



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CAPÍTULO PRIMERO

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

I. Marco histórico	1
II. Marco filosófico	4
III. Marco teórico	5
1. La fuerza normativa de la Constitución	6
2. La expansión de la jurisdicción constitucional	8
3. La nueva interpretación constitucional	10

CAPÍTULO PRIMERO

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

En los tres tópicos que se siguen, se hace el esfuerzo de reconstituir, de manera objetiva, la trayectoria hecha por el derecho constitucional en las últimas décadas, tanto en Europa como en Brasil, tomando en consideración tres marcos fundamentales: el histórico, el teórico y el filosófico. En dichos marcos están delimitadas las ideas y los cambios de paradigma que han sensibilizado la doctrina y la jurisprudencia en ese periodo, generando una nueva percepción de la Constitución y de su papel en la interpretación jurídica de una manera general.

I. MARCO HISTÓRICO

El marco histórico del nuevo derecho constitucional, en Europa continental, fue el constitucionalismo de la posguerra, especialmente en Alemania y en Italia. Ya en Brasil, fue la Constitución de 1988 y el proceso de redemocratización que ella ayudó a protagonizar. A continuación, haré una breve síntesis sobre cada uno de esos procesos.

La reconstitucionalización de Europa, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial y a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, redefinió el lugar ocupado por la Constitución y también la influencia del derecho constitucional sobre las institu-

ciones contemporáneas. La creciente aproximación de las ideas del constitucionalismo con los ideales democráticos producirán una nueva forma de organización política, que podrá ser denominada por diversos nombres: Estado democrático de derecho, Estado constitucional de derecho, Estado constitucional democrático. Sería mala inversión de tiempo y de energía especular sobre las sutilezas semánticas en relación a esa materia.

La principal referencia al desarrollo del nuevo derecho constitucional es la Ley Fundamental de Bonn (Constitución alemana)¹ de 1949, y, en especial, el surgimiento del Tribunal Constitucional Federal, instalado en 1951. A partir de ese momento hubo una fecunda producción teórica y jurisprudencial, responsable por el ascenso científico del derecho constitucional en el ámbito de los países de tradición romano-germánica. La segunda referencia que merece ser destacada es la Constitución de Italia, de 1947, y el posterior surgimiento de su Corte Constitucional, en 1956. A lo largo de la década de los setenta, la redemocratización y la reconstitucionalización de Portugal (1976) y de España (1978) añadieron valor y sustancia al debate acerca del nuevo derecho constitucional.

En la experiencia brasileña, el renacimiento del derecho constitucional ocurrió, de forma semejante, en el ambiente de la reconstitucionalización del país. A pesar de las vicisitudes normativas de menor o mayor grado presentes en su texto y la compulsión con la cual esta ha sido modificada a lo largo de los años, la Constitución fue capaz de promover, con extremo éxi-

¹ La Constitución alemana, promulgada en 1949, tiene la designación originaria de "Ley Fundamental", que señalaba su carácter provisorio, concebida para una fase de transición. La Constitución definitiva solamente debería ser ratificada después de que el país recuperase su unidad. El 31 de agosto de 1990 fue firmado el Tratado de Unificación que reguló la adhesión de la República Democrática Alemana (RDA) a la República Federal de Alemania (RFA); sin embargo, después de la unificación no ha sido promulgada una nueva Constitución, desde el 3 de Octubre de 1990 la Ley Fundamental esta vigente en toda Alemania.

to, la transposición de un Estado cuyo régimen era autoritario, intolerante y, en determinadas ocasiones, violento, hacia un Estado democrático de derecho.

Más allá de esto, la Carta de 1988 ha propiciado el más largo periodo de estabilidad institucional de la historia republicana del país. Y no fueron tiempos de poca importancia. A lo largo de su vigencia, se destituyó a través de *impeachment* a un presidente de la República, hubo un grave escándalo involucrando a la Comisión de Presupuesto del Congreso, fueron echados senadores importantes en la división del poder en la República, fue elegido un presidente de oposición e integrante del Partido Laboral, surgieron sonoras denuncias acerca del esquema para la financiación de campañas políticas y de ventajas generadas a parlamentarios, entre otros episodios. Pero, en ninguno de esos eventos descritos hubo alguna sugerencia para que se adoptara una solución que no respetara la legalidad constitucional. En esa materia, caminamos, en un corto tiempo, todos los ciclos del atraso.²

Bajo la vigencia de la Constitución de 1988, el derecho constitucional brasileño cambió desde la oscuridad al apogeo en menos de una generación. Acordémonos, una Constitución no es solamente técnica; hay, por detrás de ella, la capacidad de simbolizar y de cautivar la imaginación de las personas hasta nuevos avances. El surgimiento del sentimiento constitucional en el país es un hecho que merece ser celebrado. Se trata de un sentimiento todavía tímido, pero real y sincero, que involucra un gran respeto hacia la ley mayor, al margen de la inestabilidad de su texto. Indudablemente, es un gran progreso. Superamos la histórica indiferencia que se mantuvo en relación a la Constitución. Y, para aquellos que bien lo saben, es la indiferencia, y no el odio, lo contrario del amor.

² Véase Barroso, Luís Roberto “Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso”, *Temas de direito constitucional*, 2002, t. I.

II. MARCO FILOSÓFICO

El marco filosófico del nuevo derecho constitucional es el pospositivismo. El debate acerca de su caracterización se ubica en la unión de las dos grandes corrientes del pensamiento que ofrecen paradigmas opuestos para el derecho: el iusnaturalismo y el positivismo. Opuestos, pero, en ocasiones, singularmente complementarios. El panorama actual está marcado por la superación —o, quizás, sublimación— de los modelos en su forma pura y sustituidos por un conjunto difuso y amplio de ideas, agrupadas por la denominación genérica de post-positivismo.³

El iusnaturalismo moderno, desarrollado a partir del siglo XVI, hizo la aproximación entre la ley y la razón y se transformó en la filosofía natural del derecho. Fundado en la concepción de principios de justicia con validez universal, se transformó en el combustible de las revoluciones liberales y llegó a su apogeo con las Constituciones escritas y con la codificación. Considerado como metafísico y no científico, el derecho natural fue echado al margen de la historia en razón de la ascensión del positivismo jurídico, a fines del siglo XX. En busca de la objetividad científica, el positivismo empezó a equiparar derecho y ley, ubicándose lejos de la filosofía y de temas como la legitimidad y la justicia, y logró dominar el pensamiento jurídico de la primera mitad del siglo XX. Su decadencia está emblemáticamente relacionada con la derrota del fascismo en Italia y del nazismo en Alemania, regímenes que promovieron la barbarie basándose en la protección

³ Autores precursores en ese debate fueron: Rawls, John, *A Theory of Justice*, 1980; Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 1977; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993. “En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas... Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”, véase Calsamiglia, Albert, “Postpositivismo”, *Doxa*, 21:209, 1998, p. 209.

conferida por la legalidad. Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, la ética y los valores volvieron al derecho.⁴

La superación histórica del iusnaturalismo y el fracaso político del positivismo llevaron a un proceso amplio y todavía no acabado de reflexiones acerca del derecho, su función social y su interpretación. El post-positivismo intenta ir más allá de la legalidad estricta, pero no se olvida del derecho actual, intenta hacer una lectura moral del derecho, pero sin la necesidad de utilización de categorías metafísicas. La interpretación y aplicación del ordenamiento tendrán que inspirarse en una teoría de la justicia y no podrán aceptar activismos o personalismos, en especial los judiciales. En ese conjunto de ideas ricas y distintas que procuran un hogar en dicho paradigma en construcción, se incluyen la atribución de normatividad a los principios y la definición de sus relaciones con los valores y las reglas, el resurgimiento de la razón práctica y de la argumentación jurídica, la formación de una nueva hermenéutica constitucional, el desarrollo de una teoría de derechos fundamentales basada en el fundamento de la dignidad humana. En ese ambiente, se promueve la reaproximación entre el derecho y la filosofía.⁵

III. MARCO TEÓRICO

En el plan teórico, tres grandes transformaciones modificaron el conocimiento convencional en relación a la aplicación del de-

⁴ Para un estudio más profundo del tema, con referencias bibliográficas, véase Barroso, Luis Roberto, “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro”, *Temas de direito constitucional*, t. III.

⁵ “Desde hace unos treinta años, se observa el retorno de los valores como el camino para la superación del positivismo. A partir de lo que se ha establecido llamar la «virada kantiana» (*kantische Wende*), es decir, la vuelta de la influencia de Kant, ocurrió la reaproximación entre ética y derecho, con la fundamentación moral de los derechos humanos y con la búsqueda de la justicia basada en el imperativo categórico. El libro denominado *A Theory of Justice*, de John Rawls, publicado en 1971, constituyó el certificado de renacimiento de esas ideas”. Véase Lobo Torres, Ricardo, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41.

recho constitucional: a) el reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución; b) la expansión de la jurisdicción constitucional, y c) el desarrollo de una nueva dogmática de la interpretación constitucional.

Se sigue, entonces, un análisis singular de cada una de ellas.

1. *La fuerza normativa de la Constitución*

Uno de los grandes cambios de paradigma que ocurrieron a lo largo del siglo XX fue la modificación del status de la norma constitucional, que empezó a ser considerada como norma jurídica. De esa manera, se superó el modelo existente en Europa hasta la mitad del siglo pasado, por lo cual la Constitución era comprendida como un documento esencialmente político, una invitación para que los poderes públicos efectivamente actuaran. La concretización de sus propuestas quedaba invariablemente vinculada a la actividad del legislador, a la discrecionalidad del administrador. Al Poder Judicial no se le reconocía un papel relevante en la realización práctica del contenido de la Constitución.

Con la reconstitucionalización acaecida después de la Segunda Guerra Mundial, dicho panorama empezó a modificarse. Inicialmente en Alemania,⁶ poco después, en Italia,⁷ y, más adelante, en Portugal⁸ y España.⁹ Actualmente, pasó a ser premisa del estudio

⁶ Trabajo seminal en esa materia es el de Hesse, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, *Escritos de derecho constitucional*, 1983. El texto original alemán, correspondiente a su clase inaugural en la cátedra de la Universidad de Freiburg, es del año 1959. Existe una versión en portugués: *A força normativa da Constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, 1991,

⁷ Véase Guastini, Ricardo, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.

⁸ Véase Gomes Canotilho, J. J. y Moreira, Vital, *Fundamentos da Constituição*, 1991, pp. 43 y ss.

⁹ Sobre esa cuestión, en perspectiva general y acerca del caso específico de España, véase, respectivamente, dos preciosos trabajos de García de Ente-

de la Constitución el reconocimiento de su fuerza normativa, del carácter vinculativo y obligatorio de sus disposiciones. Es decir, las normas constitucionales están investidas de plena eficacia, que es la característica de las normas jurídicas, y su no observancia ha de movilizar los mecanismos propios de coacción, o sea, de cumplimiento forzado. Se debe registrar, aún, que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial no eliminó las inevitables tensiones que se generan entre la pretensión de normatividad del Constituyente, por un lado, y, por otro, las circunstancias correlacionadas a la realidad fáctica y las eventuales resistencias del *status quo*.

La discusión acerca de la fuerza normativa de la Constitución solamente llegó a Brasil, de manera sólida, a lo largo de la década de los ochenta, teniendo que afrontar las resistencias previsibles.¹⁰ Más allá de las complejidades propias de la concretización de cualquier orden jurídico, nuestro país padecía las patologías crónicas, relacionadas al exceso de autoridad y a la insinceridad constitucional. No es novedad, por tanto, que las Constituciones hayan sido, hasta entonces, instrumentos de reposición de promesas fluidas y destinadas a la mera función de aconsejar al legislador infraconstitucional, sin aplicabilidad directa e inmediata. Fue el papel de la Constitución de 1988, así como de la doctrina y la jurisprudencia, que se produjeron a partir de su promulgación, el mérito elevado de haber excluido las posiciones más retrógradas.

ría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991, y *La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003.

¹⁰ Barroso, Luís Roberto, “A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer”, *Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 1986; *A força normativa da Constituição: elementos para a efetividade das normas constitucionais*, 1987, tesis de libre-docencia presentada en la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, publicada con el título *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990. En la década de los sesenta, José Afonso da Silva escribió su célebre tesis *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968.

2. *La expansión de la jurisdicción constitucional*

Antes de 1945, en la mayor parte de Europa tenía vigencia el modelo de supremacía del Poder Legislativo, en la línea de la doctrina inglesa de soberanía del parlamento y de la concepción francesa de la ley como expresión de la voluntad general. Sin embargo, a partir de fines de la década de los cuarenta, la nueva ola trajo no solamente nuevas Constituciones, sino también un nuevo modelo, inspirado en la experiencia estadounidense: la supremacía de la Constitución. La fórmula involucraba la constitucionalización de los derechos fundamentales, que así quedaban ajenos al proceso político mayoritario: su protección empezaba a ser responsabilidad del Poder Judicial. Varios países europeos empezaron a adoptar un modelo propio de control de constitucionalidad, asociado a la creación de los tribunales constitucionales.

Así ocurrió, inicialmente, en Alemania (1951) y en Italia (1956), como se ha señalado anteriormente. Inmediatamente, el modelo de los tribunales constitucionales se expandió por toda la Europa continental, la tendencia continuó con Chipre (1960) y Turquía (1961). En el flujo de la democratización ocurrida en la década de los setenta, fueron instituidos tribunales constitucionales en Grecia (1975), España (1978), Portugal (1982), y también en Bélgica (1984). En los últimos años del siglo XX, fueron creadas cortes constitucionales en los países del este de Europa, como, por ejemplo, en Polonia (1986), Hungría (1990), Rusia (1991), República Checa (1992), Rumania (1992), República Eslovaca (1992) y Eslovenia (1993). Lo mismo sucedió en los países africanos, como Argelia (1989), Sudáfrica (1996) y Mozambique (2003). Actualmente, en Europa, además del Reino Unido, solamente Holanda y Luxemburgo siguen manteniendo el modelo de la supremacía parlamentaria, sin la adopción de cualquier modalidad de *judicial review*. El caso francés será objeto de una mención específica más adelante.

En Brasil, el control de constitucionalidad existe, por la vía incidental, desde la primera Constitución republicana de 1891. La deno-

minada acción genérica (o, en la actualidad, conocida por acción directa), cuya finalidad es el control por vía principal —abstracto o concentrado—, fue introducida por la enmienda constitucional núm. 16, de 1965; sin embargo, la jurisdicción constitucional se amplió, en realidad, a partir de la Constitución de 1988. La razón fundamental fue la ampliación de su legitimación activa, que amplió el número de las entidades legitimadas para proponerla.¹¹ Además, se añadió la generación de nuevos instrumentos de control concentrado, como la acción declaratoria de constitucionalidad¹² y la reglamentación de la acción de incumplimiento de precepto fundamental.¹³

En el sistema constitucional brasileño, el Supremo Tribunal Federal puede ejercer el control de constitucionalidad en acciones de su competencia originaria (Constitución de la República Federal del Brasil, en adelante CF, artículo 102, I); por la vía del recurso extraordinario (CF, artículo 102, III) y en procesos objetivos, en los cuales se proponen las acciones directas.¹⁴ De 1988

¹¹ Desde su creación hasta la configuración que le fue dada por la Constitución de 1969, el derecho de proponer la “representación de inconstitucionalidad” era monopolio del procurador general de la República. La Constitución de 1988 rompió dicha hegemonía, previendo un expresivo conjunto de legitimados activos en su artículo 103.

¹² Introducida por la enmienda constitucional núm. 3, de 1993. Véase, también, Ley núm 9.868, del 10 de noviembre de 1999.

¹³ Véase Ley núm 9.882, del 3 de diciembre de 1999. Antes de esa ley, prevalecía el entendimiento que dicho mecanismo no era aplicable.

¹⁴ Las acciones directas en el control de constitucionalidad brasileño son la acción directa de inconstitucionalidad (artículo 102, I, *a*), la acción declaratoria de constitucionalidad (artículos 102, I, *a*, e 103, § 4) y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión (artículo 103, § 2). Existe, aún, dos hipótesis especiales de control concentrado: la impugnación de descumplimiento de precepto fundamental (artículo 102, § 1) y la acción directa interventiva (artículo 36, III). Sobre el tema del control de constitucionalidad brasileño, véase, entre varios autores, Ferreira Mendes, Gilmar, *Controle de constitucionalidade*, 1990; Merlin Clève, Clémerson, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000; Poletti, Ronaldo, *Controle da constitucionalidade das leis*, 2001; Streck, Lênio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2002; Velloso, Ze-

hasta abril de 2005, ya habían sido propuestas 3,469 acciones directas de inconstitucionalidad (ADIn), 9 acciones declaratorias de constitucionalidad y 69 impugnaciones por incumplimiento de precepto fundamental. Como forma de impedir el avance en demasía de los recursos interpuestos ante el Supremo Tribunal Federal, la enmienda constitucional núm. 45 implementó diversas modificaciones en la disciplina del Poder Judicial, creó la figura de la *repercusión general* de la cuestión constitucional discutida, como requisito de admisibilidad del recurso.¹⁵

3. *La nueva interpretación constitucional*

La interpretación constitucional es una modalidad de interpretación jurídica. Dicha circunstancia es una consecuencia natural de la fuerza normativa de la Constitución, es decir, del reconocimiento de las normas constitucionales como normas jurídicas, con todos sus elementos propios. Consecuentemente, se aplican a la interpretación constitucional los métodos tradicionales de la interpretación del derecho, desde hace mucho definidos, como el gramatical, el histórico, el sistemático y el teleológico. Se debe señalar, en este momento, para luego volver al tema, que los criterios tradicionales para la solución de eventuales conflictos normativos son el jerárquico (ley superior prevalece sobre la inferior), el temporal (ley posterior prevalece sobre la anterior) y el especial (ley especial prevalece sobre la general).

no, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2003; Barroso, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

¹⁵ La enmienda constitucional núm. 45/2004 ha introducido el § 3 del artículo 102, con la siguiente dicción: “§ 3. En el recurso extraordinario el recurrente deberá demostrar la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en la demanda, en los términos de la ley, de manera que el tribunal examine la admisión del recurso, solamente habiendo la posibilidad de rehusarla por la manifestación de dos tercios de sus miembros”.

Sin perjuicio en cuanto a lo que se ha afirmado anteriormente, es un hecho que las especificidades de las normas constitucionales llevaron a la doctrina y a la jurisprudencia, desde hace años, a desarrollar o sistematizar un conjunto específico de principios aplicables a la interpretación constitucional. Tales principios, de naturaleza instrumental y no material, son presupuestos lógicos, metodológicos o finalísticos de la aplicación de las normas constitucionales. Estos son en la ordenación que se presenta más adecuada a las circunstancias brasileñas: el de la supremacía de la Constitución, el de la presunción de constitucionalidad de las normas y actos del poder público, el de la interpretación conforme la Constitución, el de unidad y el de razonabilidad o proporcionalidad.¹⁶

Antes de avanzar, cabe hacer una advertencia: la interpretación jurídica tradicional no está superada en su totalidad o en su esencia. Por el contrario, es en su ámbito que continúa siendo solucionada una parte significativa de las cuestiones jurídicas, probablemente la mayoría de ellas; sin embargo, los operadores jurídicos y los teóricos del derecho empezaron a tomar en consideración, en los tiempos más recientes, una situación de carencia: las categorías tradicionales de interpretación jurídica no son completamente ajustables a la solución de una serie de problemas conectados con la realización de la voluntad constitucional. A partir de esa toma de conciencia, se empezó un proceso de elaboración doctrinaria de nuevos conceptos y categorías, sistematizados bajo la denominación de la nueva interpretación constitucional, la cual echara mano de un arsenal teórico muy diverso, en un verdadero sincretismo metodológico.¹⁷ Se realizará, a continuación, a una breve comparación entre los dos modelos.

¹⁶ Véase Barroso, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003.

¹⁷ En el caso brasileño, como en los demás países de constitucionalización reciente, doctrina y jurisprudencia todavía se encuentran en fase de elaboración y maduración, hecho que potencia la importancia de las referencias extranjeras. Ésa es una circunstancia histórica la cual necesitamos enfrentar, evitando los

La interpretación jurídica tradicional se desarrolló bajo dos grandes premisas, en cuanto al papel de la norma, ella tiene que ofrecer, en su texto abstracto, la solución para los problemas jurídicos; en cuanto al papel del juez, éste tendrá que identificar en el ordenamiento jurídico la norma que deberá ser aplicada al problema bajo análisis, revelando la solución establecida en su contenido. Ello significa decir que la respuesta para los problemas no está presente únicamente en el sistema jurídico, y el intérprete desempeña una función técnica de conocimiento, la formulación de los juicios de hecho. En el modelo convencional, las normas son percibidas como reglas, es decir, enunciados descriptivos de conductas que deberán ser observados, aplicables mediante subsunción.¹⁸

Con el continuo desarrollo del derecho constitucional, las premisas ideológicas bajo las cuales se levantó el sistema dejaron de ser plenamente satisfactorias: *i*) en cuanto al papel de la norma, se verificó que los problemas jurídicos no siempre están en el relato abstracto del texto normativo. Muchas veces, sólo es posible producir la respuesta constitucionalmente adecuada a la luz del problema, de los hechos relevantes, analizados de manera típica, y *ii*) en cuanto al papel del juez, ya no le corresponderá solamente una función vinculada al conocimiento técnico, relegado al simple acto de revelar el contenido de la norma. El intérprete deberá

extremos indeseables, el sometimiento intelectual que implica la importación acrítica de fórmulas ajenas, y, peor que todo, la incapacidad de reflexión propia; y la soberbia intelectual, por la cual se rechaza aquello que no se tiene. En ese ambiente no es posible utilizar modelos puros, concebidos en otros lugares, y hacer el esfuerzo para vivir la vida de los demás. El sincretismo —desde que es consciente y coherente— resulta inevitable y deseable. Una visión aparentemente diversa véase en Silva, Virgílio Afonso da, “Intepretação constitucional e sincretismo metodológico”, en Silva, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação constitucional*, 2005.

¹⁸ Identificada la norma aplicable, se procede al encuadramiento del hecho al texto de la norma jurídica, llegándose hasta la conclusión. Un razonamiento, por tanto, de naturaleza silogística, en el cual la norma es la premisa mayor, el hecho relevante es la premisa menor, y la conclusión es la sentencia.

tener una participación decisiva en el proceso de creación del derecho, con un sentido de complementariedad al trabajo del legislador, en especial cuando realiza la tarea de valorar el sentido de las cláusulas abiertas y de realizar elecciones entre las soluciones posibles.

Dichas transformaciones arriba presentadas, tanto en relación a la norma como al intérprete, son ilustradas de manera elocuente por las distintas categorías con las cuales trabaja la nueva interpretación. Entre ellas se incluyen las cláusulas generales, los principios, las colisiones de normas constitucionales, la ponderación y la argumentación. A continuación, se expone una breve consideración acerca de cada una de ellas.

Las nombradas cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados poseen términos o expresiones de textura abierta, con gran plasticidad, que fornecen el inicio de la significación que deberá ser complementada por el intérprete, tomando en consideración las circunstancias del caso concreto. La norma en abstracto no contiene todos los elementos necesarios para su aplicación. Al manejar expresiones como orden público, interés social y buena fe, entre tantas otras, el intérprete necesita hacer una valoración entre elementos subjetivos y objetivos presentes en la realidad fáctica, a manera que se pueda definir el sentido y el alcance de las normas. Como la solución no se encuentra completa en el enunciado normativo, su función no podrá limitarse a la revelación que allí se encuentra; ella tendrá que ser más profunda, integrando el comando normativo con su propia evaluación.¹⁹

¹⁹ Las cláusulas generales no son una categoría nueva del derecho —desde hace mucho integran la técnica legislativa— y tampoco son exclusividad del derecho constitucional —pudiendo encontrarse en el derecho civil, en el derecho administrativo y en otros dominios—. Sin embargo, ellas son un buen ejemplo de cómo el intérprete es coparticipante en el proceso de creación del derecho. Un ejemplo real, ampliamente divulgado por la prensa: en el caso de la muerte de la cantante Cássia Eller, hubo una disputa por la posesión y guarda de su hijo, en la época con cinco años, entre el abuelo materno y la compañera de la artista. El criterio existente en la Constitución y en la legislación prescribía al juez que

El reconocimiento de la normatividad de los principios y su distinción cualitativa en relación a las reglas es uno de los símbolos del post-positivismo. Los principios no son, como las reglas, comandos inmediatamente descriptivos de conductas específicas, sino normas que consagran determinados valores o indican fines públicos que se deben realizar a través de distintos medios. La definición del contenido de cláusulas como la dignidad de la persona humana, razonabilidad, solidaridad o eficiencia, también transfieren para el intérprete una dosis importante de discrecionalidad. Se puede inferir, de forma precisa, que el menor grado de densidad jurídica de dichas normas no impide que de ellas se extraiga, en su relato abstracto, la solución completa de las cuestiones sobre las cuales inciden. También aquí, por lo tanto, se impone la actuación del intérprete en la definición correcta de su sentido y alcance.²⁰

La existencia de colisiones entre normas constitucionales, tanto en relación a las colisiones entre principios como a las de derechos fundamentales,²¹ empezó a percibirse como un fenómeno natural —hasta incluso inevitable— en el paradigma del constitucionalismo contemporáneo. Las Constituciones modernas son

atendiera al “mejor interés del menor de edad”. Sin el examen de los elementos del caso concreto, no era posible ni siquiera iniciar la solución del problema.

²⁰ Tómese como ejemplo el principio de la dignidad de la persona humana y véase la divergencia en cuanto a la interpretación, manifestada por dos juristas de la nueva generación, creados en el mismo ambiente académico. Ana Paula de Barcellos sitúa el mínimo existencial en el ámbito de la dignidad de la persona humana y de él extrae los derechos a la educación fundamental, a la salud básica, a la asistencia en el caso de necesidad y el de acceso a justicia (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305). Daniel Sarmento diverge de esa posición, pues entiende que es inadecuada la elección de determinadas prestaciones sociales, con la exclusión de otras, que a su vez son igualmente derechos fundamentales, como el derecho a la “salud curativa” (*Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 114).

²¹ Nótese que hay derechos fundamentales que presentan la forma de principios (libertad, igualdad) y otros la forma de reglas (irretroactividad de la ley penal, anterioridad tributaria). Además, hay principios que no son derechos fundamentales (libre iniciativa).

documentos dialécticos que promueven bienes jurídicos que se contraponen entre la promoción del desarrollo y la protección del medio ambiente, entre la libre iniciativa y la protección del consumidor. En el plano de los derechos fundamentales, la libertad religiosa de un individuo podrá chocar con la de otro, el derecho a la privacidad y la libertad de expresión viven en una tensión continua, la libertad de reunión de algunos podrá interferir en el derecho de locomoción de los demás.²² En la hipótesis de dos normas de igual jerarquía que colisionen en abstracto, es fácil inferir que éstas no pueden fornecer, a través de su relato, la solución del problema. En dichos casos, la actuación del intérprete generará el derecho aplicable a la realidad fáctica.

El conflicto entre normas constitucionales lleva a la necesidad de ponderar.²³ La subsunción, por supuesto, no es capaz de solucionar el problema, una vez que es imposible encuadrar el mismo hecho dentro de normas cuyos contenidos son opuestos. Tampoco son útiles los criterios tradicionales de solución de los conflictos normativos —jerárquico, cronológico y de la especialización— cuando la colisión ocurre entre disposiciones originarias de la Constitución. A partir de ése panorama, la ponderación de las normas, bienes o valores es la técnica que tiene que ser utilizada por el intérprete, por vía de la cual él hará concesiones recíprocas, intentando, en la mayor medida que sea posible, preservar el contenido de los intereses en disputa o, en casos límites, procederá a la elección del derecho que va a prevalecer, en concreto, en razón de que ese derecho realiza de manera más adecuada la vo-

²² Sobre el tema de las restricciones a los derechos fundamentales, véase Gonçalves Pereira, Jane Reis, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, 2004, tesis de doctorado presentada al programa de Posgrado en Derecho Público de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro.

²³ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 1997; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997; Sarmento, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição federal*, 2000.

luntad constitucional. El concepto clave para la solución en esa materia es el principio instrumental de la *razonabilidad*.

Se llega, por fin, a la *argumentación*,²⁴ a la razón práctica, al control de racionalidad de las decisiones establecidas, a través de la técnica de ponderación, en los casos difíciles, que son aquellos que aceptan más de una solución posible y razonable. Las decisiones que involucran la actividad creativa del juez potencian el deber de la fundamentación, en virtud de no quedarse completamente legitimadas por la lógica de la separación de los poderes, por ésta última, el juez se limita a aplicar, bajo un caso concreto sometido a su cognición, la decisión abstracta hecha previamente por el legislador. En orden de asegurar su legitimidad y la racionalidad de su interpretación en dichas situaciones, el intérprete deberá, en medio de otras consideraciones: *i*) reconducir su decisión siempre al sistema jurídico, a una norma constitucional o legal que la fundamente, la legitimidad de una decisión judicial se basa en su vinculación con una deliberación mayoritaria, sea del constituyente o del legislador; *ii*) utilizar un fundamento jurídico que pueda ser generalizado para los demás casos que se pueda considerar como equiparables, es decir, que tenga la pretensión de universalidad: decisiones judiciales no deben ser casuísticas, y *iii*) llevar en cuenta las consecuencias prácticas que su decisión podrá producir en el mundo de los hechos.²⁵

²⁴ Sobre el tema, puede verse Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado da argumentação: a nova retórica*, 1996 (1a. ed. del original *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, 1958); Alexy, Robert, *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989 (1a. ed. del original *Theorie der juristischen argumentation*, 1978); Atienza, Manuel, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Lacombe Camargo, Margarida Maria, *Hermenêutica e argumentação*, 2003; Cavalcanti Maia, Antônio Carlos, "Notas sobre direito, argumentação e democracia", en Lacombe Camargo, Margarida Maria (org.), *1988-1998: uma década de Constituição*, 1999.

²⁵ Sobre el tema puede verse Barcellos, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, 2005; McCormick, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, 1978.

En síntesis, el neoconstitucionalismo o el nuevo derecho constitucional, en la acepción desarrollada en este trabajo, identifica un conjunto amplio de transformaciones ocurridas en el Estado y en el derecho constitucional, en medio de las cuales se pueden señalar: *i*) como marco histórico, la formación del Estado constitucional de derecho, cuya consolidación ocurrió a lo largo de las décadas finales del siglo XX; *ii*) como marco filosófico, al post-positivismo, con la centralidad de los derechos fundamentales y con una reaproximación entre derecho y ética, y *iii*) como marco teórico, al conjunto de cambios que incluyen la fuerza normativa de la Constitución, la expansión de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional. Ese conjunto de fenómenos ha resultado en un proceso extenso y profundizado de la constitucionalización del derecho.