

A&C - REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL
ano 10 · n. 40 · abril/junho 2010 · Publicação trimestral - ISSN 1516-3210

A&C

REVISTA DE DIREITO
ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

Angela Cassia Costaldello • Augusto Durán Martínez • Carlos E. Delpiazzi • Celso Antônio Bandeira de Mello • Clèmerson Merlin Clève • Jaime Rodríguez-Arana • Javier Parquet Villagra • José Luis Meilán Gil • Juan Carlos Cassagne • Juarez Freitas • Pablo Angel Gutiérrez Colantuono • Paulo Roberto Ferreira Motta • Regina Maria Macedo Nery Ferrari • Romeu Felipe Bacellar Filho • Valmir Pontes Filho

40

Edição Especial

10 anos

A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

| | | | | | |
|--|----------------|--------|-------|----------|----------------|
| A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte | ano 10 | n. 40 | p. 1-336 | abr./jun. 2010 |
|--|----------------|--------|-------|----------|----------------|

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo José dos Santos Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

| | |
|------|---|
| A246 | A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. |
| | Trimestral |
| | ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba |
| | ISSN 1516-3210 |
| | 1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum. |
| | CDD: 342 CDU: 33.342 |

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

En torno al neoconstitucionalismo

Augusto Durán Martínez

Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

Resumen: El neoconstitucionalismo aparece en Europa luego de la segunda guerra mundial. Se gesta a partir de las Constituciones de Italia de 1947, de Alemania de 1949, de Portugal de 1976 y de España de 1978. Los europeos advirtieron que el modelo jurídico basado en la ley, impuesto por la Revolución Francesa en la línea de las ideas de Rousseau, no era suficiente para tutelar adecuadamente los derechos humanos. Siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos de América se descubrió en Europa la fuerza normativa de la Constitución. Se crea así un nuevo modelo de Estado de Derecho, como una superación de las etapas anteriores, el Estado Constitucional, y se produce lo que se llama la constitucionalización del ordenamiento jurídico, el que pasa a estar totalmente impregnado de la ideología de la Constitución. Como las Constituciones modernas se basan en definitiva en la dignidad de la persona humana, la dignidad de la persona humana se ubica en el centro del ordenamiento jurídico, el que debe interpretarse y aplicarse desde esta perspectiva.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo. Fuerza normativa de la Constitución. Constitucionalización del ordenamiento jurídico. Dignidad de la persona humana.

Sumario: I Significado del término neoconstitucionalismo – II Estado Constitucional. Constitucionalización del ordenamiento jurídico – III Rigidez de la Constitución – IV Fuerza vinculante de la Constitución, aplicación directa, interpretación conforme, sobreinterpretación de la Constitución e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas – V Garantía jurisdiccional de la Constitución – VI La objeción democrática. La dignidad de la persona humana – Bibliografía

I Significado del término neoconstitucionalismo

1 Neoconstitucionalismo es un término muy usado en doctrina en los últimos años aunque, por cierto, no hay total coincidencia en cuanto a su contenido. Tal es así que se puede hablar de más de un tipo de neoconstitucionalismo, tal como sugiere el título que Miguel Carbonell asignó al libro en el que reúne una serie de excelentes trabajos sobre el tema: "Neoconstitucionalismo(s)."¹

¹ VV.AA., Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta, Madrid, 2006.

Se advierte también que a veces se utilizan otros términos como sinónimos de neoconstitucionalismo. En efecto, a veces se habla de constitucionalismo avanzado o constitucionalismo de derecho² o constitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo a secas.³ No obstante, a los efectos de este trabajo utilizaré el término neoconstitucionalismo sin la menor pretensión valorativa, simplemente ante la evidencia que ha logrado una gran aceptación.⁴

Para aquilatar la relevancia del neoconstitucionalismo basta tener presente a Grández Castro cuando refiriéndose a este fenómeno expresó: “Es, sin duda, la revolución teórica y práctica más importante que vive el Derecho continental europeo, y esto, al margen de que la mayoría de los abogados o juristas, incluso, no se den por notificados.”⁵

2 Como bien ha expresado Barberis, el término neoconstitucionalismo reenvía evidentemente a constitucionalismo, término a su vez usado para indicar al menos otras cosas distintas aunque relacionadas entre sí. “En un primer sentido, muy lato, constitucionalismo reenvía al antiguo ideal del gobierno de las leyes, o más bien del Derecho; en un segundo sentido, más estricto, designa la traducción propia de los siglos XVIII y XIX de este modelo en la idea de Constitución como instrumento para limitar el poder político; en un tercer sentido — estrictísimo, y no del todo adecuado — indica (la doctrina de) el Derecho Constitucional.”⁶

Más allá de la crítica de Barberis al tercer sentido del término constitucionalismo, cabe señalar que ese sentido se basa en un criterio diferente al de los otros dos. En efecto, mientras que los dos primeros aluden a un determinado modelo de organización política, el tercero refiere a una doctrina.

Por eso, a los efectos de nuestro tema es preferible prescindir del tercer sentido por más que esa doctrina parta de un determinado modelo de organización política que se denomina constitucionalismo.

De las otras dos acepciones, la primera no parece ser útil a los fines de este estudio. Es tan antigua que Lindsay sostiene que constituye uno

² SASTRE ARIZA, S., “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en VV.AA., Neoconstitucionalismo(s)..., p. 239.

³ PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en VV.AA., Neoconstitucionalismo(s)..., p. 123.

⁴ POZZOLO, S., “Un constitucionalismo ambiguo”, en VV.AA., Neoconstitucionalismo(s)..., p. 188.

⁵ GRÁNDEZ CASTRO, P.P., Presentación del libro PRIETO SANCHÍS, L. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Palestra Editores, Lima, 2002, p. 11.

⁶ BARBERIS, M., “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en VV.AA., Neoconstitucionalismo(s)..., p. 259 y ss.

de los grandes aportes grecorromanos al mundo del derecho.⁷ No tiene sentido un reenvío a esa acepción porque la segunda, más próxima en el tiempo, por esa razón en buena medida la ha sustituido. Es mucho más habitual hablar hoy en día de constitucionalismo para referirse al modelo que surgió en el siglo XVIII, se perfeccionó en el siglo XIX y llegó al siglo XX, basado en documentos escritos, Constituciones, finalizadas a la limitación del poder político, que para aludir al sentido amplio de gobierno del Derecho.

Neoconstitucionalismo, pues, significa un nuevo constitucionalismo. Nuevo con relación a ese constitucionalismo que imperó entre los siglos XVIII y XX que refiere a un tipo de Estado, el Estado Nacional, tanto en su vertiente de Estado Liberal de Derecho como en la del Estado Social de Derecho en sus diversas variantes.

Todos estos estados de Derecho se construyen sobre el Estado Absolutista que apareció al fin de la Edad Media en torno a las ideas de soberanía de Bodino y del poder absoluto de Hobbes.

Precisamente las cartas constitucionales que aparecen a partir del siglo XVIII configuran una reacción contra el absolutismo y tienden a la limitación del poder político. Con el constitucionalismo, pues, se limita el poder político. Pero la soberanía sobrevive.

La soberanía se erosiona recién en el siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial en lo externo, sobre todo con los procesos de integración, pero también en lo interno,⁸ sin perjuicio del efecto provocado por acertados cuestionamientos al concepto mismo proveniente desde el campo de la filosofía.⁹

Esa caída de la soberanía ha afectado el poder constituyente. El motor constituyente, ha dicho Zagrebelsky, se ha detenido. "Pero no por ello se ha anulado la exigencia de constitución. Sólo que no puede ya ser considerada, como en un tiempo lo fue, el punto de partida del que irradia una fuerza unívoca e incondicionada, ya que se ha convertido más bien en un campo de gravitación, un punto de llegada y de convergencia del pluralismo político y social.

Esta quiebra afecta a la noción de positividad de la Constitución. La Constitución revolucionaria se consideraba positiva porque era creada de

⁷ LINDSAY, A.D., El Estado democrático moderno. Fondo de cultura económica, México, 1945, p. 77 y ss.

⁸ CASSESE, S. La crisis del Estado. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 49 y ss. y p. 63 y ss.; ZAGREBELSKY, G., El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 11 y ss.

⁹ MARITAIN, J., El hombre y el Estado. Fundación Humanismo y Democracia. Encuentro Ediciones, Madrid, 1983, p. 46 y ss. y p. 65.

una vez por todas con un acto de voluntad inicial, limitado en el tiempo e irrepitable. Por el contrario, la Constitución del pluralismo contemporáneo se puede considerar positiva en cuanto que es recreada continuamente por el concurso de múltiples voluntades que, en su converger hacia ella y según los modos de esa convergencia, la redefinen continuamente en su alcance histórico-concreto. En resumen: la positividad de la Constitución revolucionaria era a priori; la de la Constitución pluralista es a posteriori.^{10 11}

Zagrebel'sky ha mencionado entre esos factores que considera demolidores de la soberanía, tanto en lo interno como en lo externo los siguientes: "el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de contextos que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen."¹²

Por eso es muy común hoy hablar de la crisis del Estado o de la decadencia del Estado.¹³

3 Por constitucionalismo entendemos pues un modelo de Estado Nacional cuyo poder político es limitado por la Constitución pero que es todavía soberano.

El neoconstitucionalismo, por el reenvío que supone a ese constitucionalismo, pretende aludir al modelo de organización política que sobrevino después de él y aspira a su superación. En términos de Prieto

¹⁰ ZAGREBELSKY, G., *Historia y Constitución*. Mínima Trotta, Madrid, 2005, p. 81 y ss.

¹¹ "La Constitución de la Revolución miraba solamente hacia delante. La Constitución de la Conservación miraba solamente hacia atrás. Las Constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer. Incluso se podría decir: pasado y futuro se ligan en una única línea y, al igual que los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional que viene del pasado y por tanto a una incesante redefinición de los principios de la convivencia constitucional. La 'historia' constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro" (ZAGREBELSKY, G., *Historia y...*, p. 90 y ss.).

¹² ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil...*, p. 11 y ss.

¹³ GRASSO, P.G., *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 57 y ss.; CASSESE, S. *La crisis...*

Sanchís, no sería la negación del viejo Estado de Derecho, sino su superación positiva y enriquecedora.¹⁴

II Estado Constitucional. Constitucionalización del ordenamiento jurídico

1 El neoconstitucionalismo se gesta en el marco de la aludida crisis del Estado y se le presenta como el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas: la norteamericana, que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico, con su consiguiente garantía jurisdiccional; y la emergente de la revolución francesa que concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político y social. En esta segunda tradición la Constitución no se limita a fijar las reglas de juego sino que pretende participar en el en las futuras decisiones colectivas adoptadas por los representantes del pueblo encarnados en el Parlamento.¹⁵

La tradición americana responde a un modelo individualista historicista, mientras que la concepción de la resolución francesa a uno individualista estatalista,^{16 17} lo que llevó a sistemas diferentes.

Con precisión Prieto Sanchís expresó:

“El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera de esas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; cabe decir que la noción de poder constituyente propia del neoconstitucionalismo es más liberal

¹⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra Editores, Lima, 2002, p. 166.

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos fundamentales...*, p. 111 y ss.

¹⁶ FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones. Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 55 y ss.

¹⁷ Al estudiar la fundamentación teórica de las libertades o derechos fioravanti señala tres modelos: el historicista, el individualista y el estatalista.

Observa que esos modelos no tienden a permanecer aislados respecto de los otros dos, sino que tienden a combinarse con uno de ellos y a oponerse al tercero. Advierte que tanto la revolución americana como la francesa son individualistas en tanto rechazan la visión estatalista de derechos proveniente de la Edad Media, pero mientras la revolución americana, en virtud de su tradición británica mira a la historia para fundar las libertades, la revolución francesa, por el contrario, como procura romper con la historia, adopta una visión estatalista (FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales...*, p. 25 y ss. y 55 y ss.).

que democrática, de manera que se traduce en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría, no en el apoderamiento de esa mayoría a fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular a través del legislador. De la segunda tradición se hereda, 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 de juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así, una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces.”¹⁸

2 Aparece como un movimiento europeo, más precisamente de la Europa continental, y suele relacionarse con las Constituciones de Italia de 1947, Alemania de 1949, Portugal de 1976 y España de 1978.¹⁹ Se le presenta como antipositivista y se le vincula con los modernos ordenamientos constitucionales y democráticos de occidente.²⁰

Se habla de un nuevo paradigma en base a la irrupción de la dignidad de la persona humana y de los derechos inalienables que fluyen de ella.²¹

El nuevo modelo de Estado suele ser llamado Estado Constitucional Democrático²² o Estado Constitucional de Derecho²³ o Estado Constitucional²⁴ a secas.

Aunque algunos autores (KRIELE) consideran que el Estado de Derecho y el Estado Constitucional son categorías distintas e, incluso, contrapuestas y señalan que son la consecuencia de tradiciones diferentes, otros (GARCÍA PELAYO), señalan que no hay tal oposición sino que el Estado Constitucional significa la culminación del proceso de desarrollo del

¹⁸ PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos fundamentales...*, p. 114 y ss.

¹⁹ CARBONELL, M., “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en *VV.AA. Neoconstitucionalismo(s)...*, p. 9; SASTRE ARIZA, S., “La ciencia jurídica...”, loc. cit., p. 239; BARROSO, L. R., “El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho en Brasil (El triunfo tardío del Derecho Constitucional en Brasil)”, en *Revista de Derecho. Universidad de Montevideo-Facultad de Derecho*, año VI, (2007), nº 12, p. 26 y ss.

²⁰ POZZOLO, S., “Un constitucionalismo...”, loc. cit., p. 188.

²¹ CEA EGAÑA, J. L., “Estado Constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo*, 2005, t. I, p. 47.

²² ALEXY, R., “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en *VV.AA., Neoconstitucionalismo(s)...*, p. 31.

²³ GARCÍA FIGUEROA, A., “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en *VV. AA., Neoconstitucionalismo(s)...*, p. 160 y ss.; CEA EGAÑA, J.L., “Estado Constitucional...”, loc. cit., p. 43.

²⁴ HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003; PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo...”, loc. cit., p. 129; ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil...*, p. 21; CASSAGNE, J.C., “Los principios generales en el Derecho Administrativo”, en 1, *Buenos Aires*, miércoles 5 de noviembre de 2008, nº 12.126, año XLVI, p. 3.

Estado de Derecho.²⁵ Como se ha visto en esta última línea se encuentra también Prieto Sanchís.²⁶

Pérez Luño vincula las diversas etapas del Estado de Derecho a las diversas generaciones de derechos. "El Estado liberal, que representa la primera generación o fase del Estado de derecho, es el marco en el que se afirman los derechos fundamentales de la primera generación, es decir, las libertades de signo individual. El Estado social, que encarna la segunda generación del Estado de derecho, será el ámbito jurídico-político en el que se postulen los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado Constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación, delimitará el medio espacial y temporal de paulatino reconocimiento de los derechos de la tercera generación."²⁷

Bien entendido, el Estado Constitucional procura la satisfacción de los derechos de la tercera generación sí, pero sin que ello suponga la negación de los de la primera y de la segunda generación. Todos ellos son valiosos por derivar todos de la persona humana.

Por su parte, Cea Egaña expresó:

"Rectamente entendido, el Estado Constitucional de Derecho equivale a una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes, de lo que es el derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpenetración del orden jurídico interno con el internacional y otros vectores de semejante importancia. En pocas palabras, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal, que no coincide sólo con la legitimidad legal o racional que elaboró Max Weber.

De ese nuevo paradigma es elemento esencial la mayor independencia del derecho con respecto al Estado, a la ley y a la soberanía. Ésta es la única manera de hacer prevalecer la justicia, postulado que debe regir en el orden normativo interno y también, no cabe duda, en el ámbito internacional."²⁸

3 Cualquiera de las denominaciones indicadas del nuevo modelo de Estado contiene el término constitucional, lo que marca la importancia

²⁵ PÉREZ LUÑO, A.E., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. Palestra, Lima, 2005, p. 97 y ss.

²⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos fundamentales...*, p. 166.

²⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *Trayectorias contemporáneas...*, p. 101.

²⁸ CEA EGAÑA, J. L., "Estado Constitucional...", loc. cit., p. 49.

de lo constitucional. Tanto, que se ha hablado de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.²⁹

4 Guastini entiende por constitucionalización del ordenamiento jurídico “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.”³⁰

Para que se dé esta constitucionalización del ordenamiento jurídico Guastini requiere la existencia de ciertas condiciones, no todas de igual importancia según este autor. Esas condiciones son:

- a) una Constitución rígida;
- b) la garantía jurisdiccional de la Constitución;
- c) la fuerza vinculante de la Constitución;
- d) la “sobreinterpretación” de la Constitución;
- e) la aplicación directa de las normas constitucionales;
- f) la interpretación conforme de las leyes;
- g) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.³¹

5 Esta posición de Guastini ha tenido una buena recepción doctrinaria.³² Por eso conviene detenernos en esas condiciones para la constitucionalización del ordenamiento jurídico, aunque sin seguir necesariamente el orden propuesto por el citado autor.

III Rigidez de la Constitución

1 La rigidez de la Constitución constituye un presupuesto para la constitucionalización del ordenamiento jurídico en el sentido que estamos utilizando.

2 “Una Constitución es rígida si y sólo si, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación

²⁹ GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)...*, p. 49.

³⁰ GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’...”, loc. cit., p. 49.

³¹ GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’...”, loc. cit., p. 50 y ss.

³² COMANDUCCI, P., “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)...*, p. 81 y ss.; GARCÍA FIGUEROA, A., “La teoría del Derecho...”, loc. cit., p. 163 y ss.; BARBERIS, M., “Neoconstitucionalismo...”, loc. cit., p. 262; CEA EGAÑA, J. L., “Estado Constitucional...”, loc. cit., p. 47 y ss.; BARROSO, L.R., “El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización...”, loc. cit., p. 32 y ss.; CARBONELL, M., “Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional”, en ZAGREBELSKY, G., *Historia y...*, p. 16 y ss.

'ordinaria', en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes).

Así pues, cuando una Constitución rígida está en vigor, es menester distinguir dos 'niveles' jerárquicos de legislación: la legislación ordinaria y la legislación constitucional (o de revisión constitucional). La Constitución está por encima de la legislación ordinaria, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por ésta.³³

3 De lo expuesto se deriva que ante una Constitución flexible, o no rígida, no procede hablar de constitucionalización del ordenamiento jurídico.

4 Casi todas las Constituciones contemporáneas son rígidas. El Reino Unido, Holanda y Luxemburgo son de esos escasos ejemplos que presentan una Constitución flexible.³⁴

IV Fuerza vinculante de la Constitución, aplicación directa, interpretación conforme, sobreinterpretación de la Constitución e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas

1 La fuerza vinculante de la Constitución, señalada por Guastini como tercera condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico, configura a mi juicio el aspecto más relevante de este fenómeno. Tanto, que las demás condiciones se derivan de esto.

Lo que se quiere decir con esta expresión, fuerza vinculante de la Constitución, es que ella "es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos."³⁵

Esta afirmación puede llamar la atención entre nosotros porque en el continente americano desde hace mucho tiempo esto es así. En efecto, en los Estados Unidos desde fines del siglo XVIII y en los países de América Latina desde comienzos del siglo XIX, por el ejemplo de Estados Unidos, prima "el concepto de Constitución como realidad normativa, que prevalece en el proceso político, en la vida social y económica de cada país, como ley suprema, real y efectiva, que contiene normas directamente aplicables tanto a los órganos del Estado como a los individuos."³⁶

³³ GUASTINI, R., "La 'constitucionalización...'", loc. cit., p. 50 y ss.

³⁴ BARROSO, L. R., "El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización...", loc. cit., p. 29.

³⁵ GUASTINI, R., "La 'constitucionalización...'", loc. cit., p. 53.

³⁶ BREWER-CARÍAS, A. R., "La jurisdicción constitucional en América Latina", en GARCÍA BELAUNDE, D., FERNÁNDEZ

Prácticamente podemos decir que en América desde nuestra independencia concebimos una Constitución con fuerza vinculante.

Pero en Europa (continental) otra fue la concepción. En general no se asignó naturaleza jurídica a la Constitución, sino que se le consideró un documento político de tipo programático, una invitación a los Poderes Públicos para que efectivamente actuaran.³⁷ Así lo fue durante el siglo XIX y el siglo XX hasta el inicio de este proceso, con el breve paréntesis del período de entreguerras con las Constituciones kelsenianas de Austria y Checoslovaquia y la de la República Española de 1931.³⁸

Entonces, siendo el rasgo más saliente del neoconstitucionalismo la fuerza vinculante de la Constitución, esto es nuevo para los europeos, pero no para los americanos. Pero debemos reconocer que, al menos en el Uruguay, no hemos extraído todas las consecuencias que se derivan de la fuerza vinculante de la Constitución que enseguida se verá por lo que, desde ese punto de vista, este constitucionalismo es también nuevo en nuestra tierra.

2 De la fuerza vinculante de la Constitución deriva la quinta condición señalada por Guastini: la aplicación directa de las normas constitucionales.

Si la Constitución es norma jurídica, produce efectos jurídicos. No se dirige necesariamente y solo a los Poderes Públicos sino también a la sociedad. Se aplica así también directamente a las personas sin necesidad del dictado de actos legislativos, por lo que es susceptible de ser aplicada por los jueces en ocasión de cualquier controversia.³⁹

Prieto Sanchís acota que “los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que aquélla disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.”⁴⁰

3 También de la fuerza vinculante de la Constitución se deriva la interpretación conforme de las leyes o, mejor dicho, la interpretación conforme a la Constitución.

SEGADO, F., (Coordinadores), *La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, S.L. Madrid/ Ediciones Jurídicas Lima/Editorial Jurídica E. Esteva, Uruguay/ Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 1997, p. 121.

³⁷ GARCÍA FIGUEROA, A., “La teoría del Derecho...”, loc. cit., p. 163; BARROSO, L.R., “El neoconstitucionalismo...”, loc. cit., p. 28.

³⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en GARCÍA BELAUNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coordinadores), *La Jurisdicción...*, p. 68 y ss.

³⁹ GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’...”, loc. cit., p. 55; VAN ROMPAEY, L., “El rol del juez en la sociedad moderna”, en *Revista de Derecho Público. F.C.U.*, Montevideo, año 2008, n. 34, p. 16 y ss.

⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, L., “Derechos fundamentales”..., p. 119.

En general se ve el origen de la interpretación conforme a la Constitución en la doctrina y jurisprudencia alemana,⁴¹ pero en puridad es anterior, puesto que con la concepción norteamericana de la Constitución, en Estados Unidos se entiende que “todas las leyes y los Actos de la Administración han de interpretarse ‘in harmony with the Constitution.’”⁴²

Los textos constitucionales son a menudo polisémicos, admiten más de una interpretación.

Si la Constitución tiene fuerza vinculante y si constituye el acto jurídico de mayor valor y fuerza, condiciona a sus intérpretes que la tienen que aplicar. Toda interpretación normativa infravalente debe — pues — hacerse desde la Constitución.⁴³ Por tanto, ante dos interpretaciones posibles, una constitucional y otra inconstitucional, debe optarse por la que más se ajuste al texto de la Constitución.⁴⁴

Esto nada tiene que ver con la presunción de constitucionalidad de las leyes, frecuentemente invocada por cierta doctrina y por la jurisprudencia, que erróneamente se ve como una consecuencia de la interpretación desde la Constitución.⁴⁵ En efecto, una cosa es decir que ante dos interpretaciones posibles hay que optar por la que se ajuste a la Constitución, a fin de evitar una declaración de inconstitucionalidad, y otra muy distinta es suponer de antemano que el legislador obró conforme a la Constitución. Por cierto que el legislador debe actuar conforme a la Constitución pero no siempre ocurre así, por lo que el Juez no puede actuar con preconceptos ni en base a presunciones que el derecho no impone.

Con acierto al respecto señalaba Cajarville Peluffo que la mentada presunción de constitucionalidad de las leyes no conduce al principio de interpretación conforme a la Carta, muy por el contrario lleva

⁴¹ FIX-ZAMUDIO, H./ FERRER MAC-GREGOR, E., “El derecho de amparo en México”, en FIX-ZAMUDIO, H./ FERRER MAC-GREGOR, E., (Coordinadores). *El derecho de Amparo en el Mundo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa. Konrad Adenauer Stiftung, México, 2006, p. 518.

⁴² FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución”, en *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Uruguay. Amalio M. Fernández, Montevideo, 2003, n. IV, p. 36.

⁴³ BIDART CAMPOS, G., *Teoría general de los derechos humanos*. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 386 y ss.; CEA EGAÑA, J.L., “Estado Constitucional...”, loc. cit., p. 52; RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional*, F.C.U., Montevideo, 2006, t. I, p. 265 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ A., “La ocupación de los locales de trabajo y el Estado Social y Democrático de Derecho”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, F.C.U., Montevideo, 2006, t. XIII, p. 89 y ss.

⁴⁴ GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización...’”, loc. cit., p. 57; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*. 4ª ed. Civitas, Madrid, 1983, t. I, p. 126 y ss.; LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*. Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 337 y ss.; GUARIGLIA, C.E., *El conflicto entre los derechos fundamentales. Bases para una interpretación*. Amalio M. Fernández, Montevideo, 2007, p. 299.

⁴⁵ Ver RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional...*, t. I, p. 267 y ss.

inexorablemente a adecuar la interpretación de la Constitución a la de la ley con la cual se la compara, lo que es inaceptable.⁴⁶

“La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de su ‘orden de valores’ materiales expresos en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales del Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Ninguna norma subordinada — y todas lo son para la Constitución — podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores.”⁴⁷

Lo expuesto debe tenerse bien presente a la hora de la interpretación del ordenamiento jurídico infravalente. “Esos valores — dicen García de Enterría y Fernández — no son simple retórica, no son —de nuevo hemos de impugnar esta falaz doctrina, de tanta fuerza inercial entre nosotros — simples principios ‘programáticos’, sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación.”⁴⁸

Lo expresado hace que el principio de interpretación conforme a la Constitución no se limita a preferir la interpretación de la ley que más se ajuste a la Constitución en el procedimiento de control de constitucionalidad de las leyes, sino que “rige en toda hipótesis de aplicación del derecho a un caso concreto, y en la interpretación de todas las normas del ordenamiento, cualquiera sea su jerarquía.”⁴⁹ De esto deriva, entre otras cosas que en caso de discordia entre un reglamento y una ley o la Constitución o un principio general de derecho de mayor

⁴⁶ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., “Supremacía constitucional e interpretación”, en CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre Derecho Administrativo*. F.C.U., Montevideo, 2007, t. I, p. 273 y ss.

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., “Curso...”, t. I., p. 128.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., “Curso...”, t. I., p. 128.

⁴⁹ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., “Supremacía...”, loc. cit., p. 276.

valor y fuerza, ha de inaplicarse el reglamento y aplicarse la regla de derecho supravalente.⁵⁰

Curiosamente, en nuestro país a menudo se habla de la presunción de constitucionalidad de las leyes, pero se ignora la Constitución a la hora de interpretar la normativa infravalente,⁵¹ en clara inconsecuencia con los postulados básicos de este constitucionalismo que es, sin duda, el nuestro.

4 La sobreinterpretación de la Constitución, presupone que la Constitución misma sea entendida como vinculante, como lo expresa el propio Guastini.⁵²

Este punto lleva la cuestión al plano de la interpretación y al de los intérpretes.

Respecto a los intérpretes, Guastini alude a los jueces (en especial al Tribunal Constitucional, en caso de existir), los órganos del Estado en general y los juristas.⁵³

En la misma línea pero con mayor amplitud, Häberle — en clara clave popperiana — habla de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución.⁵⁴ “En los procesos de interpretación constitucional están incluidos todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. ¡No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución!”⁵⁵

El juez constitucional podrá ser el intérprete más importante, pero no el único.⁵⁶ Con lo cual la interpretación de la Constitución será

⁵⁰ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., “Supremacía...”, loc. cit., p. 283; DURÁN MARTÍNEZ, A., “Desaplicación del reglamento ilegal”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999, p. 241 y ss.

⁵¹ Risso Ferrand en este sentido expresó: “Parece existir en nuestro foro, en los profesionales del Derecho, una cierta tendencia psicológica a no aplicar, en lo posible la Constitución, limitando el análisis de los distintos casos concretos a la luz del ordenamiento jurídico inferior. Esto se aprecia a mi juicio, en una tendencia clara, a no considerar en principio las previsiones constitucionales, normalmente ausentes en las argumentaciones forenses y en los fundamentos de las sentencias (con excepción de la Suprema Corte de Justicia). También se aprecia en Abogados y Jueces una cierta resistencia a utilizar una de las manifestaciones básicas de la supremacía constitucional, como es la interpretación del ordenamiento inferior en base a las disposiciones y principios constitucionales. Y muchas veces, ante un precepto constitucional claro aparece la necesidad de buscar la confirmación del mismo en la ley, como si no fuera más que suficiente con constatar el mandamiento constitucional” (RISSO FERRAND, M., “Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”/ Amalio M. Fernández, Montevideo, 2001, n. II, p. 135 y ss.).

⁵² GUASTINI, R. “La ‘constitucionalización...’”, loc. cit., p. 55.

⁵³ GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización...’”, loc. cit., p. 53.

⁵⁴ HÄBERLE, P., op. cit., p. 149 y ss.

⁵⁵ HÄBERLE, P., op. cit., p. 150.

⁵⁶ Häberle expresó: “quien ‘vive’ la norma, también la interpreta. Toda actualización de la Constitución (por cualquiera) es, cuando menos, un pedazo de interpretación constitucional anticipada. Tradicionalmente se entiende por ‘interpretación’ una actividad que está encaminada, consciente e intencionalmente, a la comprensión y explicación de una norma (un texto). La utilización de un concepto de interpretación así definido

más propensa a evolucionar en virtud de la interacción de los diversos intérpretes constitucionales⁵⁷ y la ductilidad constitucional será un carácter esencial del Estado Constitucional, al decir de Zagrebelsky.⁵⁸ En buena medida esto se explica por el pasaje del Estado de clase única al de pluralidad de clases.⁵⁹

De ahí que en esta postura cobra especial importancia el aspecto cultural, tanto que Habërle postula a la cultura como cuarto elemento del Estado (además de los tradicionales, pueblo, poder y territorio).⁶⁰

Esa pluralidad de intérpretes, así como la preocupación demostrada ahora por la filosofía sobre el lenguaje, incide naturalmente en el tipo de interpretación.

“Hoy en día — escribe Zaccaria — ya no es creíble la operación de limitar el derecho a la sola dimensión lingüística calificada por el sujeto emisor (el legislador) y por sus enunciados, considerados como originarios. Y tampoco se puede sostener persuasivamente que el momento interpretativo se reduce a una atribución sustancialmente extrínseca a su

también tiene sentido, ya que la cuestión del método, por ejemplo, solamente puede plantearse ahí donde se interpreta de manera consciente. Sin embargo, un examen realista del surgimiento de la interpretación constitucional puede requerir un concepto de interpretación más amplio, para el cual los ciudadanos y los grupos, los órganos del Estado y la opinión pública (*Offentlichkeit*), son ‘fuerzas productivas de la interpretación’, es decir, intérpretes de la Constitución en sentido amplio. Estos intérpretes actúan al menos como ‘intérpretes previos’ (*Vorinterpreten*); la responsabilidad permanece en la jurisdicción constitucional como intérprete de ‘última instancia’ (a reserva de la fuerza normativa de los votos de minoría). Si se quiere, se trata de la democratización de la interpretación constitucional, en la medida en que la teoría de la interpretación tenga que obtener respaldo en la teoría democrática y viceversa. No hay interpretación de la Constitución sin los ciudadanos activos y los poderes públicos citados.

Todo el que vive en y con las situaciones de hecho reguladas por la norma es intérprete de la misma manera indirecta, e incluso directa. El destinatario de las normas participa más vigorosamente en el proceso interpretativo de lo que comúnmente se acepta. Puesto que no sólo los intérpretes jurídicos de la Constitución viven las normas, tampoco son los únicos y ni siquiera los intérpretes primarios” (HÄBERLE, P., “El Estado...”, p. 150 y ss.).

⁵⁷ HÄBERLE, P., op. cit., p. 159 y ss.

⁵⁸ “Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductilidad.

La coexistencia de valores y principios, sobre la 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). Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia y únicamente en él las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas.

Los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional de la que aquí se habla son la coexistencia y el compromiso. La visión de la política que está implícita no es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido del amigo-enemigo hobbesiano y schmittiano), sino la inclusiva de integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos, que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo” (ZAGREBELSKY, G., “El Derecho dúctil...”, p. 14 y ss.).

⁵⁹ GIANNINI, M. S., *El Poder Público. Estados y Administraciones Públicas*. Civitas, Madrid, 1991, p. 49 y ss. y 85 y ss.

⁶⁰ HÄBERLE, P., op. cit., p. 21 y ss.

sentido y tiene por objetivo actos lingüísticos individuales. El intérprete no es, en efecto, un sujeto aislado y 'secundario' en esta obra relevante de atribución de los significados; por el contrario, actúa colocándose dentro de una real comunidad lingüística y dentro de un universo jurídico ya caracterizado ... por la comunicación y por el acuerdo implícito. ...

... El mérito de la interpretación jurídica es el poner en máxima evidencia el aspecto necesariamente cooperativo de la relación que se traba entre creadores, intérpretes de las reglas y todos los sujetos comprometidos por diferentes conceptos en el contexto de aplicación de estas últimas. La interpretación no puede situarse en un contexto metalingüístico, porque el significado co-pertenece al uso mismo del lenguaje.

... El significado de una expresión polisémica no solamente se revela como dependiente del contexto, sino incluso como determinado por el contexto mismo: es decisivo, de todos modos, el proceso de fijación de una expresión en un contexto, que permite reducir su polisemia. Pero la reducción de la pluriviosidad puede conseguirse, más que en un plano puramente textual, en un plano contextual, donde por contexto debe entenderse tanto el contexto lingüístico e institucional, de enunciación, como el contexto de aplicación a una situación particular. El texto jurídico legislativo no es nunca autónomo ni a-contextual. El lenguaje generalmente falto del rigor del legislador adquiere un significado más unívoco en el especial contexto enunciativo o aplicativo en el que se usa.⁶¹

De una interpretación literal, en base al apego al texto, predomina ahora una llamada extensiva. La Constitución puede ser interpretada o, más bien, sobreinterpretada de manera tal que se extraiga de ella innumerables normas implícitas.^{62 63}

En la interpretación literal es frecuente que aparezcan lagunas en la Constitución, lo que favorece la discrecionalidad del legislador; en la interpretación extensiva no existen lagunas, con lo que se diluye esa discrecionalidad casi hasta desaparecer.⁶⁴

Por otro lado, debe tenerse especialmente en cuenta aquí que la Constitución ya no es un documento escrito y conciso destinado

⁶¹ ZACCARIA, G., *Razón jurídica e interpretación*. Thomson/Civitas. Madrid, 2004, p. 208 y ss.

⁶² GUASTINI, R., "La 'constitucionalización...'", loc. cit., p. 54.

⁶³ El término norma está tomado aquí en el sentido de interpretación del texto normativo. Eros Roberto Grau en este aspecto decía: "O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo" (GRAU, E. R., "Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito". Malheiros, São Paulo, 2002, p. 17).

⁶⁴ GUASTINI, R., "La 'constitucionalización...'", loc. cit., p. 54 y ss.

fundamentalmente a los poderes públicos u otros sujetos en aras de salvaguardar los derechos humanos de la primera generación sino que, en reacción contra el positivismo, incorpora principios y valores, rechaza la separación del derecho y la moral, la ética corre así por las venas del Derecho e impulsa un programa de acción a ser cumplido por todos los operadores jurídicos.⁶⁵

Se habla así de la rematerialización de los documentos constitucionales para dar a entender que la Constitución ya no tiene por objeto solo la distribución formal del poder, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios⁶⁶ y derechos que condicionan la validez de las normas inferiores.⁶⁷

De esa manera, se comprende cómo de esta forma la Constitución condiciona toda la normativa infravalente.

Gráficamente dice Barroso que en el centro del ordenamiento ya no está más ubicado el viejo Código Civil sino la Constitución, la que irradia su fuerza normativa, imbuida de supremacía formal y material.⁶⁸

5 También Guastini alude a la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, lo que permite juzgar a los operadores políticos en base a criterios de razonabilidad y en función de la ponderación de los principios⁶⁹ lo que no supone por cierto, descartar la subsunción.^{70 71}

⁶⁵ PRIETO SANCHÍS, L., "Neoconstitucionalismo...", loc. cit., p. 124 y ss.; BARROSO, L.R., "El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización...", loc. cit., p. 31.

⁶⁶ Esos principios imponen la ponderación. El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina ley de la ponderación, que Alexy formula de la siguiente manera: "Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro" (ALEXY, R., "Teoría de la argumentación jurídica". 2ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 351).

⁶⁷ PRIETO SANCHÍS, L., "Derechos fundamentales...", p. 182.

⁶⁸ BARROSO, L. R., "El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización...", loc. cit., p. 37 y 38.

⁶⁹ GUASTINI, R., "La 'constitucionalización'...", loc. cit., p. 69 y ss., y en especial, p. 72 y ss.

⁷⁰ MORESO, J. J., "Conflictos entre principios constitucionales", en VV.AA., Neoconstitucionalismo(s)..., p. 121.

⁷¹ Con acierto explicaba Zagrebelsky:

"El derecho como disciplina práctica está necesariamente anclado a la realidad. Contrariamente a lo que a primera vista podría parecer, los principios no determinan el ordenamiento solo a través de derivaciones deductivas que imiten torpemente a las ciencias lógico-formales"

... "La concepción del derecho 'por principios' tiene, por tanto, los pies en la tierra y no la cabeza en las nubes. La tierra es el punto de partida del desarrollo del ordenamiento, pero también el punto al que éste debe retornar. Naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su función, se preocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma. Así pues, las consecuencias prácticas del derecho no son en modo alguno un aspecto posterior, independiente y carente de influencia sobre el propio derecho, sino que son un elemento cualificativo del mismo. No se trata en absoluto de asignar a lo 'fáctico' una prioridad sobre lo 'normativo', sino de mantener una concepción del derecho que permita que estos dos momentos no sean irrelevantes el uno para el otro, como, por el contrario, sucede en el positivismo.

La importancia de esta temática resulta evidente en todos los problemas relativos a la validez de las normas jurídicas. Si el derecho debe volver a la realidad, es decir, si debe operar en cada caso concreto conforme al valor que los principios asignan a la realidad, no se puede controlar la validez de una norma teniendo en cuenta exclusivamente lo que ésta dice. No basta considerar el 'derecho de los libros', es preciso tener en

La ponderación supone tres pasos: la determinación de la idoneidad de la eventual medida a aplicar o solución al caso, en segundo lugar la necesidad de esa medida (o dicho de otro modo la verificación de que se trate del medio menos gravoso) y, en tercer lugar lo que Alexy ha llamado la proporcionalidad en sentido estricto.⁷² A su vez, la proporcionalidad en sentido estricto supone tres pasos: "en el primero paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro."⁷³

La influencia de la Constitución aludida permite también dar unidad al ordenamiento jurídico.

En el Estado de Derecho Liberal Burgués la ley por excelencia era el Código, cuyo modelo histórico era el Código de Napoleón. "En los códigos se encontraban reunidas y resaltadas todas las características de la ley. Resumámoslas: la voluntad positiva del legislador, capaz de imponerse indiferenciadamente en todo el territorio del Estado y que se enderezaba a la realización de un proyecto jurídico basado en la razón (la razón de la burguesía liberal, asumida como punto de partida); el carácter deductivo del desarrollo de las normas, ex principiis derivationes; la generalidad y la abstracción, la sistematicidad y la plenitud". ... "Parecidas características tenían también las otras grandes leyes que, en materias administrativas, constituían la estructura de la organización de los Estados nacionales."⁷⁴

La situación varía cuando se pasó de lo que se llamó el Estado clase única al de la pluralidad de clases.

Ante la heterogeneidad social empiezan a aparecer leyes sin sus tradicionales características de generalidad y abstracción y a menudo

cuenta el 'derecho en acción'; no basta una 'validez lógica' es necesaria una 'validez práctica'. ¿Cuántas veces el significado en abstracto de una norma es diferente de su significado en el caso concreto?, ¿cuántas veces las condiciones reales de funcionamiento de una norma tuercen su sentido, en ocasiones invirtiendo la intención del legislador? Siempre que se produce esta desviación, el 'derecho viviente', o sea, el derecho que efectivamente rige, no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento. La jurisprudencia que se cierra al conocimiento de esta valoración más amplia de las normas, valoración que indudablemente abre el camino a una visión de sociología jurídica, se condena a la amputación de una parte importante de la función de garantía del derecho en un ordenamiento determinado por principios" (ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil...*, p. 121 y ss.).

⁷² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007, p. 524.

⁷³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos...*, p. 529.

⁷⁴ ZAGRABELSKY, G., *El Derecho dúctil...*, p. 32

son ocasionales, en virtud del tiempo que duran los intereses que provocaron su aprobación.⁷⁵

“La ley — en este punto de su historia — ya no es la expresión ‘pacífica’ de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, ‘constitucionales’, del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares.”⁷⁶

La ley se ha contractualizado, sus contenidos son el producto de “cambiantes coaliciones legislativas de intereses que operan mediante sistemas de *do ut des*.”⁷⁷

“La consecuencia es el carácter cada vez más compromisorio del producto legislativo, tanto más en la medida en que la negociación se extienda a fuerzas numerosas y con intereses heterogéneos. Las leyes pactadas, para poder conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, son contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, expresan la idea de que — para conseguir el acuerdo — todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles.”⁷⁸

“Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquélla a la que el positivismo legislativo lo ha reducido.

Como la unidad del ordenamiento ya no es un dato del que pueda simplemente tomarse nota, sino que se ha convertido en un difícil problema, la antigua exigencia de someter la actividad del ejecutivo y

⁷⁵ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil...*, p. 36 y ss.

⁷⁶ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil...*, p. 38.

⁷⁷ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil...*, p. 38.

⁷⁸ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil...*, p. 38.

de los jueces a reglas generales y estables se extiende hasta alcanzar a la propia actividad del legislador. He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio. El pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que, pese a la diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales, haya una convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de toda discusión y ser consagrados en un texto indisponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ella.

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales.⁷⁹

Al incorporar las Constituciones no solo derechos sino principios de justicia, "el cuadro no es estático, vuelto hacia el pasado, sino dinámico y abierto al futuro. El Estado no está llamado sólo a impedir, sino también a promover, empeñando positivamente para este fin sus propias fuerzas y las de los sujetos privados."⁸⁰

El legislador, el administrador y hasta el juez, quedan sujetos a todo el sistema de valores de la Constitución, y sus conductas pueden ser juzgadas en base a los criterios aludidos.

6 De lo expuesto se percibe la estrecha relación que existe entre la fuerza vinculante de las normas constitucionales, la interpretación conforme a la Constitución, la sobreinterpretación de la Constitución y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Desde esta perspectiva se comprende la afirmación de Rincón Córdoba en el sentido de que "la Constitución se convierte en el centro de gravedad del principio de legalidad." La relación que existe entre la administración pública y los derechos fundamentales — afirma — implica un cambio rotundo en el principio de legalidad. Ya no se puede seguir pensando que todo el sistema de fuentes encuentra sustento en la ley ni mucho menos que el simple hecho de aplicar de modo literal una norma

⁷⁹ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil...*, p. 39 y ss.

⁸⁰ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil...*, p. 93.

que emana del congreso implica conformidad con el texto constitucional: es precisamente la Constitución de donde emana todo el derecho — continúa diciendo — el centro de gravedad que debe guiar la actividad de los distintos operadores jurídicos.⁸¹

V Garantía jurisdiccional de la Constitución

1 La garantía jurisdiccional de la Constitución merece un destaque especial.

2 Guastini, al enumerar las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico, la coloca en segundo lugar, luego de la rigidez de la Constitución, porque observa que aunque ella esté formalmente establecida, no está asegurada si no existe algún control de constitucionalidad de la ley. Y admite enseguida que en los ordenamientos contemporáneos ese control es asignado a un órgano jurisdiccional o semijurisdiccional.⁸²

Lo expuesto por Guastini es compartible. Pero debe convenirse que también el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes deriva de la fuerza vinculante de la Constitución, por eso he preferido estudiarla luego de ella. Tal es así que el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes aparece primero en América y mucho tiempo después en Europa, aunque ya había en los países europeos constituciones rígidas.

3 Fernández Segado explicó muy bien las diferentes concepciones que llevaron en América y en Europa a soluciones diferentes.

En América — decía — el Parlamento inglés aparecía como el gran opresor; en ese papel lo seguía el Rey y su Gobierno. Por el contrario, a los Tribunales correspondía el rol del liberador. En Europa continental la situación era casi diametralmente opuesta. El Monarca era el tirano, asistido por los jueces, y precisamente por ello, la liberación había de ser la tarea de los Parlamentos, en cuanto órganos representativos del pueblo.

Por otra parte, mientras en América los individuos fueron protegidos por una ley que era superior a las elaboradas por el Congreso, en Europa, absorbidos por la “volonté générale”, los ciudadanos se veían salvaguardados por las leyes elaboradas por el Parlamento. En esto

⁸¹ RINCÓN CÓRDOBA, J. I., *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 339.

⁸² GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización...’”, loc. cit., p. 51.

incidiría especialmente la doctrina roussoniana de la infalibilidad del Parlamento, que se conecta con la concepción de la ley como expresión de la voluntad general.

En esta última postura se tenía una gran fe en la ley; no se desconfiaba del legislador sino del Juez, consecuencia de su posición de servidor del príncipe en el Estado absoluto. Existía, así, una preocupación no solo por asegurar al juez frente a su anterior sujeción al soberano, sino también vincularle como un esclavo a la letra de la ley, solo en la cual se veía la garantía contra el arbitrio de la autoridad. La ley era la “Carta Magna de la libertad”; el Juez, solamente un obediente servidor y ejecutor. De tales concepciones — concluía Fernández Segado — surgiría el vituperado positivismo jurídico con su equiparación entre ley y Derecho.⁸³

Como se comprobará, en esta concepción no se aceptará un control jurisdiccional de las leyes que choca abiertamente con la doctrina de Rousseau. Se impondrá así un control político a cargo de órganos políticos.⁸⁴

4 Otra cosa ocurrirá en América.

Desarrollando ideas expuestas unos pocos años atrás por Hamilton en *El Federalista*,⁸⁵ el Juez Marshall, en el famoso caso “*Marbury versus Madison*” de 1803, en forma magistral expresó:

“La distinción entre un gobierno con límites o sin ellos, queda abolida si esos límites no constriñen a las personas a quienes se les imponen, y si tanto las leyes permitidas, como las prohibidas, son igualmente obligatorias. Es una disyuntiva demasiado clara para ser controvertida, que o bien la Constitución prevalece sobre todo acto legislativo que la contraría, o bien que la legislatura puede modificar la Constitución mediante una ley ordinaria.

Entre esas alternativas, no hay término medio. O bien la Constitución es una ley suprema, que no puede ser modificada por medios ordinarios, o está al mismo nivel que las leyes ordinarias y, como cualquiera otra ley, se puede cambiar cuando le parezca a la legislatura. Si el primer término de la alternativa es cierto, entonces un acto legislativo, contrario a la Constitución, no es ley; si el segundo término es cierto,

⁸³ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Evolución histórica...”, loc. cit., p. 46.

⁸⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, F., op. cit., loc. cit., p. 58 y ss.

⁸⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F., op. cit., loc. cit., p. 57.

entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos, de parte del pueblo, para limitar un poder ilimitable por su naturaleza.

Ciertamente, todos los que han estructurado Constituciones escritas, las ven como formando la ley fundamental y suprema de la nación, y consecuentemente, la teoría de todos esos gobiernos debe ser que una ley de la Legislatura, contraria a la Constitución, es nula. Esta teoría está esencialmente unida a una Constitución escrita y debe ser, consecuentemente, considerada por esta Corte como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. Por tanto, no se la debe perder de vista en las siguientes consideraciones de este caso.

¿Si una ley de la Legislatura, contraria a la Constitución, es nula, puede, no obstante su nulidad, vincular a los tribunales y obligarlos a darle efectos? O, en otras palabras, ¿aunque no sea ley constituye una norma tan operante como si fuese una ley? Esto sería arrojar por la borda, de hecho, lo que se había establecido en teoría; y a primera vista sería un absurdo demasiado grande para insistir en él. Sin embargo, se le considerará más atentamente.

Se debe enfatizar que es la competencia y el deber del Poder Judicial el decir qué es la ley. Los que aplican la norma a los casos particulares deben necesariamente exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto, los tribunales deben decidir sobre los efectos de cada una. Así, si una ley está en oposición a la Constitución, y si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso particular, que la Corte debe resolver ya sea ajustándose a la ley, sin atender a la Constitución, o ajustándose a la Constitución, sin atender a la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso: esta es la esencia del deber judicial. Si, entonces, los tribunales deben atender a la Constitución, y la Constitución es superior a cualquiera ley ordinaria de la Legislatura, es la Constitución, y no la ley ordinaria, la que debe regular el caso al que ambas se aplican.

Entonces, aquellos que discuten el principio de que la Constitución debe ser considerada, en los tribunales, como la ley suprema, quedan reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución, y mirar sólo la ley. Esta doctrina subvertiría el fundamento mismo de todas las Constituciones escritas. Declararía que una ley que, de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro gobierno es nula, sería sin embargo, en la práctica, absolutamente obligatoria.

Declararía que si la legislatura hace lo que le está expresamente prohibido, su ley, no obstante la prohibición expresa, es una realidad efectiva. Daría a la Legislatura una omnipotencia real y práctica, con el mismo aliento con que profesa restringir sus facultades en límites estrechos. Sería señalar límites y declarar que pueden ser violados a voluntad. El que esto reduce a la nada lo que hemos considerado el mayor avance en las instituciones políticas, la Constitución escrita, sería suficiente, en Estados Unidos, donde las Constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar esa interpretación. Pero hay expresiones peculiares en la Constitución de los Estados Unidos que suministran argumentos adicionales a favor de ese rechazo. El Poder Judicial de los Estados Unidos se extiende a todos los casos que surgen bajo la Constitución. ¿Podría ser la intención de quienes le dieron esa facultad el decir que, al usarla, no habría que fijarse en la Constitución? ¿Qué un caso que surge bajo la Constitución debe ser resuelto sin examinar el documento bajo el cual surge? Esto es demasiado extravagante para ser sostenido. En consecuencia, en algunos casos los jueces deben fijarse en la Constitución. Y si pueden abrirla, ¿qué parte les está prohibido leer u obedecer?⁸⁶

Se origina así, aquí en América, el control jurisdiccional de las leyes, sin perjuicio del remoto y efímero antecedente del Juez Coke en la Inglaterra del siglo XVII⁸⁷ y del “*jurie constitutionnaire*” propuesto por el esclarecido Sieyès a fines del siglo XVIII, pero no aceptado por los constituyentes.⁸⁸

5 El sistema americano de control jurisdiccional de las leyes es llamado difuso, pues todos los jueces al juzgar una causa pueden desaplicar una ley en razón de su inconstitucionalidad. Pero no es el único sistema existente en el mundo: hay otro llamado concentrado, porque solo un órgano en particular puede declarar la inconstitucionalidad de una ley.

Siguiendo básicamente a Fernández Segado,⁸⁹ indicaré los rasgos más salientes de ambos sistemas.

⁸⁶ CABRERA ACEVEDO, L., *El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, p. 124 y ss.

⁸⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Evolución histórica...”, loc. cit., p. 51 y ss.; CABRERA ACEVEDO, L., *El Constituyente...*, p. 15 y ss.; PARRA PARRA, J.E., *Historia constitucional inglesa e instituciones políticas*. Ibáñez. Bogotá, 2006, p. 64 y ss.; FIORAVANTI, M., “Los derechos fundamentales...”, p. 33.

⁸⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Evolución histórica...”, loc. cit., p. 60 y ss.

⁸⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*. DYKINSON, Madrid, 1992, p. 1046 y ss.

- En el sistema difuso, todos los órganos jurisdiccionales pueden pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de las leyes. La unidad de la jurisprudencia en los Estados Unidos se logra a través del principio del “stare decisis”, en virtud del cual las sentencias de los tribunales superiores obligan a los inferiores. De esa forma, la interpretación de la Constitución efectuada por la Corte Suprema asegura una jurisprudencia uniforme.

En el sistema concentrado solo un órgano puede pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la ley. En algunos casos, ese es un órgano distinto del Poder Judicial e independiente de él y de los otros poderes. En otros casos, es el órgano supremo del Poder Judicial. En este último caso, hay regímenes en que este órgano actúa en su formación normal y otros en que lo hace a través de una sala especializada.

- En el sistema difuso, la ley presuntamente inconstitucional solo puede impugnarse en un litigio trabado a través de lo que se llama excepción de inconstitucionalidad o vía indirecta. No procede la vía de acción o directa, ni la de oficio.

En cambio, en el sistema concentrado la ley se impugna en principio por la vía directa, no se vincula necesariamente con una litis en particular.

- En el sistema concentrado, como se trata de un control abstracto por la vía directa, en general el Derecho trata de precisar y acotar la legitimación activa para promover la declaración de inconstitucionalidad. En cambio, en el sistema difuso, por sus características es natural que cualquiera de las partes en el litigio pueda promover la desaplicación de la ley en razón de su inconstitucionalidad.
- En el sistema difuso, como la cuestión de inconstitucionalidad es accesoria a la resolución del litigio, es natural que los efectos de la sentencia sean retroactivos (ex tunc) y limitados al caso concreto (afectan inter partes).

En cambio en el sistema concentrado, en virtud de que se promueve por una acción directa, sus efectos son erga omnes y ex nunc. El juez constitucional, al decir de Kelsen, opera como un legislador negativo.⁹⁰

6 De lo expuesto se deduce que en un sistema de Constitución rígida y de fuerza vinculante, aunque nada se diga acerca del control

⁹⁰ FAVOREU, L., “Los Tribunales Constitucionales”, en GARCÍA BELAÚNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO, F., (Coordinadores)..., p. 101.

de constitucionalidad de las leyes este existe de principio, en forma difusa, y está a cargo del Poder Judicial pues es inherente a la función jurisdiccional. El sistema concentrado en cambio exige una solución expresa del derecho positivo. Esto hace que este sistema admita variantes según lo disponga la norma creadora en cuanto al órgano competente, las vías para la promoción de la declaración de inconstitucionalidad, la legitimación activa para su promoción y en cuanto a los efectos de la sentencia.

7 En Estados Unidos, como se ha visto, rige el sistema difuso.

El sistema concentrado predomina en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial.

En América Latina se adoptó primero el sistema difuso siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos; luego algunos países adoptaron algunas variantes del sistema concentrado. También existen sistemas mixtos, en parte difusos y en parte concentrados.⁹¹

VI La objeción democrática. La dignidad de la persona humana

1 Las diferencias entre estos sistemas es irrelevante a los fines de nuestro estudio. Las he señalado para mostrar la falta de uniformidad al respecto. Lo importante es que un juez puede llegar a desaplicar, derogar o anular una ley — según la solución de cada derecho positivo — en razón de su inconstitucionalidad y que este control jurisdiccional sobre las leyes tiende a expandirse en el mundo occidental.

Hasta la República Francesa, tan renuente al control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, lo acaba de admitir en la reciente Ley Constitucional nº 2008-724, de 23 de julio de 2008. En efecto, por esta Enmienda Constitucional, sin perjuicio de mantenerse el control de constitucionalidad preventivo se introduce la posibilidad de un control a posteriori por parte del Consejo Constitucional. Es cierto que esta reforma aparece como algo tímida por lo limitada,⁹² pero creo que da suficiente pie para un desarrollo jurisprudencial muy importante.

⁹¹ Ver BREWER CARÍAS, A. R., "La jurisdicción constitucional...", loc. cit., p. 121 y ss.; FERNÁNDEZ SEGADO, F., La jurisdicción constitucional en América Latina. Ingranusi Ltda., Montevideo, 2000, CEDECU - Serie Conferencias nº 1; NOGUEIRA ALCALÁ, H., "Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y en Europa", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, nº 4, p. 243 y ss.

⁹² GROS ESPIELL, H., La reforma constitucional francesa del 23 de julio de 2008 en cuanto a las competencias del Consejo Constitucional. Una nota informativa, en Revista de Derecho Público. F.C.U., Montevideo, año 2008, nº 34, p. 235 y ss.

2 No obstante esta tendencia que afirma el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, una objeción sale al cruce a esta forma de constitucionalismo. En efecto, un sector de la doctrina se pregunta qué legitimidad tienen los jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador democrático.⁹³ En el fondo es la vieja concepción roussoniana que reaparece bajo otra forma.

3 Ante esta objeción democrática es que Bayón, frente a este constitucionalismo que llama fuerte, propugna el que denomina débil como el que existe en Canadá o Suecia.

En Canadá, el Parlamento puede decidir por la misma mayoría requerida para las leyes ordinarias (salvo lo relativo a algunos derechos) que una ley considerada inconstitucional por el Tribunal Supremo continúe en vigor por un plazo de cinco años, susceptible de sucesivas renovaciones. En Suecia, para enmendar el catálogo de derechos que goza de la mayor protección constitucional basta la misma mayoría que para aprobar cualquier ley, pero requiere de dos votaciones distintas entre las cuales han de mediar elecciones generales y un mínimo de nueve meses.

Según Bayón, con estos dos sistemas se alcanzan resultados parecidos. Los jueces constitucionales tienden a adoptar una actitud de deferencia ante el Legislativo siempre que la cuestión parezca dudosa. Y cuando entienden que los argumentos en contra de la constitucionalidad de una ley son difícilmente controlables, su pronunciamiento altera significativamente los términos del debate político: porque un legislador que disienta de aquél, pero que para ejercer su derecho o decir la última palabra ha de pasar por elecciones en las que la cuestión debatida se convierte en centro de atención, asume la carga de contrarrestar argumentos con una justificación capaz de obtener respaldo en el electorado. En los hechos, en general la práctica constitucional del Poder Legislativo en esos países se traduce en aceptar la declaración de inconstitucionalidad.⁹⁴

4 Alexy, al referirse a la relación entre derechos fundamentales y democracia, adopta lo que llama una concepción realista y dice:

- “1) Los derechos fundamentales son profundamente democráticos.
- 2) Los derechos fundamentales son profundamente antidemocráticos.

⁹³ BAYÓN, J. C., “Derechos, democracia...”, loc. cit., p. 214.

⁹⁴ BAYÓN, J. C., “Derechos, democracia...”, loc. cit., p. 234 y ss.

Los derechos fundamentales son profundamente democráticos porque aseguran el desarrollo y la existencia de las personas gracias a la garantía de los derechos de libertad y de igualdad, capaces por lo general de mantener estable el procedimiento democrático, y porque aseguran las condiciones para el funcionamiento del proceso democrático mediante la protección de la libertad de opinión, prensa, radiodifusión, reunión y asociación, así como del derecho de sufragio y otras libertades políticas. Frente a ello, son profundamente antidemocráticos porque desconfían del proceso democrático. Con el sometimiento incluso del Legislativo privan de poder de decisión a la mayoría parlamentaria legitimada. Lo vemos una y otra vez: la oposición pierde primero en el procedimiento democrático y vence después en el areópago de Karlsruhe.⁹⁵

Para comprender mejor el pensamiento de Alexy conviene tener presente los principios fundamentales que a su juicio caracterizan al Estado Constitucional Democrático y la posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

Aunque refiere concretamente a Alemania, las características por él indicadas se encuentran en general en todos los Estados Constitucionales Democráticos. A su juicio, este tipo de Estado se caracteriza por la recepción en el texto constitucional de los siguientes principios fundamentales: “de la dignidad humana (art. 1.1 LF), de la libertad (art. 2.1 LF) y de la igualdad (art. 3.1 LF), así como los principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, Democrático y Social (art. 20.1; 28.1, frase 1 LF).”⁹⁶

En cuanto a la posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico sostiene que regulan, con rango máximo y con máxima fuerza jurídica, objetos de la máxima importancia con la máxima indeterminación.⁹⁷

En este estado corresponde tener en cuenta que Alexy ha sostenido que “los derechos humanos sólo pueden desenvolver su pleno vigor cuando se les garantiza a través de normas de derecho positivo, esto es, transformados en derecho positivo.”⁹⁸ Pero advierte que “bien puede ser que las constituciones incluyan derechos que no cabe considerar como

⁹⁵ ALEXY, R., “Los derechos fundamentales...”, loc. cit., p. 38.

⁹⁶ ALEXY, R., op. cit., loc. cit., p. 31.

⁹⁷ ALEXY, R., op. cit., loc. cit., p. 32 y ss.

⁹⁸ ALEXY, R., Teoría del discurso y derechos humanos. Universidad Externado de Colombia., Bogotá, 1995, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n° 1, p. 93.

derechos humanos y, también, que haya derechos humanos que no tengan cabida en una Constitución.⁹⁹ Los derechos fundamentales serían los derechos humanos expresa o implícitamente constitucionalizados.

Como en el Estado Constitucional los derechos humanos se encuentran recogidos en forma expresa o implícita por el texto constitucional, se percibe que el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes es sí un instituto de defensa de la Constitución, pero también y fundamentalmente un instituto de tutela de los derechos humanos. Justamente, esa tutela de los derechos fundamentales es lo que se confía al Juez y no al Parlamento.

5 Las reflexiones de Alexy alivian un poco las preocupaciones de Bayón pero no las eliminan.

No podemos desdeñar las palabras de Charles Evans Hughes siendo Gobernador del Estado de Nueva York: “Vivimos bajo una Constitución; mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es.”¹⁰⁰ Y en la misma línea, teniendo en cuenta la constitucionalización de los derechos humanos y las restricciones que en general las Constituciones contemporáneas establecen para modificar las disposiciones referidas a determinados derechos, se ha dicho que “la verdadera regla de decisión colectiva con la que se compromete quien acepta la primacía de una Constitución considerablemente rígida, combinada con un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad, no es en realidad ‘lo que decide la mayoría, siempre que no vulnere derechos básicos’, sino — en la práctica — ‘lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos.’”¹⁰¹

La cuestión se torna particularmente delicada pues pierde terreno la tesis de la interpretación literal y de la interpretación como una actividad meramente mecánica. Con acierto advierte Bayón que “la idea de que los jueces constitucionales tan sólo hacen valer frente al legislador límites claramente preestablecidos pasa por alto la ‘brecha interpretativa’ que existe entre el texto constitucional y las decisiones que lo aplican.”¹⁰²

Esta ‘brecha interpretativa’ puede ser más aguda en la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Esto se explica por la visión que

⁹⁹ ALEXY, R., *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Distribuciones Fontamara, México, 2005, p. 50.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Evolución histórica...”, loc. cit., p. 45.

¹⁰¹ BAYÓN, J. C., “Derechos, democracia...”, loc. cit., p. 215.

¹⁰² BAYÓN, J. C., op. cit., loc. cit., p. 215.

el neoconstitucionalismo tiene del pasado y del futuro¹⁰³ ya que, sin perjuicio del debido respeto a los padres fundadores,¹⁰⁴ se tiene presente que, según la conocida expresión de Jefferson, la Tierra pertenece a los vivos.¹⁰⁵

6 Así planteadas las cosas, cabe reconocer que el neoconstitucionalismo ha significado un avance importantísimo con relación al positivismo kelseniano pero no ha significado en realidad, en general, una superación del positivismo.

Hay un avance con relación al positivismo kelseniano porque las Constituciones contemporáneas han incorporado a sus textos un catálogo de derechos humanos y han efectuado frecuentemente declaraciones genéricas de derechos que permiten efectuar interpretaciones extensivas, que se aplican directamente a la sociedad y humanizan todo el sistema jurídico.¹⁰⁶ Pero si se entiende que se aplican solamente porque están recibidas en la Constitución, persistimos en el positivismo jurídico.¹⁰⁷

El propio Prieto Sanchís, aun luego de afirmar que “parece incontestable que en la cultura jurídica de nuestros días el positivismo se bate en retirada, si es que no ha sido ya definitivamente vencido”,¹⁰⁸ en el fondo adopta una postura positivista.¹⁰⁹

¹⁰³ ZAGREBELSKY, G., *Historia y...*, p. 90 y ss.

¹⁰⁴ CARBONELL, M., *Zagrebelky y el uso de la historia por el Derecho Constitucional*, en ZAGREBELSKY, G., *Historia y...*, p. 12.

¹⁰⁵ ZAGREBELSKY, G., *Historia y...*, p. 41.

¹⁰⁶ En nuestro país esto no es nuevo. Véase por ejemplo que los artículos 7, 8 y 10 de la Constitución provienen de la Constitución de 1830, el 72 de la Constitución de 1918, la Constitución de 1934 incorpora un catálogo de una serie de derechos y el 332, que menciona los principios generales de derecho proviene de la Constitución de 1942.

¹⁰⁷ Zagrebelsky, refiriéndose a la concepción dominante actualmente en Europa decía: “al menos en su origen, las concepciones francesa y americana de los derechos estaban profundamente distanciadas. Estatalista, objetivista y legislativa, la primera; prestatalista, subjetivista y jurisdiccional, la segunda.

La actual concepción constitucional europea de los derechos se sitúa, por así decirlo, en medio de ambas. Aunque se separa de la idea francesa del fundamento jurídico exclusivo en la ley, no llega, sin embargo, a negar a ésta un fundamento autónomo propio, una función ‘política’ propia vinculada a fines independientes de los derechos. Tanto la ley como los derechos tienen su propia (no necesariamente la misma) dignidad constitucional. Rechazando, en efecto, una fundamentación iusnaturalista de los derechos (lo que no implica desvalorizar la contribución del derecho natural a las formulaciones constitucionales de los derechos), en el derecho actual éstos adquieren valor jurídico positivo sólo con la Constitución, que instituye también el poder legislativo. Desde un punto de vista general, esta doble e independiente fundamentación constitucional de los derechos y de la ley supone dotar a la dinámica espontánea de la sociedad de una fuerza reguladora desde arriba, propiamente estatal, que entra en concurrencia con los derechos. Naturalmente, en caso de conflicto prevalecen los derechos. Pero lo que se acaba de decir muestra que existe un ámbito de funciones legislativas propias del Estado, un ámbito que está fundado sobre la naturaleza política de este último y que no depende de los derechos de naturaleza individual (ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil...*, p. 58 y ss.).

¹⁰⁸ PRIETO SANCHÍS, L., “Derechos fundamentales...” p. 220.

¹⁰⁹ “El lema de que hoy veritas, non auctoritas, facit legem representa una exageración, acaso útil para mostrar la distancia con el Estado de Derecho decimonónico, pero que no se puede aceptar en términos literales. El Derecho sigue siendo, ahora como antes, más el fruto de la voluntad que de la razón, más del poder que de la verdad. Por ello, incluso ante sistemas que no parezcan globalmente justos, cualquier presunción a propósito de la moralidad intrínseca de sus normas ha de tomarse con suma cautela; al menos, con tanta cautela como

Incluso Bachof, que en su célebre lección inaugural de Heidelberg en 1951 con gran visión para su época planteó la posibilidad de la “inconstitucionalidad” de normas constitucionales, no logró despegarse del todo del positivismo jurídico. En efecto, para tal afirmación se basó en el artículo 79. 3 de la Ley Fundamental de Bonn que prohíbe cualquier modificación, entre otras cosas, a los principios enunciados en los artículos 1 y 20.¹¹⁰ Una reforma de la Constitución que desconozca esa prohibición, sería inconstitucional.¹¹¹

ancha es la distancia que separa el horizonte moral que figura en el frontispicio de la Constitución española de 1978 y la realidad cotidiana de nuestro Derecho en acción.

En suma, la tesis positivista de que no existe una relación necesaria entre el Derecho y la moral no queda desmentida por el hecho de que circunstancialmente pueda darse esa relación, como ocurre en el Estado Constitucional. Pero, a su vez, ese mismo positivismo que nos sitúa en el punto de vista externo y que nos permite mantener en su integridad las exigencias de la moral crítica, sigue representando la mejor posición para comprender y, sobre todo, para enjuiciar el valor o la falta de valor moral del Derecho y de cada una de sus normas, también en el marco de sistemas relativamente justos; enfoque externo que, por otro lado, tampoco impide una crítica interna a partir de los parámetros constitucionales. Ningún fetichismo es bueno, y, si antes triunfó el fetichismo de la ley, hoy parece imponerse el de la democracia representativa; si antes se partía de la ficción de que el Estado Liberal era la implantación terrenal del Derecho de naturaleza, hoy se presume con no mejores argumentos que la democracia representativa, sustentada en una Constitución integradora del pluralismo, es la realización de alguna suerte de ética comunicativa. Ni qué decir tiene, por último, que el punto de vista externo del positivismo sigue resultando indispensable para cualquier teoría del Derecho que pretenda explicar el fenómeno jurídico en contextos diferentes al del Estado constitucional” (PRIETO SANCHÍS, L., “Derechos fundamentales...”, p. 223 y ss.).

¹¹⁰ Artículo 1 [Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales]

- (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder político.
- (2) El pueblo alemán por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.
- (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]

- (1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.
- (2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.
- (3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al derecho.
- (4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

¹¹¹ BACHOF, O., Normas constitucionais inconstitucionais? Almedina, Coimbra, 1994, p. 13. Con todo parecería que posteriormente dio un paso más a fin de superar el positivismo jurídico. En efecto, en el prefacio para la traducción portuguesa de esa obra, fechado en marzo de 1977, escribió: “o respeito e a protecção da vida humana e da dignidade do homen, a proibição da degradação do homen num objecto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a exigência da igualdade de tratamento e a proibição do arbitrio são postulados da justiça, de evidência imediata.

Um Estado poderá certamente desrespeitar tais princípios, poderá fazer passar também por ‘direito’ as prescrições e os actos estaduais que os desrespeitem e poderá impor a observância destes pela força. Um tal direito aparente nunca terá, porém, o suporte do consenso da maioria dos seus cidadãos e não pode, por conseguinte, reivindicar a obrigatoriedade que o legitimaria... “O Tribunal Constitucional Federal, do mesmo modo que outros tribunais alemães, reconheceu em várias decisões a existência de direito ‘suprapositivo’, obrigando também o legislador constituínte. Considera-se ele competente para aferir por esse direito o direito escrito. Também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em, medida insuportável os postulados fundamentais da justiça...” “...o fenómeno (só na aparência paradoxal) de normas constitucionais inconstitucionais não deverá ser esquecido, como advertência permanente de que a onipotência do Estado tem limites” (BACHOF, O., Normas constitucionais..., p. 2 y ss.).

Hay muchas corrientes dentro del positivismo jurídico y dentro del jusnaturalismo. No interesa a estos efectos sus matices y diferencias por grandes que puedan ser. Lo que interesa es que, en esencia, el positivismo jurídico solo admite como derecho el creado por el hombre, mientras que el jusnaturalismo sostiene que no todo el derecho es creado por el hombre: parte de él deriva de la naturaleza de las cosas.¹¹²

Se desprende así, desde esta perspectiva, que si los derechos humanos rigen porque son recogidos por la Constitución, seguimos en el positivismo jurídico; en general en un positivismo inclusivo¹¹³ llamado también incluyente,¹¹⁴ por oposición al excluyente.¹¹⁵ Con este enfoque se pretendería poder alcanzar el ideal jurídico a través de lo que podría llamarse una 'proyección' evolutiva, expansiva y necesaria, del contenido del Derecho Constitucional positivo.¹¹⁶

Ante esto decimos con Vigo que "por importante que sea el papel jurídico que desempeña la Constitución en el ordenamiento respectivo en tanto cúspide o cerramiento del mismo, no aceptamos que la juridicidad se circunscriba inevitablemente a la establecida en el texto de aquélla; dicho de otro modo, nos resistimos a un positivismo jurídico de cuño constitucional."¹¹⁷

En consecuencia, si en definitiva solo partimos del derecho positivo, resultan compartibles las preocupaciones de Bayón. Es preciso superar ese positivismo aunque sea de tipo inclusivo y de cuño constitucional.

¹¹² VIGO, R. L., *El Iusnaturalismo actual*. De M. Villey a J. Finnis. Distribuciones Fontanarrosa, México, 2003, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, p. 154 y ss.

¹¹³ VIGO, R. L., op. cit., p. 152.

¹¹⁴ El positivismo incluyente al admitir una relación entre el derecho y la moral se acerca al jusnaturalismo. En tal sentido expresa Waluchow: "Una característica distintiva del positivismo incluyente es sostener que las pautas de moral política, es decir, la moral que se utiliza para evaluar, justificar y criticar a las instituciones sociales y sus actividades y productos -por ejemplo, las leyes- pueden jugar un papel, y de hecho lo hacen de diversos modos, en la empresa de determinar la existencia, contenido y significado de las leyes válidas. La moral política, en esta teoría, se halla incluida dentro de los fundamentos posibles para establecer la existencia y el contenido de las leyes positivas válidas, es decir, de las leyes sancionadas o creadas por seres humanos por medio de legislaturas, tribunales o la práctica consuetudinaria. Al proponer tal rol central para la moral política en las determinaciones del derecho, el positivismo incluyente corre el riesgo de confundirse con una versión de la teoría jusnaturalista" (WALUCHOW, W. J., *Positivismo jurídico incluyente*. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 17). Pero Waluchow advierte que positivismo incluyente no se llega a confundir con el jusnaturalismo. En tal sentido expresó que para el positivismo incluyente "las razones morales son a veces relevantes pero solo en la medida en que el sistema jurídico las reconoce como tales." (Énfasis agregado) (WALUCHOW, W. J., *Positivismo jurídico...*, p. 156).

¹¹⁵ Mientras que en el positivismo jurídico incluyente, "los valores y principios morales cuentan entre los posibles fundamentos que un sistema jurídico podría aceptar para determinar la existencia y contenido de las leyes válidas"; para el positivismo excluyente (Joseph Raz) "la existencia de una regla jurídica válida es únicamente una función de si posee la fuente apropiada en legislación, decisión judicial o costumbre social, cuestiones puramente de hecho social, de linaje, que pueden establecerse independientemente de factores morales" (WALUCHOW, W. J., *Positivismo jurídico...*, p. 97).

¹¹⁶ POZZOLO, S., "Un constitucionalismo...", loc. cit., p. 188.

¹¹⁷ VIGO, R. L., *Interpretación constitucional*. 2ª ed. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 53.

7 A la luz de nuestra Constitución, la objeción democrática no se plantea porque el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes está previsto en la propia Carta que, como se sabe, ha sido aprobada directamente por el Cuerpo Electoral en forma democrática. Dicho de otro modo, si la Nación por voto directo cometió a la Suprema Corte de Justicia el control de constitucionalidad de las leyes, no tiene cabida la llamada objeción democrática.

Claro que si nos contentamos con esta respuesta a la objeción democrática, correcta al tenor de nuestro texto constitucional, no saldríamos del cerco del positivismo. Resulta necesario, entonces, centrarnos en la dignidad de la persona humana, expresamente reconocida en la Constitución alemana y de donde parten precisamente casi todos los neoconstitucionalistas.

“La dignidad humana es intangible” dice el artículo 1.1. de la Ley Fundamental de Bonn.

Pero como lúcidamente observó González Pérez:

“Esta dignidad del hombre es intangible, no porque así lo haya decidido una Asamblea internacional, un dictador o un Parlamento, sino porque así lo prescribe la ley eterna. Es intangible porque dimanada directamente de Dios nada ni nadie se la podrá arrebatar.

Y si todo hombre es persona así ha sido hecho, lo mismo que las cosas y los animales son impersonales porque así han sido hechos, la última razón, el fundamento de la categoría de la persona humana no puede ser el hombre mismo, sino un ser superior a todo hombre y capaz de infundir razón y libertad en la materia de que estamos hechos. Es el mismo Dios. Los hombres olvidan a menudo este punto de partida, esencial en el orden jurídico; pero vuelven su mirada a Dios cada vez que un nuevo absolutismo, de derecha o de izquierda, suprime libertades y afrenta la dignidad del hombre. A la omnipotencia del hombre no podemos oponer mas que la omnipotencia de Dios.”¹¹⁸

Esa dignidad emana de Dios por haber hecho al hombre de determinada naturaleza, a imagen suya. De ahí se extrae que el ser humano tiene una dimensión superior a los otros seres creados. De ahí que los principios que derivan de la dignidad de la persona humana tengan el máximo valor y fuerza y no puedan ser desconocidos ni por el propio hombre, ni siquiera a través del poder constituyente.

¹¹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J. La dignidad de la persona y el derecho administrativo, II Congreso Ibero- americano de Direito Administrativo. Juruá, Curitiba, 2007, p. 6.

A esto precisamente refería Bidart Campos cuando hablaba de la superación, en un estado democrático, de la autorreferencia decisorista y su reemplazo por un mínimo objetivismo suprapositivo.¹¹⁹

Por eso, la falta de reconocimiento o protección de un derecho derivado de la dignidad de la persona humana no implica su inexistencia sino simplemente su inoperancia en los hechos y en forma transitoria. Es que la cuestión del conocimiento de los derechos fundamentales es una cuestión cultural, por lo que su falta de protección por desconocimiento obedece a la imperfección humana.¹²⁰ Como bien lo advirtió Ferrajoli, la garantía no es de esencia del derecho fundamental, su falta no significa inexistencia.¹²¹

Si un derecho fundamental carece hoy de garantía, la tendrá el día en que por el desarrollo de nuestro conocimiento nos demos cuenta de que estamos en presencia de un derecho humano.¹²²

Los principios generales del derecho, por el hecho de ser recogidos por el derecho positivo, no dejan de ser principios.¹²³ Y si son de los que derivan de la naturaleza humana se imponen a todo el ordenamiento jurídico.¹²⁴

Con acierto decía González Pérez:

“En cuanto la dignidad de la persona es derecho fundamental y principio general del Derecho, como tal principio es fundamento del Ordenamiento, y, precisamente por ello, informador de todas las normas y orientador de la libre interpretación de todas y cada una de ellas, aplicándose en el sentido más congruente posible y rechazando cualquier interpretación que conduzca a un resultado directa o indirectamente contrario a él. Es norma de conducta y límite de los derechos.

Este significado de la dignidad de la persona debe informar la actuación del Estado en el ejercicio de todas sus funciones.

En la legislativa, absteniéndose de promulgar ley alguna que contravenga el principio, y al aplicar el Derecho por él promulgado, tanto al

¹¹⁹ BIDART CAMPOS, G. J., *Doctrina Social de la Iglesia y Derecho Constitucional*. EDIAR, Buenos Aires, 2003, p. 70.

¹²⁰ BRITO, M., “Derechos fundamentales”, en *VV. AA., Evolución constitucional del Uruguay*, Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”/Amalio M. Fernández, Montevideo, 1989, p. 17 y ss.

¹²¹ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 45 y ss. y p. 180 y ss.

¹²² DURÁN MARTÍNEZ, A., “El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho – Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho*, Montevideo, año VI, (2007), nº 12, p. 130.

¹²³ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad de la persona humana*. Civitas, Madrid, 1986, p. 85.

¹²⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A., “El derecho administrativo entre...”, loc. cit., p. 131 y ss.

dirimir los litigios en los procesos en los distintos órdenes jurisdiccionales, como al realizar sus fines al gobernar y administrar.”¹²⁵

Toca así al intérprete interpretar el derecho desde la perspectiva de la dignidad de la persona humana, esté esta o no reconocida en la Constitución.

En nuestro país Gelsi Bidart, en esta línea, hace veinte años expresó:

“La Constitución de 1967 planteó el problema en los términos que cada vez más se imponen en nuestra época, en base al enfoque del Derecho Positivo ‘desde’ los derechos (y deberes) humanos.

Esto significa que no todo el Derecho es Derecho Positivo y que a este no siempre ha de reconocérsele la calidad de tal: ‘el Derecho injusto no es Derecho’. Antes que el Derecho positivo está el Derecho que clásicamente se denominaba ‘natural’, emanado de las personas humanas conviviendo en sociedad.

El Derecho Positivo, en consecuencia, tiene que ‘mirarse’ en los derechos humanos — i.e. en las personas como tales, existentes en la sociedad — para reflejarlos lo mejor posible en las reglas que establece para el ordenamiento de la comunidad. Aquellos sirven de criterio rector y, por ende, de modelo crítico de lo existente, para ratificarlo o rectificarlo, según corresponda.”¹²⁶

En un ordenamiento cuya Constitución recoge los derechos humanos, es correcto hablar de la interpretación de la normativa infravalente desde la Constitución. Pero si la Constitución no recoge los derechos humanos, corresponde hablar de la interpretación de todas las normas jurídicas, incluida la Constitución, desde los derechos humanos. Los derechos fundamentales regulan con rango máximo y con máxima fuerza jurídica, como dice Alexy, no porque están recogidos en la Constitución, sino porque son derechos humanos. “Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto.”¹²⁷

Y en un régimen basado en el principio de separación de poderes, el Juez se convierte en el principal intérprete de la Constitución o de

¹²⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J., La dignidad de la persona y el derecho..., p. 10 y ss.

¹²⁶ GELSI BIDART, A., “Proceso de amparo en la ley de Uruguay (nº 16.601 de 19/XII/1988)”, en SEMINO, M. A., y otros, La acción de amparo (Ley nº 16.011 de 19/12/89), Presidencia de la República, Oficina Nacional del Servicio Civil, Montevideo, 1989, p. 34.

¹²⁷ ZAGREBELSKY, G., El Derecho dúctil..., p. 9.

los principios que derivan de la naturaleza humana, por la simple razón de que ello es inherente a la función jurisdiccional. Desde Montesquieu a la fecha, se ha comprendido muy bien que el ejercicio mismo de la función jurisdiccional no puede quedar librado al voto de la mayoría en un determinado momento histórico. Por otra parte, desde el momento en que el hombre es un ser creado, determinados derechos no pueden estar supeditados ni siquiera a la decisión de la unanimidad. Se convierte así el Juez en guardián del Derecho; de ese Derecho que en definitiva deriva de la naturaleza de las cosas y en particular de la naturaleza humana, que como toda naturaleza creada se encuentra ligada a su Creador.

Llegamos así a lo que Cea Egaña ha considerado la conquista más importante del neoconstitucionalismo. "Me refiero a la protección judicial de la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales frente a la ley, a los demás actos de los órganos estatales y, por supuesto, también de cara a los particulares entre sí, pues las estipulaciones contractuales o las conductas individuales no pueden vulnerar los derechos inalienables y que se hallan a todos asegurados."¹²⁸

Claro que, como bien decía Soto Kloss partiendo de una frase de un salmo: "Si YAVEH no guarda la ciudad, en vano vigilan sus centinelas." El centinela del imperio del Derecho, el guardián, el que custodia, depende de alguien. El Juez también es dependiente del Derecho. Está vinculado a él positivamente, está subordinado. Él custodia como Juez el imperio del Derecho, pero no en forma autónoma, sino como servidor de éste. Es el Derecho quien le impone la obligación de actuar, el deber de actuar. Este es su sustento, su fuerza. El Juez todo lo puede sí, pero en virtud del Derecho, que es el que le da su fuerza."¹²⁹ Es guardián del Derecho, sí, pero no señor del Derecho.¹³⁰ Y para poder cumplir con su función de guardián, debe el juez tener una adecuada formación que

¹²⁸ CEA EGAÑA, J. L., "Legitimación de la democracia por el nuevo constitucionalismo", en Estudios Jurídicos, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2007, n° 4, p. 29.

¹²⁹ SOTO KLOSS, E., "Responsabilidad por actividad jurisdiccional", en Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Universidad de la República/ Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1984, p. 129 y ss.

¹³⁰ "Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de Derecho Legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado Constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre el Estado Constitucional y cualquier 'señor del derecho' hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos" (ZAGREBELSKY, G., El "Derecho dúctil...", p. 153).

le haga comprender que todo el ordenamiento jurídico se encuentra al servicio de la persona humana.

Around the Neoconstitutionalism

Abstract: Neoconstitutionalism appears in Europe after the Second World War. It is developed through the Constitutions of Italy (1947), Germany (1949), Portugal (1976) and Spain (1978). The Europeans realized that the juridical model based on the statutes, imposed by the French Revolution according to the ideas of Rousseau, was not sufficient to adequately protect human rights. Following the example of the United States it was discovered in Europe the normative force of the Constitution. This creates a new model of Rule of Law, as an improvement from the previous stages, the Constitutional State, and it produces what is called the constitutionalization of the juridical system, which becomes fully imbued with the ideology of the Constitution. Once modern Constitutions are based ultimately on the dignity of the human person, the dignity of the human person lies at the heart of the juridical system, which must be interpreted and applied from this perspective.

Key words: Neoconstitutionalism. Normative force of the Constitution. Constitutionalization of the juridical system. Dignity of the human person.

Bibliografía

ALEXY, R., *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n° 1.

ALEXY, R., *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Distribuciones Fontamara, México, 2005.

ALEXY, R., "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta, Madrid, 2006.

ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*. 2ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.

BACHOF, O., *Normas constitucionais inconstitucionais?* Almedina, Coimbra, 1994.

BARBERIS, M., "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta, Madrid, 2006.

BARROSO, L.R., "El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho en Brasil (El triunfo tardío del Derecho Constitucional en Brasil)", en *Revista de Derecho*. Universidad de Montevideo-Facultad de Derecho, año VI, (2007), n° 12.

BIDART CAMPOS, G.J., *Teoría general de los derechos humanos*. Astrea, Buenos Aires, 1991.

BIDART CAMPOS, G.J., *Doctrina Social de la Iglesia y Derecho Constitucional*. EDIAR, Buenos Aires, 2003.

- BREWER-CARIÁS, A.R., "La jurisdicción constitucional en América Latina", en (GARCÍA BELAUNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO, F., (Coordinadores), La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Dykinson, S.L. Madrid/ Ediciones Jurídicas Lima/Editorial Jurídica E. Esteva, Uruguay/ Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 1997.
- BRITO, M., "Derechos fundamentales", en VV.AA., Evolución constitucional del Uruguay, Universidad Católica del Uruguay "Dámaso Antonio Larrañaga"/Amalio M. Fernández, Montevideo, 1989.
- CABRERA ACEVEDO, L., El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.
- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., "Supremacía constitucional e interpretación", en CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Sobre Derecho Administrativo. F.C.U., Montevideo, 2007, t. I.
- CARBONELL, M., "Nuevos tiempos para el constitucionalismo", en VV.AA, Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- CARBONELL, M., Zagrebelsky y el uso de la historia por el Derecho Constitucional, en ZAGREBELSKY, G., Historia y Constitución. Mínima Trotta, Madrid, 2005.
- CASSAGNE, J.C., "Los principios generales en el Derecho Administrativo", en EL DERECHO, Buenos Aires, miércoles 5 de noviembre de 2008, nº 12.126, año XLVI.
- CASSESE, S. La crisis del Estado. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.
- CEA EGAÑA, J.L., "Estado Constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, t. I.
- CEA EGAÑA, J.L., "Legitimación de la democracia por el nuevo constitucionalismo", en Estudios Jurídicos, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2007, nº 4.
- COMANDUCCI, P., "Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico", en VV.AA., Neoconstitucionalismo(s) ..., .
- DURÁN MARTÍNEZ A., "La ocupación de los locales de trabajo y el Estado Social y Democrático de Derecho", en Anuario de Derecho Administrativo, F.C.U., Montevideo, 2006, t. XIII.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., "Desaplicación del reglamento ilegal", en DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Administrativo. Parte General. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., "El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales", en Revista de Derecho – Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, Montevideo, año VI, (2007), nº 12.
- FAVOREU, L., "Los Tribunales Constitucionales", en GARCÍA BELAÚNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO, F., (Coordinadores), La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Dykinson, S.L. Madrid/ Ediciones Jurídicas Lima/Editorial Jurídica E. Esteva, Uruguay/ Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", en GARCÍA BELAUNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coordinadores), La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Dykinson, S.L. Madrid/ Ediciones Jurídicas Lima/Editorial Jurídica E. Esteva, Uruguay/ Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución", en Revista de Derecho. Universidad Católica del Uruguay. Amalio M. Fernández, Montevideo, 2003, nº IV.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., El sistema constitucional español. DYKINSON, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., La jurisdicción constitucional en América Latina. Ingranusi Ltda., Montevideo, 2000, CEDECU – Serie Conferencias nº 1.

FERRAJOLI, L., Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta, Madrid, 2005.

FIORAVANTI, M., Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. Editorial Trotta, Madrid, 2003.

FIX-ZAMUDIO, H./ FERRER MAC-GREGOR, E., "El derecho de amparo en México", en FIX-ZAMUDIO, H./ FERRER MAC-GREGOR, E., (Coordinadores). El derecho de Amparo en el Mundo. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa. Konrad Adenauer Stiftung, México, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo. 4ª ed. Civitas, Madrid, 1983, t. I.

GARCÍA FIGUEROA, A., "La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo", en VV.AA., Neocosntitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta, Madrid, 2006.

GELSI BIDART, A., "Proceso de amparo en la ley de Uruguay (nº 16.601 de 19/XII/1988)", en SEMINO, M.A., y otros, La acción de amparo (Ley nº 16.011 de 19/12/89), Presidencia de la República, Oficina Nacional del Servicio Civil, Montevideo, 1989.

GIANNINI, M.S., El Poder Público. Estados y Administraciones Públicas. Civitas, Madrid, 1991.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. La dignidad de la persona humana. CIVITAS, Madrid, 1986.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. La dignidad de la persona y el derecho administrativo, II Congresso Ibero- americano de Direito Administrativo. Juruá, Curitiba, 2007.

GRÁNDEZ CASTRO, P.P., Presentación del libro PRIETO SANCHÍS, L. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Palestra Editores, Lima, 2002.

GRASSO, P.G., El problema del constitucionalismo después del Estado moderno. Marcial Pons, Madrid, 2005.

GRAU, E.R., Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito. Malheiros, São Paulo, 2002.

GROS ESPIELL, H., La reforma constitucional francesa del 23 de julio de 2008 en cuanto a las competencias del Consejo Constitucional. Una nota informativa, en Revista de Derecho Público. F.C.U., Montevideo, año 2008, nº 34.

GUARIGLIA, C.E., El conflicto entre los derechos fundamentales. Bases para una interpretación. Amalio M. Fernández, Montevideo, 2007.

GUASTINI, R., "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en VV.AA., Neocosntitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta, Madrid, 2006.

- HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*. Ariel Derecho, Barcelona, 1994.
- LINDSAY, A.D., *El Estado democrático moderno*. Fondo de cultura económica, México, 1945.
- MARITAIN, J., *El hombre y el Estado*. Fundación Humanismo y Democracia. Encuentro Ediciones, Madrid, 1983.
- MORESO, J.J., "Conflictos entre principios constitucionales", en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H., "Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y en Europa", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, nº 4.
- PARRA PARRA, J.E., *Historia constitucional inglesa e instituciones políticas*. Ibáñez, Bogotá, 2006.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. Palestra, Lima, 2005.
- POZZOLO, S., "Un constitucionalismo ambiguo", en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2002.
- RINCÓN CÓRDOBA, J.I., *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- RISSO FERRAND, M., "Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. Universidad Católica del Uruguay "Dámaso Antonio Larrañaga"/ Amalio M. Fernández, Montevideo, 2001, nº II.
- RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional*, F.C.U., Montevideo, 2006, t. I.
- SASTRE ARIZA, S., "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo", en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- SOTO KLOSS, E., "Responsabilidad por actividad jurisdiccional", en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. Universidad de la República/ Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1984.
- VAN ROMPAEY, L., *El rol del juez en la sociedad moderna*, en *Revista de Derecho Público*. F.C.U., Montevideo, año 2008, nº 34.
- VIGO, R.L., *El Iusnaturalismo actual*. De M. Villey a J. Finnis. Distribuciones Fontanarrosa, México, 2003, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.

VIGO, R.L., Interpretación constitucional. 2ª ed. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

VV.AA., Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta, Madrid, 2006.

WALUCHOW, W.J., Positivismo jurídico incluyente. Marcial Pons, Madrid, 2007.

ZACCARIA, G., Razón jurídica e interpretación. Thomson/Civitas, Madrid, 2004.

ZAGREBELSKY, G., El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta, Madrid, 2005.

ZAGREBELSKY, G., Historia y Constitución. Mínima Trotta, Madrid, 2005.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010.

Recebido em: 03.05.10

Aprovado em: 25.05.10