

Un acercamiento al paradigma neoconstitucionalista

Rodrigo Salazar Muñoz¹

SUMARIO: I. Introducción; II. La constitucionalización del Derecho mexicano; III. Los paradigmas constitucionales; IV. ¿Qué es el Neoconstitucionalismo?; V. Los autores Neoconstitucionalistas; VI. Un acercamiento al paradigma Neoconstitucionalista; VII. A manera de conclusión; VIII. Referencias bibliográficas.

Dirijámonos ahora al análisis del neoconstitucionalismo contemporáneo, una doctrina que, según sus partidarios, surge justamente en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho y pretende superar y, en un sentido, suplantar sea al positivismo jurídico sea al iusnaturalismo.

Paolo Comanducci

I. Introducción

El mundo cambió después de la segunda posguerra del siglo xx. El positivismo había dejado una clara evidencia de la injusticia que el

¹ Candidato a doctor en Derecho y a maestro en Ciencias Jurídicas, maestro en Derecho Administrativo y licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana. Especialista en Comercio Exterior por el Instituto de Estudios Bursátiles de Madrid. Profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad La Salle, donde se ha desempeñado como jefe de la Carrera de Derecho. Socio fundador de Salazar y Asociados, Asociados y Consultores, S.C. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C.

denominado Estado de Derecho o Estado Legal de Derecho² podía provocar: los abusos que en nombre de la ley se cometieron en el mundo. Después de la guerra se hizo tangible una necesidad: la de transitar hacia a un Estado Constitucional de Derecho,³ en el que prevalezca el ordenamiento fundamental y el respeto por los derechos humanos en todo acto de autoridad.

Las tesis de los autores que han sido considerados por la doctrina como neoconstitucionalistas sirven para explicar teóricamente el fenómeno jurídico de los ordenamientos en los que el Derecho se ha constitucionalizado, en los que ha dejado de estar subsumido de manera automatizada en la Ley, y en los que los derechos humanos institucionalizados y los principios jurídicos reconocidos en la Constitución juegan un papel primordial y activo en todos los actos de autoridad (tal y como sucede en México desde la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011).

El presente ensayo inicia, con una aproximación al proceso de constitucionalización que ha vivido el Derecho en México en los últimos años. Posteriormente, se aproxima a los distintos paradigmas constitucionales, con el objeto de que el lector contextualice

² En palabras de Ferrajoli, “... El Estado de Derecho moderno nace, con la forma de Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo ...” Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 18.

³ Riccardo Guastini refiere al Estado Constitucional de Derecho “Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreu, por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender 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, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.” Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de Lujambio, Jose M. En, *Estudios de teoría constitucional*, 2a. reimpr., México, Distribuciones Fontamara, 2007, pp. 23-39.

el neoconstitucionalista, en relación con los otros. Finalmente, contiene una descripción de algunas tesis de los autores que a nuestro juicio explican de una manera clara el paradigma neoconstitucionalista; postulados de los que derivaremos dos elementos básicos de dicho paradigma.

II. La constitucionalización del Derecho mexicano

México había quedado rezagado del avance que han tenido tanto los países europeos como los latinoamericanos que pertenecen al Sistema Interamericano de tutela de Derechos Humanos, en esa materia; debido, en gran parte, a que en las octava y novena épocas del *Semanario Judicial de la Federación* (1988-2011) se consolidó un legalismo que estuvo caracterizado por el exacto cumplimiento de la Ley por parte de todos los operadores del Derecho y por la eventual revisión de su constitucionalidad por los órganos del Poder Judicial de la Federación.

En los distintos criterios jurisprudenciales emitidos en el anterior periodo⁴ los órganos del Poder Judicial de la Federación sostuvieron que en el sistema jurídico mexicano no tenía cabida el control difuso de la Constitución, provocando con ello que toda Ley que violentara la Constitución o los derechos humanos se aplicara sin excusa ni pretexto, consolidando al principio de legalidad como el principio rector de toda rama del Derecho.

Los paradigmas bajo los cuales se construyó el sistema jurídico mexicano fueron superados al iniciar la décima época del *Semanario Judicial de la Federación* en el año 2011, como consecuencia del deno-

⁴ Como la Jurisprudencia 74/1999, expedida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro establece “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”. Tesis P./J., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5.

minado “Caso Radilla”; en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado mexicano para que tutele y garantice en todo momento los derechos humanos de los ciudadanos y para que todos los jueces del país ejecuten el control de convencionalidad *ex officio*,⁵ entre otras condenas.

Como consecuencia de lo anterior, el 6 y el 10 de junio de 2011 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* dos importantes reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que impactaron de manera directa la administración de justicia en todo el país:

- En materia del juicio de amparo. El 6 de junio de 2011 se reformaron los artículos 103 y 107 constitucionales, entre otros, con el objeto de ampliar la procedencia del juicio de amparo a los actos de autoridad “que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”⁶ y para darle al juicio, en ciertos casos, un efecto *erga omnes*, al provocar la expulsión del ordenamiento jurídico de las normas generales inconstitucionales, mediante la Declaratoria General de Inconstitucionalidad,⁷ entre otras muchas novedades.
- En materia de derechos humanos. El 10 de junio de 2011 se publicó la reforma que más ha impactado la administración e impartición de justicia en México: la relativa a los derechos humanos. Tuvo por objeto la modificación del primer Capítulo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para cambiar la conceptualización que prevalecía en el país

⁵ Cfr: “Sentencia de la CoIDH de 23 de noviembre de 2009, en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, en Cossío Díaz, José R., et al., *El caso radilla estudios y documentos*, México, Porrúa, 2012, p. 354.

⁶ Artículo 103, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁷ Cfr: Ferrer Mac Greggor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo*, México, Porrúa, 2013, pp. 45-51.

sobre las garantías individuales que eran otorgadas por el Estado, para dar paso a los derechos humanos que sólo son reconocidos por éste, al ser preexistentes al derecho positivo e inherentes a la persona.⁸

De la misma manera, gracias a la reforma antes referida, todas las normas que reconocen derechos humanos deben interpretarse a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales de la materia, siempre que se atienda al mayor beneficio del interesado, mediante la interpretación conforme al principio *pro personae*.⁹

Desde el año 2011, el artículo primero constitucional prevé la obligación de todas las autoridades del Estado mexicano (en todos sus niveles de gobierno, poderes o tipo de organismo estatal de que se trate, sin excepción alguna) de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en toda actuación, al ordenar que:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.¹⁰

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció en la resolución a la Consulta Varios 912/2010 (en la que se pronunció sobre la sentencia del Caso Radilla) que en México no sólo debe apli-

⁸ Cfr. Artículo 1º *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁹ El principio *pro personae* supone que cuando existen distintas interpretaciones posibles respecto de una situación jurídica concreta, se deberá elegir aquella que ofrezca una protección más amplia para el titular de los derechos humanos. Cfr. *Idem*.

¹⁰ *Idem*.

carse el control de convencionalidad *ex officio*, sino que éste debe ser congruente con el sistema de control constitucional mexicano.

Por lo anterior, el Pleno determinó que todas las autoridades del país, con independencia del poder o nivel de gobierno al que pertenezcan, tienen competencia para aplicar mecanismos de control constitucional, para que en todo acto de autoridad prevalezca la tutela por los derechos humanos y el respeto por el orden constitucional.¹¹ Al efecto, nuestro máximo tribunal reconoció que la Constitución mexicana está protegida por los siguientes mecanismos de control constitucional:¹²

- Control Concentrado. Es realizado por los tribunales de amparo del Poder Judicial de la Federación, mediante los siguientes mecanismos: Controversias Constitucionales, Acciones de Inconstitucionalidad, Amparo Indirecto y Amparo Directo.
- Control por Determinación Constitucional Específica. Es ejecutado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuando advierta que una ley secundaria contraviene el texto constitucional, provocando su inaplicación en un caso concreto.¹³
- Control Difuso. Es realizado por el resto de los órganos jurisdiccionales cuando inaplican una norma general inconstitucional en un caso concreto. En el ámbito federal es ejecutado por los Juzgados de Distrito y por los Tribunales Unitarios de Proceso Federal, en los procesos en los que la litis principal no verse sobre la constitucionalidad de actos o normas, y también por los tribunales administrativos federales, entre los que se encuentran el

¹¹ Cfr: "Resolución del expediente varios 912/2010". En Cossío Díaz, José R., *op. cit.*, pp. 876-880.

¹² Cfr: *Idem.*

¹³ "Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación". Artículo 99, párrafo 6o., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. Por lo que hace al ámbito local, el control difuso es realizado por los jueces, tribunales administrativos y juzgados o tribunales electorales locales.

- Control por Interpretación más Favorable. Es ejecutado por las autoridades del país que no tengan competencia para ejercer los otros tipos de control constitucional. Éste tipo de control es ejercido por las autoridades administrativas y se ejerce con base en lo dispuesto por el artículo 1º constitucional.

Recientemente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó el artículo primero constitucional en la contradicción de tesis 293/2011, y al efecto consideró que los derechos humanos reconocidos en fuente constitucional o internacional tienen la misma eficacia normativa. En la sesión en la que se resolvió la contradicción de tesis, la Ministro Sánchez Cordero afirmó que comparte “... la existencia – llamémosle– de un bloque de derechos o pluralismo constitucional o masa de derechos humanos en los que se integran en el mismo rango la Norma Suprema y los provenientes de fuente internacional ...”.¹⁴

En la contradicción de tesis 293/2011, el Pleno también resolvió que en toda interpretación de normas de derechos humanos deben prevalecer los límites o las restricciones que la Constitución impone al ejercicio de un determinado derecho, sobre la mayor protección que pudiera ofrecer algún tratado internacional de la materia.¹⁵ Sostenemos

¹⁴ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 3 de septiembre de 2013”, México, pp. 5 y 6, 1º de agosto de 2014, https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/03092013PO.pdf

¹⁵ “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.” Cfr. Tesis P./J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

que lo anterior colisiona directamente con el espíritu de la reforma constitucional del año 2011, pues limita la aplicación de la interpretación conforme al principio *pro personae*, ya que no se aplicará la norma que más favorezca a la persona cuando la Constitución establezca algún límite al ejercicio de los derechos humanos.

Con motivo del fallo antes mencionado, el Pleno interpretó el alcance del artículo primero constitucional en la Jurisprudencia cuyo rubro establece “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL “PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”,¹⁶ al resolver la

¹⁶ Cfi: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL “PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.” *Semanario Judicial de la Federación*, 10ª Época, Pleno, viernes 25 de abril de 2014, tesis P./J. 20/2014.

Contradicción de Tesis 293/2011. En dicho criterio, el Pleno reconoció lo siguiente:

- Los derechos fundamentales constituyen el parámetro de regularidad normativa de toda interpretación constitucional, con independencia del ordenamiento en el que se encuentren reconocidos.
- La Constitución y los tratados internacionales no se relacionan en términos jerárquicos.
- La Constitución Federal es la norma suprema del sistema jurídico mexicano, motivo por el que las otras normas (incluyendo a los tratados internacionales) deben ajustarse a ella.
- En toda interpretación relacionada con derechos humanos deben prevalecer y se deben respetar los límites que la Constitución establece para su ejercicio frente a la amplitud que pueda ofrecer algún tratado internacional.

Como consecuencia de lo anterior, en relación con la obligación que tienen todas las autoridades del país a ejercer en todo acto el control de constitucionalidad que les competan, entre la variedad reconocida por el Pleno en la resolución al expediente varios 912/2010, podemos sostener que en México se ha pasado de un Estado Legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, y que el ordenamiento jurídico se ha constitucionalizado. Lo que significa, en palabras de Luis Vigo:

... La constitucionalización del derecho supone que el especialista de una rama del mismo está interpelado siempre –de manera más directa a indirecta– por la norma fundamental, y el jurista debe buscar en ella primariamente la respuesta jurídica que necesita. Se trata de tomar en serio a la Constitución, inexorablemente por

parte de todos los juristas, y en consecuencia promover su vigencia integral forzando a autoridades y a ciudadanos a respetarla.¹⁷

III. Los paradigmas constitucionales

La ciencia del Derecho se ha construido a partir de paradigmas que han delimitado la ruta para explicar su objeto, han dado la pauta para conceptualizarlo y han fijado las bases metodológicas para realizar todo estudio jurídico.

Sostenemos que los paradigmas del Derecho se fijan con el concepto que se tenga de éste, pues dicha conceptualización condiciona su estudio. Así, por ejemplo, la conceptualización que se tenía del Derecho como algo eminentemente jurisprudencial y que sirvió de paradigma de todo estudio jurídico hasta la creación del Estado Moderno, fue superada al llegar a la modernidad, cuando el paradigma del Derecho fue superado y se identificó con la Ley y con el principio de legalidad.¹⁸

Thomas Kuhn definió los paradigmas como “... realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica...”¹⁹

El paradigma se concibe como un logro de una comunidad científica o como una forma nueva y aceptada manera de resolver problemas en una ciencia, al servir como modelo para la investigación y para la formación de una determinada teoría.²⁰

El paradigma también puede concebirse como una serie de valores compartidos que “... pueden ser importantes y determinantes para el comportamiento del grupo, aun cuando los miembros del grupo no

¹⁷ Vigo, Rodolfo, *op. cit.*, *De la ley al derecho*, 3a. ed., México, Porrúa, 2012, p. 9.

¹⁸ *Cfr.* *Ibidem*, p. 16.

¹⁹ Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 8ª reimpr., trad. de Contin, Agustín, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 13.

²⁰ *Cfr.* *Ibidem*, pp. 268-270.

los apliquen todos de la misma manera ...”.²¹ Desde esa perspectiva, se concibe como un conjunto de métodos y de reglas utilizadas por la comunidad científica para realizar una investigación.

De acuerdo con Kuhn, el cambio de paradigma en las ciencias no ocurre porque el nuevo paradigma responda mejor a las necesidades de una determinada ciencia que el viejo; sino que dicho cambio se efectúa cuando el paradigma superado se vuelve cada vez más incapaz de resolver los problemas científicos que se le presentan, provocando su abandono en favor de otro que puede hacer frente a las nuevas necesidades científicas.²²

Para efectos del presente trabajo, definiremos la palabra paradigma como todo patrón o modelo que es necesario para detectar, abordar y resolver problemas científicos, que fija un modo de trabajo universalmente aceptado y que une y compromete a los científicos bajo una misma visión. En ese sentido, podemos afirmar que las investigaciones que se fundan en paradigmas compartidos se encuentran comprometidas con las mismas reglas del paradigma común.

Desde la creación del Estado Moderno, la Constitución ha sido conceptualizada de muy distintas maneras. Los conceptos que se han tenido de ella han servido de paradigmas para los estudios que la Teoría Política, la Teoría del Derecho, el Derecho o la Filosofía han hecho de la Carta Magna. Así, por ejemplo, el estudio que se realice considerando a la Constitución como una simple ordenación política no será igual que el que la considere como una norma.

En ese sentido, Paolo Comanducci afirma que el problema que atañe a la interpretación constitucional radica en que los estudiosos parten de distintos paradigmas o de distintos conceptos de constitución al momento de interpretarla, cuando afirma que “... buena parte de las discusiones actuales sobre la interpretación constitucional proceden de una configuración no compartida del objeto constitución que, a su

²¹ *Ibidem*, p. 285

²² *Cfr.*, *Ibidem*, pp. 115-117.

vez, deriva de opciones previas metodológicas o ideológicas ...”.²³ Para el autor genovés, el objeto Constitución constituye el paradigma que establece y delimita la metodología de la interpretación constitucional.

Pero, ¿cómo podemos conceptualizar la Constitución para fijar un paradigma? Riccardo Guastini afirma que el concepto constitución representa cuatro realidades: un ordenamiento político de tipo liberal, un conjunto de normas jurídicas fundamentales que caracterizan e identifican todo el ordenamiento, un simple documento así denominado y un texto normativo revestido de ciertas características diferenciadoras con los otros textos.²⁴

Al igual que Guastini, distintos políticos, juristas y filósofos han definido la Constitución a lo largo de la historia desde muchos y muy diversos puntos de vista. Sería una tarea titánica intentar exponer en este trabajo todos los conceptos que han servido de paradigma para los diversos estudios constitucionales. Por tal razón, nos parece conveniente rescatar la tesis de Comanducci, en la que agrupa las principales doctrinas que han definido o conceptualizado a la constitución.²⁵

Resulta conveniente resaltar que desde nuestra perspectiva, lo que se considere como constitución no sólo sirve como paradigma de la interpretación constitucional (como sostiene Comanducci) sino que también fija las bases para cualquier aproximación o estudio que se realice del ámbito constitucional.

A continuación nos limitaremos a describir brevemente los modelos constitucionales propuestos por Comanducci, atendiendo a su división originaria de metamodelos de Constitución como orden y de Constitución como norma; metamodelos que a su vez se dividen en los modelos axiológicos y declarativos.

²³ Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación constitucional”, en Gaxiola, Jorge *et al.*, (Coords.), *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2006*, 2ª ed., México, Fontamara, 2012, p. 39.

²⁴ Cfr. Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 23-39.

²⁵ Cfr. Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 38.

La Constitución como orden

Conceptualizar a la Constitución como orden es considerarla como un discurso político en el que se precisa o se detalla la estructura de la sociedad y del Estado. Para Comanducci, en el metamodelo de Constitución como orden tienen cabida dos modelos o paradigmas constitucionales.

Primer paradigma: axiológico de Constitución como orden

Define a la Constitución como la unidad política del pueblo. Corresponde con los pensadores análogos a Carl Schmitt que la conceptualizan como un orden social previsto de valor.

En el anterior modelo, las normas que puedan generarse en el ordenamiento jurídico son una simple consecuencia del orden social y político otorgado por la Constitución. Ello atiende a que “... antes de ninguna determinación de normas hay una decisión política fundamental del titular del poder constituyente ...”.²⁶

Segundo paradigma: declarativo de Constitución como orden

Por su parte, el modelo declarativo de Constitución como orden (al que nos referiremos como el segundo paradigma constitucional), la equipara con los fenómenos sociales que se relacionan con ella. En este paradigma, la Constitución es “... un objeto que no posee valor intrínseco ni genera normas ...”;²⁷ motivo por el cual puede ser explicada y estudiada por otras ciencias como la Sociología, la Política, etcétera.

Por lo anterior, Comanducci afirma que en el segundo paradigma constitucional “... de modo más preciso ‘Constitución’ designa, en esta acepción, una situación estable para un tiempo determinado de las

²⁶ Schmitt, Carl, “Verfassungslehre”, citado en *Ibidem*, p. 45.

²⁷ *Ibidem*, p. 41.

relaciones de poder, sociales y políticas; equivale a la estructura fundamental de la sociedad y/o del Estado ...”²⁸

La Constitución como norma

Para los estudiosos del Derecho, los modelos que conciben a la Constitución como una norma, son los que cobran verdadero sentido, pues estos paradigmas conceptualizan a la Constitución como un ordenamiento que puede ser interpretado, violentado y controlado.²⁹ Para Comanducci, existen dos modelos que se derivan del metamodelo de Constitución como norma, a los que nos referiremos como los paradigmas constitucionales tercero y cuarto.

Tercer paradigma: declarativo de Constitución como norma

El tercer paradigma (propio de las tesis positivistas), denominado modelo declarativo de Constitución como norma, rechaza la idea de que ésta contenga o esté revestida de principios o de valores axiológicos; lo que provoca que todo estudio que se haga de ésta, se realice desde una perspectiva formalista avalorativa.

En ese modelo, las normas constitucionales carecen de valor intrínseco, pues sólo contienen reglas de creación normativa y de cierto contenido mínimo que es otorgado por el Constituyente y que sirve como fundamento del sistema jurídico. Para Comanducci, en este modelo se concibe a “... la constitución (*sic*) como un texto normativo

²⁸ *Idem.*

²⁹ Para Comanducci los dos primeros modelos hacen referencia a “... los elementos más relevantes del sistema social y / del sistema político. “Constitución” como orden, puesto que designa una cristalización de las relaciones de poder, sociales y políticas ...” “Tanto el primero como el segundo modelo (de Constitución como Orden, de manera descriptiva y axiológica), la Constitución no es una norma sino un conjunto de fenómenos sociales: lo cual permite distinguir con claridad esos modelos del tercero y cuarto, y otorgarles la idéntica denominación de modelos de la constitución como orden”. *Ibidem*, pp. 41 y 43.

específico, de tal modo que se habla del concepto documental de constitución (*sic*), o de ‘constitución formal’ ...”³⁰

Hans Kelsen, uno de los máximos exponentes del positivismo jurídico del siglo XX, sostuvo en su Teoría Pura, que el Derecho es pura ciencia y como tal debe alejarse de la moral, la justicia o la política. Desde su zócalo teórico, lo que tiene un verdadero valor es la certeza, que sólo puede conseguirse con el formalismo expresado en normas positivas. Al respecto afirmó que:

En esto reside esencialmente la pureza de la teoría pura del derecho: ella quiere ser solo (*sic*) ciencia y no política; y no puede ser política, es decir realización de los valores sociales que se encuentran bajo el nombre de justicia, porque opina que la respuesta al problema de la justicia permanece inalcanzable para la ciencia racional.³¹

Para Kelsen, la Constitución es la norma hipotética fundamental de todo sistema jurídico,³² que establece las bases sobre las cuales se expiden las normas secundarias y que sirve para construir el sistema normativo, al establecer su unión y coherencia.

No obstante que, en el modelo positivista, la Constitución tiene una fuerza normativa que se refleja en todo el sistema jurídico, resulta conveniente precisar que en este paradigma no se puede considerar que la Constitución contenga principios, cuestiones axiológicas, morales o parámetros de justicia que impacten cualitativamente al ordenamiento jurídico y que condicionen la aplicación del Derecho; ya que, desde esta perspectiva, la Constitución sólo es una norma vigente que reviste ciertas cualidades formales.

³⁰ *Ibidem*, p. 49.

³¹ Kelsen, Hans *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, 15ª ed., trad. de Garzón, Ernesto, México, Fontamara, 2011, p. 50.

³² *Cf.*: Kelsen, Hans, *Teoría general del estado*, trad. de Legaz, Luis, Labor, Barcelona, 1934, pp. 325-327.

Cuarto paradigma: axiológico de Constitución como norma

El cuarto paradigma (al que nos referiremos como el paradigma neo-constitucionalista y que abordaremos posteriormente con más detalle) corresponde con el pensamiento de los juristas de la segunda posguerra del siglo xx que han considerado que la Constitución es una norma con valor intrínseco, que está integrada por una serie de principios y cuestiones axiológicas que rigen e impactan cualitativamente al ordenamiento jurídico; cuestiones que pueden estar (o no) contenidas de manera expresa en el texto constitucional.³³

Al respecto, Comanducci sostiene que en el cuarto modelo:

La Constitución se sitúa en el vértice de la jerarquía de las fuentes y además, modifica cualitativamente esa jerarquía. El “leycentrismo” del modelo estatal francés es sustituido por la omnipresencia de la constitución, que informa por sí misma a todo el sistema: por ejemplo, toda la legislación es entendida como actuación de la constitución y se interpreta a la luz de la constitución ...³⁴

En el cuarto paradigma, la Constitución no sólo está integrada por reglas sino que también contiene principios, y su aplicación e interpretación debe realizarse no sólo por subsunción, sino que también mediante la ponderación.

Autores como Comanducci, Robert Alexy o Ronald Dworkin sostienen que la Constitución, al estar integrada por principios, sirve como un puente entre el Derecho y la moral, y afirman que en el ámbito jurídico se deben respetar los principios morales que están reconocidos o institucionalizados en la Constitución.³⁵

³³ Cfr. Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 52.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 52-53.

IV. ¿Qué es el neoconstitucionalismo?

En el año 1997, Sussana Pozzolo acuñó por primera vez el término neoconstitucionalismo para referirse a una corriente doctrinal relativa a las tesis de algunos iusfilosóficos que compartían una manera distinta de acercarse al Derecho y que fijaron una crítica directa al positivismo, como Alexy, Dworkin y otros autores con tesis afines.³⁶

Pozzolo puso de manifiesto cuatro pares antagónicos entre neoconstitucionalismo y positivismo: “Principios *versus* Normas, Ponderación *versus* Subsunción, Constitución *versus* Independencia del Legislador y Jueces *versus* Libertad del Legislador”.³⁷

El neoconstitucionalismo surge como una teoría, ideología o doctrina que ha servido de paradigma de estudio para explicar el fenómeno jurídico después de la Segunda Guerra Mundial.

En su perspectiva teórica, el neoconstitucionalismo aspira a describir los logros de la constitucionalización del Derecho. A diferencia del positivismo clásico, el fenómeno de la constitucionalización se caracteriza por una Constitución invasora que se integra por principios morales o axiológicos que impregnan cualitativamente a todos los actos de interpretación y de aplicación de las normas que conforman ordenamiento jurídico.³⁸

La perspectiva ideológica del neoconstitucionalismo radica en su principal objetivo: tutelar los derechos humanos. En ese sentido, Comanducci afirma que a diferencia del constitucionalismo tradicional de los siglos XVIII y XIX:

... el neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna por su defensa y ampliación.

³⁶ Cfr. Núñez, José, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley ¿el constitucionalismo del derecho libre?*, México, Porrúa, 2013, pp. 44 y 45.

³⁷ *Ibidem*, p. 46.

³⁸ Cfr. Comanducci, Paolo, *op. cit.*, pp. 74-81.

En particular subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales.³⁹

En el neoconstitucionalismo, el eje central de la interpretación constitucional y de toda norma se centra en principios constitucionales y en los derechos humanos que constituyen un puente entre el Derecho y la moral, categorías que tienen una conexión “...necesaria, identificativa y/o justificativa”.⁴⁰

V. Los autores neoconstitucionalistas

Miguel Carbonell refiere en el nombre del libro *Neoconstitucionalismo(s)* (en el que compila algunos artículos académicos de autores que han sido considerados como neoconstitucionalistas) que no existe una sola tesis neoconstitucionalista de la que partir, puesto que no existe uniformidad en las posturas doctrinales de los autores que compiló.

En este libro, Carbonell ubica como autores neoconstitucionalistas a Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, José Juan Moresco, Luis Prieto Sánchis, Alfonso García Figueroa, Susana Pozzolo, Juan Carlos Bayón, Santiago Sastre Ariza y Mauro Barberis.

A continuación expondremos las tesis de los autores, que a nuestro juicio, ejemplifican de una manera más clara los postulados neoconstitucionalistas, de los que pretendemos extraer algunas características comunes que nos permitan proyectar los elementos básicos que integran el paradigma neoconstitucionalista.

³⁹ *Ibidem*, p. 79.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 81.

*Luigi Ferrajoli*⁴¹

En el seminario “Cambio de paradigma en filosofía”, organizado por la Fundación Juan March en el año 2001, Luigi Ferrajoli confrontó el paradigma del Estado de Derecho, en el que la Ley es la principal fuente del Derecho (que corresponde con las tesis positivistas), con el del Estado Constitucional de Derecho, en el que la Constitución (integrada por principios y reglas) emerge como la principal fuente del Derecho.

Ferrajoli afirma que el Estado Legislativo de Derecho surgió con el “[...] cambio de paradigma de la jurisdicción, que deja de ser producción jurisprudencial del Derecho y se somete a la ley y al principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación [...]”.⁴² Para él, el Estado legislativo surge con el Estado Moderno y con la afirmación de que el Derecho sólo es aquél que es válido formalmente, sin importar si es justo o injusto; ya que (en ese paradigma) el Derecho es aquél que emana de la voluntad de la autoridad que es competente para emitir normas jurídicas en un Estado.

Para el autor italiano, en el Estado Constitucional de Derecho (que corresponde con la perspectiva neoconstitucionalista) se modifican las condiciones de validez de las leyes, pues éstas no sólo dependen de los procesos formales de creación normativa que emanan de la voluntad del legislador, sino que su contenido queda condicionado a su congruencia con los principios constitucionales.

Desde esa perspectiva, el autor afirma que: “... en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a éstas prohibiciones y obligaciones de contenido ...”.⁴³

En ese sentido, el contenido de Ley no sólo queda supeditado a las prohibiciones y a las obligaciones establecidas por la Constitución,

⁴¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 13-29

⁴² *Ibidem*, p. 16.

⁴³ *Ibidem*, p. 18.

sino que también es completado con el contenido de los derechos humanos que son reconocidos en el ordenamiento fundamental. Por tal motivo, resulta indispensable realizar un cambio paradigmático en la función jurisdiccional, para que los jueces dejen de resolver los casos de manera a lo previsto en la Ley, para que la apliquen sólo cuando ésta sea acorde con el contenido constitucional. Desde esta perspectiva “... el juez tiene el deber de censurar como inválida (la Ley) mediante la denuncia de su inconstitucionalidad cuando no sea posible interpretarla en su sentido constitucional ...”⁴⁴

Para Ferrajoli:

La existencia de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había dissociado de la justicia, se desocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con las normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.⁴⁵

Robert Alexy

Sostiene que en Alemania se consolidó un Estado Constitucional Democrático, con posterioridad a los regímenes socialistas que gobernaron hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, que se ha caracterizado por el reconocimiento que la Constitución ha hecho de los siguientes principios fundamentales: principio de la dignidad humana (del cual emanan los derechos humanos institucionalizados o también denominados por él como derechos constitucionales), principio de libertad, principio de

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 18.

igualdad, principios relativos a la estructura y los principios relativos a los fines del Estado de Derecho.⁴⁶

Respecto de los derechos constitucionales, Alexy precisa que tienen con respecto al ordenamiento jurídico las siguientes características:

- Un máximo rango en el ordenamiento jurídico, al estar reconocidos en la Constitución; motivo por el que se imponen sobre cualquier norma o principio inferior, atendiendo que los principios de la norma superior derogan a las normas inferiores.⁴⁷
- Una máxima fuerza jurídica, pues gozan de plena tutela judicial. Por tal razón sostiene que:

... la observancia de todos los derechos fundamentales se halla plenamente controlada por los tribunales, comenzando por los inferiores, así en un tribunal administrativo, y terminando por el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe...⁴⁸

- Una máxima importancia en el objeto, que se explica por el contenido que reconocen: la dignidad humana.
- Un máximo grado de indeterminación, ya que son mandatos de optimización cuya realización no se encuentra específicamente delimitada sino que puede llevarse a cabo en la mayor medida posible.

Para Alexy, los derechos constitucionales son:

⁴⁶ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, trad. de García Figueroa, en Carbonell, Miguel (comp.), *op. cit.*, p. 31.

⁴⁷ *Cf. Ibidem*, pp. 32-37.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 33.

... los derechos humanos (que) se institucionalizan mediante su transformación en derecho positivo. Si esta transformación tiene lugar en un nivel de jerarquía del sistema jurídico que puede llamarse ‘constitucional’, los derechos humanos se transforman en derechos constitucionales.⁴⁹

De la anterior afirmación podemos inferir una idea básica para comprender la postura del renombrado autor: que los derechos humanos son anteriores al derecho positivo y que éste sólo los institucionaliza cuando los reconoce en una norma fundamental. Por tal razón, los derechos humanos además de ser abstractos, fundamentales, universales y prioritarios también son derechos morales.⁵⁰

Resulta conveniente resaltar que para Alexy, existe una relación necesaria entre la fundamentación de los derechos constitucionales y la de los derechos humanos, al sostener que si “...los derechos humanos no pueden fundamentarse entonces tampoco se podrán fundamentar los derechos constitucionales...”⁵¹

Hablar de derechos humanos institucionalizados o derechos constitucionales, desde la anterior óptica supone:

...tratar a los derechos constitucionales como exigencias de optimización; esto es, como principios y no como simples reglas. En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades normativas y fácticas.⁵²

⁴⁹ Alexy, Robert, “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, trad. de Larrañaga, Pablo, en Vázquez, Rodolfo y Zimmerling, Ruth (coords.), *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004*, 1a. reimpr., México, Fontamara, 2007, p. 60.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

⁵¹ *Ibidem*, p. 52.

⁵² *Ibidem*, p.61.

Alexy sostiene que la diferencia entre principios y reglas, como estructuras normativas, radica en que los primeros constituyen mandatos de optimización que suponen que algo sea realizado en la mayor medida posible (por lo que pueden ser cumplidos o respetados en mayor o menor medida) y que tienen un carácter *prima facie*, debido a que pueden ser desplazados por otros principios cuando entren en conflicto.⁵³ Por lo que hace a las reglas, refiere que “... son normas que pueden ser cumplidas o no...”⁵⁴ de manera definitiva y determinante, pues establecen de manera clara y precisa una determinada conducta que debe respetarse (a diferencia de los principios que sí aceptan un nivel de cumplimiento, debido a su amplitud y a su naturaleza abstracta).^{55,56}

Los conflictos que se susciten entre derechos humanos institucionalizados, en tanto que son principios, se resuelven mediante la ponderación, con base en el principio de proporcionalidad que supone resolver el caso concreto atendiendo a sus circunstancias, aplicando la Ley de la ponderación, que supone que: “...cuanto mayor es el grado de no satisfacción, o perjuicio, de un principio, tanto más importante es satisfacer el otro (principio)...”⁵⁷

Podemos sostener que el pensamiento de Alexy, específicamente por lo que hace a sus consideraciones sobre los derechos humanos institucionalizados, rompe de manera directa con los paradigmas positivistas, por dos principales razones:

⁵³ Cfr. *Ibidem*, pp. 79-80.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 68.

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 80-82.

⁵⁶ Destacamos que existen críticas a la postura de Alexy, como las sostenidas por Aarnio y Prieto Sanchis, pero que éstas no serán abordadas en el presente trabajo al no consistir en el tema central del mismo. Véase: Cianciardo, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año xxxvi, núm. 108, septiembre-diciembre 2013, pp. 891-906.

⁵⁷ Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, trad. de Jowers, Rebecca, México, Fontamara, 2010, p. 58.

- Deja atrás la consideración de que el universo normativo sólo se compone de proposiciones deónticas dotadas de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica, para dar lugar a uno en el que tienen cabida los mandatos de optimización que tienen la máxima operatividad y jerarquía en el ordenamiento jurídico.
- El fundamento de los derechos humanos institucionalizados no descansa en la voluntad del constituyente ni en su validez formal; sino en el fundamento de los derechos humanos, que radica en la dignidad humana. Por tal motivo, el fundamento de los derechos constitucionales resulta anterior al derecho positivo.

Gustavo Zagrebelsky

Al igual que Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky sostiene que el Estado de Derecho Legislativo ha quedado superado y que el Derecho actual se sostiene por principios y no sólo por reglas. Para él, el Derecho por reglas del Estado de Derecho decimonónico es distinto al Derecho por principios del Estado Constitucional contemporáneo.

El cambio estructural en el Derecho (de reglas a principios) comporta consecuencias muy serias para la jurisdicción que se basa en principios que tienen un significado autoevidente, pues "...sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, <constitutivo> del orden jurídico..."⁵⁸

El autor sustenta que el positivismo jurídico, que defiende al Estado Legal de Derecho, refuta las normas de principios por ser vagas y por esconder un vacío jurídico que produce una contaminación de las verdaderas normas jurídicas (refiriéndose a las reglas) con afirmaciones políticas que no pueden alegarse frente a un juez, puesto

⁵⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 10a. ed., trad. Gascón, Mariana, Trotta, Madrid, 2011, p. 110.

que la operatividad de los principios queda delimitada por los sucesivos desarrollos que de estos realice la Ley.

La crítica positivista a las normas constitucionales de principios parte de una postura teórica: defender la única y verdadera concepción del Derecho (referido a la Ley) frente a las incursiones de la política, para poder preservar el Derecho positivo frente al Derecho natural.⁵⁹

Respecto del constitucionalismo contemporáneo, Zagrebelsky afirma lo siguiente:

El segundo rasgo característico del constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico. Esto constituye un cambio importante respecto a las concepciones del Estado de derecho. Durante mucho tiempo no se advirtió y tales principios fueron relegados al limbo de las proclamaciones meramente <<políticas>>, sin incidencia jurídica práctica.⁶⁰

Para el autor referido, la concepción del Derecho por principios implica el regreso del Derecho a la realidad, por su carácter autoevidente. Para él, la "...realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte ... la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias..."⁶¹

Finalmente, Zagrebelsky sostiene que la pluralidad de los principios y el hecho de que no exista una jerarquía formal entre ellos provoca que no pueda existir una ciencia en su articulación, sino una prudencia en su ponderación; y afirma que para que coexistan los principios es necesario eliminar su carácter absoluto (para permitir la ponderación),

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 109-111.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 93.

⁶¹ *Ibidem*, p. 118.

a diferencia de las reglas que no pueden ser relativas, pues están diseñadas para cumplirse de manera absoluta. También argumenta que la dimensión del Derecho por principios es necesaria para la supervivencia de una sociedad pluralista, pues en ellos se afirman los valores en los que se desenvuelve la sociedad.⁶²

Luis Pietro Sanchís

Resulta conveniente rescatar el postulado de Luis Prieto Sanchís respecto de la exigencia de renovación del Derecho. El autor concreta en cinco puntos las ideas de los autores antes expuestos, incluyendo las de Comanducci, e inclusive de otros que han sido considerados como neoconstitucionalistas por la doctrina, que no fueron expuestos anteriormente pero que han hecho una crítica al positivismo y han sostenido la necesidad de abandonar la Ley como la principal fuente del Derecho.

Prieto Sanchís, parte de la siguiente afirmación:

...la ley (*sic*) ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho que pretendió ser en otra época, y tal vez éste sea el síntoma más visible de la crisis de la teoría del Derecho positivista, forjada en torno a los dogmas de la estatalidad y de la legalidad del Derecho...⁶³

El autor, también, sostiene que el constitucionalismo contemporáneo exige un cambio en la Teoría del Derecho para que pueda explicar una nueva realidad jurídica que está marcada por cinco líneas de evolución:⁶⁴

⁶² Cfr. *Ibidem*, pp. 123-125.

⁶³ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 131.

⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 131 - 137.

- La Constitución se integra por más principios que reglas.
- La ponderación se impone a la subsunción como principal método de aplicación del Derecho.
- La Constitución es omnipresente en todas las ramas del Derecho y se ve reflejada en todos los conflictos jurídicos, así como en las facultades legislativas y reglamentarias.
- La autonomía del legislador es superada por la omnipresencia de la Constitución en la actividad judicial.
- El Derecho deja de concebirse como una homogeneidad ideológica determinada por un “...puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas...”⁶⁵ para integrarse por una constelación de valores que pueden ser contradictorios, que sirven como base para su aplicación.

VI. Un acercamiento al paradigma neoconstitucionalista

El paradigma neoconstitucionalista sirve para explicar el fenómeno jurídico en los ordenamientos en los que el Derecho ha transitado de un legalismo a un constitucionalismo, en el que los derechos humanos institucionalizados y los principios jurídicos reconocidos en la Constitución juegan un papel primordial y activo en todos los actos de autoridad, como sucede en México.

Aunque apenas hemos abordado someramente algunas tesis de unos pocos autores neoconstitucionalistas, nos aproximaremos a los elementos comunes de sus postulados, para derivar dos elementos del paradigma neoconstitucionalista.

No obstante que reconocemos que existen muchos más postulados comunes, de los que se puede derivar otros elementos del paradigma neoconstitucionalista, nos limitaremos a abordar dos cuestiones co-

⁶⁵ *Ibidem*, p. 132.

munes de las posturas doctrinales expuestas a lo largo del presente trabajo: ¿qué es la Constitución? y ¿cómo se aplica el Derecho?

Las respuestas a las preguntas planteadas constituyen los dos elementos del paradigma neoconstitucionalista a los que nos aproximaremos en este trabajo. Los elementos paradigmáticos del neoconstitucionalismo que ha arrojado nuestra investigación son los siguientes:

La Constitución es una norma integrada por principios y por reglas que rigen la actuación de las autoridades estatales y la aplicación del Derecho

A la pregunta: ¿qué es la Constitución? Los autores expuestos comparten la afirmación de que es una norma integrada por principios y por reglas; aseveración que deriva en el primer elemento del paradigma neoconstitucionalista.

Como lo sostiene Comanducci, en el ámbito neoconstitucionalista, la Constitución no sólo se integra de reglas, sino que también contiene principios que pueden estar expresamente reconocidos o institucionalizados en el texto constitucional, pero que también “... pueden ser reconstruidos tanto a partir del texto constitucional como prescindiendo de él”.⁶⁶

Los principios supralegales que han sido institucionalizados, al haber inspirado las disposiciones constitucionales, han sido definidos por Robert Alexy como mandatos de optimización que tienen por objeto ordenar que algo se realice en la mayor medida posible, atendiendo a las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso.

Como hemos venido sosteniendo, la Constitución se integra por principios institucionalizados (al estar reconocidos en esa norma) y por reglas. Las normas constitucionales se distinguen de la siguiente manera:⁶⁷

⁶⁶ Comanducci, Paolo. *op. cit.*, p. 52.

⁶⁷ Cfr. Cianciardo, Juan, *op. cit.*, pp. 891- 906.

Normas principio o principios institucionalizados

Las bases axiológicas del Derecho y de todas sus ramas descansan en principios supralegales que inspiran las normas jurídicas (incluyendo a la Constitución), al ser los elementos informadores del ordenamiento jurídico que se ubican en el plano de los valores.⁶⁸

Los principios institucionalizados tienen una fuerza deóntica intrínseca, pues tienen razón de ser por sí mismos. Su contenido es anterior al Derecho positivo, pues éste sólo los reconoce, pero no los crea. Su validez atiende a su propio contenido y a su propia naturaleza, pues reflejan la realidad.

Resulta conveniente reiterar que los principios institucionalizados, como elementos normativos, impactan de manera cualitativa a todo el ordenamiento jurídico, ya que deben ser respetados por las normas del ordenamiento en todo momento.⁶⁹

Un ejemplo de lo anterior lo constituye el principio de dignidad humana, que da sustento a los derechos humanos. Los derechos humanos son válidos y razonables por su propia naturaleza (en cuanto atienden a la propia dignidad humana) y deben ser respetados por todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico, so pena de invalidez, inaplicación o de interpretación conforme, al aplicar el control normativo correspondiente.

Un principio reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de un derecho humano institucionalizado es el artículo 4º constitucional, que dispone que “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa”.⁷⁰ De la disposición transcrita se desprende un mandato de optimización que puede ser cumplido en mayor o menor medida. Así, por ejemplo, una familia tendrá una vivienda digna y decorosa de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurí-

⁶⁸ Cfr. Béjar Rivera, Luis, “Principios, normas y supletoriedad en el derecho administrativo”, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, año 6, núm. 16, 2014, pp. 1-6.

⁶⁹ Cfr. *Idem*.

⁷⁰ Artículo 4, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

dicas, pudiendo ser (por ejemplo) en la ciudad o en el campo, con lujos o sin lujos.

Con lo anterior se comprueba que el derecho humano institucionalizado que utilizamos de ejemplo acepta diversos niveles de cumplimiento, tal y como lo afirma Alexy.

Al igual que Alexy, Ronald Dworkin (otro autor neoconstitucionalista) sostiene que los derechos constitucionales también son principios de tipo moral, y reconoce que existe un grupo de derechos individuales prescritos en un lenguaje muy amplio y abstracto dentro de la Constitución (dentro de las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América, para ser precisos) que sirven de guía para que los operadores del Derecho hagan una lectura moral del texto fundamental, en la que:

... todos los jueces, abogados y ciudadanos interpretemos y apliquemos esas cláusulas abstractas con el entendimiento de que se refieren a principios morales sobre la decencia política y la justicia”;⁷¹ en la inteligencia de que dicha lectura de como resultado la “mejor interpretación de un principio moral.”⁷²

La reforma constitucional del año 2011 impuso a todas las autoridades del Estado mexicano la obligación de “...promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.”⁷³ Los derechos humanos que se han institucionalizado y que deben ser respetados en toda actuación estatal están reconocidos principalmente⁷⁴

⁷¹ Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, en Hongju K., Harold y Slye, Ronald, *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 101.

⁷² *Idem*.

⁷³ Artículo 1, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁷⁴ La Constitución reconoce derechos fundamentales en otras disposiciones, como por ejemplo, los relacionados con los asuntos obrero patronales que se reconocen en el artículo 123 constitucional. *Cfr. Idem*.

en el Capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus primeros 29 artículos.

Reglas o normas regla

Las reglas surgen con el Derecho positivo y tienen razón de ser sólo por y a través de este. Su fuerza deóntica es externa, pues depende de la voluntad del legislador que las genera; motivo por el que su validez, vigencia y obligatoriedad dependen de dicha voluntad, pero no necesariamente de su contenido.⁷⁵

Para ejemplificar una regla contenida en la Constitución mexicana, utilizaremos la relativa a las expropiaciones que “sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”.⁷⁶ El mandato previsto en el artículo 27 constitucional es determinado y preciso, pues contiene una conducta precisa a cumplir u observar que puede ser cumplida o incumplida de manera absoluta y determinante, podrá incumplirse absolutamente cuando una autoridad expropie un bien sin que el motivo de la expropiación sea la utilidad pública, o si no se paga la indemnización correspondiente; pero podrá cumplirse absolutamente si una autoridad expropia un bien por causa de utilidad pública pagando la indemnización correspondiente a los afectados.

Resulta conveniente precisar que la Constitución mexicana está repleta de principios y reglas.

El Derecho se aplica y se resuelve *ad casum*,
con base a lo previsto en la Constitución

A la pregunta: ¿cómo se aplica el Derecho vigente? los autores expuestos han sostenido que el Derecho ha dejado de estar subsumido mecánicamente a lo previsto en la Ley y que ha dejado de estar identificado

⁷⁵ Cfr. Cianciardo, Juan, *op. cit.*, pp. 891- 906.

⁷⁶ Artículo 27, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

con el principio de legalidad, pues el Derecho se aplica atendiendo a las circunstancias específicas del caso concreto refiriendo o tomando como principal base o fundamento a la Constitución.

Lo mencionado se materializa en el momento en el que el operador analiza la normatividad vigente a la luz de la Constitución, controlando las normas secundarias aplicables al armonizarlas con el texto constitucional. La armonización se ejecuta con la ponderación de los principios constitucionales aplicables en el caso concreto, mediante la Ley de la ponderación, y puede tener como consecuencia la inaplicación de las normas secundarias cuya armonización no pueda realizarse.

Lo anterior, ya que –desde ésta óptica– el Derecho ha dejado de estar identificado con el principio de legalidad y con la Ley, para resolverse con base en la mejor solución del caso concreto; solución que está condicionada por la ponderación de los principios constitucionales aplicables.

La existencia del segundo elemento paradigmático en el Derecho mexicano se comprueba con la obligación que tienen todas las autoridades del país para ejercer los mecanismos de control constitucional de su competencia (de entre la gama que reconoció el Pleno en la resolución al Expediente Varios 912/2010); pero en especial, con la realización de la interpretación conforme al principio pro persona, ya que su aplicación trae aparejada la solución más justa al caso concreto, mediante la ponderación de las normas de principio que han servido para institucionalizar los derechos humanos en la Constitución.

VII. A manera de conclusión

Con base en lo expuesto en el primer apartado concluimos que el Derecho mexicano se ha constitucionalizado, gracias a la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, pues todas las autoridades del Estado mexicano han quedado legitimadas para ejercer los controles constitucionales de las Leyes que aplican.

También, hemos concluido que el paradigma positivista, que identifica el Derecho con la Ley y con el principio de legalidad, está siendo superado por el del Estado Constitucional de Derecho; paradigma que puede explicarse teóricamente con las tesis neoconstitucionalistas.

Aunque hemos reconocido que no existe uniformidad respecto de las posturas de los autores que han sido considerados por la doctrina como neoconstitucionalistas, nuestra investigación ha arrojado dos elementos paradigmáticos básicos de dicha corriente doctrinal:

- Toda aplicación normativa se realiza a la luz y tomando como base la Constitución, entendida como un conjunto de principios y reglas.
- El Derecho aplicable ha dejado de estar subsumido mecánicamente a lo previsto por la Ley y al principio de legalidad, para resolverse *ad casum*, mediante la ponderación de los principios constitucionales aplicables al caso concreto.

VIII. Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert, “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, trad. de García Figueroa, en Carbonell, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- , “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, trad. de Larrañaga, Pablo, en Vázquez, Rodolfo y Zimmerling, Ruth (coords.), *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004*, 1a. reimpr., México, Fontamara, 2007.
- , *Derechos sociales y ponderación*, trad. de Rebecca Jowers, México, Fontamara, 2010.
- Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Libro V,X.
- Béjar Rivera, Luis José, *Curso de derecho administrativo*, 3ª reimpr., México, Oxford, 2009.

- , “Principios, normas y supletoriedad en el derecho administrativo”, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, año 6, núm. 16, 2014.
- Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 4ª ed., México, Porrúa, 2011.
- Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 8ª ed., 1ª reimpr., México, Porrúa, 2012.
- Ciacciardo, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año xxxvi, núm. 108, septiembre-diciembre 2013.
- Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación constitucional”, en Gaxiola, Jorge, et al., (Coords.), *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2006*, 2ª ed., México, Fontamara, 2012.
- Cossío Díaz, José R., et al., *El Caso Radilla estudios y documentos*, México, Porrúa, 2012.
- Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, en Hongju K., Harold y Slye, Ronald, *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- Fernández Ruíz, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- Ferrer Mac Greggor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo*, México, Porrúa, 2013.
- Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5ª ed., México, Porrúa, 2007.
- Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de Lujambio, Jose M., *Estudios de teoría constitucional*, 2ª reimpr., México, Distribuciones Fontamara, 2007.
- Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, 15ª ed., trad. de Garzón, Ernesto, México, Fontamara, 2011.
- , *La garantía jurisdiccional de la constitución, la justicia constitucional*, trad. de Rolando Tamayo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

———, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz, Barcelona, Labor, 1934.

Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 8ª reimpr., trad. de Agustín Contin, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Núñez, José, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley ¿el constitucionalismo del derecho libre?*, México, Porrúa, 2013.

Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009.

Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho*, 3a. ed., México, Porrúa, 2012.

Zagrebel'sky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 10a. ed., trad. Gascón, Mariana, Trotta, Madrid, 2011.

Otras

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Sentencia de la CoIDH de 23 de noviembre de 2009, en el caso Radilla Pacheco VS Estados Unidos Mexicanos.

Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 3 de septiembre de 2013, México, 1º de agosto de 2014, https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/03092013PO.pdf