

EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO

José Luis Parada Gonzales¹

(1) Universidad Católica de Santa María - UCSM

RESUMEN: El presente trabajo pretende describir los cambios que viene atravesando el Derecho a partir de la vigencia del Estado Constitucional. Para lo cual, primero analizaremos el Derecho que aún predomina en nuestro sistema y el marco sobre el cual se ha consolidado, el Estado de Derecho; para luego abordar el tema del Estado Constitucional, y descubrir cómo su vigencia viene cambiando la estructura interna y la teoría del derecho, así como las prácticas judiciales.

Palabras Claves: Estado de Derecho, Positivismo Jurídico, Estado Constitucional de Derecho, Neoconstitucionalismo, Teoría de la Argumentación Jurídica.

ABSTRACT: This paper aims to describe the changes through the law comes from the force of the Constitutional State. For that, first we analyze the law still prevails in our system and the framework on which it has established, the rule of law; then address the issue of constitutional rule, and discover how your force is changing the internal structure and the theory of law and judicial practices

Keywords: Rule of Law, Legal Positivism, State Constitutional Law, Neoconstitutionalism, Theory of Legal Argumentation.

INTRODUCCIÓN

Esbozando una definición sintética, de carácter general y elemental, y dejando de lado diversas consideraciones, podemos afirmar que el derecho es una creación humana producto de la vida en la sociedad, que tiene como finalidad regular la conducta de los miembros de una comunidad a través de normas jurídicas, para realizar determinados fines o valores sociales.

Las sociedades no son estructuras estáticas, por el contrario están en continua transformación, lo que origina que el derecho sea variable y responda a las necesidades y valores de una sociedad determinada en un tiempo determinado. Por lo que, su contenido está delimitado por factores sociales, económicos y culturales.

En ese sentido, a raíz de los cambios sociales producidos por la segunda guerra mundial, se remecieron los paradigmas que conformaban la cultura jurídica imperante en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, nos referimos al Estado de Derecho y al Positivismo Jurídico; dado paso a nuevas teorías que justificarían la superación de dichos modelos; o cual supone un cambio en la manera como se concibe el derecho y sobre todo en las prácticas jurídicas.

El propósito del presente trabajo es describir dichos cambios (los principales), para de esta forma introducir al lector en las nuevas teorías que se vienen gestando al respecto.

MODERNIDAD, DERECHO MODERNO Y ESTADO DE DERECHO

Por modernidad entendemos un tipo de sociedad que empieza a asumir un rol protagónico a partir del siglo XV o XVI, que tiene como base la reivindicación de la subjetividad del individuo, y como características: la afirmación personal a lo colectivo, la aplicación de controles racionales a todo acto humano, la convicción de que el proceso social puede ser conducido y

orientado de acuerdo a fines, y fe en el poder de la razón individual como instrumento de progreso. La modernidad se expresa políticamente a través de la filosofía de la Ilustración y, económicamente, a través de la sociedad de mercado¹.

El Derecho Moderno fue producto de la modernidad, pero a su vez fue un elemento que contribuyó a consolidarla, en particular a través del Derecho Civil que por sus características encarnaba los ideales de la modernidad jurídica, que tenía como finalidad establecer un orden que facilite el libre desenvolvimiento de la racionalidad individual; constituyéndose de esta forma en el medio por el cual la sociedad capitalista garantizaría la libertad individual frente a las intromisiones del Estado y de otros individuos².

Fruto de la modernidad y del derecho moderno, en materia de organización del Estado, es el Estado de Derecho o Estado Liberal de Derecho; el cual surge en el siglo XIX, en contraposición al Estado Absoluto del siglo XVII, propio de la Monarquía Absolutista, y al Estado de Policía del siglo XVIII, propio del Despotismo Ilustrado³.

Las características del Estado de Derecho, según Otto Mayer, son:

"[...] a) La supremacía de la ley frente a la Administración, b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos puedan incidir sobre ellos, c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado.⁴

Es por ello, que en siglo XIX la ley se convierte en la fuente más importante del derecho, dejando a las otras fuentes (costumbre, doctrina y jurisprudencia) fuera de carrera. Es en este escenario que nace el culto a la ley, cuya máxima expresión es el principio de legalidad, el cual según Zagrebelsky:

"[...] expresa la idea de la ley como acto supremo e irresistible, al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración,

Correspondencia a:

José Luis Parada Gonzales
Urb. Los Jazmines B-17, Paucarpata, Arequipa - Perú
jlparadag@outlook.com

en nombre de una superior “razón de Estado”, ni la aplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales y sociales)”⁵.

El principio de legalidad sumado a otros factores de tipo ideológico propios del siglo XIX, dieron como resultado una teoría del Derecho, en la cual la ley válidamente promulgada constituía el núcleo del sistema legal, estamos hablando del positivismo jurídico.

EL POSITIVISMO JURÍDICO

A grandes rasgos podemos afirmar que el positivismo jurídico es una corriente de pensamiento jurídico, que nace en el siglo XX, cuya principal característica es considerar al derecho positivo, es decir a las normas jurídicas válidamente promulgadas por un órgano estatal y que se encuentran vigentes, como único objeto de estudio del Derecho.

La base teórica del positivismo jurídico fue esbozada en el siglo XX por el jurista austriaco por Hans Kelsen, y sus principales postulados se encuentran en su obra “Teoría Pura del Derecho”, la cual hace un esfuerzo teórico por liberar al derecho todos los elementos que le son extraños, como la política y la moral, para poder otorgarle un carácter científico.

Para explicar esto, Fernando de Trazegnies, hace la siguiente metáfora:

“En realidad, Kelsen quiere hacer de la ciencia jurídica una suerte de gramática de la normatividad. Como es obvio, una frase puede estar perfectamente construida y ser un válido medio de comunicación; pero el contenido puede ser moral o inmoral, justo o injusto, loable, indiferente o incluso oprobioso. Esos contenidos no agregan ni quitan nada a la validez gramatical de la frase. Es más; para juzgar esos contenidos y adherirnos a ellos o rechazarlos, no recurrimos a la Gramática, sino quizá a la Ética, a la Política o a otras ciencias que nos den las bases para determinar si ese contenido es verdadero y/o deseable”⁶.

Asimismo, indica que si se intenta condicionar la validez del derecho “positivo o puesto” a consideraciones ajenas, “[...] hemos confundido la Literatura con la Gramática: debido a que la novela no resultó satisfactoria literariamente estaríamos considerando que la novela no está escrita en castellano”⁷.

El positivismo jurídico fija como único criterio de validez de la norma jurídica, el criterio formal, esto es, que su creación haya sido autorizada por otra norma jurídica de rango superior y que haya sido emanada por un órgano estatal competente; por lo que ello bastaría para que una norma jurídica sea válida y de obligatorio cumplimiento, a pesar que sea justa o injusta, correcta o incorrecta, moral o inmoral.

En ese sentido, es claro que el positivismo jurídico esboza una teoría del Derecho nihilista, es decir, carente pautas axiológicas o de criterios materiales de justicia que delimiten el contenido de la norma jurídica. Por lo que, esta corriente se presta, y como de hecho se prestó, para legitimar cualquier tipo de norma, incluso aquellas contrarias a los derechos y libertades fundamentales de las personas; llegando incluso a validar regímenes antidemocráticos que dictaron disposiciones vejatorias de la dignidad humana, disfrazando de “legales” los abusos del gobierno de turno. Un claro ejemplo de ello fue el sistema jurídico alemán de la Segunda Guerra Mundial, que consideró como “legal” el genocidio Nazi.

Lo señalado anteriormente trajo como consecuencia la crisis del positivismo jurídico y del Estado de Derecho, dando paso a que nuevos planteamientos tendientes a otorgar mayor garantía a los derechos de los ciudadanos frente a la legislación y al gobierno y a consolidar los regímenes democráticos.

Es en este contexto, surge el Estado Constitucional de Derecho, forma de Estado, y el Neoconstitucionalismo, teoría del derecho, como a la superación del Estado de Derecho y del Positivismo Jurídico.

EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Concepto:

Según el jurista alemán Peter Haberle, el Estado Constitucional es una conquista cultural de la civilización occidental, que se caracteriza por: considerar a la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, la división de poderes, la pluralidad de partidos y la independencia de los tribunales; constituyéndose de esta manera en una democracia pluralista o sociedad abierta. Su constitución, es entendida como el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, que posee una validez jurídica formal de naturaleza superior; debe concebirse como un estadio cultural que permita la institucionalización de experiencias pasadas y apertura hacia el futuro, abriendo espacio para el espíritu humano y su historia; por lo que no se trataría únicamente de un texto normativo, sino de un medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas⁸. En ese sentido, el Estado Constitucional es la “suma parcial de filosofías políticas, textos clásicos, programas de partidos políticos, saber derivado de la experiencia, incluso de las “heridas”, de numerosas generaciones, así como de utopías concretas; es también una suma parcial de procesos revolucionarios y evolutivos”⁹.

El concepto de Estado Constitucional desarrollado por Peter Haberle, hace referencia a la forma de organización del Estado Moderno de la cultura occidental contemporánea. Sin embargo, al otorgarle a la Constitución (norma fundamental que organiza al Estado), el carácter de *estadio cultural*, el concepto de dinamicidad se encuentra implícito, por lo que sus componentes de índole histórico, político e ideológico, puedan verse incrementados, dependiendo de la evolución cultural de occidente en el futuro, lo cual convierte el concepto de Estado Constitucional en un concepto amplio y abierto.

No obstante, por las características enumeradas al inicio de la definición de Estado Constitucional de Peter Haberle, y como condición metodológica para el presente trabajo, consideraremos como Estado Constitucional al tipo de Estado que se configura a partir de las Constituciones surgidas a partir de la segunda Guerra Mundial.

Por último, debemos afirmar que, respecto al Estado de Derecho, El Estado Constitucional supone un cambio de paradigma. Entiéndase por paradigma, en términos de Kuhn¹⁰, al conjunto central de convicciones, creencias, opiniones, prejuicios y principios compartidos por una comunidad científica¹¹. Por lo que, su vigencia y desarrollo supone un cambio en las estructuras fundamentales que conforman la cultura y la práctica legal de los países con tradición jurídica romano germánica influenciados por el positivismo jurídico.

Antecedentes:

Según el profesor Luis Prieto Sanchís, El Estado Constitucional de Derecho es fruto de la convergencia de dos tradiciones constitucionales, la Norteamericana y la Europea.

La primera, concibe a la Constitución como regla de juego de competencia social y política, como un pacto mínimo que todos deben respetar para asegurar la autonomía de los individuos dentro de la sociedad, quienes tienen la posibilidad de desarrollar libremente su plan de vida y su destino colectivo, dentro del marco de reglas las fundamentales instituidas;

determinará principalmente quién manda, cómo manda y, en parte, hasta dónde puede mandar. En este sentido, la Constitución se concibe como la norma suprema del Estado, estableciéndose un mecanismo de garantía para su salvaguarda, el control jurisdiccional de las leyes¹².

La segunda, concibe a la Constitución como un proyecto político bien articulado que busca una transformación social y política. La Constitución, a diferencia de la tradición norteamericana, no se limita a fijar las reglas de juego, sino que se propone a participar activamente del mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas, a propósito de modelo económico, o de la acción del Estado en lo relativo a salud, educación, trabajo, etc. Lo cual significa que la Constitución se establece, en gran medida, qué debe mandarse, es decir, cuál debe de ser la orientación política en numerosas materias.

El resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo no corresponde al legislador, sino a los jueces.

Respecto al Constitucionalismo Francés, cuya principal fuente cultural es el iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, refiere que su principal aporte a los textos constitucionales de la mayor parte de países de Europa del siglo XIX, se puede resumir en lo consagrado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una Constitución”. Sin embargo, al no existir un mecanismo que garantizara la supremacía y vigencia de la Constitución y de los derechos, los textos constitucionales del siglo XIX fueron considerados superiores únicamente desde el punto de vista político mas no del punto de vista jurídico, adquiriendo el carácter de norma programática y no inmediatamente efectiva, de modo que la ley fue la fuente del derecho imperante.

A diferencia del constitucionalismo Francés, el constitucionalismo Americano, una vez aprobada la Constitución de los Estados Unidos de América en el año 1787, la proclamó e interpretó enseguida como norma jurídica superior a cualquier ley ordinaria, a pesar de no haber establecido en su texto un mecanismo de control judicial de la ley, el cual se incorporó al sistema jurídico en el año 1809, apenas dieciséis años después, a través de la célebre sentencia *Marbury vs. Madison*, del Juez John Marshall.

En suma, podemos afirmar que el Estado Constitucional es producto de los principales aportes del Constitucionalismo Americano (control jurisdiccional de la ley y rigidez constitucional), y del Constitucionalismo Europeo (separación de poderes y alto contenido material o sustantivo).

Por último, y teniendo siempre en consideración el concepto de Constitución de Peter Habermas, como estadio cultural, abierto hacia el pasado y futuro, podemos indicar que los tipos de Estados: Estado de Derecho, Estado Liberal, Estado Democrático y Estado Social, son todos componentes del Estado Constitucional, orientados a erradicar alguno de los males característicos y probados de las dominaciones políticas, la arbitrariedad (falta de seguridad jurídica), el autoritarismo (falta de libertades negativas), la exclusión política (falta de participación política) y la exclusión social (falta de capacidad para hacer presentes los propios intereses en la agenda y debate políticos).

DIFERENCIAS CON EL ESTADO DE DERECHO

Según Antonio-Enrique Pérez Luño, el Estado Constitucional se diferencia del Estado de Derecho, por lo siguiente:

- El desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución.
- El desplazamiento desde la reserva de la ley a la reserva de la Constitución.
- El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.

A las características antes expuestas, debemos agregar que en el Estado Constitucional la Constitución adquiere el carácter de norma jurídica, lo que significa que sus preceptos pueden ser utilizados directamente para resolver conflictos.

Al respecto el Tribunal Constitucional peruano ha indicado lo siguiente:

“3. El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma jurídica carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto [...]”

Como afirma el Tribunal Constitucional, en el Estado Constitucional la Constitución deja de ser únicamente un pacto político, que debe ser respetado por los actores políticos de turno, dado que regulaba las notas esenciales de la organización política: la forma estado y de gobierno, las fórmulas de acceso al poder y los procedimientos para la dación de leyes; para convertirse en la norma jurídica cúspide del sistema, susceptible de ser aplicada directamente para la resolución de casos concretos, por tanto, sus principios y disposiciones se instituyen como cánones de validez para las normas jurídicas de inferior jerarquía. En ese sentido, el Estado Constitucional afecta la posición de la ley en el Derecho, a tal punto que Zagrebelsky afirma: “La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más elevado de derecho establecido por la Constitución”.

En ese sentido, en el Estado Constitucional la ley debe adecuarse a la Constitución para ser válida, y en caso de no ser así, deberá ser expulsada del ordenamiento jurídico o inaplicada al caso concreto, según el ámbito en el que discuta su validez.

Por último, podríamos afirmar que al incorporarse a la Constitución un fuerte contenido normativo, el cual es garantizado por el principio de supremacía de la Constitución, el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y la concepción de la Constitución como norma jurídica efectiva, se ha constitucionalizado el ordenamiento jurídico, originándose múltiples transformaciones en su estructura y práctica. El derecho moderno ha mutado, por lo que ha sido necesario esbozar una nueva teoría del derecho, aun inconclusa, que sirva de base para sostener los cambios que ha sufrido el derecho en la última mitad del siglo XX.

NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo es la teoría del derecho que aparece en la segunda mitad del siglo XX, para explicar un conjunto de textos constitucionales surgidos después de la segunda mundial, que contienen normas materiales que condicionan la actuación del Estado para la concreción de fines sociales, no limitándose, como sus antecesoras, a separar y regular los poderes públicos. Como ejemplo, podemos citar la Constitución Italiana de 1948, la Constitución Alemana de 1949, La Constitución Francesa de 1958 y la Constitución Española de 1978; y en Latinoamérica, la Constitución Peruana de 1979, La Constitución Brasileña de 1988 o la Constitución Colombiana de 1991.

Como teoría, el neoconstitucionalismo representa una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional, caracterizada por el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo.

El neoconstitucionalismo designa un modelo constitucional que limita los poderes del Estado y protege los derechos fundamentales, lo cual supone un cambio de algunos elementos estructurales del sistema jurídico y político.

Según el profesor español Prieto Sanchís, son cinco las características que definirían hoy el neoconstitucionalismo:

- a) El predominio de los principios sobre reglas.
- b) El empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción.
- c) La presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores.
- d) El reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a lo que sería una homogeneidad ideológica.
- e) El constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del derecho.

Por otro lado, el jurista italiano Ricardo Guastini considera que nos encontramos en un contexto neoconstitucional cuando concurren las siguientes condiciones:

- a) La existencia de una Constitución rígida.
- b) La garantía jurisdiccional de la Constitución.
- c) La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas "programáticas" sino "perceptivas").
- d) La "sobreinterpretación" de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos).
- e) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares
- f) La interpretación adecuada de las leyes

A continuación, desarrollaremos brevemente los más aspectos más resaltantes de esta nueva teoría.

DERECHO DE PRINCIPIOS Y PONDERACIÓN

El sistema jurídico del Estado de Derecho, influenciado por el positivismo jurídico, estaba integrado por una clase de normas jurídicas denominadas "reglas". Las reglas están compuestas por supuestos de hecho abstractos y por sanciones o consecuencias jurídicas, de manera que al configurarse el supuesto de hecho en el plano fáctico se deberá aplicar la consecuencia o sanción establecida en la ley, a través de un procedimiento lógico deductivo denominado "silogismo".

El sistema de reglas fue producto del "imperio de ley" al que hemos hecho referencia, y el derecho civil es el más claro ejemplo de ello.

En cambio, en el Estado Constitucional, la Constitución es la principal fuente de derecho para la resolución de controversias, por lo que se debe tener en consideración el tipo de normas jurídicas que ella contiene, que son en su mayoría principios.

Las reglas se agotan en sí mismas, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo ellas significan. Nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, es decir, nos indican cómo debemos, no debemos o podemos actuar en situaciones determinadas.

Los principios, en cambio, desempeñan un papel constitutivo en el orden jurídico; proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas que no pueden ser determinadas *a priori*, siendo que únicamente adquieren sentido en su aplicación al caso concreto.

Al respecto el profesor alemán Robert Alexy, nos indica:

"El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes."

Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas."

El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de [sic] hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio".

Un conflicto de reglas solo puede ser solucionado o bien introduciendo en una regla una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas.

En cambio, cuando dos principios entran en colisión, uno de los principios tiene que ceder ante el otro.

Esto no significa que se tenga que incluir una cláusula de excepción en el principio desplazado, ni que este sea declarado inválido.

Lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro, lo cual no implica que bajo otras circunstancias el conflicto pueda ser solucionado de manera completamente inversa.

Esto quiere decir, que en caso de colisión de conflictos, prima el principio con mayor peso para el caso concreto.

A esta actividad se le denomina ponderación de principios y su herramienta es el "test de proporcionalidad" o "test de ponderación", que ha sido ampliamente desarrollado por autores como Robert Alexy, Carlos Bernal Pullido e incluso por el propio Tribunal Constitucional Peruano.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar.

La argumentación es una actividad que se ejercita en todos ámbitos o situaciones en las cuales se practica el derecho:

- a) En la producción o establecimiento de normas jurídicas.
- b) En la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos.
- c) En la dogmática jurídica.

Por tanto, no podemos concebir la praxis del derecho sin argumentación, sobre todo en el contexto del Estado Constitucional, que opera sobre base de principios constitucionales, lo que ha generado que el método lógico deductivo para la resolución de casos sea insuficiente. En este nuevo escenario nace la Teoría de la Argumentación Jurídica, como herramienta para que operadores jurídicos, sobre todo los jueces, tengan “una serie de criterios generales que serían muy útiles para evaluar la corrección o justicia de una decisión”; es decir, para que puedan fundamentar válidamente sus fallos. La Teoría de la Argumentación Jurídica ha sido esbozada por el profesor Robert Alexy, quien considera al derecho no como una ciencia teórica sino como una ciencia práctica, una forma especial de razonamiento práctico general que se encuentra dentro de la teoría del discurso; sobre la cual nuestro autor expresa lo siguiente: “La idea básica de la teoría del discurso es la de poder discutir racionalmente sobre problemas prácticos con una pretensión de rectitud. Bajo problemas prácticos entiendo problemas que conciernen a lo que es debido o prohibido, y lo que es permitido, bueno o malo”.

En ese sentido, la argumentación jurídica no se limitará, como en el caso del positivismo jurídico imperante en el Estado de Derecho, a consideraciones de tipo legal que deben ser extraídas únicamente del texto de la ley o de la jurisprudencia o doctrina que expliquen su sentido, sino que puede contener consideraciones valorativas de diversa índole, pues lo que se pretende es discutir racionalmente problemas jurídicos, pero con la pretensión de buscar un resultado correcto o debido en sentido amplio.

EL ROL DEL JUEZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

En el escenario del Estado Constitucional, el tipo de decisiones que la democracia demanda de la jurisdicción impide simplificar su papel al de una entidad útil sólo para dirimir conflictos y aplicar la ley.

El profesor Gorki Gonzales Mantilla, sobre la función de los Jueces en el Estado Constitucional nos indica:

“El Estado Constitucional –según se ha visto–, supone que todos los sujetos del ordenamiento, incluyendo al legislador, se encuentren sometidos a la Constitución. La misión de los jueces, por ello, estará signada por su lealtad hacia la defensa de los derechos fundamentales y de las minorías frente a las instituciones político representativas y las eventuales mayorías que las controlan: los jueces tiene la tarea de afirmar el valor de la Constitución aún en detrimento de la ley, y más aún, tienen la posibilidad de desarrollar concepciones que orientan las bases del sistema legal, gracias al carácter normativo de la propia Constitución, que los obliga a interpretarla en los casos concretos, sea a través del control de constitucionalidad, siempre más

determinante en el contexto de las democracias contemporáneas, o bien en la actuación cotidiana de los principios constitucionales”.

Esta concepción del Juez dentro del Estado Constitucional es completamente diferente a la del Juez dentro en el Estado de Derecho.

Recordemos que en el Estado de Derecho el Juez estaba sometido al legislador, llegándose incluso a afirmar que “el Juez es la boca de la ley”. Esta frase acuñada Montesquieu, tiene sus orígenes en la Europa del siglo XVIII, a raíz que el Absolutismo Monárquico utilizaba a los jueces en torno a sus intereses, por lo que se gestó un sentimiento de desconfianza hacia la judicatura, lo que generó en el siglo XIX y XX, su papel se vea reducido y subordinado a la ley. Si a ello le sumamos la fuerte influencia del positivismo jurídico, la situación se agrava mucho más.

Como ya se ha indicado anteriormente, en el Estado Constitucional, la Constitución es la norma jurídica más importante del ordenamiento jurídico y debe ser aplicable, sin excepción alguna, para la resolución de casos concretos, es decir, a los litigios comunes de los ciudadanos. De existir incompatibilidad entre la norma legal que regula de forma específica el supuesto de hecho y la norma constitucional, debe preferirse la segunda. Este poder-deber de los jueces se denomina “control difuso de constitucionalidad de la ley”.

Por lo que, podemos afirmar que el Juez tiene el deber de plasmar los valores contenidos en la Constitución en la vida diaria de la sociedad, a través de la resolución de conflictos, pues es el encargado de otorgar sentido a los derechos y de impartir justicia.

Para finalizar, Zagrebelsky resume de de la siguiente forma la función de la jurisprudencia:

“Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aún cuando no ignoremos su tendencial inconciabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un sólo valor y de un sólo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción –válido para *scientia juris*– no debería obstaculizar la labor propia de la *jurisprudencia*, de intentar realizar positivamente la “concordancia práctica” de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aún siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. “Positivamente”: no, por tanto, mediante la simple amputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto”.

CONCLUSIONES

1. El Derecho que predomina en nuestra cultura y práctica jurídica actual, se ha visto influenciado por el positivismo jurídico, considera a la ley como su fuente más importante, y se ha consolidado dentro del marco del Estado de Derecho.
2. El Estado Constitucional es una conquista cultural de la civilización occidental, se caracteriza por tener una Constitución con alto contenido normativo, que es

- considerada como la norma jurídica suprema del estado y de la sociedad, y por contar con mecanismos que garantizan la supremacía y vigencia de la misma.
3. El Neoconstitucionalismo es la teoría del derecho surgida después de la segunda mitad del siglo XX para explicar las constituciones de la post guerra, y los cambios estructurales que se vienen presentado en el Derecho como consecuencia de la puesta en práctica del Estado Constitucional.
 4. Al ser la Constitución la principal norma jurídica para resolver conflictos. Se debe tener presente que la mayor parte de sus normas son principios. Los principios son mandatos de optimización de derechos que aportan criterios para la resolución de casos concretos, no contienen supuestos de hecho y sanciones, como en el caso de las reglas, por lo que el método para poder aplicarlos es la ponderación, que se expresa a través del test de proporcionalidad.
 5. La Teoría de la Argumentación Jurídica es la herramienta que tienen los operadores jurídicos para justificar sus decisiones y actuaciones en escenario del Estado Constitucional; sobre todo para que los jueces tengan a la mano criterios generales para evaluar la corrección o justicia de una decisión.
 6. El rol del Juez en el Estado Constitucional está dirigido a la defensa de los derechos fundamentales y de las minorías frente a las instituciones político representativas y las eventuales mayorías que las controlan, tiene la tarea de afirmar el valor de la Constitución, aún en detrimento de la ley, y tienen la posibilidad de otorgarle sentido a los principios y derechos constitucionales en la praxis judicial diaria.

REFERENCIAS

- [1] Cfr. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Postmodernidad y Derecho*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., págs. 4-14
- [2] Cfr. DE TRAZEGNIES GRANDA, Ob. cit., págs. 15-20
- [3] Cfr., ZAGRABELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid: Trotta, 2008, pág. 21
- [4] Citado por: ZAGRABELSKY, Gustavo, Ob. cit., pág. 23
- [5] ZAGRABELSKY, Gustavo, Ob. cit., pág. 24
- [6] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La verdad sobre Kelsen*, En: Revista Foro Jurídico N° 7, págs. 270-271
- [7] Ídem, págs. 270-276
- [8] Cfr. HABERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Lima: Universidad Nacional Autónoma de México - Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, págs. 1-5
- [9] Ídem, págs. 45
- [10] Cfr. KHUN, Thomas, *Segundos pensamientos sobre paradigmas*, Madrid: Tecnos, 1978, págs. 12-13
- [11] En nuestro caso, debemos interpretar comunidad científica como comunidad jurídica.
- [12] Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, Lima: Palestra Editores, 2007, págs. 111-114
- [13] Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, Ob. Cit., págs. 112-113
- [14] Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, Ob. Cit., pág. 115
- [15] Cfr. RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Constitucionalismo y Democracia*, En: Revista Isonomía N° 21, pág. 52
- [16] Cfr. RUIZ MIGUEL, Alfonso, Ob. Cit. pág. 52.
- [17] El cual se incorporó desde la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, puesto que la Revolución Francesa contenía un plan de transformación de la sociedad, el cual, lamentablemente, no se vio materializado, dado que no existían las garantías y procedimientos necesarios para hacer prevalecer la Constitución como norma suprema. Sin embargo, la tradición constitucional europea, a partir de la de la segunda mitad del siglo XX, volvió a incorporar normas sustantivas o materiales a los textos constitucionales, por la influencia directa del constitucionalismo social de inicios del siglo XX (Constitución de Querétaro de 1917 y Constitución de Weimar de 1919).
- [18] Cfr. AGUILÓ, Josep, "Tener una Constitución", "Darse una Constitución" y "Vivir en Constitución", En: Revista Isonomía N° 28, pág. 71.
- [19] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 61
- [20] En el Estado de Derecho, la materias jurídicas más importantes estaban reguladas por la ley, en el Estado Constitucional, lo están en la Constitución o en normas especiales, por exigir para su aprobación, modificación o derogación, de mayorías parlamentarias reforzadas, nos referimos a las leyes orgánicas, que forman parte del bloque de constitucionalidad.
- [21] Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 08 de noviembre de 2005 en el Expediente N° 5854-2005-PA/TC, proceso de amparo interpuesto por Pedro Andrés Lizana Puelles contra el Jurado Nacional de Elecciones.
- [22] ZAGRABELSKY, Gustavo, Ob. cit., Pág. 34
- [23] Cfr. CARBONELL, Miguel, *El Neoconstitucionalismo en su Laberinto*, En: Teoría del Neoconstitucionalismo, Madrid: Trotta, 2007, págs. 9-10
- [24] Lo cual supone un deslinde entre el constitucionalismo moderno o constitucionalismo liberal, que da origen al Estado de Derecho que se afirma en Europa Continental en el siglo XIX.
- [25] Cfr. COMMANDUCI, Paolo, *Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, En: Revista Isonomía N° 16, pág. 97.
- [26] Cfr. COMMANDUCI, Paolo, Ob. Cit. pág. 89.
- [27] Citado por: HERNANDO NIETO, Eduardo, *Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica*. En: Revista Ius Et Veritas N° 36, pág. 330.
- [28] Citado por: COMMANDUCI, Paolo, Ob. Cit., pág. 89.
- [29] ZAGRABELSKY, Gustavo, Ob. cit., Pág. 110-111
- [30] Ídem, Pág. 110-111
- [31] ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, págs. 86 y 87
- [32] Ídem, págs. 88
- [33] Ídem, págs. 89
- [34] ATIENZA, Manuel, *Bioética, Derecho y Argumentación*, Lima: Palestra Editores, 2010, pág. 17
- [35] ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, Lima: Palestra Editores, 2004, págs. 28-31
- [36] HERNANDO NIETO, Eduardo, Ob. Cit., pág. 335
- [37] Citado por: HERNANDO NIETO, Eduardo, Ob. cit., pág. 332-333.
- [38] Citado por: HERNANDO NIETO, Eduardo, Ob. cit., pág. 333.
- [39] Cfr. GONZALES MANTILLA, Gorki, *Los Jueces, Carrera Judicial y Cultura Jurídica*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Palestra Editores, 2009, pág. 82
- [40] GONZALES MANTILLA, Gorki, Ob. cit., pág. 84-85
- [41] ZAGRABELSKY, Gustavo, Ob. cit., Pág. 16

Recibido el 8 de Noviembre 2015 y aceptado para su publicación el 20 de Diciembre del 2015.