



LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO: DEBATES EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN PRINCIPIOLÓGICA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: DEBATES EM TORNO DA INTERPRETAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA DAS NORMAS JURÍDICAS

THE CONSTITUTIONALIZATION OF LAW: DEBATES AROUND THE PRINCIPICAL INTERPRETATION OF LEGAL RULES

<i>Recebido em:</i>	14/08/2020
<i>Aprovado em:</i>	06/12/2020

Dennis José Almanza Torres¹

Universidad La Salle - Perú

RESUMEN

La constitucionalización del derecho es un fenómeno presente en la mayoría de ordenamientos jurídicos de nuestro continente; sin embargo, este proceso, bastante celebrado en diferentes países, trae diversos asuntos que merecen ser analizados. En el

¹ Professor associado na Universidad La Salle (Peru). Professor contratado na Universidad Nacional de San Agustín (Peru). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Paraná - UFPR. (Brasil). Pós-doutorando no PPGD da UFPR. Pós-graduado em Práticas Aduaneras Internacionales en Comercio Exterior (IEF-España). *Visiting researcher* na Universidad de Zaragoza (España-2014). Advogado. E-mail: almanzadennis@gmail.com



presente trabajo, discutiremos el proceso de constitucionalización del derecho, para demostrar algunos riesgos que la interpretación principiológica, predominante en los estados constitucionalizados, trae consigo.

Palabras clave: Estado constitucional. Neoconstitucionalismo. Interpretación. Consecuencialismo.

RESUMO

A constitucionalização do direito é um fenômeno presente na maioria dos sistemas jurídicos de nosso continente; Porém, esse processo, que é bastante festejado em diversos países, traz à tona vários assuntos que merecem ser analisados. Neste trabalho, discutiremos o processo de constitucionalização do direito, para demonstrar alguns riscos que a interpretação principiológica, predominante nos estados constitucionalizados, traz consigo.

Palavras-chave: Estado constitucional. Neoconstitucionalismo. Interpretação. Consequencialismo.

ABSTRACT

The constitutionalization of law is a phenomenon present in most of the legal systems of our continent; However, this process, which is quite celebrated in different countries, brings up various issues that deserve to be analyzed. In this paper, we will discuss the process of constitutionalization of law, to demonstrate some risks that the principiological interpretation, predominant in constitutionalized states, brings with it.

Keywords: Constitutional state. Neo-constitutionalism. Interpretation. Consequencialism.



1. INTRODUCCIÓN

Al finalizar la segunda guerra mundial en varios países de Europa occidental se dieron importantes cambios en el campo jurídico, dentro de estos, dos fueron los más importantes: el primero, netamente estructural, la constitucionalización del derecho, y desde una perspectiva doctrinal, la afirmación del neoconstitucionalismo.² Ambos son recíprocos, ya que el uno favorece y sustenta al otro.³

El primero de ellos – la constitucionalización de derecho –, está referido al proceso ocurrido en los países de Europa continental a partir de la segunda mitad del siglo XX, mediante el cual el derecho fue “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: “un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”.⁴

Este renacimiento del Derecho Constitucional conllevó a la reconciliación entre el derecho y la moral, postura que había sido cuestionada por el positivismo jurídico.⁵ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la simple existencia de una Constitución en el sistema jurídico no supone la existencia de un ordenamiento jurídico constitucionalizado. El

² ATRIA, resaltando la importancia de este fenómeno, señala: “Un nuevo fantasma recorre Europa – el fantasma del neo-constitucionalismo. Los poderes de la cultura jurídica europea han entrado en una santa alianza no para exorcizarlo sino para defenderlo e incluso exportarlo: jueces y abogados, académicos y profesores de derecho, intelectuales italianos y filósofos alemanes”. (ATRIA, F. “La ironía del positivismo jurídico”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 27, 2004, 118).

³ COMANDUCCI, P. “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. A., Y GONZÁLES LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 85.

⁴ COMANDUCCI, P. “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. A., Y GONZÁLES LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 86. En el mismo sentido ver: ATRIA, F. “La ironía del positivismo jurídico”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 27, 2004, 119.

⁵ AGUILERA PORTALES, R. Y LÓPEZ SÁNCHEZ, R. “Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho”, en *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Ara, 2009, 413.



constitucionalismo como ideal normativo es diferente a la categoría descriptiva de una Constitución; así, como explica Tushnet: “Existen muchas naciones con constituciones escritas que no tuvieron un constitucionalismo”.⁶

El principio de supremacía de la Constitución que tiene como característica principal la relación de superioridad y de subordinación en la que se encuentran el resto de normas, hace que “en el estado Constitucional, para ser válida, una norma tiene que no contradecir la Constitución, que no ir en contra de los principios y de los derechos fundamentales allí recogidos”,⁷ puesto que “*suas normas são qualitativamente distintas e superiores às outras normas do ordenamento jurídico, uma vez que incorporam o sistema de valores essenciais à convivência social, devendo servir como parâmetro de confronto para todo o ordenamento jurídico, além de auxiliar a este como critério informativo e interpretativo validante*”.⁸

Por su parte el neoconstitucionalismo como corriente de pensamiento, tiene como objetivo primordial “concretizar los valores y principios constitucionales por medio de la interpretación y argumentación”.⁹

En América Latina, el giro doctrinal hacia una principiología jurídico-constitucional es asociado a lo sucedido en esta parte del continente durante las últimas décadas del siglo XX, donde, luego de periodos de regímenes autoritarios con consecuencias desastrosas para las

⁶ TUSHNET, M., *Constitucionalismo y Judicial Review*, Lima, Palestra, 2013, 66.

⁷ ATIENZA, M., “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, ARA, 2009, 20,21. Al respecto ZAGREBELSKY afirma: “La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución”. (ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trota, 2011, 34). En sentido similar FACHIN señala: “*No Brasil, ao longo da história mais recente, o Código Civil perdeu para a Constituição a posição de centralidade da ordem jurídica privada*”. (FACHIN, L. E., *Direito Civil. Sentidos, transformações e fim*, Rio de Janeiro, Renovar, 2015, 63).

⁸ FACCHINI NETO, E., “Reflexões históricas evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, en *Sarlet, I. W. (Org.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, 58.

⁹ AGUILERA PORTALES, R. Y LÓPEZ SÁNCHEZ, R. “Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho”. En: *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Ara, 2009, p. 412.



libertades políticas y civiles,¹⁰ ocurrieron procesos de democratización y constitucionalización. Es en ese contexto que diversas Constituciones, como explica Fachin, hicieron posible el abandono, por parte de los Códigos civiles, de la postura patrimonialista que heredaron desde el Código de Napoleón *“migrando para uma concepção donde se privilegia o desenvolvimento humano e sua dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais”*.¹¹

El Estado Constitucional actual donde se cuenta con un ordenamiento jurídico constitucionalizado posee una Constitución colmada de derechos, la cual condiciona la jurisprudencia, al legislativo y a otros actores políticos, así como a la sociedad en general.¹²

Como la interpretación y aplicación de una norma debe realizarse bajo parámetros constitucionales, en diversas ocasiones el juez neoconstitucional, no considera las reales consecuencias de una decisión judicial; sino, prioriza la satisfacción de la parte que él considera victimizada, o el requerimiento del sujeto afectado según su criterio de justicia. Siendo este uno dos de los principales conflictos que se observa en los Estados que atraviesan procesos constitucionalizadores.

En el primer capítulo se revisarán los principales rasgos del Estado de derecho, y la relación que mantienen con las Constituciones liberales. En el segundo capítulo se buscará entender la importancia de un Estado Social para la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. En el tercer capítulo se describe la corriente que proporciona el marco teórico necesario a este proceso de constitucionalización. En el cuarto capítulo se describe el “estado

¹⁰ NEVES, M., *Entre Hidra e Hercules. Princípios e Regras Constitucionais*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2013, 171.

¹¹ FACHIN, L. E., *Direito Civil. Sentidos, transformações e fim*, Rio de Janeiro, Renovar, 2015, 59.

¹² ATIENZA, M., “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, ARA, 2009, 20. Ver también: ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trota, 2011, 93. En el mismo sentido ver: REDONDO, M. C., “El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, N° 34, 2011, 246.



del arte” de la interpretación de las normas jurídicas. Finalmente, en el último capítulo se pone en debate el proceso de constitucionalización, demostrando características que obligan a reflexionar sobre este proceso.

2. EL ESTADO DE DERECHO Y LAS CONSTITUCIONES LIBERALES.

La Constitución de los estados constitucionales no puede entenderse como un simple conjunto de reglas o pautas específicas de comportamiento; en este documento, quedan estampados los enunciados que hacen referencia a principios y valores que orientan el ordenamiento jurídico. Este cambio de paradigma, conlleva a que la configuración del derecho mude, se torne más dúctil y a la vez indeterminado; situación diferente a la que se observaba durante el siglo XIX, donde predominaban las constituciones del Estado de Derecho.

Los Estados de Derecho tenían como una de sus características el considerar solamente un valor y una sola dirección, ambas en beneficio del desarrollo organizacional del Estado. “El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*”.¹³

Actualmente, el entendimiento de la expresión “Estado de Derecho” como un Estado sometido al derecho, ha sufrido algunas variaciones desde su acepción más genérica,¹⁴ es por

¹³ ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trota, 2011, 21.

¹⁴ Referida a la idea de un “Estado sometido al Derecho”. Asimismo, esta expresión – Estado de Derecho – es observada por ZAGREBELSKY, para él: “Semejante concepto es tan abierto que todas las épocas, en función de sus exigencias, han podido llenarlo de contenidos diversos más o menos densos, manteniendo así continuamente su vitalidad”. Esto llevó a que incluso regímenes totalitarios sean calificados como Estados de Derecho, pues su voluntad expresada en la ley positiva, actuaba para imponer el derecho positivo en las diversas relaciones sociales y frente a probables fracturas en la sociedad producidas por actos ilegales. En tal sentido: “El calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que esta



ello que, como explica Costa: “em um primeiro sentido, o Estado submetido ao direito é simplesmente um Estado que deve exprimir a sua vontade na forma de direito, sem que disso derive alguma destinação funcional ou qualquer vínculo de conteúdo em sua ação; em um segundo sentido, a submissão do Estado ao direito é, ao contrário, justificada e valorizada em nome de uma visão, substancialmente comprometida com o conteúdo, do ser humano e da sociedade”.¹⁵

Este paso del estado de derecho – o estado legislativo, como también es denominado – al Estado Constitucional de Derecho, es el resultado del fenómeno llamado constitucionalismo.¹⁶ De esta manera el espacio que ocuparía la Constitución está por encima del poder moderado y del gobierno limitado que surgió en oposición a las formas absolutas de poder.

El constitucionalismo que se instauró a partir del siglo XVII, en esencia, significa la “limitação do poder e supremacia da lei”.¹⁷ De manera general, el constitucionalismo del siglo XVII se refiere “à teoria ou movimento doutrinário que estabeleceu a necessidade e garantiu a

fuese. Al final, todos los Estados, por cuanto, situaciones dotadas de un orden jurídico, habrían debido llamarse genéricamente “de derecho”. Llegaba a ser irrelevante que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas; que se le hiciera coincidir con la voluntad del Führer, de un Soviet de trabajadores o de Cámaras sin libertades políticas, en lugar de con la de un Parlamento libre; que la función desempeñada por el Estado mediante la ley fuese el dominio totalitario sobre la sociedad, en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos.” (ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trota, 2011, 21-23).

¹⁵ Costa, P. “Estado de Direito e Direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa moderna”, en FONSECA, R. Y SEELAENDER, A. C. L. (Org.), *Historia do Direito em perspectiva. Do Antigo Regime à Modernidade*, Curitiba, Juruá, 2012, 58.

¹⁶ Al respecto ver: REDONDO, M. C., “El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, N° 34, 2011, 245-264.

¹⁷ BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo, Saraiva, 2013, 27.



*existência de limites jurídicos ao exercício do poder político, e, conseqüentemente, estruturas de garantia da liberdade por meio de técnicas e mecanismos de limitação do poder”.*¹⁸

El constitucionalismo liberal que surgió a fines del siglo XVIII, se caracterizó por la presencia de Constituciones escritas cuyo objetivo principal era establecer un equilibrio entre poder y libertad. Estas Constituciones tenían como prioridad establecer mecanismos que permitieran contener el poder y consecuentemente reafirmar la garantía de las libertades.

Diversos hechos sociales, políticos y económicos acaecidos durante los siglos XVIII, XIX e inicios del siglo XX, hicieron necesaria una readaptación del constitucionalismo “*para tentar sanar algumas das patologias geradas pela própria modernidade*”.¹⁹

Es en ese contexto y conjuntamente con la crisis por la que atravesó el modelo liberal del Estado, que apareció un nuevo modelo de constitucionalismo, el constitucionalismo social.

3. EL CONSTITUCIONALISMO EN EL ESTADO SOCIAL.

La consolidación del Estado social fue el resultado de reorganizaciones estatales que se dieron a inicios del siglo pasado, estos cambios también propiciaron que las constituciones en estos Estados adquirieran una orientación en sentido opuesto a la minimización de la acción del Estado y a la libertad general al capital internacional.

El Estado social sentó sus bases en los principios cardinales del Estado liberal: la libertad y la separación de poderes; sin embargo, estas nociones fueron modificándose por

¹⁸ ROSSI, A. S., *Neoconstitucionalismo. Ultrapassagem ou releitura do Positivismo Jurídico?*, Curitiba, Juruá, 2011, 133.

¹⁹ ROSSI, A. S., *Neoconstitucionalismo. Ultrapassagem ou releitura do Positivismo Jurídico?*, Curitiba, Juruá, 2011, 139.



la propia dinámica de la sociedad, ya que la ideología entonces reinante - el viejo liberalismo -, no conseguía solucionar los agudos problemas económicos de las clases proletarias.²⁰ La idea de libertad que trajo consigo la Revolución Francesa estaba referida, específicamente, a la libertad de la burguesía. *“Essa liberdade lhe era indispensável para manter o domínio do poder político, e só por generalização nominal, (...) se estendia às demais classes”*.²¹

Entonces el Estado Social es el resultado de un proceso de transformación por el que atravesó el Estado Liberal como consecuencia de los problemas de justicia social, resentimientos y crisis económicas por las que atravesaba este dominante Estado liberal.²² Este nuevo modelo, conserva su adhesión al sistema capitalista, principio cardinal al que no renuncia, lo que denota su permeabilidad al liberalismo *“onde o Estado avulta menos e a sociedade mais”*, es decir con hegemonía de la sociedad y mayor abstención del Estado. En consecuencia, la sociedad liberal para sobrevivir tuvo que adecuarse a nuevos parámetros

²⁰ El estado liberal que sirvió de base para la consolidación de los derechos fundamentales -, tuvo sus cimientos en las grandes revoluciones racionalistas del siglo XVIII, especialmente en la Revolución Francesa y en su documento la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Además de ello, no puede desconsiderarse la Magna Carta, el *Bill of Rights* y el *Instrument of Government* de los Ingleses, y las Cartas Coloniales y el pacto Federativo de Filadelfia de los Americanos). Estos movimientos sociales, además de quebrar las estructuras de las instituciones feudales y las jerarquías que caracterizaban las organizaciones del pasado, buscaban construir, bajo consignas de libertad, igualdad y fraternidad una *polis* para todo el género humano. Las premisas y divisiones necesarias para cumplir este propósito fueron: la promulgación de Constituciones del llamado estado de derecho y decretar los códigos de la sociedad civil. Es así como el Estado Liberal se fue creando con base en la separación de poderes y las Declaraciones de Derechos. (BONAVIDES, P., *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo, Malheiros Editores LTDA, 2013, 30,31).

²¹ BONAVIDES, P., *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo, Malheiros Editores LTDA, 2013, 44.

²² No es posible - ni recomendable - ordenar cronológicamente, bajo criterios históricos, los tipos de Estado que realmente existieron, a no ser de manera auxiliar para un mejor entendimiento del Estado contemporáneo. La posibilidad de tipos de Estados dispuestos en sucesión cronológica, haciendo evidente las características del Estado de cada época, se basa en que todo hecho histórico, contiene, además de su semejanza con otros, un elemento individual que los hace diferentes a los demás. A estas particularidades se llega por medio de métodos científicos. *“Mediante esse isolamento consegue-se excluir grande parte do individual e, relacionando-se o particular com o geral, faz-se ressaltar este último. Por esse mesmo critério, pode-se procurar, de início, o conhecimento dos Estados particulares, descrevendo suas singularidades, tanto por seus aspectos histórico-políticos, quanto pelos jurídicos”* (DALLARI, D. de A., *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2013, 68,69).



caracterizados por términos participativos, consensuales y pacíficos de la democratización progresiva de la ciudadanía.²³

Es así que el Estado Social, busca actuar como un Estado coordinador y colaborador que apacigüe la lucha de clases y promueva entre los individuos la justicia social y la paz económica. Esta visión de Estado está contenida jurídicamente en el constitucionalismo democrático.²⁴

El constitucionalismo social, que surgió a raíz de estas modificaciones, se caracteriza *“por acolher os direitos de segunda geração ou dimensão que se realizam por meio da atuação Estatal e que intentam a realização da igualdade material e da justiça social”*. De esta manera, estos textos dejan de tener como prioridad y exclusividad el establecimiento de límites al poder pasando a prescribir normas que protegen otros derechos.

El constitucionalismo social parte de la premisa que reconoce las diferencias que existen entre los individuos, estas disimilitudes son articuladas en varios aspectos, especialmente en la dimensión social y económica; de esta manera el derecho a la propiedad y a la libertad contractual encuentran sus límites en el principio de la función social, pues el paradigma del Estado Social promueve una reducción de las autonomías individuales, conforme se asiente el papel interventor y regulador del Estado con el objetivo de alcanzar una sociedad más igualitaria.²⁵

Si bien una de las grandes novedades del siglo XX fue el retorno al primer plano del discurso jurídico en razón del constitucionalismo social,²⁶ en el periodo entre las dos guerras

²³ BONAVIDES, P., *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo, Malheiros Editores LTDA, 2013, 33,37.

²⁴ BONAVIDES, P., *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo, Malheiros Editores LTDA, 2013, 186,187.

²⁵ ROSSI, A. S., *Neoconstitucionalismo. Ultrapassagem ou releitura do Positivismo Jurídico?*, Curitiba, Juruá, 2011, 141.

²⁶ LOPES, J. R. DE L., “Raciocínio jurídico e economia”, *Revista de Direito Público de Economia - RDPE*, Belo Horizonte, Forum, n° 8, 2004, 152.



mundiales, aun se observaron Constituciones positivistas, las cuales, según algunos autores, fueron utilizadas como sustento para la instalación de regímenes autoritarios como el fascismo y el nacional socialismo.

Fue justamente a raíz de la segunda guerra mundial que el *“Direito constitucional já havia iniciado uma redefinição de seus traços característicos com vistas a se identificar com uma constelação de valores considerados fundamentais, entre eles, o respeito e a realização da pessoa humana na sua especial dignidade de ser e amar”*.²⁷ De la misma forma, este nuevo constitucionalismo, propone, entre sus objetivos, garantizar y expandir derechos individuales, entre ellos: “derechos al debido proceso (...), a la igualdad, a la libertad de asociación, de movimiento, de expresión y de creencia; y a la educación, el trabajo, la salud y la seguridad económica”.²⁸

Este nuevo enfoque, variando en la magnitud de su aplicación, se inició con la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919. Posteriormente fue adoptada por diversas constituciones, entre ellas las Constituciones de Italia (1947), de Alemania (1949), de Portugal (1976), de España (1978) y de Brasil (1988).²⁹ A partir de allí,

²⁷ ROSSI, A. S., *Neoconstitucionalismo. Ultrapassagem ou releitura do Positivismo Jurídico?*, Curitiba, Juruá, 2011, 142,143.

²⁸ MERRYMAN, J. H. *La tradición romano canónica*, México: FCE, 1989, 291.

²⁹ Explican PIMENTA Y BOGLIONE: *“Com a Constituição de 1988, os juristas venceram uma importante batalha no Brasil, isto é, sentiram-se responsáveis pelo surgimento do Estado social, através do qual a todos seriam garantidos os direitos fundamentais à vida digna”*. (PIMENTA, E. G. Y BOGLIONE, S., “Análise econômico do direito contratual”, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Forum, nº 24, 59). En el mismo sentido VIEIRA explica: *“A Constituição brasileira de 1988 é uma das representantes mais típicas do que se conhece como constitucionalismo dirigista ou de caráter social, (...) as constituições sociais estabelecem obrigações positivas para o Estado na área social, buscam regulamentar as atividades econômicas, assim como configuram órgãos para a implementação de suas políticas públicas, que podem inclusive constituir agentes econômicos diretos”*. (VIEIRA, O. V., “Realinhamento constitucional” en Vieira, O. y Sundfeld, C. A. (Coord.), *Direito Global*, São Paulo, Max Limonad, 1999, 39).



la nueva orientación de la Constituciones, valiéndose de los principios constitucionales, afectó a todo el ordenamiento jurídico.³⁰

El neoconstitucionalismo surge en ese contexto, como una doctrina renovada que pretende incorporar valores y orientaciones políticas, en especial los que defienden la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales.³¹ De esta manera, la Constitución adquiere una finalidad que va más allá de la seguridad jurídica la misma que consiste en “*a pretensão de justiça ou correção material*”.³²

4. LA DOCTRINA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO.

Para determinar cuándo surge el neoconstitucionalismo es necesario distinguir dos momentos, uno material, representado por el movimiento constitucional del siglo pasado que sentó sus bases, tanto en los textos fundamentales de la segunda posguerra en Alemania, Italia, España y Portugal, así como en las Resoluciones de sus respectivos Tribunales Constitucionales.³³ Y un segundo momento, conceptual, que se dio entre fines del siglo pasado e inicios del presente, teniendo como principales protagonistas a los representantes de la Escuela Genovesa de teoría del derecho. Este grupo, donde destacan Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, Susanna Pozzolo y Mauro Barberis, buscó sistematizar este nuevo paradigma. Sus estudios, en varias ocasiones, se contrapusieron al viejo y añejo paradigma

³⁰ Al respecto ver: FACHIN, L. E., *Direito Civil. Sentidos, transformações e fim*, Rio de Janeiro, Renovar, 2015, 60,61.

³¹ Respecto a la relación que existiría entre estos dos conceptos – dignidad de la persona y derechos humanos –, se recomienda ver: HABERMAS, J. *Sobre a constituição da Europa*, São Paulo, UNESP, 2012, 7-18.

³² ROSSI, A. S., *Neoconstitucionalismo. Ultrapassagem ou releitura do Positivismo Jurídico?*, Curitiba, Juruá, 2011, 143.

³³ AGUILERA PORTALES, R. Y LÓPEZ SÁNCHEZ, R. “Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho”. En: *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Ara, 2009, 413.



del positivismo decimonónico buscando replantearlo a partir de la concepción de un positivismo moderado como el que propone Bobbio.³⁴

Fue justamente Susana Pozzolo quien atribuyó la denominación de neoconstitucionalistas a un grupo de filósofos del derecho que comparten puntos en común respecto a ciertas tesis, como la especificidad de la interpretación constitucional.

Dentro de las características comunes de esta corriente, las más resaltantes son: (i) *Principios vs. Normas*. El ordenamiento jurídico no está conformado sólo de normas, sino también de principios, estos últimos se diferencian de los primeros tanto por su importancia o “peso” cuanto por su aplicabilidad. Los principios, por lo general, son vistos como valores morales positivizados. En la Constitución – afirma Pozzolo –, los principios se encuentran en un número elevado, expresados en un lenguaje relativamente vago y con alto nivel de abstracción; asimismo, estos principios están acompañados de una tesis prescriptiva que demanda al Juez valerse de estos para interpretar y argumentar jurídicamente en un caso concreto. (ii) *Ponderación vs. Subsunción*. Los principios no se aplican o interpretan con el clásico método de la subsunción, sino por medio de la ponderación o balanceo. Este procedimiento consta de tres pasos, el primero, la identificación de los principios aplicables al caso concreto, en segundo lugar la determinación de la jerarquía axiológica de los mismos, es decir, determinar la prevalencia del principio de mayor peso por encima del principio de menor peso; finalmente, la construcción de la relación entre el principio elegido (el de mayor peso) y el caso concreto, aclarando que está elección puede variar conforme a cada caso concreto, ello, en base a los juicios de valor formulados por el juez individual. (iii) *Constitución vs. Independencia del legislador*. Referida a una penetración general del texto constitucional. En este escenario la Constitución dejó de tener como objetivos solamente la

³⁴ AGUILERA PORTALES, R. Y LÓPEZ SÁNCHEZ, R. “Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho”. En: *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Ara, 2009, 414.



distribución y la organización de poderes, para presentar un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas infraconstitucionales; este condicionamiento sobrepasa la idea de constitución como “marco” donde el legislador lleve a cabo sus decisiones, ya que que el legislador ahora, debe, necesariamente, considerar a la Constitución como guía para la producción legislativa. (iv) *Jueces versus libertad del legislador*. Lo que representa una tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudencia, abandonando el Juez el método de la subsunción, y adecuando la legislación, a las prescripciones constitucionales. El juez debe interpretar el derecho conforme a la valoración para cada caso concreto, esta interpretación moral, configura un elemento racionalizador esencial del sistema jurídico.³⁵

Comanducci, a efecto de entender esta corriente, establece una clasificación análoga a la realizada por Bobbio respecto al positivismo jurídico; en ese sentido las divide en neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico.³⁶

El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, coloca “en jaque” algunas características del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica como el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo. Esta teoría pretende describir los logros del proceso de constitucionalización, ello con base, no solamente en la invasión de la Constitución, sino “por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la constitución de principios y no sólo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley”.³⁷

³⁵ POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 21, 1998, 340-343.

³⁶ COMANDUCCI, P. “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. A., Y GONZÁLES LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 90-121.

³⁷ COMANDUCCI, P. “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. A., Y GONZÁLES LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 91.



Por otro lado, cuando el neoconstitucionalismo se presenta como una ideología adquiere un ropaje diferente a la ideología del constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, pues coloca en segundo plano el objetivo de las Constituciones de ese periodo que consistía en limitar el poder estatal para tener como prioridad garantizar los derechos fundamentales, esto lo consigue subrayando la importancia de los mecanismos institucionales que tutelan estos derechos, así como exigiendo que las actividades de los poderes del Estado – en especial del legislativo y del judicial – estén directamente orientados a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.³⁸ De esta manera el nuevo constitucionalismo, se nutre de una fuerte carga axiológica dejando de ser solamente normativo (como lo era el constitucionalismo tradicional) para mantener una estrecha vinculación con la moral.³⁹

Como este modelo de Constitución, con una fuerte carga axiológica, contiene un conjunto de reglas jurídicas positivas que toman la denominación de Constitución en razón de su contenido y no en razón del sujeto que redactó el documento,⁴⁰ los principales promotores de esta corriente – Alexy, Campbell, Dworkin y Zagrebelsky – sostienen que “en los ordenamientos contemporáneos, se produce una conexión necesaria entre derecho y moral”.⁴¹

Finalmente, el neoconstitucionalismo metodológico – explica Comanducci –, cuyos representantes serían Dworkin y Alexy, contrapuesto al positivismo metodológico y conceptual que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir el

³⁸ COMANDUCCI, P. “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. A., Y GONZÁLES LAGIER, D., *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 96.

³⁹ ROSSI, A. S., *Neoconstitucionalismo. Ultrapassagem ou releitura do Positivismo Jurídico?*, Curitiba, Juruá, 2011, 152,153.

⁴⁰ POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 21, 1998, 342.

⁴¹ COMANDUCCI, P. “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. A., Y GONZÁLES LAGIER, D., *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 96.



derecho como es, y distinguirlo por tanto del derecho como debería ser; sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral.⁴²

En suma, la justificación jurídica del neoconstitucionalismo es moral, puesto que, si bien la dimensión normativa del derecho bajo los parámetros del neoconstitucionalismo, debe justificarse en la “razón”, esta “razón” es diferente a la iuspositivista. La razón en el iuspositivismo se identificaba con la orden del soberano, mientras que la razón justificativa del neoconstitucionalismo, reside necesariamente en otra norma, en este caso, en la Constitución. Así, “si un juez recorre la cadena de competencia, partiendo de la norma aplicable al caso concreto, llegará a la carta constitucional. Pero esta última, si bien representa un límite interno al ordenamiento jurídico, contextualmente constituye un puente que permite el pasaje al discurso moral”.⁴³

El neoconstitucionalismo también cuestiona premisas que se daban por establecidas en las nociones clásicas de Estado de Derecho, las cuales repercuten en temas sumamente importantes como son las reglas de interpretación de las normas jurídicas o los límites de la función de juzgar.⁴⁴

⁴² COMANDUCCI, P. “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. A., Y GONZÁLES LAGIER, D., *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 98,99.

⁴³ POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 21, 1998, 342.

⁴⁴ AHUMADA, M. A., “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci)”, en COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. A., Y GONZÁLES LAGIER, D., *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 126. La importancia de la interpretación incluso es destacada por Pound cuando afirma: “Pero de la misma manera que el más rígido de los códigos necesita el recurso de la ‘interpretación’ y de la ‘aplicación’, con todo lo que estas palabras tratan de ocultar, para poder ajustarse al carácter fluido de la vida (...)”. (POUND, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Granada, Comares, 2004, 8).



5. LAS TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL CONTEXTO NEOCONSTITUCIONAL.

A mediados del siglo XX, y específicamente después de la segunda posguerra, resurgió el interés por el estudio de nuevas técnicas para la interpretación y argumentación.⁴⁵ Este interés por el estudio de la interpretación se debe en gran medida a la relación directa que existe entre la interpretación de la ley, la concepción que se tiene del Derecho y la jerarquía de sus fuentes.⁴⁶

Referirse al término “interpretación jurídica”, es un tema nada pacífico, puesto que carece de un concepto unívoco;⁴⁷ con esta expresión se denominan actividades de diversa naturaleza⁴⁸ según los distintos intereses y perspectivas adoptados en el estudio del derecho.⁴⁹ Su punto de partida es definitivamente la consideración del Derecho como

⁴⁵ AGUILERA PORTALES, R. Y LÓPEZ SÁNCHEZ, R., “Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho”, en *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, ARA, 2009, 407.

⁴⁶ ASEFF, L. M., “Los métodos interpretativos” en *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Lima, ARA, 2010, 345.

⁴⁷ ASEFF, L. M., “Los métodos interpretativos” en *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Lima, ARA, 2010, 346.

⁴⁸ Para PORTELA, “la voz ‘interpretación’ es equívoca, por cuanto, además de su natural ambigüedad, establece una confusión que impide distinguir entre proceso y producto. Vale decir que muchas veces cuando decimos que nos ocuparemos de la ‘interpretación’ del Derecho, estamos significando que haremos referencia a la actividad de algunos sujetos u operadores, que tienen por misión justamente la de efectuar la tarea de elucidar, o sea, que trabajaremos con la idea de estudiar la actividad de quienes deben desentrañar el objeto a interpretar. Otras veces, en cambio, con la misma expresión pretenderemos hacer referencia al resultado del proceso así analizado y trabajaremos como si se tratara de explicar o justificar un producto, el objeto ya interpretado”. (PORTELA, M. A., “Interpretación y aplicación del Derecho”, en *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, Lima, ARA, 2010, 297)

⁴⁹ VIDAL, I. L., “Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica” en *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, Lima, ARA, 2010, 231. Como por ejemplo la sostenida por un grupo de positivistas, quienes parten de la diferenciación entre “norma” y “formulación normativa”, para señalar que la interpretación es el mecanismo, mediante el cual el juez “discrecionalmente” le otorga un significado a una formulación normativa. (Cf. GONZÁLES LAGIER, D., “Sobre el papel de los valores en la aplicación del derecho (A propósito de ‘Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho’, de Paolo Comanducci)” en COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. A., Y GONZÁLES LAGIER, D., *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 44).



fenómeno lingüístico, lo que no significa que el Derecho se reduzca al lenguaje, sino, resalta la importancia del fenómeno lingüístico para su comprensión.⁵⁰

Es frecuente, en nuestro medio interrelacionar y no distinguir las diferencias entre la interpretación jurídica y la aplicación judicial del Derecho, esta, tal vez es la causa por la que las teorías que se ocupan del derecho, le atribuyen diferente significado a la expresión, pues aquellas teorías que se han ocupado del Derecho desde un punto de vista aplicativo, como el realismo jurídico norteamericano y la teoría de la interpretación de Dworkin, “conciben a la interpretación como una actividad amplia que incluye la reconstrucción de todos los materiales jurídicos pertenecientes al sistema, con el objetivo de buscar una solución jurídica al problema en cuestión”.⁵¹ Por otro lado, las teorías que tienen interés en la perspectiva de las reglas generales, como la de Hart o de Raz, mantienen un concepto más restringido de interpretación, el cual “se limita a la tarea de precisar el significado de las normas legisladas”.⁵²

Actualmente la doctrina reconoce una variedad de posibilidades para interpretar una norma jurídica; ello, según como se reduzca o amplifique el ámbito de indeterminación semántico de alguna de las palabras existentes en el enunciado interpretado. Así, para autores como Portela, no es cierto que algunas normas no requieran de interpretación, toda norma, por más clara que sea, debe ser necesariamente traducida y dotada de sentido.⁵³

⁵⁰ VIDAL, I. L., “Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica” en *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, Lima, ARA, 2010, 240.

⁵¹ VIDAL, I. L., “Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica” en *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, Lima, ARA, 2010, 232.

⁵² VIDAL, I. L., “Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica” en *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, Lima, ARA, 2010, 232.

⁵³ PORTELA, M. A., “Interpretación y aplicación del Derecho” en *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, Lima, ARA, 2010, 302.



Los tradicionales métodos para interpretar las normas jurídicas, se han mantenido intactos desde décadas anteriores, estos son: el método exegético, el método histórico, el comparativo, el método científico o de la libre investigación científica, el método sociológico, la escuela libre de derecho, la jurisprudencia de conceptos, los métodos teleológicos y el método tópico retórico.⁵⁴ A estas se agregaron otras posibilidades como la interpretación literal y la correctora.⁵⁵

Otra clasificación toma como base los sujetos que realizan la interpretación, de esta forma, la interpretación sería judicial, autentica, operativa, doctrinal o científica.⁵⁶ Aseff resalta la importancia de tener un amplio repertorio de métodos de interpretación, puesto que, el juzgador se valdrá de aquella que sea útil y permita una mejor resolución del caso concreto, siempre que se parta del presupuesto de un juez cabal y honesto.⁵⁷

Innovando en esta lista de clasificaciones, Haba propone una opción interpretativa basada en “recursos que ofrece el pensamiento de orientación *empírico-racional*”. Esta metodología consiste en una secuencia de cuatro momentos: (i) En principio, el momento lingüístico-dogmático, donde se traza un cuadro con las diversas interpretaciones que podrían ser aplicadas en concreto de acuerdo con doctrinas jurídicas existentes; (ii) El momento analítico-crítico, donde se reconstruye el discurso de los preceptos de derecho

⁵⁴ Al respecto y para un mayor esclarecimiento se recomienda ver: ASEFF, L. M., “Los métodos interpretativos” en *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Lima, ARA, 2010, 360-367.

⁵⁵ La literal se fundamenta en el significado ordinario de las palabras no admitiendo cualquier otro significado que no sea el literal. Por su lado la interpretación correctora, donde se localizan todas las otras interpretaciones distintas a la gramatical, busca completar las lagunas existentes en las situaciones fáctico-jurídicas donde se aplican las normas. Esta interpretación tiene dos variantes, aquella que restringe el significado literal de la norma – interpretación restrictiva –, y aquella que lo amplía – interpretación extensiva –. (AGUILERA PORTALES, R. Y LÓPEZ SÁNCHEZ, R. “Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho”. En: *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Ara, 2009, 409.)

⁵⁶ VIDAL, I. L., “Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica” en *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, Lima, ARA, 2010, 238.

⁵⁷ ASEFF, L. M., “Los métodos interpretativos” en *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Lima, ARA, 2010, 353,354.



invocados y de sus doctrinas develando la “gramática original” y las “trampas” de estos juegos lingüísticos; (iii) El momento axiológico-teleológico, donde se pretende delimitar la finalidad que el intérprete señale como objetivo práctico de estos preceptos, considerando las que son jurídicamente posibles en su medio social; (iv) Momento empírico-instrumental, donde se escoge lo reconocido en (i) y (ii) como la interpretación más eficaz para poder realizar el objetivo (iii).⁵⁸

Esta modalidad propuesta por Haba, basada en consideraciones netamente empíricas, busca “ser un medio eficaz para conseguir realizar en la práctica determinado fin social bien delimitado”.⁵⁹ Así, esta fundamentación realista “presupone(n) aceptar una ética de la responsabilidad de los propios jueces por buena parte de las consecuencias prácticas que acarrear sus fallos”.⁶⁰

Como se puede observar existe una considerable gama de posibilidades de interpretación jurídica, lo que no significa que todas sean apropiadas para dar cuenta de esta actividad. En ese sentido, a partir del Estado Constitucional, se ha priorizado un modelo de interpretación finalista que pueda adaptarse a los nuevos tiempos y transformaciones. Esta interpretación está “dirigida a vehicular los nuevos principios”.⁶¹ Es decir, basarse en la

⁵⁸ HABA, E., “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 25, 2002, 517-525.

⁵⁹ HABA, E., “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 25, 2002, 525.

⁶⁰ HABA, E., “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 25, 2002, 526,527.

⁶¹ ASEFF, L. M., “Los métodos interpretativos” en *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Lima, ARA, 2010, 355,356.



interpretación moral de la constitución, la cual “responde a una demanda de justicia sustancial, pero, por otro lado, vuelve al derecho incierto”.⁶²

6. CUESTIONAMIENTOS A LA INTERPRETACIÓN PRINCIPIOLÓGICA DEL DERECHO.

La subordinación al texto constitucional en un Estado constitucionalizado, trae como una de sus consecuencias, la elaboración por parte de los creadores y aplicadores del derecho, de justificativas teóricas y abstractas que flexibilizan la ley al buscar su compatibilización con principios de contenido, no siempre determinado. Es por ello que quienes cuestionan este tipo de interpretación, exigen que a estos estándares denominados principios se les atribuya un significado, lo que conlleva a que los valores morales subyacentes tengan también un significado que permita realizar una lectura moral de los mismos, ya que, si se realiza un simple análisis lingüístico, los principios no tendrían nada que decir.⁶³

Atria, notando esta controversia, explica que este nuevo paradigma para la interpretación, “incluye normas constitucionales redactados en términos amplios que hacen referencia a principios morales”⁶⁴, sin embargo, estos principios constitucionales se aplican como leyes ordinarias, empero, no se realiza un proceso de subsunción de un caso individual en un caso genérico solucionado por normas generales, sino, deben ser interpretadas por medio de un proceso de ponderación y balance. “Esto lleva a una concepción del derecho guiada por un ‘pluralismo de principios’ y a una ciencia del derecho ‘líquida’ y ‘flexible’”.⁶⁵ Es por ello que teorías que defienden la sumisión del derecho a principios morales contenidos

⁶² POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 21, 1998, 347.

⁶³ POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 21, 1998, 343.

⁶⁴ ATRIA, F. “La ironía del positivismo jurídico”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 27, Alicante, Universidad de Alicante, 2004, 119.

⁶⁵ ATRIA, F. “La ironía del positivismo jurídico”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 27, Alicante, Universidad de Alicante, 2004, 119.



en la Constitución – como el neoconstitucionalismo - constituyen “una involución a formas legales pre-modernas que en las circunstancias actuales implica la disolución del derecho”.⁶⁶

Al respecto, Comanducci señala que “la reducción del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de ‘ponderación’ de los principios constitucionales y de la interpretación ‘moral’ de la Constitución” sería una consecuencia peligrosa del neoconstitucionalismo,⁶⁷ ya que –, agrega Ahumada – “los principios constitucionales, el recurso a la técnica de la ponderación, no persiguen la certeza del derecho, sino que simplemente ayudan a justificar decisiones judiciales *ad hoc*”.⁶⁸

En ese mismo sentido, Pino afirma que esta corriente, en sus rasgos generales “parece algo heterogéneo, poco analítico, por lo general declamatorio, algunas veces caracterizado más por tesis ‘en sentido negativo’ (...) que ‘en sentido positivo’”.⁶⁹

Neves por su parte, señala que:

⁶⁶ ATRIA, F., “La ironía del positivismo jurídico”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 27, Alicante, Universidad de Alicante, 2004, 123.

⁶⁷ En el mismo sentido, el autor Genovés señala que el aumento en la indeterminación del derecho se daría por tres razones principales: “(i) porque una de las características más comunes de las normas que están configuradas como principios es la mayor vaguedad respecto a las otras normas, y por tanto esta características aumenta en vez de reducir la indeterminación *ex ante*. (ii) porque en consecuencia, la creación y configuración de principios, a falta de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a las propias, subjetivas, concepciones de la justicia, y también esto, naturalmente, aumenta la indeterminación *ex ante*. (iii) porque la peculiar manera de aplicar las normas configuradas como principios, o sea la ponderación de los principios caso por caso, a falta de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta también la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación *ex ante* del derecho”. (COMANDUCCI, P. “CONSTITUCIONALIZACIÓN Y NEOCONSTITUCIONALISMO”, EN COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. A., Y GONZÁLES LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 107, 110-111)

⁶⁸ AHUMADA, M. A., “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci)”, en COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. A., Y GONZÁLES LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 155.

⁶⁹ PINO, G., “Principios, Ponderación, y la separación entre Derecho y Moral. Sobre el Neoconstitucionalismo y sus críticos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 34, 2011, 202.



*A tendência a superestimar os princípios em detrimento das regras torna altíssimo o grau de incerteza e pode descambar em insegurança incontrolável, relacionada à própria quebra da consistência do sistema jurídico e, pois, à destruição de suas fronteiras operativas. Por outro, a tendência a superestimar as regras em detrimento dos princípios torna o sistema excessivamente rígido para enfrentar problemas sociais complexos, em nome de uma consistência incompatível com a adequação social do direito.*⁷⁰

Esto es resaltado por Pimenta y Boglione, cuando afirman que, en este nuevo escenario, los economistas defienden el respeto a las leyes y a los contratos, mientras que los juristas relativizan el conocimiento y la interpretación legal.⁷¹

Como la constitucionalización del derecho busca afirmar la supremacía de la Constitución y valorizar la fuerza normativa de los principios y valores que son subyacentes a toda orden jurídica, descuida otros aspectos sumamente importantes, como afirma Gico Jr. El neoconstitucionalismo no se preocupa suficientemente con las reales consecuencias de determinada ley o decisión judicial.⁷² Ello conlleva a que, dentro del actual Estado Constitucional Social Democrático del Derecho de corte pos-positivista, donde – según algunos autores – se dejó de lado la solución del problema por la simple deducción lógica, se deba considerar, al momento de realizar un análisis judicial, las consecuencias que de esta

⁷⁰ NEVES, M., *Entre Hidra e Hercules. Princípios e Regras Constitucionais*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2013, XX.

⁷¹ PIMENTA, E. G. Y BOGLIONE, S., “Análise econômico do direito contratual”, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Forum, nº 24, 60.

⁷² GICO JR., I., “Introdução ao direito e economia”, en Timm, L. (Org.), *Direito e economia no Brasil*, São Paulo, Atlas, 2014, 10.



derivan con la intención de ponderar una mejor decisión en vista de la multiplicidad de alternativas que ofrece la abertura del sistema jurídico.⁷³

El análisis consecuencialista, a pesar de su poca utilización,⁷⁴ permite prever dentro de lo posible, las consecuencias jurídicas, económicas y sociales mediatas e inmediatas que una decisión judicial producirá en el futuro, no solo a las partes involucradas, sino a la sociedad en general. De esta manera se considera “a la decisión adoptada como un incentivo para conductas futuras de partes no involucradas en el pleito”.⁷⁵ Esto último ya lo resalto Haba cuando explica: “hay que empezar por reconocer que tanto en la actividad del jurista profesional como en las conductas sociales en general, las normas en que se cree llegan a tener influencias considerables. Tales normas intervienen como unas guías (...) de nuestra conducta”.⁷⁶

La presencia de un criterio para la interpretación de las normas jurídicas, que se oriente principalmente por pautas morales derivados de principios, (excluyendo otros análisis, como el consecuencialista), denota un evidente “malestar de la Constitución”; es por

⁷³ Al respecto ver: VENTURI, T. G. P., “A análise consecuencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti”, en FACHIN, L. E. Y TEPEDINO, G., (Org.), *Diálogos sobre direito civil*, v. III, Rio de Janeiro, Renovar, 2012, 147.

⁷⁴ Como explica ATIENZA: “Establecer cuáles son las consecuencias de una decisión (...) no es solo algo extraordinariamente difícil, sino que, en general, no suele jugar un papel importante en la justificación de las decisiones judiciales, con la excepción de algunas áreas del Derecho (por ejemplo, el Derecho fiscal), donde es frecuente que se tengan en cuenta las decisiones judiciales – o administrativas – para actuar de una u otra forma en el futuro”. (ATIENZA, M., *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Lima, Palestra, 2006, 194)

⁷⁵ LORENZETTI, R. L., *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*, Lima, Grijley, 2006, 233.

⁷⁶ HABA, E., “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 25, 2002, 514.



ello que algunos autores⁷⁷ afirman que el modelo constitucional estaría llegando a su fin siendo reemplazado por un derecho sin fronteras basado en las diversas fuentes del derecho.

Lo afirmado, obliga a reflexionar respecto a la importancia de la interpretación de las normas jurídicas y los efectos de las decisiones judiciales, puesto que, destacamos la necesidad de considerar teorías que permitan prever y sopesar las probables consecuencias de una decisión judicial; no ciñéndose, el aplicador o creador del derecho, solamente a propuestas teóricas, muchas veces lejanas al contexto legal, político, social, económico e institucional en el cual las normas serán aplicadas.

7. CONCLUSIONES:

La constitucionalización del derecho es un proceso que actualmente se viene consolidando en los diferentes ordenamientos jurídicos de esta parte de nuestro continente. La intensidad en su implementación, varía según la afinidad del estado con modelos estatales orientados a la defensa y preponderancia de principios constitucionales.

El Estado social es una condición para la consolidación de un ordenamiento constitucionalizado, sin embargo, ello no siempre se cumple, lo que conlleva a el surgimiento de un modelo “particular” de estado constitucional de derecho.

A partir del neoconstitucionalismo, la decisión judicial debe considerar prioritariamente componentes inspirados en principios constitucionales. Esto resulta sumamente importante, pues el derecho adquiere un matiz diferente dejando de lado el

⁷⁷ VIEIRA, O. V., “Realinhamento constitucional” en VIEIRA, O. Y SUNDFELD, C. A., (Coord.), *Direito Global*, São Paulo, Max Limonad, 1999, 19,20.



silogismo lógico como único método para justificar las decisiones judiciales. Bajo este nuevo paradigma se busca, al menos en teoría, consolidar la correcta administración de justicia.

Uno de los principales cuestionamientos al proceso de constitucionalización del derecho, es que en este, el juez, basado en criterios principiológicos que, con frecuencia, facilitan la toma de decisiones según el conjunto de sus valores personales, busca desvendar los parámetros establecidos literalmente en el conjunto normativo creado por el legislador. Esta facultad es sumamente peligrosa para la sociedad, puesto que se deja un amplio margen al juzgador para relativizar la norma establecida en conformidad con su criterio de justicia y otros valores propios del juzgador.

Otro punto a tener en consideración es que, en este contexto, el juzgador, inmerso en un raciocinio principiológico, no considera las consecuencias mediatas o inmediatas de su resolución judicial, basando su decisión en teorías muy bien estructuradas, que, sin embargo, en ocasiones, se alejan de las reales necesidades y pretensiones de las partes y de la sociedad.

Así, podemos afirmar que los sistemas judiciales de los países que optaron por procesos constitucionalizadores, fundamentan sus actuaciones en teorías para la interpretación y aplicación de las normas donde los jueces, según algún criterio de justicia pretensiosamente racional, elaboran justificativas teóricas y abstractas que flexibilizan la ley, compatibilizando su decisión con principios de contenido hasta cierto punto indeterminado.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.



AGUILERA PORTALES, R. Y LÓPEZ SÁNCHEZ, R., Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho. *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Ara, 2009, 404-437.

AGUILO REGLA, J., La Constitución del Estado Constitucional. *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Lima, Ara, 2010, 81-116.

AHUMADA, M. A., Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci). COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. A., Y GONZÁLES LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 123-159.

ALCHOURRON, C. Y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 6° reimp, Buenos Aires, Astrea, 2006.

ALEXY, R., *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2010.

ASEFF, L. M., Los métodos interpretativos en *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Lima, ARA, 2010, 345-381.

ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, México, Fontamara, 1998.

ATIENZA, M., Constitucionalismo, globalización y derecho. *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, ARA, 2009, 17-39.

ATIENZA, M., *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Lima, Palestra, 2006.

ATIENZA, M. Y MANERO, J. R., *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra, 2009.



ATRIA, F., La ironía del positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 27, Alicante, Universidad de Alicante, 2004, 81-139.

BARROSO, L. R., *Curso de Direito Constitucional. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo, Saraiva, 2013.

BOBBIO, N., *Direito e Poder*. São Paulo, Editora UNESP, 2008.

BOBBIO, N., *O Positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, São Paulo, Icone, 1995.

BOBBIO, N., *Teoria da norma jurídica*, São Paulo, EDIPRO, 2001.

BOBBIO, N., *Teoria general del derecho*, Santa Fe de Bogota, TEMIS, 1999.

BONAVIDES, P., *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo, Malheiros Editores LTDA, 2013.

BULYGIN, E., El conocimiento y la interpretación del Derecho. *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Lima, Ara, 2010, 20-51.

BULYGIN, E., Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos. Bulygin, E. y Alchourron, C. *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

COMANDUCCI, P., Constitucionalización y neoconstitucionalismo. Comanducci, P., Ahumada, M. A., y Gonzáles Lagier, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 85-121.

COSTA, P., Estado de Direito e Direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa moderna. FONSECA, R. Y SEELAENDER, A. C. L., (Org.), *Historia do Direito em perspectiva. Do Antigo Regime à Modernidade*, Curitiba, Juruá, 2012, 57-78.

DALLARI, D. DE A., *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2013.



DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2010.

DWORKIN, R., *Una cuestión de principios*. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

FACHIN, L. E., *Direito Civil. Sentidos, transformações e fim*, Rio de Janeiro, Renovar, 2015.

FACCHINI NETO, E., Reflexões históricas evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. SARLET, I. W., (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, 37-75.

GICO JR., I., Introdução ao direito e economia. Timm, L. (Org.), *Direito e economia no Brasil*, São Paulo, Atlas, 2014, 1-33.

GONZÁLES LAGIER, D., Sobre el papel de los valores en la aplicación del derecho (A propósito de “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”, de Paolo Comanducci). COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. A., y Gonzáles Lagier, D., *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 41-84.

HABA, E., Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 25, 2002, 503-531.

HABERMAS, J., *Sobre a constituição de Europa*, São Paulo, UNESP, 2012.

HART, H. L. A., *Post scriptum al Concepto del Derecho*, Bulloch, P. y Raz, Joseph (Editores), Ciudad de México, UNAM, 2000.

KELSEN, H., *Teoria Pura do Direito*, 7 ed. Coimbra, Almedina, 2008.

LOPES, J. R. DE L., “Raciocínio jurídico e economia”, *Revista de Direito Público de Economia - RDPE*, Belo Horizonte, Forum, nº 8, 2004, 137-170.



LORENZETTI, R. L., *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*, Lima, Grijley, 2006.

MERRYMAN, J. H., *La tradición romano canónica*, México: FCE, 1989.

NEVES, M., *Entre Hidra e Hercules. Princípios e Regras Constitucionais*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PIMENTA, E. G. Y BOGLIONE, S., Análise econômico do direito contratual. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Forum, nº 24, 59-83.

PINO, G., Principios, Ponderación, y la separación entre Derecho y Moral. Sobre el Neoconstitucionalismo y sus críticos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 34, 2011, 201-228.

PORTELA, M. A., Interpretación y aplicación del Derecho. *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, Lima, ARA, 2010, 297-334.

POUND, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Granada, Comares, 2004.

POZZOLO, S., Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, nº 21, 1998, 339-353.

REDONDO, M. C., El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, Nº 34, 2011, 245-264.

Rossi, A. S., *Neoconstitucionalismo. Ultrapassagem ou releitura do Positivismo Jurídico?*, Curitiba, Juruá, 2011.

SARLET, I. W., Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. SARLET, I. W., (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, 13-36.



TUSHNET, M., *Constitucionalismo y Judicial Review*, Lima, Palestra, 2013,

VENTURI, T. G. P., A análise consequencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. FACHIN, L. E. Y TEPEDINO, G. (Org.), *Diálogos sobre direito civil*, v. III, Rio de Janeiro, Renovar, 2012, 133-151.

VIDAL, I. L., Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica. *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, Lima, ARA, 2010, 231-278.

VIEIRA, O. V., Realinhamento constitucional. VIEIRA, O. Y SUNDFELD, C. A., (Coord.), *Direito Global*, São Paulo, Max Limonad, 1999, 15-48.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trota, 2011.