

PRINCIPALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

Rolando Pelaez Ayala

Magister en Derecho Constitucional
y Procesal Constitucional

Tabla de Contenido

1. Introducción
2. Principialismo.
3. El fenómeno del neo constitucionalismo.
4. Algunos enfoques posibles del neoconstitucionalismo.
5. Reflexión final. Bibliografía

1. Introducción. -

El principalismo se constituye en una teoría ética que se basa en la identificación de principios éticos universales que deben ser considerados en la toma de decisiones en situaciones complejas.

El principalismo jurídico es una teoría ética aplicada al ámbito del derecho. Al igual que en el principalismo ético, el principalismo jurídico se basa en la identificación de principios universales que deben ser considerados en la toma de decisiones legales y judiciales.

Los principios fundamentales del principalismo jurídico son la justicia, la igualdad, la autonomía y la dignidad humana. Estos principios se aplican a una variedad de cuestiones legales, desde la elaboración de leyes hasta la toma de decisiones judiciales.

El principalismo jurídico es especialmente relevante en casos en los que hay un conflicto entre los derechos de diferentes personas o grupos. En tales casos, los principios éticos universales pueden ayudar a guiar la toma de decisiones y a resolver los conflictos de manera justa y equitativa.

Por otro lado, el neoconstitucionalismo es una corriente teórica en derecho que se enfoca en la importancia de las constituciones modernas y su papel en la protección de los derechos humanos y el estado de derecho. El neoconstitucionalismo defiende la interpretación de la Constitución como un documento vivo y dinámico, capaz

de adaptarse a los cambios sociales y culturales. Esta corriente teórica también promueve la idea de que los tribunales tienen un papel importante en la protección de los derechos fundamentales, a través de la interpretación y aplicación de la Constitución.

En resumen, el principalismo se enfoca en la ética y la toma de decisiones en situaciones complejas, mientras que el neoconstitucionalismo se enfoca en el papel de las constituciones modernas y la protección de los derechos humanos y el estado de derecho. Aunque son diferentes en su enfoque, ambas corrientes tienen como objetivo promover valores fundamentales en la sociedad y en la toma de decisiones importantes. En el presente artículo se pretende abordar la discusión entre ambas corrientes.

2. Principialismo.-

La doctrina de los principios en el ordenamiento jurídico tiene una larga tradición en la historia del derecho. Así, en el derecho romano, durante el periodo anterior a la Ley de las XII Tablas, la falta de regla favoreció a los magistrados en la creación de principios. En el derecho inglés, a partir del año 1066, comenzó a conformarse el common law por parte de los tribunales y por encima de los derechos locales. En el derecho moderno comenzaron a incorporarse principios en diferentes cuerpos normativos, como la Declaration of Rights En Inglaterra, las enmiendas que se aprobaron con posterioridad a la sanción de la Constitución Estadounidense de 1787 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia. En el Código de Napoleón, de 1804, comienza un periodo de crisis para la corriente principalista, si bien el artículo uno de dicho código establecía que existe un derecho universal e inmutable frente a todas las leyes particulares, este artículo fue suprimido, obligándose al juez a fallar exclusivamente sobre la aplicación de la ley. La escuela francesa de la exégesis dio un paso más al sostener que el único derecho era la ley estatal y que el único canon válido de interpretación era la voluntad del legislador. Los principios quedaban fuera del campo jurídico.

La crisis de la doctrina de los principios vino junto con la crisis de la doctrina de los

derechos naturales: “ Cuando el vasto movimiento de la policía del derecho con la razón y la justicia con el derecho, se elaboró un esquema tan claro y atractivo que su influencia persistió mucho después que acabará por advertirse su carácter ficticio. Según ese esquema, la dirección principal del gobierno es ejercida por el legislador” (Echave & Guidboug, 2008), pero la ficción comenzó a agrietarse con el reconocimiento de la interpretación judicial. Como los jueces eran los más sabios, eran los únicos que podían hacer una interpretación correcta.

Se produjo un resurgimiento del principalismo. A partir de entonces, los jueces comenzarían a rendir culto a la justicia, de la se consideran intérpretes, y se reserva las leyes un papel secundario y subordinado. En otras épocas, esta situación habría sido vista como la propuesta del iusnaturalismo, pero en nuestros días la vieja polémica entre la doctrina del derecho natural y el positivismo ha sido superada por los hechos. No es que se haya resuelto aquella controversia epistemológica en su fundamento racional, aunque ideológicamente enraizada en las conciencias. Todos los argumentos siguen en pie, más las consecuencias prácticas de aquellas posiciones tienden rápidamente a esfumar.

Con el principio mismo, las leyes, pero muy especialmente las constituciones, consagran una multitud de derechos, muchos de los cuales se expresan en términos tan vagos y dependientes de interpretación valorativa como los tradicionales principios del bien y de la justicia. El jurista positivo se ve obligado a buscar la interpretación en su propia conciencia, cualquiera sea el talante meta ético con el que su pensamiento se aproxime a la moral (Echave & Guidboug, 2008). El problema del principalismo, en primer término radica en una cuestión metodológica: ¿cómo conocemos los principios o valores insertos en segmentos de la realidad? En segundo lugar, en la forma desmedida en que se han incorporado y otorgado derechos de una forma tan vaga y ambigua, sin reserva técnica alguna en cuanto a garantizar su aplicación y sin el correlato de obligaciones correspondientes.

3. El fenómeno del neo constitucionalismo.-

El concepto de neoconstitucionalismo abarca un fenómeno relativamente reciente dentro del estado constitucional contemporáneo, que parecen contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de las culturas jurídicas italiana y española, así como en diversos países América Latina. Como corriente jurídica, se halla en pleno proceso de conformación y consolidación. Su origen histórico más inmediato puede hallarse en la valiosa elaboración y jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Alemán, en los primeros años de labor jurisprudencial, luego de la sanción de la llamada ley de Bonn (Nuñez, 2010).

Desde la ley fundamental de Bonn en adelante comenzó un intento por positivos al principio y valor en el derecho positivo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, a partir de mediados de la década del 50, interpretó la ley fundamental de Bonn en el famoso caso "Lüth", para resolver el conflicto de los derechos fundamentales de la siguiente manera: "Ciertamente que la ley fundamental de Bonn no quiere ser un orden valorativamente neutro, en su capítulo de derechos fundamentales también ha plasmado un orden objetivo de valores... El tribunal constitucional tiene meramente que jugar el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el derecho civil y que hace valer su contenido valorativo del enunciado constitucional (Sentencia del BVerfGE 7,198, Lüth, 15/1/58, 1958).

La interpretación del Tribunal Alemán fue una clara recepción de la doctrina del jurista Gunther Dürig, quien en su comentario del artículo uno de la Ley Fundamental de Bonn manifestaba; "El legislador constitucional, una vez que la referencia a Dios como el origen de todo lo creado no pudo ser mantenida, ha hecho profesión de fe en el valor moral de la dignidad humana".

Más amplio en el tiempo es el neoconstitucionalismo, considerado como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinal e institucional, acerca de la función que los jueces están llamados a cumplir en una democracia constitucional.

En este contexto, el neoconstitucionalismo se inicia con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y con las primeras enmiendas de la constitución de los Estados Unidos de América. Pero una acelerada transformación se verifica en los ordenamientos jurídicos y europeos con la sanción de las constituciones, luego de la segunda guerra mundial, y con la tarea que, a partir de ellas, comienzan a desarrollar los tribunales constitucionales de los países de Europa.

Aldunate Lizana, caracteriza el neoconstitucionalismo como un fenómeno que surge con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, como una reacción a la falta de capacidad del derecho para actuar frente a las atrocidades cometidas por los Estados totalitarios" (Aldunate Lizana, 2010). Ello da lugar al surgimiento de un discurso jurídico basado en valores, pero, específicamente, un discurso jurídico fundado en las constituciones. A partir de allí, los jueces deben resolver e interpretar la ley sobre la base del texto constitucional fundado en valores. El Tribunal Constitucional alemán elaboró una jurisprudencia en la que la función de los preceptos sobre derechos fundamentales no se da en una dimensión normativa sino ontológica; así, los enunciados sobre derechos fundamentales dejan de constituir la base para fundar reglas de deber ser y pasan a considerarse un orden objetivo de valores. Las normas de derechos fundamentales definen ahora lo valioso, dejando en libertad de acción al juez.

Pazzolo, (Pozzolo, 2011) señala que esto ha llevado a un lenguaje extremadamente vago y con un alto nivel de abstracción, subordinando la ley al texto constitucional; el legislador pierde independencia, dado que la ley queda sujeta a los criterios de validez que imponen los principios. Por último, la vaguedad de los principios le otorga al juez un gran margen de interpretación creativa sobre la ley; además de interpretar, ahora valora.

La interpretación constitucional y la importancia creciente de la teoría de la argumentación, expresa Cortez Zambrano (Cortez Zambrano, 2012), han constituido un punto crucial en las discusiones. La argumentación juega un papel decisivo al interpretar y, dentro de los modos de argumentar, se encuentra la "ponderación", dirigida especialmente a la interpretación de principios o derechos fundamentales encontrados, y se acude a test o juicios de proporcionalidad y test o juicios de razonabilidad.

Se toma conciencia del carácter complejo de la interpretación constitucional, que, como lo expresa Botero Bernal (Botero Bernal, 2008), depara al interprete un irreducible margen de discrecionalidad, en el que tienen cabida su ideología, sus inclinaciones políticas, por no mencionar las emanaciones inconcientes de su perfil psicológico y las demás improntas subjetivas. 96 En este nuevo escenario jurídico, el juez ya no solo aplica el derecho existente, sino que se configura como creador de nuevo derecho en sus decisiones, y esto es claro cuando se sabe que el intérprete nunca renuncia a introducir en sus sentencias sus concepciones propias

de justicia y política. Esto ocurre frente a la indeterminación de la norma y debemos conformarnos con el que el juez decide lo que el derecho es según la interpretación general de la Constitución.

El neoconstitucionalismo tiene un carácter parcial respecto del constitucionalismo visto como totalidad: le interesa especialmente una parte de la problemática constitucional, que es la relacionada con la protección de los derechos humanos.

García Amado (García Amado, 2007) señala que uno de los errores del neoconstitucionalismo es identificar el positivismo jurídico con el positivismo metafísico del siglo XIX. El neoconstitucionalismo tiene algunas notas comunes con el positivismo del siglo XIX, como la confianza en el fondo perfecto y completo de los sistemas jurídicos o la afirmación de un método que permite hacer de la actividad judicial una tarea más de conocimiento que propiamente decisoria (el método subjuntivo en el positivismo decimonónico, el método de la ponderación en el neoconstitucionalismo); es decir, lo que trata de señalar García Amado es que el neoconstitucionalismo y el positivismo decimonónico son extremos que se tocan.

Este autor indica que una de las notas distintivas del neoconstitucionalismo es la impugnación de la neutralidad de la ciencia jurídica y la apología de la ciencia constitucional militante, moralmente comprometida con un orden axiológico de valores supremos. De ahí que, para el neoconstitucionalismo, una sentencia es correcta cuando en el caso concreto se hayan trasladado los valores supremos que prescribe la Constitución, aun cuando en la sentencia no haya un rastro explícito del método de la ponderación y esté henchida de inferencias erróneas, sofismas y paralogismos.

Con esta corriente se opera un cambio importante en el concepto de derecho en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Se propugna abandonar el legalismo, el jurisdicismo extremo, el legicentrismo y el formalismo jurídico. Se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa en cuanto se respete y desarrolle los derechos humanos, y además sea eficaz y operativa cuando tales derechos estén garantizados en la práctica.

La vigencia señala simplemente que una norma ha sido dictada por las autoridades públicas y pretende producir efectos jurídicos, mientras que la validez jurídica pasa a depender, en gran medida, de la conformidad de la norma jurídica y los derechos humanos de los ciudadanos.

Los autores señalan las siguientes críticas al neoconstitucionalismo (Cortez Zambrano, 2012).

a) Cuando la constitución se materializa, se institucionaliza unos valores que en la sociedad no gozan de consenso, por ejemplo el alcance de la definición humana. Existe la imposibilidad de encontrar un contenido objetivo de cara a la epistemología de las disposiciones constitucionales, lo que hace que se vuelvan inaplicables (García Amado, 2007).

b) Al no existir certeza en el contenido de los valores, el juez no está preparado o legitimado para aplicar la constitución. él es quien impone sus concepciones ideológicas al decidir cuándo el significado que se determina del contenido de una disposición constitucional es altamente indeterminado, lo que ofrece un espacio amplio para el ejercicio de la discrecionalidad del intérprete; el juez impone sus concepciones ideológicas al decidir.

c) Si se habla de un desvanecimiento de la barrera entre ley y constitución, no estaríamos ante una violación del poder democrático; el legislador reduce ostensiblemente el margen de acción para decidir; el legislador democrático sujeta sus decisiones a la fuerza de la constitución, que limita la legitimidad del legislador para legislar.

d) No es claro que exista diferencia entre reglas y principios, explícame (Moreso, 2022) es igual aplicar una regla de un código o una disposición constitucional indeterminada (principio).

e) La ponderación es irracional. implica la comparación de dos cosas diferentes en esencia, incumplen sí; la decisión basada en la ponderación enmascara la subjetividad del juez (García, 2007).

Cortez Zambrano (Corte Zambrano, 2012) concluye que el neoconstitucionalismo trae consigo la necesidad de crear nuevos enunciados epistemológicos, que funden una nueva teoría del derecho que entregue a la comunidad jurídica claridad frente a conceptos como principios, ponderación, transversalidad del derecho constitucional, discrecionalidad de los jueces y homogeneidad ideológica.

Entre algunas de las dificultades que señala Núñez Poblete (Nuñez, 2010), el neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno., (2010), sobre el recurso a los valores omnipresentes, se

hallan las disputas constitucionales entre las atribuciones de los jueces constitucionales y las del legislador. La teoría constitucional, manifiesta, no siempre suele tener presente que el derecho, los derechos y hasta los mismos valores son expresión de un lenguaje y este, de una experiencia. Como casi todos los lenguajes, estos son parciales representaciones de la realidad, de los modos de concebir la y de la experiencia de vivirla. Concluye Núñez Poblete, en este sentido, que la construcción de un derecho constitucional, como si fuere un sistema de valores, tiende a universalizar lo jurídico como si este campo perteneciese al plano de la ética y como si no fuese posible la función desde otra perspectiva.

4. Algunos enfoques posibles del neoconstitucionalismo.-

Un primer interrogante que podemos plantearnos es determinar si el neoconstitucionalismo es un movimiento ideológico propio del estado constitucional o si estamos en presencia de una nueva teoría del derecho. Como fenómeno jurídico (que han cobrado más fuerza desde mediados del siglo XX en adelante), vuelve a traer discusión el viejo debate entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico acerca de la relación entre el derecho y la moral.

García Amado destaca diez notas características del neoconstitucionalismo:

a) La presencia de cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para que éstos sean efectivos en las constituciones contemporáneas.

b) Una serie de normas que constituyen un orden de valores de carácter objetivo.

c) En la constitución reflejaría un orden social necesario.

d) El orden moral objetivo tiene respuestas para cualquier caso.

e) Los jueces son los encargados de hacer efectiva esa propuesta, es decir, de plasmar en el caso concreto los valores objetivos.

f) Los jueces no ejercen discrecionalidad debido a que las soluciones están predeterminadas en el orden axiológico de valores de la constitución.

g) El método de la ponderación es aquel en el cual los jueces captan las soluciones objetivas.

h) La constitución se convierte en una instancia de revisión de la legislación para ver su adecuación al orden de valores.

i) Sus fundamentos son metafísicos, de cortes objetivista y cognitivista, desplaza la argumentación y sus reglas básicas.

j) Posee tres componentes filosóficos importantes, ontológico (objetivismo ético que deriva de los enunciados constitucionales con ambigüedad y su vaguedad), epistemológico (afirma soluciones precisas de ese orden) y axiológico (Elitismo formado por los jueces, quienes tienen el privilegio político de enmendar al legislador, basándose en algún valor moral constitucional) (Pozzolo, 2011).

Para Guatini (Guastini, 2003), el neoconstitucionalismo se caracteriza por:

- Una constitución rígida, escrita, protegida contra la legislación ordinaria, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o aprobadas sin ningún proceso especial previsto por la jurisdicción constitucional.

- La garantía constitucional de la constitución, es decir, un control sobre la conformidad de las leyes con la constitución. de la misma manera.

- La fuerza vinculante de la constitución, esto es, las normas constitucionales tienen efectos jurídicos.

- La sobre interpretación de la constitución, para extraer normas implícitas no expresa.

- La aplicación directa de las normas constitucionales en las relaciones sociales.

- La técnica de interpretación de la ley, para armonizarla con la constitución.

- La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas para resolver conflictos puramente políticos o para justificar acciones y decisiones políticas.

No obstante, Cruz considera que estas consideraciones no son del todo satisfactorias, dado que no permiten distinguir los elementos específicos del neoconstitucionalismo. para este autor, el neoconstitucionalismo es una transformación operada como consecuencia de la adopción de una teoría acerca de lo que es la constitución; un orden valorativo en el que los elementos estructurales del estado obedecen a principios sustantivos que se encuentran en la base del sistema de los derechos fundamentales (Guastini, 2003).

De acuerdo con el análisis que realiza la jurisprudencia del tribunal constitucional

federal alemán, la constitución es un orden vinculante de valores, imposición a la concepción pluralista del estado de derecho y de la democracia.

Aldunate Lizana (Aldunate Lizana, 2010), considera que el neoconstitucionalismo puede abarcar distintos aspectos. por un lado, se lo puede reconocer como una revolución del constitucionalismo relacionado con la praxis y el diseño constitucional. En segundo lugar, lo define como una corriente del pensamiento jurídico, cuyos autores se caracterizan por el descuido o abandono de la función de la constitución como constitución política del estado. identifica el neoconstitucionalismo como una ideología y no como una teoría, debido a la falta de coherencia interna de sus postulados. el neoconstitucionalismo, como doctrina, propone un programa por el que está en juego el concepto de constitución; un programa que es político y social, a cargo de la judicatura y que traslada las discusiones democráticas de la política del ámbito electoral al texto normativo constitucional.

Otro interrogante es acerca de establecer qué tipo de relación puede haber entre el constitucionalismo decimonónico y el neoconstitucionalismo. Comanducci (Comanducci, 2002) señala la diferencia entre constitucionalismo en sentido amplio y constitucionalismo en sentido estricto: "el constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. El constitucionalismo en sentido restringido es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo".

Desde el punto de vista ideológico, Moller (Moller, 2008), considera al neo constitucionalismo "como el movimiento jurídico de oposición a la lógica del estado decimonónico, donde imperaba el legalismo, el culto a la ley y la concepción de actividad judicial como actividad mecánica y autómata de aplicación de la ley". Como teoría del derecho pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa, eficaz y operativa, sobre la base de los derechos fundamentales, para que ellos estén garantizados en la práctica.

Para Santiago (Santiago, 2008), la Constitución, su contenido, sus principios, sus valores, su función jurídica y política y no la ley formal en su frío deber ser, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica, de la teoría jurídica del neoconstitucionalismo".

Junto con el enfoque ideológico y teórico, aparece el punto de vista denominado neoconstitucionalismo metodológico, relacionado con Dworkin y Alexy. En oposición al positivismo metodológico

conceptual, el neoconstitucionalismo metodológico sostiene que desde el punto de vista de los derechos constitucionales, los derechos y principios fundamentales son el vínculo entre el derecho y la moral; por lo tanto, adhiere a la tesis de conexión necesaria entre ambos órdenes.

La clasificación que hace Comanducci (Comanducci, 2002), respecto al neoconstitucionalismo ha sido efectuada de manera análoga a la que realiza Bobbio, al dividir el positivismo jurídico en ideológico, teórico y metodológico. Comanducci (Comanducci, 2002) señala que es una categorización arbitraria, por lo que no pretende ser una clasificación precisa de lo que es esta corriente, pero que ha tratado de abarcar distintos aspectos y contenidos que permiten hacer esta distinción.

Del análisis de la clasificación que realiza, en correspondencia con los demás análisis realizado, podemos señalar que el neo constitucionalismo se limitaría en principio a una ideología que tiene fuentes en común, como el principalismo, el derecho natural, el descriptivo mismo ético y la tesis de identificación entre la moral y derecho, ella se fue constituyendo en la literatura jurídica, especialmente en el derecho constitucional, pero no llega a hacer una teoría general del derecho, dado que no hay uniformidad de criterio entre los autores que podríamos agrupar como neo constitucionalista, por el lenguaje extremadamente vago de sus emociones. Dicho lenguaje dificulta la creación de un corpus teórico; se habla de valores, principios, objetividad, justicia, pero no hay claridad y precisión sobre la definición o significado de estos términos. tampoco podemos considerarlo una metodología, precisamente porque carece de un método para implementar las operaciones tales como captar principios, valores objetivos.

5. Reflexión Final

La tesis principalísima considera que los principios forman parte del derecho y que, como norma jurídica, son perfectamente aplicable por los jueces a la hora de administrar justicia. La inclusión de los principios dentro del concepto de Derecho, supone que estos puedan ser considerados como normas que, sin embargo, de gozar de igual jerarquía, pueden colisionar en casos concretos, dejando al juez la labor de determinar en aquellos casos difíciles cuál principio debe primar por sobre el otro.

Para el neoconstitucionalismo, los principios constitucionales la fuente de exigencia de justicia o equidad, como una vía de hecho para introducir la moral objetiva en el derecho, garantizando la moralidad del ordenamiento jurídico. Pero los principios, valores y derechos son jurídicos en la medida en que se incorporan al derecho, y

estos se imponen desde la medida en que se incorporan al derecho, y estos se imponen desde la normativa vigente y los operadores del derecho y no desde una verdad objetiva y racional, porque cada miembro de una comunidad tiene sus propias preferencias morales.

Bibliografía

Aldunate Lizana, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho*, 79-102.

Botero Bernal, A. (2008). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Temis.

Comanducci, P. (2002). Formas de neoconstitucionalismo. *Isonomía* N°2,7, 147-198.

Corte Zambrano, S. (2012). La constitucionalización del derecho y la interpretación jurídico constitucional. *Vía Inveniendi et Iudicandi*, 230-269.

Cortez Zambrano, S. (2012). La constitucionalización del derecho y la Interpretación jurídico constitucional. *Vía Inveniendi et Iudicandi*, 230-269.

Echave, D. U., & Guidboug, R. (2008). *Lógica, Preposición y Norma*. Buenos Aires: Astrea.

García Amado, J. (2007). Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. Sobre los fundamentos normativos de la judición judicial, 210-245.

Guastini, R. (2003). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*. Madrid: Trotta.

Moller, M. (2008). *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos*. Burgos: Universidad de Burgos.

Moreso, J. (2022). Comanducci sobre el neoconstitucionalismo. *Universidad Pompeu Fabra*, 59-68.

Núñez, P.M. (2010). El Neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 523-541.

Pozzolo, S. (2011). *Neococonstitucionalismo y especialidad de la interpretación de la Constitución*. Buenos Aires: Doxa.

Sentencia del BVerfGE 7, 198 Luth 15/1/18 (Tribunal Constitucional Alemán 15 de enero de 1958).