



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Núñez Leiva, J. Ignacio
Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)
Estudios Constitucionales, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 511-532
Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82025038012>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

CONSTITUCIÓN, NEOCONSTITUCIONALISMO Y LAGUNAS JURÍDICAS (NORMATIVAS Y AXIOLÓGICAS)¹

CONSTITUTION, NEOCONSTITUCIONALISMO AND LOOPHOLES (NORMATIVE AND AXIOLOGICAL)

J. IGNACIO NÚÑEZ LEIVA²

Universidad Andrés Bello - Chile.
josenunez@unab.cl.

RESUMEN: El presente trabajo analiza el impacto de la Constitucionalización del Derecho, especialmente del denominado Neoconstitucionalismo, en el fenómeno de las lagunas normativas y axiológicas. Destaca que en el contexto descrito la relación entre la Constitución y los mencionados tipos de lagunas jurídicas es ambivalente. De una parte las Cartas Fundamentales disiparían las lagunas normativas, mientras que por otra contribuirían a la generación de lagunas axiológicas.

ABSTRACT: This paper analyzes the impact of the constitutionalization of the right, especially of the so-called Neoconstitucionalismo, in the phenomenon of the normative and axiological lagoons. Stresses that in the context described the relationship between the Constitution and the above-mentioned types of loopholes is ambivalent. The fundamental letters part they allay regulatory gaps, while on the other they would contribute to the generation of axiological lagoons.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo, Lagunas Jurídicas.

KEY WORDS: constitutionalism, Neoconstitutionalism, legal gaps.

¹ Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en las *V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Constitucional: “Los procesos constitucionales en Latinoamérica”*, organizadas por el Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público de la Universidad de Castilla La Mancha, en Toledo, España, el día 17 de enero de 2012.

² Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Post Graduado en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España: Especialista en Constitucionalismo y Garantismo (2009) y Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales (2012). Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma de Estudios Avanzados y Doctorando en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. Profesor y Director de Post Grado en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello de Chile. E- mail: josenunez@unab.cl. Artículo recibido el 20 de febrero de 2012 y aceptado para su publicación el 4 de julio de 2012.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se dedica a analizar la (eventual) existencia de dos clases de Lagunas Jurídicas –las Normativas y Axiológicas– dentro del modelo descrito por la Teoría Neoconstitucionalista del Derecho.

La importancia de este fenómeno se ve potenciada en el contexto del denominado Estado Constitucional de Derecho, particularmente bajo las ideas que difunde el paradigma Neoconstitucionalista, puesto que su existencia en el mencionado panorama teórico incorpora factores no necesariamente registrados por la teoría jurídica desarrollada bajo el amparo del Estado Legislativo de Derecho.

Para lograr tal objetivo hemos estructurado este trabajo en base a cinco apartados. En primer lugar se desarrollan algunas ideas introductorias al Neoconstitucionalismo. Luego, a partir de los orígenes del concepto que lo denomina se problematiza la novedad de sus tesis. Posteriormente se revisan dos de sus elementos principales: la rematerialización constitucional y el desbordamiento de las constituciones. A continuación se analiza la importancia de los principios jurídicos en el horizonte teórico contemporáneo para, posteriormente, vincular su existencia con las denominadas lagunas jurídicas y axiológicas. Concluye este trabajo con una sección dedicada a la síntesis de las ideas principales vertidas en él y a la formulación de reflexiones finales.

2. PROLEGÓMENOS SOBRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El denominado *Neoconstitucionalismo* –como afirma Luis Prieto– es una expresión cada vez más difundida, que sirve para aludir, de forma no siempre muy precisa, a distintos aspectos de una presunta nueva cultura jurídica.³ En efecto, cuenta con muy pocos militantes declarados y numerosos autores son sindicados como parte de este “movimiento” sin que el rótulo les satisfaga del todo. Muchos hablan de él sin tener absoluta claridad de sus características –cuestión bastante compleja de lograr, si como veremos más adelante se trata de un concepto polisémico– y otros tantos se instalan como sus acérrimos críticos sin notar que sus objeciones no son verdaderamente en contra del Neoconstitucionalismo. La razón de todo esto es explicada con precisión por el mismo Prieto en su trabajo *Neoconstitucionalismos, un catálogo de problemas y argumentos*, recientemente publicado en el Nº 44 de la Revista Anales de

³ PRIETO (2009), p. 101.

la Cátedra Francisco Suárez: “*se puede enarbolar el Neoconstitucionalismo en sentidos muy distintos y, luego, una vez fijado el sentido, tampoco resultan nada claros los rasgos o elementos que han de concurrir para ostentar legítimamente dicho título*”. Por eso estima justificado hablar de *Neoconstitucionalismos*.

Propone, además, que los distintos *Neoconstitucionalismos* se desarrollan en torno a problemas también diferentes e identifica cuatro modalidades o acepciones, pero advirtiendo que ni están implicadas entre sí, de manera que en principio es posible adherirse a cualquiera de ellas sin necesidad de asumir las demás; ni por otro lado su presentación cuenta tampoco con un esquema canónico o incontrovertido de tesis fundamentales.⁴ Con todo, como doctrina totalizante, tiende a ser confrontado a las construcciones de la misma índole que han dominado el pensamiento jurídico durante el último tiempo: el *iuspositivismo* y el *iusnaturalismo* (ante todo el teológico). Tales cuatro variables son: en primer lugar el *Neoconstitucionalismo* como un tipo de Estado de Derecho (una doctrina del Estado Justo), en segundo, como Teoría del Derecho –que propone la superación de la teoría positivista– en tercero como Filosofía y Concepto del Derecho, que aborda la cuestión de la existencia o no de una conexión conceptual entre Derecho y Moral, y en cuarto lugar como tipo de Ciencia Jurídica⁵ (comprometida).⁶⁻⁷

Este movimiento o conjunto de doctrinas –que no puede ser calificada de Escuela, dadas sus profundas divergencias y apreciable falta de coherencia interna– con todo, tiene un origen común que en rigor es posterior a las transformaciones institucionales relevantes que reporta. Sus desarrollos descriptivos y doctrinarios acontecieron en sede académica y no necesariamente política. Su génesis procede de la forma de organización política que viene abriéndose paso en Europa –y que desde allí ha influido a Sudamérica– desde mediados del siglo pasado. Se trata de un modelo de organización política que, como tal, no reúne en todas sus manifestaciones signos de uniformidad, pero sí algunos rasgos generales compartidos que permiten hablar de algo diferente, no radicalmente nuevo (a esta altura de la historia de la humanidad nada prácticamente lo es) pero si distinto a los que pudo representar el Estado de Derecho Decimonónico.

⁴ PRIETO (2011).

⁵ PRIETO (2009), p. 102.

⁶ GARCÍA FIGUEROA (1998), p. 371.

⁷ SASTRE (1999), p. 205.

En este sentido, el Neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que desde sus comienzos caminaron separadas,⁸ geográfica y filosóficamente: una primera que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos jurisdiccionalmente garantizado que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos, a fin de que sean ellos en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momentos histórico. En líneas generales esta es la tradición originaria de los Estados Unidos de Norteamérica, que se cimenta en la idea de supremacía constitucional y en su consecuente garantía jurisdiccional.⁹

La segunda tradición, en cambio, entiende a la Constitución como la encarnación de un proyecto político estrictamente articulado con intenciones transformadoras y transicionales.¹⁰ En esta segunda tradición la Constitución no es sólo una regla del juego sino parte del mismo a través de la inclusión de numerosas disposiciones materiales o de principio, en suma cláusulas materiales o con denso contenido axiológico que pretenden incidir en la agenda política en áreas tan diversas como el modelo económico o la acción del Estado en las esferas de educación o sanidad.¹¹ También en líneas generales este es el modelo iniciado por la Revolución Francesa, que pese a basar su sistema en una norma suprema, confirió la competencia de ponerlo en marcha a la acción política del parlamento, depositario de la soberanía popular en términos rousseauianos, es decir, ilimitados y, por tanto, carente de controles heterónomos.¹²

Ambas reseñas de las mencionadas tradiciones son, sin lugar a dudas, síntesis que simplifican al máximo los hechos. Sería erróneo pensar que la tradición jurídica inaugurada con la promulgación de la Constitución de los Estados Unidos prescindiese absolutamente normas sustantivas y estuviere exclusivamente poblada por normas procedimentales y de competencia.¹³ En igual equivocación

⁸ PRIETO (2007), p. 111.

⁹ PRIETO (2009), p. 107.

¹⁰ PRIETO(2007), p. 112.

¹¹ PRIETO (2009), p. 108.

¹² PRIETO (2009), p. 109.

¹³ PRIETO (2009), p. 109.

se incurría si se sostuviese que el modelo francés pos revolucionario careció de toda clase de control de la vigencia de la Carta Fundamental. Con todo, las matrices generales de ambas son claras y dispares.

El Neoconstitucionalismo, como conjunto de doctrinas, reúne y destaca los elementos diferenciadores de ambas tradiciones: un fuerte programa normativo cargado axiológicamente en especial dirigido al legislador (como ocurrió en Francia, pero sin controles heterónomos) y la garantía jurisdiccional para que aquello se cumpla, y no sólo por aquél sino por cualquiera, tal como lo idearan los estadounidenses a través de la *Judicial Review*.

De las constituciones garantizadas al estilo revolucionario estadounidense –afirma Prieto– deriva una noción de poder Constituyente más liberal que democrático, que se traduce en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría, no en el empoderamiento de la ciudadanía a través del legislador. De las constituciones que siguen el modelo francés se sigue un ambicioso programa político,¹⁴ que va mucho más allá de la mera organización del poder mediante las reglas del juego político, designa como artífice de las transformaciones perseguidas al legislador: un constitucionalismo más democrático que liberal.

En pocas palabras, el resultado de esta combinación, es decir el sustrato del Neoconstitucionalismo, podría resumirse así: la existencia de sistemas normativos encabezados por una Constitución –imbuida por un esquema particular de separación de poderes– que pretende condicionar de modo importante las decisiones de las mayorías a través de su carga axiológica y de las instituciones jurisdiccionales que garantizan su supremacía y en donde, a consecuencia de lo anterior, el protagonismo en la concreción de las disposiciones constitucionales no corresponde al legislador sino a los jueces.

3. ¿NEO-CONSTITUCIONALISMO?

Como ya adelantásemos, el Neoconstitucionalismo es una doctrina alimentada por la Constitucionalización del Derecho, escenario que tiene su causa en la fusión de las tradiciones de las cartas políticas y las constituciones garantizadas. No es el Neoconstitucionalismo el que ha generado el denominado Estado Constitucional de Derecho sino que, a la inversa, el surgimiento de este

¹⁴ PRIETO (2007), p. 114.

ha estimulado la proliferación del amplio espectro de ideas que se albergan (o a veces se estigmatizan) bajo el título de neoconstitucionalistas.

El origen directo del concepto, vinculado a la escuela genovesa, da cuenta del talante impreso en él. Con aquel rótulo se intentaba describir el funcionamiento del sistema jurídico luego de las transformaciones provocadas por la Constitucionalización del Derecho. Lo que para algunos implicaba la autonomía hermenéutica de las Cartas Fundamentales –Pozzolo, por ejemplo– para otros –como Barberis, Comanducci o Atienza, suponía la existencia de teorías *positivistas* del Derecho.

Luego, pareciera ser que la alusión al constitucionalismo en esta rúbrica es más historiográfica que descriptiva. El Neoconstitucionalismo no se vincula en todos sus planos necesariamente con la noción moderna del Constitucionalismo, al menos no en todos sus sentidos.

En línea de principio, el Neoconstitucionalismo manifiesta tensiones notorias con la noción de Constitucionalismo como Codificación del Derecho Público, pues su operación concreta a través de los principios y directrices, al mismo tiempo que abre el contenido de los preceptos de textura abierta –con condición de aplicación subdeterminada o con consecuencia jurídica ausente o difícil de identificar– petrifica el sistema jurídico al reconocer como parte de él únicamente a normas deudoras o tributarias de las normas constitucionales. El Derecho, al mismo tiempo que amplía su norma de reconocimiento o expande los parámetros de validez de la Norma Fundamental (especialmente los sustantivos), restringe el desarrollo del Derecho infraconstitucional, no sólo reemplazando el conocido principio dinámico con que Kelsen y sus herederos caracterizaban el sistema jurídico, sino que también esta Norma Fundamental repleta de principios, valores y directrices –colmada de un *Derecho Dúctil*, parafraseando a Zagrebelsky– se convierte en Carta Fundamental y adquiere la potencia no sólo de invalidar, sino también de desplazar en su aplicación al Derecho legislado y codificado.

En tal contexto, el Neoconstitucionalismo, como modelo de Constitución, pareciera ser un dato, un hecho de la realidad, que revela lo realmente interesante para los teóricos y filósofos del Derecho: la aparente insuficiencia del positivismo teórico para dar cuenta de los actuales sistemas jurídicos y la eventual incapacidad del positivismo metodológico para operar en aquéllos. Por eso, creemos que el Neoconstitucionalismo tiene algo de Constitucionalismo, pero mucho más de Teoría y Metodología del Derecho. De ahí, como afirma Alfonso García Figueroa, su éxito entre los filósofos del Derecho con vocación

de constitucionalistas y entre los constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho.¹⁵

4. DE LA “CONSTITUCIÓN REMATERIALIZADA” A LA “CONSTITUCIÓN DESBORDADA”

Dentro del actual paradigma, la Constitución irrumpe como Fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, como origen inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo como “fuente de las fuentes”.¹⁶ De Norma Fundamental, se convierte en Carta Fundamental. Ha operado en el sistema jurídico una distorsión de aquel modelo jerárquico tan firmemente diseñado por la teoría positivista de las Fuentes del Derecho. La Constitución ya no es sólo norma suprema dirigida a disciplinar en forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley. Es ahora la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social y que destruye el dogma liberal estatalista de la fuerza absoluta de la ley.¹⁷

Esta irrupción de las Cartas Fundamentales como plenas fuentes del Derecho, agudizan la conocidamente denunciada crisis de la ley. Las consecuencias de este desplazamiento de la ley al interior del sistema de fuentes son diagnosticadas con sorprendente unanimidad por autores de divergentes tendencias, por ejemplo Laporta y Zagrebelsky. “*El parámetro constitucional (...) se ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido enviadas a un segundo plano y su validez misma ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre*”, lo que determina que “*la ley esté en permanente interinidad y en posición subalterna*”, expresa el primero.¹⁸ El Derecho y la justicia ya no se reducen a lo que establece una ley omnipoente, sino que “*la ley expresa, por el contrario, las combinaciones posibles entre los principios constitucionales*” y se configura así “*como derecho particular y contingente*”, expresión temporal de una mayoría pasajera, señala el segundo.¹⁹

¹⁵ GARCÍA FIGUEROA. (2009), p. 65.

¹⁶ RUBIO (1979), p. 62.

¹⁷ PRIETO (2009), p. 121.

¹⁸ LAPORTA (2007), p. 159

¹⁹ ZAGREBELSKY (2008), p. 159.

La nueva ordenación de las fuentes formales del derecho podría ser explicada de la siguiente manera. De una dinámica en la cual los derechos y obligaciones contenidos en la Constitución adquirían fuerza en tanto eran desarrollados por la ley, se pasa a una relación de subordinación en donde –en palabras de Susanna Pozzolo– la ley opera como un mero factor de mediación entre las exigencias constitucionales y las exigencias prácticas.²⁰ Lo cual, de paso, nos obliga a repensar el principio dinámico con el que por tanto tiempo se caracterizó el sistema jurídico, pues la innovación por parte de normas subconstitucionales, de acuerdo a esta nueva lógica, es válida en tanto su contenido sea deudor de los principios y valores contenidos en la Constitución, rasgo propio de los sistemas estáticos.²¹

En síntesis, la Constitución se instala como aquel Derecho por sobre el derecho y opera como una convención sobre el coto vedado,²² las cartas de triunfo,²³ o acerca de lo que es indecidible para cualquier mayoría.²⁴

Esto último es efecto de lo que Prieto Sanchís denomina “*Rematerialización Constitucional*”, factor que resulta clave para entender la existencia de este nuevo Derecho (el constitucional) que se ubica por sobre el resto del derecho (principalmente el legal).²⁵ Las Constituciones que se pueden adscribir al Neoconstitucionalismo están dotadas no sólo de normas formales, de competencia o procedimiento, dirigidas a orientar el ejercicio de los poderes estatales y la relación entre los mismos, sino también –y sobre todo– de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente. Siguiendo al mismo autor, justamente aquello que Kelsen temía es el sello de identidad de este nuevo Derecho: gira en torno y se subordina a derechos, valores, principios y directrices.²⁶ En efecto, estas nuevas piezas fundamentales del Derecho son normas “*muy generales*”, “*redactadas en términos particularmente vagos*”, son “*programáticas*” en el sentido de que imponen la obligación de perseguir deter-

²⁰ POZZOLO (1998), p. 341.

²¹ GARCÍA FIGUEROA (1998), p. 62.

²² GARZÓN (1989), p. 209.

²³ DWORKIN (1977), pp. 91 y 199.

²⁴ FERRAJOLI (1998), p. 858

²⁵ PRIETO (2007), p. 119.

²⁶ PRIETO (2007a), p. 215.

minados fines, “*expresan los valores superiores del ordenamiento jurídico*” y sirven como “*criterio de interpretación del Derecho subconstitucional*”, por mencionar solamente algunos de los sentidos o características con que según Atienza y Ruiz Manero se les ha atribuido.²⁷

Tal vez, los elementos más importantes en estas Nuevas Cartas Fundamentales sean los principios y las directrices. Los primeros se caracterizan por estar formulados como enunciados que correlacionan siempre casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero de manera abierta. A diferencia de las reglas, carecen de una condición de aplicación determinada. No se trata de que posean una condición de aplicación con una periferia más o menos amplia, sino de que tales condiciones no se encuentran ni siquiera genéricamente determinadas.²⁸ Las segundas se distinguen porque no sólo sus condiciones de aplicación son abiertas o aplicables a –prácticamente– infinitos supuestos de hecho sino porque además su consecuencia jurídica (su modelo de conducta prescrita) tampoco está determinada.²⁹

Principios y directrices, los pilares de la rematerialización constitucional, implican que el Derecho se aproxime a la moral y que la moral se aproxime al Derecho.³⁰ No se trata ya de una validación del Derecho a través de una instancia metajurídica –como acontecía con el iusnaturalismo, especialmente teológico– sino que una invitación formulada a la moral para que ingrese a las cartas fundamentales. Una moralización del Derecho ocasionada a raíz de la presencia de una Constitución axiológicamente generosa y la ulterior moralización del razonamiento jurídico.³¹ A aquello se refiere Zagrebelsky cuando predica la separación de los derechos (fundamentales) respecto de la ley³² y la separación de la justicia respecto de la ley.³³ Ello no sólo pone en crisis la idea de omnipotencia del legislador y la idea de la *Constitución Westminster* –resumida en la afirmación de que el parlamento lo puede todo, salvo convertir a un hombre en una mujer– sino también la decadencia de

²⁷ ATIENZA-RUIZ (1996), p. 4.

²⁸ ATIENZA-RUIZ (1996), p. 9.

²⁹ ATIENZA-RUIZ (1996), p. 10.

³⁰ GARCÍA FIGUEROA. (2009), p. 44.

³¹ GARCÍA FIGUEROA. (2009), p. 65.

³² ZAGREBELSKY (2008), p. 47

³³ ZAGREBELSKY (2008), p. 93

las ideas de la separación (absoluta) entre derecho y moral y de la Estatalidad del Derecho.

Empero, en este punto, quizás más importante que la causa, es uno de sus efectos: el *desbordamiento constitucional*. Debido a que los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución por intermedio del legislador, puesto que pueden hacerlo directamente, y a que ella disciplina numerosos aspectos sustantivos es difícil hallar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.³⁴ Es más, cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una disposición constitucional que lo confirma o genera una antinomia. Esto es lo que –en general– se ha denominado el efecto irradiación o impregnación del texto constitucional: de alguna forma –para bien o para mal– todo se convierte (o desvirtúa) en Derecho Constitucional. Por ello, la ley deja de ser la medida de los casos,³⁵ es destronada a favor de una instancia más alta³⁶. En consecuencia, la teoría de las fuentes –definitivamente y tal como se proponía a comienzos del siglo XX por el Movimiento del Derecho Libre– ya no puede girar exclusivamente en torno a la ley³⁷ y a la Estatalidad del Derecho.

5. EL DERECHO ENTRE CRIATURAS DE LA MORALIDAD Y CRIATURAS DE PODER

En el contexto del Estado Constitucional de Derecho (bajo el paradigma neoconstitucionalista) las criaturas constitucionales –principios y directrices– son *Bellas Criaturas de la Moralidad*, afirma Alfonso García Figueroa (siguiendo a Dworkin), pero a la vez *terribles criaturas de poder*.³⁸

La condición –el espíritu del tiempo en que vivimos– expresa Zagrebelsky, deambula no entre uno, sino entre varios principios o valores que configuran la convivencia colectiva: la libertad versus las reformas sociales, la igualdad genérica versus las legítimas diferencias en los casos concretos, la protección de los derechos individuales, pero también la de los sociales.³⁹ Si cada valor se

³⁴ PRIETO (2007), p. 119.

³⁵ PRIETO (2009), p. 120.

³⁶ ZAGREBELSKY (2008), p. 40.

³⁷ PRIETO (2009), p. 120.

³⁸ GARCÍA FIGUEROA (2009), p. 21.

³⁹ ZAGREBELSKY (2008), p. 16.

entendiese como absoluto, sería imposible admitir la coexistencia de unos junto a otros. Si cada valor fuere a priori determinado o determinable, no existiría aquella tendencial incompatibilidad entre ellos mismos y entre los diversos proyectos que albergan.

Tan significativa ha sido la irrupción –o la detección– de los principios, esas “*Bellas Criaturas de la Moralidad*”, en las Constituciones que algún reputado jurista como Gustavo Zagrebelsky se atreve a afirmar que los principios serían normas propiamente constitutivas o constitucionales, mientras que las reglas –aun cuando se encuentren en la Constitución– no serían más que leyes reforzadas: a las reglas, por su simpleza, se las obedece, a los principios, se les presta adhesión.⁴⁰

La particularidad (funcional) de los principios estaría dada –en lógica neoconstitucionalista– en que mientras las reglas, normas binarias, altamente determinadas en sus condiciones de aplicación y consecuencias jurídicas, proporcionan pautas nítidas acerca de cómo debemos, no debemos o podemos actuar, los principios no nos dicen nada a este respecto, pero sí nos entregan criterios para adoptar posiciones ante situaciones concretas, pero que en principio, no aparecen de manera evidente contenidas en su espectro normativo.⁴¹ Los principios, no tienen eficacia en abstracto, requieren de casos concretos para ser operativos.

Si el Derecho estuviere integrado únicamente por reglas, bastaría la *maquinización* de su aplicación mediante autómatas pensantes (tal como lo sugería la famosa alegoría del *jurista de la mesa verde*, célebre en el *Movimiento del Derecho Libre*). Para autómatas, según el mismo jurista italiano, bastarían el silogismo y la subsunción. La adopción de posiciones que exigen los principios, es incompatible con las máquinas, mientras sigan siendo máquinas.⁴²

Como ya destacamos más arriba, hoy en día los principios (y directrices) invaden el Derecho subconstitucional, imponiéndose a las normas fundadas en la Carta Fundamental cuando ellas contravienen su contenido o conducen a situaciones injustas, estimulando el surgimiento de lagunas axiológicas. Tal efecto propio de la supremacía constitucional deviene en esencial al interior de la relación principio constitucional-norma legal. Sin embargo, como advierte Alfonso García Figueroa, la novedad neoconstitucionalista no consiste en la ca-

⁴⁰ ZAGREBELSKY (2008), p. 110.

⁴¹ ZAGREBELSKY (2008), p. 110.

⁴² ZAGREBELSKY (2008), p. 111.

pacidad anulatoria negativa de la Constitución (perfectamente compatible con el positivismo Kelseniano e inclusive con el Ferrajoliano), sino en la irremontable tensión interna de ella. En efecto, en un Estado Constitucional, la visión holista del Derecho, especialmente estimulada por el ya mencionado *efecto irradiación*, se acentúa por la condición disposicional de las normas de principio. En tal sentido, entendemos por disposicional aquella propiedad *a priori* indetectable pero que se hace evidente concurriendo ciertas circunstancias. García Figueroa emplea a la sal como ejemplo de un elemento con propiedades disposicionales. Afirma, que la solubilidad de la sal es imperceptible a menos que se verifique la condición de mezclarla con agua. Y no porque un gramo de sal nunca sea mezclado con agua podemos afirmar que aquélla es indisoluble. Pues bien, en los principios –acostumbrados a imponerse a las normas que Zagrebelsky denomina no constitucionales– la derrotabilidad es una propiedad disposicional: están sometidos a un desplazamiento en su eficacia o vigencia concreta ante la o las circunstancias en que otro principio resulte concurrente al caso de manera más justa o satisfactoria.⁴³

El carácter disposicional de los principios, derrotables pero a la vez capaces de triunfar indefinidamente sobre otra norma, sea o no que goce de supremacía constitucional, anuncia otra característica del Neoconstitucionalismo: la omnipresencia constitucional. Ello, como analizásemos en el punto anterior no sólo implica que hoy en día es difícil detectar un caso que resulte irrelevante desde el punto de vista constitucional, sino que cualquier principio (constitucional) no absoluto puede ser desplazado por otro principio concurrente. Tal aparente debilidad intraconstitucional, lejos de revelar un defecto, da cuenta del inmenso potencial de las Constituciones en operatividad neoconstitucional: contribuyen a lograr –o más bien restablecer– un ideal pre codificador que la ilustración transformó de aspiración en realidad artificial: la plenitud del Derecho.

6. CRIATURAS QUE DISIPAN LAGUNAS (NORMATIVAS)

Aunque el problema de las *Lagunas* en el Derecho no es nuevo –según Chaissoni, ya habrían referencias a ellas por parte de Justiniano en la Constitución *Tanta* que dispone la promulgación del *Digesto*– pareciera ser que a finales del siglo XIX y comienzos del XX su existencia fue problematizada

⁴³ GARCÍA FIGUEROA (2009), p. 139.

desde una perspectiva diferente. Antes de aquella época, el asunto fue percibido únicamente como un problema de práctica forense. En cambio, a finales del siglo XIX la existencia de las lagunas jurídicas fue el estandarte de lucha de ciertos autores para combatir a tres enemigos. Primero el modelo de organización estatal centralizada, heredera del Estado absolutista, en especial su monopolio tanto de la producción normativa como de la fuerza. Segundo, a la doctrina jurídica que le servía de fundamento: el positivismo de la época, curiosamente continuador de la tradición metodológica subsuntiva del derecho natural. Y tercero, la tesis de la *auto integrabilidad hermenéutica* del Derecho, según la cual cualquier eventual espacio de falta de integridad del ordenamiento jurídico (especialmente de la Ley) podía ser completado mediante la regeneración del mismo.⁴⁴

La existencia de las lagunas, su definición y clases, la manera de colmarlas, los insumos para ello y su relación con la *interpretación-aplicación* de las normas, son asuntos que comprometen esferas tan diversas como la Teoría y Filosofía del Derecho, especialmente a través del concepto mismo de Derecho y la teoría de sus fuentes, la Teoría y Filosofía Política, por intermedio de la noción de separación de poderes, y – en general – al Derecho Público, a causa del rol que hoy en día corresponde jugar a las Constituciones en la fundamentación de los sistemas normativos.

Sin perjuicio de que el positivismo (escolástico llamado por Kantorowicz) de la Escuela de la Exégesis y de la Jurisprudencia de Conceptos, estimulado por el movimiento codificador, a comienzos de 1900 negó tajantemente la existencia de lagunas en el Derecho, ilustres representantes del positivismo ya más avanzado el siglo XX arribaron a la misma conclusión pero fundados en razones diversas. Tal es el caso de Kelsen y su tesis de la plenitud del Derecho, basada en la idea de que todo lo no prohibido se encuentra permitido.⁴⁵ Otros positivistas, en cambio, no sólo aceptaron la existencia de lagunas en el Derecho, sino que también distinguieron con precisión sus diversas clases. Nos referimos a Carlos Achourrón y Eugenio Bulygin.⁴⁶

⁴⁴ CHAISSONI (2004), p. 167.

⁴⁵ Bulygin afirma que la tesis de Joseph Raz sobre las Lagunas no mantendría diferencias sustantivas con la de Kelsen. Bulygin, Eugenio, La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas, en BULYGIN (2009), p. 14.

⁴⁶ En su conocida obra *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

En la actualidad, en tiempos del denominado *Estado Constitucional de Derecho*, los roles de las teorías omnicomprensivas del Derecho respecto de las lagunas parecen haberse alterado. Mientras en el pasado, la existencia de aquéllas era negada por las versiones más radicales del positivismo (verdaderamente el paleopositivismo) hoy lo es por el no-positivismo neoconstitucionalista.

En efecto, como sostiene Juan Carlos Bayón, la existencia de conductas no reguladas será tanto más improbable cuanto mayor sea la presencia en el ordenamiento de normas que definan con muy altos niveles de abstracción los casos genéricos que regulan, pues a mayor nivel de abstracción, mayor será el número de casos individuales a los que resultarán aplicables.⁴⁷ Y como sabemos, la presencia de disposiciones abstractas con alta densidad axiológica –al menos a nivel de Cartas Fundamentales– es uno de los hechos que reporta (e incluso fomenta) el constitucionalismo contemporáneo y/o el Neoconstitucionalismo. Eso es lo que Alfonso García quiere expresar cuando afirma que en el panorama de la Filosofía del Derecho Contemporánea se observa que el recurso a los principios sirve para justificar la eliminación de las lagunas en el Derecho.⁴⁸

La presencia de dicha clase de normas sumado al desbordamiento constitucional, producen como consecuencia que la existencia de eventuales lagunas se vea significativamente disminuida, puesto que cualquier caso aparentemente no regulado, puede terminar siendo correlacionado con alguna disposición Constitucional. La Constitución, que ya dejó de contener únicamente normas de competencia puede servir para colmar las lagunas de la ley.

Así, hoy, mientras muchos –principalmente positivistas– reconocen la existencia de lagunas y afirman que cuando el juez decide un caso no regulado ejerce mera discrecionalidad, las tesis neoconstitucionalistas propondrán que el juez frente a un caso no reglado por la ley no debe ejercer mera discrecionalidad, sino que aplicar el Derecho contenido en la Constitución.

Si todos los principios jurídicos carecen de condiciones de aplicación, su eficacia concreta es ilimitada y –por lo tanto– las pautas morales contenidas en las constituciones son capaces de disipar cualquier laguna, pues allí donde no llega una regla legal siempre puede hacerlo un principio constitucional, abierto en condición de aplicación o en su consecuencia normativa.⁴⁹ Nuevamente,

⁴⁷ BAYÓN (2009), p. 38.

⁴⁸ GARCÍA FIGUEROA (1998), p. 58.

⁴⁹ PRIETO (2010), p. 97.

tal como ante afirmó a principios del siglo XX el Movimiento del Derecho Libre, la ley contiene lagunas –“*hay tantas lagunas como palabras*”– pero esta vez hay Derecho (constitucional) para colmarlas.

7. CRIATURAS QUE CREAN LAGUNAS (AXIOLÓGICAS)

El problema de las lagunas en el Derecho es tan vasto como importante. Los teóricos del Derecho, en un intento sistematizador de sus múltiples aristas han ensayado diversas tipologías de aquéllas. Bobbio, Conte, Santi Romano, Klug, Achourrón y Bulygin⁵⁰ o Guastini⁵¹ son sólo algunos de los que han intentado elaborar un *vademécum* de las lagunas.

Una clase especial de lagunas del Derecho está constituida por las denominadas lagunas axiológicas también llamadas ideológicas. Aquéllas se definen –según Bobbio– como la existencia de una norma que no debiera existir y constituyen para Alchourron y Bulygin la presencia en un ordenamiento jurídico de un cierto caso, regulado por una norma jurídica que le adjudica cierta calificación normativa, pero respecto de la cual el intérprete considera que el legislador, por descuido, error o manifestación errónea de su voluntad, ha soslayado una propiedad relevante del caso que debió ser tenida en cuenta conforme a ciertas exigencias de justicia, y que, por lo tanto, dispone de una solución normativa injusta o insatisfactoria.⁵²

Para Guastini, por su parte, no consisten en una falta de norma sin más. Lo que falta no es una norma que regule el supuesto en cuestión, porque ese supuesto en efecto está reglado (de no ser así habría una laguna normativa). Falta en verdad en el enunciado normativo cuestionado una norma satisfactoria o *justa* y, más precisamente, una norma diferenciadora, es decir una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto.⁵³

En el estado Constitucional de Derecho, crisol de las Cartas Fundamentales rematerializadas y que reciben aplicación directa sin necesidad de intermediación legislativa (especialmente en sistemas como el chileno que permite suspender la eficacia de una norma legal en un caso concreto por ocasionar resultados inconstitucionales, aunque también en otros que han avanzado

⁵⁰ CHAISSENI (2004), pp. 176-178.

⁵¹ GUASTINI (2006), p. 278.

⁵² CHAISSENI (2004), p. 185.

⁵³ GUASTINI (2006), p. 278.

hacia controles difusos y concretos de Constitucionalidad) el juez dispone siempre de al menos dos fuentes del Derecho, con diferente jerarquía, que pueden ofrecer soluciones no necesariamente contradictorias, pero con diversos niveles o estándares de justicia y con diferentes aptitudes protectoras de Derechos: Constitución y Ley, entre las cuales puede elegir sin necesidad de declarar la invalidez ni la derogación de alguna de las dos, sino simplemente postergar la eficacia de la ley y preferir la vigencia de la Constitución respecto del caso que conoce. A ello se refiere Huerta cuando distingue entre la declaración de invalidez, que impide a la norma formar parte del siguiente orden jurídico y la mera inaplicación. En el primer caso, producto de la contravención entre norma fundante y norma fundada, esta última pierde su validez y es expulsada (con efectos *ex tunc* o *ex nunc*) del ordenamiento jurídico. En el segundo caso, la norma no desaparece del horizonte del Derecho, sino que obliga al sentenciador a preterir su deber primario de aplicar la ley⁵⁴ —a olvidar el orden lógico de aplicación heredado y modelado por el Estado Legislativo de Derecho— y a resolver el conflicto directamente en base a un precepto constitucional (sin invalidar la norma desplazada) cuando la aplicación de la norma legal conduzca a un resultado que repugne con los principios y directrices constitucionales o bien la disposición primariamente aplicable omita la consideración de una propiedad relevante del caso que sí resulta ponderada por la norma constitucional. La Constitución opera hoy como ese parámetro de justicia imprescindible en la detección (o construcción) de las lagunas axiológicas.

A ello se refiere Guastini cuando expresa que en los Estados Constitucionales de Derecho (en sentido constitucionalizado y neoconstitucionalista) ciertos principios —como el de razonabilidad, entre otros— operan como una *máquina de producción de lagunas axiológicas*. Por ejemplo, cuando el legislador trata de manera diversa casos que parecen idénticos (esto es cuando discrimina arbitrariamente) el intérprete —u operador jurídico— afirmará que falta una norma igualadora. O cuando el legislador trata por igual situaciones diversas (no distingue como debería, considerando una propiedad relevante del caso, como dirían Alchourrón y Bulygin) el intérprete alegará la inexistencia de una norma diferenciadora. En ambas oportunidades, y por aplicación directa de la Constitución, la judicatura correspondiente completará la norma adicionando

⁵⁴ HUERTA (2007), p. 236.

con fundamento constitucional el elemento o propiedad relevante preterida por la ley suspendiendo su aplicación a secas y dirimiendo el conflicto en base a un contenido constitucional. Tal contenido, normalmente indeterminado, domiciliado en un principio o directriz, proporcionará la consideración a la propiedad relevante del caso no anticipada por el legislador, derrotando en su vigencia concreta a la ley, o lo que es lo mismo, haciendo triunfar a la Constitución sin la necesidad de acudir a una antinomia absoluta entre normas de diversa jerarquía.

Por lo tanto –como ya lo afirmásemos– si toda norma subconstitucional puede ser objeto de una laguna axiológica, toda norma de tal jerarquía es también derrotable por una Constitución omnicomprensiva, capaz de disciplinar, con mayor amplitud que la ley, cualquier cuestión jurídica de mediana importancia práctica. Es decir –parafraseando a Guastini– en un modelo neoconstitucionalista, la Carta Fundamental se convierte en una eficiente máquina de producción de lagunas axiológicas con criterio de contraste que se ubica en una norma jurídica positiva, suprema y axiológicamente rebosante: la Constitución.

8. SÍNTESIS Y REFLEXIONES FINALES

De lo expuesto a lo largo del presente trabajo podemos sintetizar y reflexionar lo siguiente:

El problema de la eventual existencia de lagunas axiológicas y jurídicas se ve potenciado en el contexto del denominado Estado Constitucional de Derecho, en especial, bajo las ideas que difunde el paradigma Neoconstitucionalista debido a que el mencionado panorama teórico incorpora factores no necesariamente contemplados por la teoría jurídica incubada al alero del Estado Legislativo de Derecho.

El Neoconstitucionalismo, como conjunto de doctrinas, reúne y destaca los elementos distintivos de diferentes tradiciones: un fuerte programa normativo cargado axiológicamente especialmente dirigido al legislador (como ocurrió en Francia, pero sin controles heterónomos) y la garantía jurisdiccional para que aquello se cumpla, y no sólo por aquél sino por cualquiera, tal como lo idearan los estadounidenses a través de la *Judicial Review*.

Las constituciones dotadas de garantías jurisdiccionales inspiradas en el modelo revolucionario estadounidense hicieron germinar una noción de poder constituyente más liberal que democrático, que se encarnó en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría pero no en el empoderamiento de la ciudadanía a través del legislador. En cambio de las constituciones que siguen

el prototipo revolucionario francés reflejaron un afanoso programa político que sobrepasó la mera organización del poder mediante las reglas del juego político: designó como artífice de las transformaciones perseguidas al legislador. Este último es un constitucionalismo más democrático que liberal.

Como ya lo afirmásemos, el sustrato institucional y teleológico del Neoconstitucionalismo, podría resumirse así: la existencia de sistemas normativos encabezados por una Constitución –imbuida por un esquema particular de separación de poderes– que pretende condicionar de modo importante las decisiones de las mayorías a través de su carga axiológica y de las instituciones jurisdiccionales que garantizan su supremacía y en donde, a consecuencia de lo anterior, el protagonismo en la concreción de las disposiciones constitucionales no corresponde al legislador sino a los jueces.

La Constitución para el Neoconstitucionalismo, pareciera ser un dato, un elemento del paisaje jurídico, que revela lo realmente interesante para los teóricos y filósofos del Derecho: la aparente insuficiencia del positivismo teórico para describir con precisión los actuales sistemas jurídicos y la posible incapacidad del positivismo metodológico para operar en aquéllos. Por eso, creemos que el Neoconstitucionalismo tiene algo de Constitucionalismo, pero mucho más de Teoría y Metodología del Derecho.

Hoy, en tiempos del denominado Estado Constitucional de Derecho, parecen haber sido alteradas las posiciones que respecto de las lagunas mantenían las teorías omnicomprensivas del Derecho. Mientras en el pasado la existencia de éstas fue negada por las versiones más radicales del positivismo (verdaderamente el paleopositivismo) hoy lo es por el no-positivismo neoconstitucionalista.

En efecto, como afirma Bayón, la existencia de conductas no reguladas disminuirá en cuanto aumente presencia de normas constitucionales con condición de aplicación subdeterminada ya que mientras mayor sea el nivel de abstracción de la norma, más amplio será el número de casos individuales a los que resultarán aplicables. Y como sabemos, la presencia de disposiciones abstractas con alta densidad axiológica –al menos a nivel de Cartas Fundamentales– es uno de los hechos que reporta (e incluso fomenta) el constitucionalismo contemporáneo y/o los Neoconstitucionalismos. Por ello hemos destacado la afirmación de García Figueroa en orden a que en el panorama de la Filosofía del Derecho Contemporánea se observa que el recurso a los principios se suele emplear para justificar la eliminación de las lagunas en el Derecho.

Finalmente, siguiendo a Guastini hemos observado que en los Estados Constitucionales de Derecho ciertos principios –como el de razonabilidad, operarían como una *máquina de producción de lagunas axiológicas*.

9. BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA, María (2009): “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo”, en COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María, GONZÁLEZ, Daniel, *Positivismo jurídico y Neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Europeo, pp. 123-159.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1975): *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- ARAGÓN, Manuel (2008): “El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en VVAA. *Jueces y Derecho*, México, Porrúa.
- ATIENZA, Manuel (2008): “Virtudes Judiciales”, en VV.AA. *Jueces y Derecho*, México, Porrúa.
- ATIENZA, Manuel, RUIZ, Juan (1996): *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- ATIENZA, Manuel, RUIZ, Juan (2009): *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra.
- BAYÓN, Juan Carlos (2009): “Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas”, en BULYGIN, Eugenio, ATIENZA, Manuel, BAYÓN, Juan Carlos, *Problemas Lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Europeo, pp. 27-34.
- BLANCO, Roberto (1998): *El valor de la constitución*, Madrid, Alianza.
- BULYGIN, Eugenio (2009): “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, en BULYGIN, Eugenio, ATIENZA, Manuel, BAYÓN, Juan Carlos, *Problemas Lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Europeo, pp. 9-26.
- CARBONELL, Miguel (1996): “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, pp. 289-300.
- CHAISONI, Pierluigi (2004): “Las lagunas en el Derecho. Proyecto de voz para un vademécum jurídico”, en COMANDUCCI, Paolo, *Ánalisis y Derecho*, México, Fontamara, pp. 157-208.
- COMANDUCCI, Paolo (2000): “Modelos e interpretación de la constitución”, en CARBONELL, Miguel (Compilador) *Teoría de la Constitución*, ensayos escogidos, Porrúa-UNAM, pp. 123-154.

- COMANDUCCI, Paolo (2009): “Constitución y Neoconstitucionalismo” en COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María, GONZÁLEZ, Daniel, *Positivismo jurídico y Neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Europeo, pp. 85-122.
- DE CABO, Carlos (2000): “La Función Histórica del Constitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (Compilador) *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, CARBONELL, Miguel (Compilador), México, Porrúa-UNAM, pp. 45-66.
- DE CABO, Carlos (2010): *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta.
- DE OTTO, Inacio (1987): *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel.
- DWORKIN, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth.
- DWORKIN, Ronald (2008): *El Imperio del Derecho*, Barcelona, Gedisa.
- EZQUIAGA, Francisco (2008): La argumentación en la justicia constitucional, Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas-Pontificia Universidad Javeriana.
- FERRAJOLI, Luigi (1998): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta.
- FIORAVANTI, Maurizio (2007): *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1997): “Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre”, en *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, pp. 803 -825.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2010) *El Derecho y sus circunstancias*, Bogotá, Colombia.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1998): *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, CEPC.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2009): *Criaturas de la moralidad, una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta.
- GARZÓN, Ernesto (1989): “Algo más acerca del coto vedado”, en Doxa, Nº 6. pp. 209-213.
- GUASTINI, Ricardo (2000): “Sobre el concepto de Constitución”, en CARBONELL, Miguel (Compilador) *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, Porrúa – UNAM, pp. 93-108.
- GUASTINI, Ricardo (2006) “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación”, en *Ánalisis Filosófico XXVI* Nº 2, pp. 277-293.

- HUERTA, Carla (2007): *Conflictos normativos*, México, UNAM.
- LAPORTA, Francisco (2007) *El imperio de la ley, una visión actual*, Madrid, Trotta.
- NÚÑEZ, Manuel (2010): “El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista de Derecho*, Valparaíso, Nº 34, pp. 523-541.
- POZZOLO, Sussana (1998): “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa*, Nº 21, Vol. 2, pp. 339-356.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1993) *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1997): *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara.
- PRIETO, Luis (2005): “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, pp. 123-158.
- PRIETO, Luis (2007): *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra.
- PRIETO, Luis (2007a): “El Constitucionalismo de los Derechos”, CARBONELL, Miguel (Editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, México. Trotta-UNAM.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2008): *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid.
- PRIETO, Luis (2009): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta.
- PRIETO, Luis (2010): “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral, en VV.AA., *Los Desacuerdos en el Derecho*. Madrid. Fundación Coloquio Europeo.
- RIVAS, Pedro (2006): “La interpretación del derecho en el positivismo ético contemporáneo”, en *Revista Isegoría*, Nº 35, julio-diciembre, pp. 73 -87.
- ROSS, Alf (2007): *Teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- RUIZ, Alfonso (2009): *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, Madrid, Trotta.
- SALAZAR, Pedro (2008): *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica.
- SALAZAR, Pedro (2010): “El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente”. *Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de Derecho Constitucional*, México. (Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/g13.htm>, consultado el 18-10-2011).

ASTRE, Santiago (1999): *Ciencia jurídica positivista y Neoconstitucionalismo*, Madrid, Mc Graw-Hill.

ASTRE, Santiago (2005): “La ciencia jurídica ante el Neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, pp. 239-258.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2008): *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta.