconstitucionalismo, pues independientemente de los altibajos jurisprudenciales de la Corte Federal, el papel de los jueces y la eficacia de la Constitución han sido congruentes desde sus orígenes con el desarrollo político de ese país, pues se debe reconocer que una vez pasado el periodo de auto-restricción de cincuenta y cuatro años entre la sentencia del caso Marbury y la dictada en el caso Dred Scott<sup>1</sup>, la Corte ha sido consistentemente activa (aunque a veces en forma reaccionaria) en resolver todo tipo de controversias incluso las *political questions*, en un principio consideradas fuera de su competencia.

C) En el caso Latinoamericano es más evidente el cambio de paradigma, el ejemplo mexicano nos ilustra, porque es reciente el cambio de entendimiento de los juristas respecto del papel de la Constitución y el rol de la judicatura para su protección, esto en virtud de que, no obstante que nuestra Constitución tiene más de cien años de vigencia, no es sino hasta las reformas de 1994 y 2011, que la Suprema Corte asume un papel más activo en la protección del orden constitucional, esto desde luego por la inclusión de nuevas garantías constitucionales como son las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, la justicia electoral y más recientemente el control difuso de convencionalidad llevado a cabo por todos los jueces del país.

Una vez hecha la aclaración anterior debemos tratar de especificar qué se entiende en la actualidad por neoconstitucionalismo y para ello podemos comenzar con la idea expuesta por Prieto Sanchís respecto a este «nuevo constitucionalismo» el cual es una combinación entre las dos tradiciones más conocidas de constitucionalismo, por un lado la tradición americana judicialista que ve la Constitución como una norma que establece las reglas del juego social con un pacto de mínimos democráticos, igualitarios y de libertad, cuyo mayor aporte es la supremacía de la Constitución y la garantía jurisdiccional de la misma, es decir, la eficacia directa exigible ante los tribunales, y por el otro, la tradición Europea decimonónica que entendió la Constitución como un programa político a desarrollar portador de los más grandes y mejores ideales así como los valores políticos de la sociedad<sup>2</sup>, esta dialéctica la concretiza cuando dice:

«El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones o de estos dos modos de concebir la función de la ley fundamental: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera de estas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; (...) De la segunda tradición se hereda,

<sup>1</sup> WATSON, Richard A., *Democracia Americana, logros y perspectivas*, Tr. Ricardo Calvet Pérez, Noriega Editores, México, 1989, p. 477.

<sup>2</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 107-108

sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas del juego»<sup>3</sup>.

Desde esta perspectiva es interesante el planteamiento del autor, pues indica además que lo que hace el nuevo paradigma es «rematerializar» los contenidos de la Constitución agregando la garantía jurisdiccional de la misma, por lo que concluye: «la rematerialización de la Constitución supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia debe o debería ser esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, justificada en el mejor de los casos en su legitimidad democrática, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional»<sup>4</sup>.

Por último, el autor nos refiere cuales son las características que a su juicio integran este paradigma de *constitucionalismo fuerte*, las cuales son: «Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. (...) Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. (...) Tercero, eficacia o aplicación directa. (...) Cuarto, garantía judicial. (...) Quinto, presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también, con las modulaciones que se quieran y que nacen de la propia Constitución, en sus relaciones horizontales de Derecho privado; contenido normativo que está formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos, pero que, siempre que resulten relevantes, están llamados a su aplicación a los casos concretos. (...) Y en sexto y último lugar, la rigidez constitucional»<sup>5</sup>.

Entre los autores mexicanos, José Ramón Cossío, aún y cuando no habla propiamente de neoconstitucionalismo, al explicar lo que entiende por un constitucionalismo actual, inmerso en el fenómeno de la globalización, hace referencia al cambio paradigmático del constitucionalismo de la segunda postguerra, y su impacto en lo que nosotros encuadramos como una nueva visión de la Constitución, cimentada en la idea de la dignidad humana, en este sentido el autor comenta que se ha visto afectado el entendimiento constitucional de la actualidad y en relación a esto especifica:

«Esta afectación se realiza en varios niveles que conviene considerar: primero, en lo que toca a la fundamentación, la Constitución no es más la mera manifestación de poder constituyente, sino una manifestación del poder que recoge y hace suyos una serie de valores que le confieren su legitimación; segundo, en lo que toca a sus funciones, se presenta como la encarnación misma de lo políticamente correcto, es decir, como la única forma adecuada de ejercicio del poder público, de las relaciones entre el poder y los ciudadanos y más en general, de organización de todo el entramado político y social, tercero, en lo que toca a sus contenidos, debe ser vista como el continente de normas, valores y principios que, precisamente, permiten la salvaguarda de la dignidad humana frente al ejercicio del poder público; cuarto, en lo que toca a sus posibilidades de

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 109-110

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 116-117.

entendimiento o a las técnicas de interpretación de sus normas (*lato sensu*), se trata de encontrar los caminos para dejar de expresar en exclusiva los sentidos textuales o gramaticales de los enunciados, para acometer el más complejo ejercicio de darle sentido a éstos a partir de los fines de la Constitución»<sup>6</sup>.

Lo anterior, lleva a concluir al autor sobre la existencia de una «dimensión imperialista del constitucionalismo» misma que en sus palabras: «busca que a partir del reconocimiento de los valores correctos, de las ideas adecuadas y del establecimiento de las normas pertinentes, se pueda llegar a un estado generalizado de constitucionalismo en el cual, se dice, el hombre sea dueño de sí mismo, tome sus decisiones de modo democrático y, en caso de que estas decisiones sean incorrectas, existan los mecanismos que hagan prevalecer la noción fundamental de todo el modelo a partir de un nuevo entendimiento del hombre»<sup>7</sup>.

De igual manera tenemos a Cárdenas Gracia quién encuentra en el neo-constitucionalismo las siguientes características como son: 1) la relación entre derecho y moral, 2) la inclusión de los principios dentro del derecho, 3) la importancia de la estructura argumentativa del derecho, 4) una supeditación fuerte de la legalidad a la constitucionalidad y 5) el papel del juez constitucional por encima del legislador entre otras<sup>8</sup>.

Como puede apreciarse, de las notas definatorias que da el autor, trasciende el reconocimiento de principios constitucionales que, por ser de naturaleza diversa a las normas, requieren de nuevos métodos para su interpretación, lo cual dota de un papel central a la argumentación jurídica que a su vez fortalece la discrecionalidad judicial y con ello el desplazamiento del legislador por el juez.

Para Del Toro Huerta, lo que algunos autores identifican como neoconstitucionalismo es una consecuencia de la globalización en el aspecto jurídico, sobre todo si partimos de la premisa de que el constitucionalismo contemporáneo proyecta el modelo de Estado Constitucional como la forma de gobierno más acorde con el contexto de apertura que la mundialización requiere, y que según este autor se define entre otras cosas por: a) la ampliación del sistema de fuentes; b) el fortalecimiento de las garantías jurisdiccionales especialmente a través de los tribunales constitucionales; c) la judicialización de la política y d) la consolidación de instancias internacionales de protección de los derechos humanos<sup>9</sup>.

Visto lo anterior, tenemos que es difícil hacer una distinción clara entre el fenómeno de la *constitucionalización del derecho* (con el cual estamos totalmente de

---

<sup>6</sup> COSSÍO, José Ramón, «Constitucionalismo y globalización», *Estado Constitucional y Globalización*, Miguel CARBONELL y Rodolfo VAZQUEZ (Compiladores), Porrúa, México, Segunda edición, 2003, pp. 227-228.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>8</sup> CARDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, UNAM, México, 2007, pp. 51-52.

<sup>9</sup> DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, «La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial», *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2005, No. 112, pp. 325-363.

acuerdo) y el *neoconstitucionalismo*, que más bien pudiéramos entender como una *hiperconstitucionalización* del derecho en la cual todas estas características mencionadas por estos autores se llevan al extremo de *desdibujar* el sistema jurídico, con menoscabo total de la seguridad jurídica y del componente democrático del derecho.

### III. ALGUNAS CRÍTICAS AL NEOCONSTITUCIONALISMO

Una vez analizado, aunque sea en forma breve, algunas notas del fenómeno del neoconstitucionalismo, toca el turno de revisar algunas posturas contrarias a ese «nuevo» paradigma, y entre estos encontramos las siguientes:

Jaime Vintimilla, encuentra en el llamado neoconstitucionalismo un positivismo crítico que ejemplifica con autores como Ferrajoli o bien un positivismo corregido encontrando en Peces-Barba un defensor, y lo explica de la siguiente manera: «En el primer caso, (...) cuando el neoconstitucionalismo condiciona la validez de las normas a su contenido de acuerdo a los principios sustanciales y los derechos fundamentales positivizados en la Constitución, no deja de ser positivismo jurídico, sino que lo convierte en positivismo jurídico crítico que llena el subjetivismo existente en la teoría de Kelsen para la aplicación de una de las varias posibilidades que brinda la ley»<sup>10</sup>.

Respecto al positivismo corregido, explica: «En el segundo concepto, defendido por el profesor español Gregorio Peces-Barba, denominado positivismo corregido, flexible, dúctil y hasta ético, (...) trata de explicar únicamente los Estados constitucionales actuales, pues es en estos sistemas donde la ética pública –en forma de valores, principios y derechos– se ha incorporado al derecho y a la idea de justicia»<sup>11</sup>.

En este sentido, el autor citado, si bien, considera que esta nueva forma de entender el positivismo deriva de un cambio de paradigma constitucional, de una versión programática a un entendimiento de fines y objetivos de la Constitución, también se muestra escéptico al mismo y afirma: «de nada vale el amplio catálogo de derechos constitucionales que, en principio, busca una relación renovada y justa entre el Estado y lo ciudadanos, pues se advierte que en muchos aspectos los derechos son conculcados gracias a la necesidad de obedecer a la mayoría, a una interpretación subjetiva y hasta arbitraria del a Constitución o a la prevalencia de la ley derogada tácitamente por la Constitución. (...) además se hace necesario un proceso de seguimiento y evaluación a la Corte Constitucional para medir su función como garante de Estado Constitucional y urge una formación integral a todos los operadores jurídicos para que comprendan el valor forense de la Carta Constitucional»<sup>12</sup>.

En relación a la diversidad de métodos de interpretación enarbolados por el neoconstitucionalismo (ponderación, proporcionalidad, interpretación conforme, principio

<sup>10</sup> VINTIMILLA, Jaime, «El Neoconstitucionalismo en la mira», *Juris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia*, Quito, Ecuador, Num. 15, enero 2013. p. 44.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

*pro personae*, etc.) advierte lo siguiente: «Lamentablemente existe un gran peligro para una eclosión de decisiones o de conductas arbitrarias, reñidas con los principios y valores constitucionales, donde la decisión libre o dirigida del juzgador, dependiendo de sus niveles de independencia, puede verse seriamente afectada por la limitación del denominado activismo judicial, ya que los jueces y hasta ciertos servidores públicos no judiciales necesariamente deben cobrar relevancia en la defensa de los derechos mediante las garantías. Si es que no existe activismo, sencillamente no existe neoconstitucionalismo»<sup>13</sup>.

Ahora bien, no obstante, lo expresado por el autor en cita, consideramos difícil el entender al neoconstitucionalismo como una especie de neo-iuspositivismo, toda vez que ambos fenómenos parten de premisas opuestas, tal y como indica Susanna Pozzolo al expresar que el neopositivismo: «se caracteriza mediante oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios vs. reglas, ponderación vs. subsunción, Constitución vs. legislación, Judicial vs. Legislativo»<sup>14</sup>.

Dentro de otro tipo de análisis, encontramos a Lucio Pegoraro quién enfoca su crítica al neoconstitucionalismo desde la perspectiva del «ataque» a la soberanía nacional, pues considera criticable que las nuevas tendencias sobrepongan los derechos humanos a la Constitución Nacional, máxime si estos se encuentran reconocidos en sede internacional y garantizados por Tribunales internacionales. En este sentido Pegoraro manifiesta que: «Los efectos más vistosos de esta teoría (neoconstitucionalismo) son, sin embargo, de un lado, la no valoración de las teorías normativas de la constitución (...); y por otro, una invasiva judicialización de la política y la concesión a los jueces de incontrolables funciones de decisión política»<sup>15</sup>.

Por esto, el autor en cita pone en relieve el problema de la amplia discrecionalidad de los jueces constitucionales para resolver cada vez con más frecuencia cuestiones de índole política. En este sentido, nos parece oportuno comentar que no se trata sólo de un intento por reiterar críticas a la justicia constitucional como lo serían, el argumento contramayoritario de Bickel o la politización de la Justicia de Schmit o incluso la prevención que hacía Kelsen respecto al establecimiento de valores o cláusulas «vagas» dentro del texto constitucional, que pudieran prestarse a aumentar la discrecionalidad de los jueces constitucionales.

Consideramos que esas críticas han sido superadas en razón de que todas esas cuestiones son producto de la constitucionalización del derecho, el problema que a nuestro juicio subsiste, es el de la falta de reflexión sobre los posibles excesos por parte de los jueces constitucionales, ya que pueden tomar decisiones constitucionalmente relevantes con base sólo en consideraciones políticas disfrazadas de argumentación jurídica y con ello evadir, se insiste, el presupuesto democrático del derecho moderno.

---

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos. (Postpositivismo y derecho No. 3)*, Edición Kindle en español.

<sup>15</sup> PEGORARO, Lucio, «Constitucionalización del Derecho y Cultura Constitucional», *UNED, Revista de Derecho Político*, No. 104, enero-abril 2019., pp. 30-31

Tal vez por ello, Pegoraro concluye tajantemente diciendo: «Esta corriente, alimentada por estudiosos de diferentes países, puede ser utilizada para legitimar el “no Derecho” de la globalización, proporcionando el fundamento teórico para justificar el vacío de poderes de los Parlamentos, de la democracia directa y del propio poder de reforma constitucional; en definitiva, del mismo principio de soberanía popular»<sup>16</sup>.

Entre la corriente que estamos comentando encontramos también a Rodolfo Luis Vigo, quién, si bien no se expresa de manera abierta como un crítico del neoconstitucionalismo, si nos comparte lo que él denomina *riesgos del neoconstitucionalismo*, entre los cuales destacamos los siguientes: 1) la sobreconstitucionalización, es decir, pretender que en la constitucionalización están todas las soluciones jurídicas, 2) El debilitamiento del Poder Legislativo y de la Ley, 3) Debilitamiento de la democracia, al establecer una primacía de los jueces sobre el parlamento, 4) Un nuevo Iuspositivismo Ideológico Constitucional, pues a decir del autor el neoconstitucionalismo replica las exigencias incluidas en la exegética pero ahora respecto al texto constitucional, 5) Desnormativización del Derecho, 6) Hipermoralización del Derecho, 7) Pérdida de la Seguridad Jurídica, y 8) La Politización del Poder Judicial, entre otros que especifica el autor<sup>17</sup>.

Como se puede apreciar, son varios los aspectos coincidentes en la preocupación de estos autores por el fenómeno del neoconstitucionalismo, mismos que, en principio podemos aceptar que varios de ellos devienen de un cambio de paradigma del Estado Legal al Estado Constitucional de Derecho. Sin embargo, consideramos necesario advertirlos para efectos de estar en aptitud de diferenciar cuando nos encontramos frente a una consecuencia de la Constitucionalización del Derecho y cuando estamos ante una manipulación política de la Constitución, orquestada desde el propio poder político. Es decir, la reflexión sería entorno a si nos encontramos en un estadio de la evolución política en donde, el *status quo*, le ha restado importancia al control del parlamento (tal vez en razón de la amplia representación popular que la democracia moderna exige) para enfocarse en el control del Poder Judicial, especialmente de los Jueces Constitucionales, para efectos de que, desde ese estrado se puedan tomar decisiones políticas polémicas fuera del debate democrático propio de la sede parlamentaria.

#### **IV. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO INSTRUMENTO DE LA «JURISTOCRACIA»**

Es precisamente el problema de la falta de legitimidad democrática de los jueces constitucionales lo que se vuelve a poner en relieve, pero no desde la perspectiva del argumento contramayoritario, pues estamos de acuerdo con Dworkin, en que si nos vamos a tomar los derechos en serio, debemos reconocer que el derecho fundamental de una persona, debe prevalecer incluso en contra de la mayoría política o social. Sin embargo, consideramos que admitir esta premisa, no es motivo para justificar todas las decisiones

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> VIGO, Rodolfo Luis, *Constitucionalización y Judicialización del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2013, pp. 40-59.



contramayoritarias de los jueces, precisamente por ello, observamos el riesgo de utilizar al neoconstitucionalismo para justificar el déficit democrático de la judicatura, pues al fin de cuentas no se puede negar que los jueces en general, pero especialmente los constitucionales, encuadran perfectamente en la concepción aristotélica de una aristocracia. Es por ello que coincidimos con Luis Vigo cuando expresa: «Esos nuevos “señores del derecho”, que son los jueces con su impronta profesionalizante e inamovilidad en sus cargos, pueden llegar a imponer una prevalencia aristocrática en los gobiernos estatales»<sup>18</sup>.

En este tenor encontramos que desde hace un par de décadas se pueden encontrar posiciones críticas en el sentido de que el fenómeno en estudio no es políticamente neutral así por ejemplo García Amado, entiende a este «nuevo» constitucionalismo como una tendencia ideológica dirigida a justificar el poder de los jueces (especialmente los constitucionales) en un desequilibrio respecto a los demás poderes constitucionales, además de establecer un discurso basado en valores morales «supremos» vedado a la mayoría de los actores jurídicos y reservado únicamente a jueces constitucionales y doctrinarios de reconocimiento científico, lo que a nuestro ver, y sin que explícitamente lo diga el autor vendría a constituir una especie de «tecnocracia jurídica constitucional» o «juristocracia»<sup>19</sup>, que desplaza en buena manera a la soberanía popular y la democracia en cualquiera de sus formas.

García Amado nos dice respecto al neoconstitucionalismo lo siguiente: «Lo muy vago e impreciso de las tesis de partida lo convierte en teoría superficialmente atractiva y aparentemente novedosa, al tiempo que en la práctica cumple a la perfección lo que me parecen sus cometidos principales, que serían los de reforzar la influencia política de la presunta ciencia jurídico-constitucional, por un lado, y, por otro, impulsar un judicialismo que subvierte la relación entre los poderes constitucionales, pone en jaque el principio democrático y la soberanía popular y desdobra las propias constituciones, haciendo que ciertos derechos “materializados” y fuertemente vinculados a valores morales sustanciales imperen absolutamente sobre los derechos constitucionales de tipo político, participativo y procedimental. El equilibrio entre derechos humanos y soberanía popular, en el que tanto insiste por ejemplo Habermas, se rompe a favor de una concepción moralizante y absolutizadora de los primeros, con la consecuencia de que acaba por promoverse un nuevo soberano que no es otro que la judicatura, y en especial la jurisdicción constitucional, en alianza con la doctrina»<sup>20</sup>.

Además de lo anterior, el autor en comento expone de manera precisa los puntos de contacto o semejanzas entre el constitucionalismo positivista y el neoconstitucionalismo, poniendo en relieve que, si bien cambian en apariencia los métodos y la materia constitucional, existe coincidencia ideológica respecto a los fines o pretensiones de índole política, pues explica: «Positivismo jurídico decimonónico y neoconstitucionalismo actual

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 44

<sup>19</sup> En este sentido también PÉREZ LUÑO, refiere la existencia de una crisis de la soberanía popular, donde una de las causas es la intención de sustituir la legitimación democrática por lo que él denomina «expertocracia». Véase PÉREZ LUÑO Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, España, Séptima edición, 2001, p. 203.

<sup>20</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Sobre el Neoconstitucionalismo y sus precursores*, Controversias Constitucionales, Bogotá, Ediciones Universidad del Rosario, 2009.

son extremos que se tocan y que se combaten por razón de su semejanza estructural y de sus similares pretensiones políticas. Donde aquél tomaba como axioma la idea del legislador racional, éste adopta con similar convicción el del juez racional; donde aquél quería ver en el legislador un mero portavoz de los intereses objetivos de la nación o de las esencias inmutables y necesarias del Derecho, y en la ley la plasmación perfecta de la justicia ideal, éste hace de la Constitución la quintaesencia de la verdad moral y de la justicia objetiva, y de los jueces los traductores seguros de esas verdades axiológico-jurídicas a decisiones materialmente justas y objetivamente correctas, sin asomo de subjetivismo ni desfiguración por intereses políticos o gremiales»<sup>21</sup>.

Por último, podemos concretar la crítica hecha por el autor en lo siguiente: «Lo que el positivista del siglo XX combate no es, en absoluto, que la ley pueda ser anulada por inconstitucional (¡faltaba más!), sino que la ley pueda ser anulada por inmoral y que como pretexto se ponga a la Constitución, diciendo que, al margen y por debajo de lo que digan sus disposiciones, la Constitución es ante todo un orden objetivo de valores morales y que, en consecuencia, la ley inmoral será, al tiempo, ley inconstitucional»<sup>22</sup>.

Desde una perspectiva moderada Santiago Nino, coincide al menos en el hecho de que el papel de los jueces en el constitucionalismo constituye lo que él denomina un «elitismo epistemológico» pues expresa que: «La perspectiva usual de que los jueces están mejor situados que los parlamentos y que otros funcionarios elegidos por el pueblo para resolver cuestiones que tengan que ver con derechos, parece ser la consecuencia de cierto tipo de elitismo epistemológico. Este último presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más importante que la capacidad para representarse y equilibrar imparcialmente los intereses de todos los afectados por la decisión»<sup>23</sup>.

Mención especial merece el estudio crítico realizado por Ran Hirschl<sup>24</sup> respecto de los orígenes y consecuencias del neoconstitucionalismo, pues este autor plantea la tesis del origen político de la restructura constitucional, sobre todo respecto al empoderamiento de la judicatura, como un instrumento de las élites políticas para que, por un lado y previo a ser desplazadas por los cambios del juego electoral y democrático, estar en condiciones de «refugiarse» y fortalecerse en la judicatura, y por el otro, desplazar de la arena del debate político a la arena de las Cortes, temas sensibles y polémicos que aunque forman parte de su agenda política, no desean exponerlos ante las mayorías democráticas y prefirieren pasarlos por el filtro de la «neutralidad» y tecnicidad de los jueces.

En efecto, el autor en cita es atinente cuando identifica el concepto de democracia moderna con democracia constitucional y señala: «*the crowning proof of democracy in our times is the growing acceptance and enforcement of the idea that democracy is not the same thing as majority rule; that in a real democracy (namely a constitutional democracy*

---

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, España, 1997, p. 260.

<sup>24</sup> HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2007

*rather than a democracy governed predominantly by the principle of parliamentary sovereignty), minorities possess legal protections in the form of written constitution, which even a democratically elected assembly cannot change»<sup>25</sup>.*

Como consecuencia, concluye que: *«In short, judicial empowerment through the constitutionalization of rights and the establishment of judicial review now appear to be the widely accepted conventional wisdom of contemporary constitutional thought»<sup>26</sup>.*

Al momento de analizar los orígenes del fenómeno, el autor clasifica las teorías que lo explican en tres grupos que denomina: teorías evolucionistas, explicaciones funcionalistas y modelos económico-institucionales.

Al respecto refiere lo siguiente:

- a) Teorías Evolucionistas. Consisten en todas aquellas que parten de la ideal de que el neoconstitucionalismo es producto en un primer momento de la tendencia al reconocimiento constitucional de los derechos humanos como una consecuencia derivada de las experiencias negativas de la segunda guerra mundial y a partir de ahí en el reconocimiento gradual de derechos a grupos minoritarios. En palabras del autor: *«Proponents of this approach therefore regard the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review as the outcome of successful efforts by well-organized minority groups to protect themselves against the systematic threat of majoritarian political whims and increase their impact on public policy outcomes»<sup>27</sup>.*
- b) Explicaciones funcionales. Estas teorías derivan el crecimiento y fortalecimiento del sistema judicial, como una consecuencia natural del crecimiento y descentralización del sistema político-administrativo. Así, refiere: *«In its most common version, the functionalist approach suggests that the expansion of judicial power derives from a structural, organic political problem such as a weak, decentralized, or chronically deadlocked political system. The less functional the political system is in a given democracy, the greater the likelihood of expansive judicial power in that polity»<sup>28</sup>.*

Una crítica que hace el autor a estas dos teorías es que ninguna de las dos se detiene a reflexionar o explicar porque determinadas «revoluciones» de derechos aparecen en un determinado momento y no en otro cualquiera, dejando de lado cualquier intencionalidad política en las mismas. En palabras del Hirschl, *«both legal evolution and systemic needs-based theories of judicial transformation tend to ignore human agency and the fact that legal innovations require legal innovators—people who make choices as to the timing, scope, and extend of legal reforms. Both explanations overlook the crucial self-interested intervention by political powerholders who are committed to judicial expansion in an attempt to shape the institutional setting to serve their own agendas»<sup>29</sup>.*

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 1-2.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 37.

- c) Modelos económico-institucionales. Estas teorías explican el desarrollo constitucional y sobre todo el empoderamiento judicial como consecuencia de ciertos «compromisos creíbles» por parte del sistema político hacia el mercado económico. En este sentido se hacen importantes dos condiciones para desarrollar la confianza del mercado: 1) leyes previsibles y 2) un régimen legal que proteja la formación de capital y los derechos de propiedad.

No obstante, lo razonable que pueda ser esta teoría, al igual que con las otras, el autor critica entre otras cosas, la falta de explicación del porqué estos cambios fundamentales se dan en un determinado tiempo. «*However, these explanations fail to explain how prosperous democratic polities managed to successfully address commitment and enforcement problems prior to the establishment of judicial review. Nor do they demonstrate why a certain polity would choose to adopt such efficient mechanisms at a particular point in time*»<sup>30</sup>.

Por todo esto, Hirschl concluye que una explicación realista del empoderamiento del poder judicial, debe partir del reconocimiento de la existencia de ciertos grupos de poder que tienen interés en este nuevo modelo de constitucionalismo. En este sentido, refiere: «*First, Legislative deference to the judiciary and judicial empowerment through constitutionalization do not develop separately from the concrete social, political, and economic struggles that shape a given political system. Second (...) the political origins of constitutional reform cannot be studied in isolation from the political origins of constitutional stalemate and stagnation. Third, political and legal institutions produce differential distributive effects: they privilege some groups and individuals over others*»<sup>31</sup>.

Es por estas razones y sin necesidad de abundar más en el pensamiento del autor citado, que coincidimos con él, sobre todo respecto a la necesidad de realizar mayores reflexiones en relación al fenómeno del neoconstitucionalismo, especialmente en lo tocante al empoderamiento de los jueces y su relación con la manipulación política del derecho, para así no convertirnos en meros receptores y repetidores acríticos de esta tendencia jurídica.

## V. ¿UN NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL?

Al margen de las críticas y de sí en realidad podemos hoy hablar de un nuevo constitucionalismo «juristocrático», diferenciándolo de otros modelos ya sea el decimonónico o el formalista del siglo XX, lo que sí es un hecho es que existen diversos elementos que nos permiten hablar de un cambio substancial respecto del entendimiento de la Constitución, y el mismo proviene tanto de los nuevos textos constitucionales que llevan inmersas cláusulas axiológicas y principios jurídicos indeterminados, pero sobre todo, estos cambios, consideramos tienen sus orígenes en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y cortes supremas.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 38-39.

Así por ejemplo reflexiona Marina Gascón respecto a los consejos que daba Hans Kelsen en relación con no incorporar a la Constitución formulas vagas o imprecisas como son las de igualdad, justicia, libertad, etc., reconociendo la autora que en el caso de la Constitución española es precisamente lo contrario lo que se hizo. «Diríase que la Constitución española no sólo se ha separado de sus recomendaciones, sino que ha hecho diametralmente lo contrario. (...) en el frontispicio mismo del texto de 1978 figura la siguiente declaración: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1.), y a partir de este inicial precepto la invocación de valores, principios o directrices más o menos vagos y ambiguos se repite sin cesar hasta el último artículo de la Constitución. Bien es verdad que éste es un problema que no afecta sólo a la jurisdicción constitucional, (...) Pero no cabe duda también que es el Tribunal Constitucional quien de manera más inmediata viene llamado a tomar en consideración tales valores y principios, dado que su parámetro de enjuiciamiento se limita (o debe limitarse) a los escuetos preceptos constitucionales»<sup>32</sup>.

Relacionado con el impacto de este nuevo texto en relación a la justicia constitucional española nos dice: «este principalismo no constituye una peculiaridad exclusiva del sistema español, pero hay que decir que nuestro Tribunal Constitucional, quizá por su reciente creación en el marco comparado, desechó desde el primer momento cualquier duda acerca de la eficacia jurídica de esta extensa parte material o sustantiva de la Constitución, incluidos los principios, haciendo un uso constante y desinhibido de la misma»<sup>33</sup>.

De igual forma, Teresa Freixes resalta que, respecto a la Constitución española, «todos los valores del artículo 1.1 CE son, pues, reglas jurídicas prescriptivas y expresivas, superiores del ordenamiento jurídico y están estructuradas como metanormas, de tal forma que estas características estructuradas permanecen inmutables como substrato jurídico de los valores. Si todos los valores presentan idéntica estructura, no pueden existir jerarquías de tipo estructural entre los mismos y la relación estructural existente entre ellos es de complementariedad»<sup>34</sup>.

Algo similar reconoce Manuel Aragón cuando escribe: «Superada en Europa la idea de la Constitución como mera norma política de los principios constitucionales como exclusivamente programáticos, y admitido que la Constitución es derecho y, en consecuencia, que sus principios son jurídicos, la cuestión sobre el significado de éstos puede plantearse en un doble nivel.

El primer lugar, en relación con el carácter principalista del ordenamiento constitucional. Ese ordenamiento (...) se nutre no sólo de normas escritas (...) sino también

<sup>32</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», Revista Española de Derecho Constitucional, Año 14, Núm. 41, mayo-agosto 1994, p. 77.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> FREIXES SAN JUAN, Teresa y REMOTI CARBONELL José Carlos, «Los valores y principios en la interpretación constitucional», Revista Española de Derecho Constitucional, Año 12, Núm. 35, mayo-agosto 1992, p. 100.

de principios generales no positivizados en ellas (...), cuya conformación se produce mediante la labor de la doctrina y la jurisprudencia»<sup>35</sup>. En el segundo nivel, este autor se refiere al carácter principalista de la propia norma constitucional, y nos dice: «Ese carácter es propio de la Constitución democrática de nuestro tiempo, que, por pretender regular no sólo la organización del Estado, sino también el *status* de los ciudadanos, establece las líneas vertebrales del orden social y, en consecuencia, formula las directrices de todas las ramas del derecho, lo que conduce a que el texto constitucional haya de contener, junto a normas en sentido estricto (materiales o estructurales), una gran diversidad de principios»<sup>36</sup>.

Lo que llama la atención es una de las conclusiones a que, según este autor, nos conduce el carácter principalista del texto constitucional pues a su juicio: «Dada la importancia, crucial, que en el ordenamiento tienen los principios constitucionales, su positivación en el texto constitucional reduce ciertamente los riesgos del subjetivismo en su conformación, poniendo coto a un excesivo activismo judicial o doctrinal»<sup>37</sup>.

Llama la atención porque no compartimos esta conclusión, ya que, al contrario, somos de la idea que la ampliación del texto constitucional mediante principios, conduce a una mayor discrecionalidad judicial que potencializa el activismo judicial ya que como explica Cappelletti: «podemos afirmar en tanto (...) que las voluntades constitucionales que pueden manifestar una diferencia más llamativa (cuantitativa) respecto a la legislación ordinaria; son las expresadas mediante normas incompletas, reticentes e inciertas, como lo son sobre todo las normas de “valor” y “programáticas” o “de principio”.

(...) Se afirma, ante todo, una distinción de sustancia y un íntimo, necesario y perenne contraste entre “político” y “jurídico”: lo primero, por su naturaleza dinámica, mutable e irracional, busca siempre adaptarse a las relaciones momentáneas y fugaces de la vida; lo segundo, en cambio, por su naturaleza, tendencialmente estático-racional, trata de vincular, casi podría decirse de domesticar y amansar las vitales fuerzas políticas. En este latente conflicto –que bajo un plano también metajurídico, puede recordar el conflicto entre “Naturaleza” y “Razón”, entre *Existenzialität* (existencialidad) y *Normativität* (normatividad) –lo que da su impronta al derecho y a la jurisdicción constitucionales.

(...) (Concluye en este punto Cappelletti señalando que,) es por eso que el juez constitucional (...), debe tener en cuenta el carácter particular del derecho constitucional. Y debe por consiguiente, por necesidad de las cosas, (...) *integrar la norma a la luz de los valores*, haciendo así que su pronunciamiento corresponda al íntimo y objetivo significado político de la voluntad constitucional, es decir, *a los valores políticos*, como pueden ser *objetivamente* deducibles de la Constitución entendida como un todo orgánico e indisoluble...»<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> ARAGÓN, Manuel, «Constitución, democracia y control», *Universidad Nacional Autónoma de México*, México, 2002, p. 40.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>38</sup> CAPPELLETTI, Mauro, «La Justicia Constitucional», *OBRAS*, de Editorial Porrúa, tr. Luis Dorantes Tamayo, México, 2007, p. 143.

Es precisamente a nuestro ver, esa facultad del juez constitucional de integrar la norma a la luz de los valores constitucionales, la que se puede prestar a excesos de tipo judicial, mientras no sea claro el método para, en palabras de Cappelletti, *deducir objetivamente los valores políticos de la Constitución*. Pues tal y como afirma Zagrebelsky, las Constituciones modernas tienen una composición plural y flexible que les dan ese carácter de *ductilidad*, entendida esta característica como:

«La coexistencia de valores y principios, sobre lo que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)»<sup>39</sup>.

Es precisamente esa relatividad en el juego de los valores constitucionales lo que hace que en la actualidad se estime como los métodos de interpretación constitucional por excelencia a la proporcionalidad, ponderación y razonabilidad.

Retomando el problema de la discrecionalidad judicial basada en los principios podemos seguir a Ricardo Guastini cuando nos indica que, «la identificación de un principio en cuanto tal, (me refiero siempre a disposiciones que no estén expresamente etiquetadas como principio por la propia autoridad normativa) comporta discrecionalidad»<sup>40</sup>.

En este sentido el autor diferencia entre principios expresos y no expresos, de la siguiente manera:

«Son principios expresos los explícitamente formulados en una disposición constitucional o legislativa de la que puedan recabarse (como cualquier otra norma) mediante interpretación. (...) Por el contrario, son principios no expresos los que carecen de disposición, es decir, los no explícitamente formulados en alguna disposición constitucional o legislativa, sino elaborados o “construidos” por los intérpretes. Se entiende que los intérpretes, cuando formulan un principio no expreso, no se convierten en legisladores, sino que asumen que tal principio está implícito, latente, el discurso de fuentes»<sup>41</sup>.

Desde esta óptica, consideramos que, no obstante que ambos principios (expresos o no) nos remiten al papel esencial del intérprete; la segunda opción, es decir, el determinar cuáles son los principios implícitos en el orden constitucional, es lo que nos remite más al campo de lo que muchos consideran el paradigma neoconstitucional, pues el hecho de que

<sup>39</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*. Tr. Marina Gascón, Editorial Trotta, Tercera edición, 1999, p. 14.

<sup>40</sup> GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Edición y presentación por Miguel Carbonell, Distribuciones FONTAMARA, S.A., 2003, p. 134.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 137-138.

existan principios expresados en el texto constitucional y que estos sean objeto de interpretación sobre todo por los tribunales, no es algo novedoso, al contrario, es la esencia de la justicia constitucional, sin embargo, otra cosa distinta se plantea cuando los intérpretes ya sea judiciales o doctrinales, emplean técnicas metodológicas diversas para crear un andamiaje que incluso a veces pareciera *paraconstitucional*, con el fin de interpretar la propia Constitución.

Esto último lo reconoce Guastini cuando dice: «Los principios no expresos son fruto no de interpretación (es decir de adscripción de sentido a específicos textos normativos), sino de integración del derecho por obra de los intérpretes. Los operadores jurídicos los obtienen a veces de normas singulares, otras de grupos más o menos amplios de normas, en ocasiones del ordenamiento jurídico en su conjunto»<sup>42</sup>.

Al margen del tipo de principios que se estén interpretando, Guastini también deja bien en claro que los métodos de interpretación cambian substancialmente cuando entran en juego estos principios, pues apunta que, «la conclusión es que los conflictos entre principios –o al menos los que se dan entre los principios constitucionales– no pueden ser resueltos con las mismas técnicas habitualmente usadas para resolver los conflictos entre normas. No es aplicable el criterio *lex superior derogat inferiori*, porque se está hablando de normas del mismo rango en la jerarquía de fuentes. Tampoco es aplicable el criterio *lex posterior derogat priori*, porque los principios implicados se encuentran (al menos en el caso de los principios constitucionales) estatuidos un mismo documento normativo, y, en consecuencia, son coetáneos. Por último, no se puede aplicar *lex specialis derogat generali*, porque—cuando se trate de una antinomia del tipo eventual—no concurre entre las clases de supuestos de hecho disciplinados por los dos principios una relación de género a especie. La técnica apropiada (...) para resolver los conflictos de este tipo es la que se conoce con el nombre de ponderación»<sup>43</sup>.

El autor entiende que «La ponderación de principios consiste en instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil. A) Una jerarquía axiológica es una relación de valor instituida (no por las mismas fuentes, sino) por el intérprete, precisamente mediante un subjetivo juicio de valor. Instituir una jerarquía axiológica consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto mayor “peso”, es decir, mayor valor, respecto del otro. El principio dotado de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicado; el principio axiológicamente inferior sucumbe –no en el sentido de que resulte inválido o abrogado, sino –en el sentido de que se deja de lado (...). B) Una jerarquía *móvil*, por otra parte, es una relación de valor inestable, mudable, que vale para el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con un caso concreto diverso»<sup>44</sup>.

En vista de lo anterior en este punto podemos concluir en igual sentido que Guastini cuando refiere, «que es patente que esta operación comporta una doble discrecionalidad. Es discrecional la operación consistente en instituir una jerarquía de

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 145-146.



valores entre los principios implicados, y es asimismo discrecional la operación consistente en cambiar el valor relativo de tales principios a tenor de diversos casos concretos»<sup>45</sup>.

En una argumentación distinta pero sustancialmente similar, Robert Alexy, nos indica que la discrecionalidad de los principios radica en su naturaleza de ser *mandatos de optimización*, lo que hace que los mismos requieran un tratamiento distinto al de las reglas, pues «el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan por que puede ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. (...) En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. (...) Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente»<sup>46</sup>.

A nuestro entender, precisamente la determinación jurídica de las reglas es lo que da mayor certeza respecto de los principios, sin desconocer que aun cuando exista esa mayor determinación, la interpretación siempre tiene una papel decisivo, sobre todo cuando estamos frente a los llamados *casos difíciles*, mismos que en opinión de Dworkin, siempre conllevan una solución sustentada en principios, ya que para este autor la función judicial, no puede sustraerse de ciertas resoluciones políticas, pero lo que importa es que cuando esto suceda, la resolución se base en ciertos principios políticos (más parecidos a principios filosófico-jurídicos) y no en lo que el autor llama políticas públicas (o políticas partidistas). Esto según el propio autor, cuando se plantea en casos polémicos o difíciles, reduce la discrecionalidad del intérprete: «Cuanto más abiertamente político sea el asunto que se discute en un caso (...), más restringida quedará la propia moral política del juez por el carácter político de la norma, o el precedente en cuestión antes descripto»<sup>47</sup>.

En este sentido es tajante cuando expresa que, «si queremos que haya revisión judicial (si no queremos derogar “Marbury c. Madison”), tenemos que aceptar que la Corte Suprema debe tomar decisiones políticas importantes. El problema reside más bien, en que motivos, en manos de la Corte, constituyen buenos motivos. En mi opinión, debería tomar decisiones de principios, y no de políticas públicas (esto es, decisiones sobre qué derechos tienen las personas en nuestro sistema constitucional, y no sobre cuál es la mejor manera de promover el bienestar general), y debería hacerlo elaborando y aplicando la teoría sustancial de la representación tomada del principio fundamental de que el gobierno debe tratar a los ciudadanos como iguales»<sup>48</sup>.

Concluye el autor señalando que, «la revisión judicial garantiza que las cuestiones fundamentales de la moral política sean por fin planteadas y debatidas como cuestiones de

---

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Distribuciones Fontamara, S.A., Tercera reimpresión 2006, p. 13.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Tr. Victoria de los Ángeles Boschioli, Siglo XXI editores, México, 2012, p. 50.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 100.

principio y no sólo de poder político, transformación que no puede prosperar, o por lo menos no plenamente, dentro de los órganos legislativos. (...) La revisión judicial (...) obliga a incorporar al debate político la discusión sobre los principios»<sup>49</sup>.

Ahora bien, esta interpretación basada en principios es identificada también por Guastini como una interpretación «adecuada» cuando «los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal —la más cierta y previsible— y propiciando una interpretación adecuada». La interpretación adecuada —al menos cuando no sea conforme al sentido común de las palabras y/o a la intención del legislador— es fruto de una opción discrecional, en consecuencia, altamente discutible, tanto desde el punto de vista de la legalidad como del de la oportunidad política<sup>50</sup>.

Comentario a parte nos merece Aharon Barak, quien analiza el juicio de proporcionalidad sobre todo desde la perspectiva de las restricciones constitucionales a los derechos fundamentales, tratando de justificar un equilibrio entre los fines que se buscan con una restricción y el impacto de la vulneración en el núcleo del derecho fundamental. Así expresa que, «con el objeto de justificar una restricción a un derecho fundamental, debe existir una relación adecuada (“proporcional” en el sentido estricto del término) entre los beneficios que se obtienen del cumplimiento del fin y la vulneración causada al derecho fundamental con la obtención de tal fin»<sup>51</sup>.

Respecto a la naturaleza de la ponderación establece que, «la regla de la ponderación nos exige que pongamos en un extremo de la balanza (en el extremo de la balanza que soporta el cumplimiento del fin) el fin que la medida infraconstitucional intenta promover, la probabilidad de que el beneficio sea obtenido a partir del hecho de que este fin adecuado sea, de hecho, realizado y el beneficio que sea obtenido a partir del cumplimiento de este fin adecuado, de acuerdo con su urgencia. La regla de la ponderación nos exige que pongamos en el otro extremo de la balanza (en el extremo de la balanza que soporta la restricción del derecho) el derecho fundamental que ha sido objeto de restricción, la vulneración en la que se incurre y la probabilidad de que tal vulneración ocurra, de hecho. Debemos establecer una regla normativa que determine el peso relativo a cada extremo de la balanza. Con base en este peso debemos determinar cuál extremo de la balanza es más pesado»<sup>52</sup>.

El punto cuestionable en esta tesis, es la determinación de la regla normativa que a su vez debe determinar el peso relativo de cada extremo de la balanza, pues consideramos que ineludiblemente este proceso conlleva discrecionalidad. Ahora bien, al margen de todo lo anterior, e independientemente de la postura metodológica que se asuma, lo innegable es que con esta actividad se abre lo que Gargarella ha llamado la «brecha interpretativa», y con ella la posibilidad de que los jueces asuman de manera silenciosa el lugar que debe

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>50</sup> GUASTINI, Ricardo, *cit.*, p. 147.

<sup>51</sup> BARAK, Aharon, *Proporcionalidad*, Los derechos fundamentales y sus restricciones, Palestra Editores, 2017, p. 375.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 383-384.

ocupar la deliberación popular<sup>53</sup>. O, como advierte de Susanna Pozzolo, al decir que la proporcionalidad se convierte en una metáfora que reenvía a la precisión matemática o del equilibrio; y con ello oculta su irreductible arbitrariedad<sup>54</sup>.

De ahí que se insista en la reflexión sobre el peligro que representa el abuso de los métodos argumentativos y el superposicionamiento de los jueces respecto de los otros poderes del Estado, como una forma de desplazar el diálogo democrático y sustituirlo por la toma de decisiones aristocráticas o mejor dicho «juristocráticas» de las altas Cortes en ejercicio del control de constitucionalidad.

## VI. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, a partir de la segunda postguerra comienza a presentarse en occidente el fenómeno de la constitucionalización del Derecho, el cual trae entre sus consecuencias, mover a un segundo plano el principio de legalidad y los métodos formalistas de interpretación del Derecho, a cambio de una mayor preponderancia del principio de fundamentalidad constitucional y sobre todo del reconocimiento de la dignidad humana como punto de partida del ordenamiento jurídico, expresado a través del reconocimiento, protección y en muchos casos, primacía de los Derechos Humanos.

Esta situación que en principio nos parece una evolución positiva del pensamiento jurídico, en muchas ocasiones se confunde con el fenómeno llamado neoconstitucionalismo, el cual, se considera aquí, como una forma de hiperconstitucionalización del Derecho, con franca preponderancia del papel de los jueces en perjuicio de la representación parlamentaria, tanto en el ámbito jurídico como en el político. Lo anterior, sobre todo, aprovechando la naturaleza de los textos constitucionales modernos, los cuales se integran en su mayoría, por normas, principios y valores, muchos de ellos de textura abierta, que favorecen en gran medida la utilización de nuevos métodos de interpretación e integración del Derecho, y con ello, una amplia discrecionalidad judicial.

En este sentido, se puede apreciar, ya sea que hablemos con Cappelletti de la «integración de la norma a la luz de los valores», o bien de los «mandatos de optimización» a que se refiere Alexy, la decisión en principios de Dworkin, o de plano nos quedemos con la idea de ductilidad de la Constitución expuesta por Zagrebelsky, lo que es inconcuso, es que en la actualidad el concepto de Constitución e interpretación constitucional, se aleja cada vez más del formalismo jurídico, y tiende a reconocer en forma expresa la necesaria discrecionalidad del intérprete y la ineludible implicación moral en cada resolución judicial, sobre todo en materia constitucional, cuando estamos ante casos polémicos o difíciles.

Como se ha dicho, esto en principio aparece como una consecuencia del fenómeno de constitucionalización del Derecho, lo que es natural y corresponde a la evolución de la ciencia jurídica, no obstante, se considera necesario hacer una reflexión en cuanto a la

<sup>53</sup> Cfr. GARGARELLA, Roberto, *La Justicia frente al gobierno*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1996, p. 59.

<sup>54</sup> Cfr. POZZOLO, Susanna, cit., posición 854.

contextualización político-económica de este proceso, que nos permita analizar en cada contexto nacional, el momento, la pertinencia, y sobre todo aquellos intereses políticos que no se perciben a primera vista en cada movimiento de constitucionalización de la vida pública, o en cada «revolución de derechos», esto sobre todo bajo la perspectiva de que, por regla general se apela a una supuesta neutralidad política de los jueces, pero esto, en realidad se presta a perspicacia, sobre todo si se toma en cuenta la amplia discrecionalidad que el modelo de Constitución principalista les permite, pudiendo convertirse en los hechos en una juristocracia.

## VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Distribuciones Fontamara, S.A., Tercera reimpresión 2006.

ARAGÓN, Manuel, «Constitución, democracia y control», Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

BARAK, Aharon, *Proporcionalidad, Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra Editores, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro, «*La Justicia Constitucional*», *OBRAS*, de Editorial Porrúa, tr. Luis Dorantes Tamayo, México, 2007.

CARDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, UNAM, México, 2007

COSSÍO, José Ramón, «Constitucionalismo y globalización», *Estado Constitucional y Globalización*, Miguel CARBONELL y Rodolfo VÁZQUEZ (Compiladores), Porrúa, México, Segunda edición, 2003.

DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, «La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial», *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2005.

DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Tr. Victoria de los Ángeles Boschiroli, Siglo XXI editores, México, 2012.

FREIXES SAN JUAN, Teresa y REMOTI CARBONELL José Carlos, «Los valores y principios en la interpretación constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, Núm. 35, mayo-agosto 1992.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Sobre el Neoconstitucionalismo y sus precursores*, Controversias Constitucionales, Bogotá, Ediciones Universidad del Rosario, 2009

GARGARELLA, Roberto, *La Justicia frente al gobierno*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1996

GASCÓN ABELLÁN, Marina, «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, Núm. 41, mayo-agosto 1994.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Edición y presentación por Miguel Carbonell, Distribuciones FONTAMARA, S.A., 2003.

HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2007.

PEGORARO, Lucio, «Constitucionalización del Derecho y Cultura Constitucional», *UNED, Revista de Derecho Político*, No. 104, enero-abril 2019.

- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, España, Séptima edición, 2001.
- POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos. (Postpositivismo y derecho No. 3)*, Edición Kindle en español.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, España, 1997.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Constitucionalización y Judicialización del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2013.
- VINTIMILLA, Jaime, «El Neoconstitucionalismo en la mira», *Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia*, Quito, Ecuador, Num. 15, enero 2013.
- WATSON, Richard A., *Democracia Americana, logros y perspectivas*, Tr. Ricardo Calvet Pérez, Noriega Editores, México, 1989.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*. Tr. Marina Gascón, Editorial Trotta, tercera edición, 1999.