

# «Neo-constitucionalismo»: Entre la «Ciencia del Derecho» y el «Derecho de la Ciencia»

Humberto ÁVILA\*

## RESUMEN:

En este artículo se realiza un examen crítico del movimiento que se ha llamado de «neo-constitucionalismo». En general, este fenómeno propone varios cambios en el análisis del Derecho, especialmente de corte normativo, metodológico, institucional, axiológico y organizacional. Después de examinar cada uno de estos elementos y en contraste con los estudios constitucionales más recientes, este trabajo demuestra que ninguno de estos cambios se produjeron ni se van a producir.

## PALABRAS-CLAVE:

Neo-constitucionalismo - Principios - Ponderación - Justicia Particular - Poder Legislativo - Poder Judicial.

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.
2. FUNDAMENTO NORMATIVO: DE LA REGLA AL PRINCIPIO.
3. FUNDAMENTO METODOLÓGICO: DE LA SUBSUNCIÓN A LA PONDERACIÓN.
4. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO: DE LA JUSTICIA GENERAL A LA JUSTICIA PARTICULAR.
5. FUNDAMENTO ORGANIZACIONAL: DEL PODER LEGISLATIVO (O EJECUTIVO) AL PODER JUDICIAL.
6. CONCLUSIONES.
7. BIBLIOGRAFÍA.

\* Profesor titular de Derecho Tributario de la *Universida de Federal do Rio Grande do Sul* (UFRGS). Profesor de Derecho Tributario, Financiero y Económico y en los cursos de Maestría y Doctorado de la misma casa de estudios. Libre-docente en la *Universidade de Sao Paulo* (USP). Post-doctor en Teoría del Derecho por la *Harvard Law School*, donde fue *Visiting Scholar* en 2006. Doctor en Derecho Tributario por la Universidad de Múnich (*summa cum laude*). Jefe del Departamento de Derecho Económico y de Trabajo y Coordinador del Programa de Pos-grado de la UFRGS. Abogado y parecerista en Porto Alegre y São Paulo. Traducción de Laura Criado Sánchez. Revisión de Renzo Cavani, maestrísta con énfasis en Derecho Procesal Civil en el Programa de Postgrado de la UFRGS. El presente artículo fue publicado originalmente en *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. En: Souza Neto, Cláudio Pereira de y otros (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 187-202.

## 1. INTRODUCCIÓN

Aunque pueda haber una intensa discusión respecto de cuáles fueron las teorías, métodos, ideologías o movimientos jurídicos más decisivos durante el período de vigencia de la Constitución Federal brasileña de 1988 (en adelante, CF), ninguna duda existirá con relación al hecho de que el fortalecimiento de lo que se ha convenido en llamar de «neo-constitucionalismo» fue uno de los fenómenos más visibles de la teorización y aplicación del Derecho Constitucional en los últimos veinte años en Brasil.

Es cierto que no existe apenas un concepto de «neo-constitucionalismo». La diversidad de autores, concepciones, elementos y perspectivas es tal, que hace inviable esbozar una teoría única del «neo-constitucionalismo». No es por otro motivo que se acostumbra utilizar, en su lugar, la expresión plural «neo-constitucionalismo(s)»<sup>1</sup>. Pese a ello, pueden ser referidos algunos supuestos cambios fundamentales –ocurridos o meramente deseados, en mayor o menor intensidad– de ese movimiento de teorización y aplicación del Derecho Constitucional denominado «neo-constitucionalismo»: principios en vez de reglas (o más principios que reglas); ponderación en lugar de subsunción (o más ponderación que subsunción); justicia particular en vez de justicia general (o más análisis individual y concreto que general y abstracto); Poder Judicial en vez de los Poderes Legislativo o Ejecutivo (o más Poder Judicial y menos Poder Legislativo y Ejecutivo); Constitución en sustitución a la ley (o mayor o directa aplicación de la Constitución en vez de la ley)<sup>2</sup>.

Los cambios propuestos por el «neo-constitucionalismo», en la versión aquí examinada, no son independientes ni paralelos. Ellos mantienen, por el contrario, una relación de causa y efecto, o de medio y fin, unos con relación a los otros. El encadenamiento entre ellos podría ser construido, de forma sintética, de la siguiente forma: las Constituciones de la post-guerra, de la que es ejemplo la CF, habrían previsto más principios que reglas; el modo de aplicación de los principios sería la ponderación

en vez de la subsunción; la ponderación exigiría un análisis más individual y concreto que general y abstracto; la actividad de ponderación y el examen individual y concreto demandarían una participación mayor del Poder Judicial en relación a los Poderes Legislativo y Ejecutivo; el activismo del Poder Judicial y la importancia de los principios radicados en la Constitución llevarían a una aplicación centrada en la Constitución en vez de que esté basada en la legislación.

En ese cuadro, el punto de partida estaría en la positivización y aplicación, exclusiva o preponderante, de los principios en lugar de las reglas. De la preferencia normativa o teórica por determinado tipo de norma (los principios) provendría un método diferente de aplicación (la ponderación), del cual, a su vez, derivaría tanto la preponderancia de una perspectiva distinta de valoración (individual y concreta) como el predominio de una dimensión específica de justicia (la particular), los cuales, a su turno, conducirían al dominio de uno de los Poderes (el Judicial) y de una de las fuentes (la Constitución). En suma, el cambio de la especie normativa implicaría la modificación del método de aplicación; la transformación del método de aplicación causaría la alteración de la dimensión prevalente de justicia; y la variación de la dimensión de justicia produciría la alteración de la actuación de los Poderes. O, de modo aún más directo: la norma traería el método; el método, la justicia; la justicia, el Poder.

Se puede afirmar, dando seguimiento al raciocinio ahora desarrollado, que el «neo-constitucionalismo» (o la versión aquí analizada o el modo peculiar de teorización y aplicación del Derecho Constitucional antes referido, independientemente de su denominación) posee, entre otros que podrían ser mencionados, cuatro fundamentos: el normativo («de la regla al principio»); el metodológico («de la subsunción a la ponderación»); el axiológico («de la justicia general a la justicia particular») y el organizacional («del Poder Legislativo al Poder Judicial»). Son esos fundamentos, inseparables en su sentido pero discernibles desde el punto de vista teórico, que serán analizados en las cuatro partes que

1 COMANDUCCI, Paolo (2006): «Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico». En: Carbonell, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2006, p. 75. Sobre el asunto, en el derecho brasileño, incluyendo un panorama de los elementos y presupuestos del neo-constitucionalismo así como de los autores brasileños que, directa o indirectamente, lo defienden, ver: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. Sobre una visión del movimiento de constitucionalización del Derecho así como del neo-constitucionalismo, ver: SARMENTO, Daniel y SOUZA NETO, Cláudio Pereira, *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. En ese libro, conferir sobre el neo-constitucionalismo: BARROSO, Luis Roberto. «Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)», pp. 203-249 y SCHIER, Paulo Ricardo. «Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo», pp. 251-269.

2 Estos son, precisamente, los elementos presentados, entre otros, por CARBONELL, Miguel. «El neoconstitucionalismo en su laberinto». En: Carbonell, Miguel (coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007, pp. 9-12; PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2000, p. 132; FERRAJOLI, Luigi. «Pasado y futuro del Estado de Derecho». En: Carbonell, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003, pp. 15 y ss.; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Ob. cit.*, esp. pp. 19, 22, 35, 36-39, 48-50, 54, 56, 68 y 96.

componen el presente artículo. Su objetivo no es describir ni explicar la evolución teórica o temporal del mencionado fenómeno. Por el contrario, su finalidad es evaluar críticamente esos cuatro fundamentos, poniendo a prueba su consistencia teórica y su compatibilidad con el ordenamiento constitucional brasileño. Es lo que se pasa a hacer a continuación.

## 2. FUNDAMENTO NORMATIVO: DE LA REGLA AL PRINCIPIO

El fundamento normativo del «neo-constitucionalismo» estaría en la institución, exclusiva o preferencial, de los principios en las Constituciones de la post-guerra, entre ellas, la CF.

Considerando que la CF posee principios y reglas y, por ello, no puede ser calificada en el sentido de haber adoptado ni un modelo exclusivo de principios ni un arquetipo único de reglas, ¿cuál sería el calificativo más adecuado para representar su conjunto normativo, si uno de ellos tuviese que ser escogido para expresar la especie normativa típica del ordenamiento constitucional? ¿«Constitución principiológica» o «Constitución regulatoria»?

Antes de responder a esa indagación, es preciso realzar un punto: la CF posee principios y reglas, cada cual con funciones diferentes, y no se puede hablar, por tanto, de la primacía de una norma sobre otra, sino tan solamente de funciones y eficacias diferentes y complementarias<sup>3</sup>. Sin embargo, siguiendo el modelo aquí criticado, en caso se insista en escoger un rótulo que mejor represente la estructura normativa típica de la CF, en el aspecto cuantitativo, sería el de «Constitución regulatoria» y no como corrientemente se ha afirmado, «Constitución principiológica».

En efecto, aunque el Título I de la CF contenga principios, el resto de su texto está compuesto por algunos principios y muchas, muchas reglas: el Título II (Derechos y Garantías Fundamentales), el Título III (Organización del Estado), el Título IV (Organización de los Poderes), el Título V (Defensa del Estado y de las Instituciones Democráticas), el Título VI (Tributación y Presupuesto), el Título VII (Orden Económico), el Título VIII (Orden Social), el Título IX (Disposiciones Constitucionales Generales) y el Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias, están compuestos, básicamente, por normas que describen lo que está permitido, prohibido o lo que es obligatorio, definiendo, atribuyendo, delimitando o reservando fuentes, autoridades, procedimientos, materias,

instrumentos, derechos. En otras palabras, la opción constitucional se orientó, primordialmente, por la institución de reglas y no de principios. Tanto es así que la CF es calificada de «analítica», precisamente por ser detallista y pormenorizada, características estructuralmente vinculadas a la existencia de reglas y no de principios. Dicha característica, por cierto, compone el diferencial de la CF frente a otras constituciones, como la estadounidense y la alemana, para usar dos ejemplos paradigmáticos, cada una de ellas con sus particularidades. La lectura del ordenamiento constitucional fácilmente comprueba esa constatación: la CF es una Constitución de reglas.

La elección constitucional por las reglas tiene una justificativa relacionada a sus funciones: ellas tienen la función de eliminar o reducir problemas de coordinación, conocimiento, costos y control del poder<sup>4</sup>. La descripción de aquello que es permitido, prohibido u obligatorio disminuye la arbitrariedad y la incerteza, generando ganancias en previsibilidad y en justicia para la mayor parte de los casos. En vez de dejar abierta la solución en favor de una ponderación posterior a ser realizada por el aplicador, el propio constituyente, cuando trató sobre los derechos y garantías, de la organización del Estado y de los poderes, de la defensa del Estado y de las instituciones democráticas, de la tributación y del presupuestos, del Orden Económico y Social, decidió, en la mayor parte de los casos, hacer una ponderación pre-legislativa, definiendo, atribuyendo, delimitando o reservando fuentes, autoridades, procedimientos, materias, instrumentos y derechos que, si su definición y aplicación estuviesen vinculadas a una ponderación horizontal destinada a atribuirles algún peso, tal vez terminasen sin peso alguno.

Si fuese verdadera la afirmación de que la Constitución brasileña de 1988, en el aspecto cuantitativo, es (más) regulatoria en vez de principiológica, surgen dos problemas: uno de naturaleza científica, otro de naturaleza metodológica.

El obstáculo científico reside en el hecho de que la afirmación, en el nivel del meta-lenguaje, de que la Constitución brasileña de 1988 es compuesta más de principios que reglas es falsa, en la medida en que no encuentra corroboración en el lenguaje-objeto que procura describir. Tal afirmación podría ser verdadera en otros sistemas, pero no en el brasileño.

El obstáculo metodológico reside en la consecuencia de la adopción de una «Constitución

<sup>3</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 102 y ss.

<sup>4</sup> ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *The Rules of Rules – Morality, Rules and the Dilemmas of Law*. Durham y Londres: Duke University Press, 2001, pp. 30-31.

regulatoria»: dado que la ponderación (en el sentido específico de sopesar las razones en conflicto mediante la creación de reglas concretas de prevalencia entre ellas) es una derivación del fenómeno de la positivización normativa por medio de principios, la constatación de que la CF está compuesta primordialmente por reglas conduciría a una ruptura en el encadenamiento lógico de los fundamentos del «neo-constitucionalismo» en Brasil. En efecto, dado que la CF estableció un fundamento normativo básico diferente de la mayor parte de las Constituciones de la post-guerra, habría también, por consecuencia, una alteración del fundamento metodológico, pues el modo de aplicación típico debería ser la correspondencia conceptual vinculada a finalidades en vez de la ponderación horizontal. Ello modificaría, igualmente, los fundamentos axiológicos y organizacionales, examinados más adelante.

Cabe insistir que las reglas y los principios desempeñan funciones diferentes, por lo que no se puede hablar de primacía de una norma sobre otra. Aun así, y siguiendo el raciocinio aquí criticado, se podría afirmar que los principios, desde el punto de vista cualitativo, tendrían una importancia mayor que las reglas; esto es, a pesar de existir más reglas que principios, éstos, por sus funciones de eficacia, tendrían, de cualquier modo, una importancia relativa superior a la de las reglas. Ello podría ocurrir de dos formas: (1) en el caso de las reglas constitucionales, los principios constitucionales actuarían, sea apartando las reglas constitucionales inmediatamente aplicables, sea modificando sus hipótesis por extensión o restricción teleológicas, inclusive más allá del significado mínimo de las palabras; (2) en el caso de reglas infraconstitucionales, los principios constitucionales actuarían por medio de sus funciones interpretativa, bloqueadora e integrativa de las reglas infraconstitucionales existentes. Sin embargo, ni siquiera desde el punto de vista cualitativo se puede atribuir una prevalencia de los principios sobre las reglas por los siguientes motivos.

(a) En el caso de reglas constitucionales, los principios no pueden tener el poder de apartar las reglas inmediatamente aplicables situadas en el mismo plano. Ello porque las reglas tienen precisamente la función de resolver un conflicto entre razones, conocido o pasible de ser anticipado, por el Poder Legislativo ordinario o constituyente, cuyas razones (autoritativas) funcionan como razones que bloquean el uso de las razones

provenientes de los principios (contributivas)<sup>5</sup>. De ahí que se afirme que la existencia de una regla constitucional elimina la ponderación horizontal entre principios debido a la existencia de una solución legislativa previa destinada a eliminar o disminuir los conflictos de coordinación, conocimiento, costos y control del poder. Y de ahí que se diga, por consiguiente, que en un conflicto, efectivo o aparente, entre una regla constitucional y un principio constitucional, debe vencer a la regla<sup>6</sup>. Por ejemplo, si la Constitución posee una regla vedando, de modo categórico, la utilización de prueba ilícita, no cabe al intérprete, por medio de una ponderación de principios constitucionales eventualmente aplicables, permitir su utilización pues, en ese caso, la propia Constitución realizó una elección que no puede ser desconsiderada por el intérprete. Un entendimiento contrario implicaría interpretar como siendo descartables las normas que la Constitución quiso que sean resistentes a una ponderación horizontal, flexibilizando aquello que ella quiso objetivamente enrigidecer.

Tampoco se puede aceptar la idea de que los principios constitucionales, por medio de una interpretación sistemática, puedan modificar las hipótesis de las reglas constitucionales más allá del significado mínimo de sus palabras, en los ámbitos normativos en que los problemas de coordinación, conocimiento, costos y control de poder deben ser evitados. Es cierto que, si las reglas no fuesen meramente conceptuales ni vinculadas a valores eminentemente formales, sino, en vez de ello, materiales y vinculadas a la promoción de finalidades específicas, su interpretación teleológica puede ampliar o restringir sus hipótesis por medio de las llamadas extensión y restricción teleológicas. Ello, sin embargo, no puede ir, en el plano constitucional y para casos ordinarios, más allá del significado mínimo de las palabras constantes en las hipótesis de las reglas. Entender de esa forma es acabar con las funciones de las reglas, que son las de eliminar o disminuir los conflictos de coordinación, conocimiento, costos y control de poder.

(b) En el caso de reglas infraconstitucionales, los principios constitucionales de hecho sirven para interpretar, bloquear e integrar las reglas infraconstitucionales existentes. Los principios constitucionales, sin embargo, sólo ejercitan su función de bloqueo, destinada a apartar la regla legal, cuando ella fuese efectivamente incompatible con el estado

5 SCHAUER, Frederick. «Formalism». En: *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, mar. 1988, p. 537; PILDES, Richard H. «Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law». En: *Hastings Law Journal*, v. 45, n. 4, abr. 1994, p. 750.

6 ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*, p. 105.

ideal cuya promoción es determinada por ellos. El aplicador sólo puede dejar de aplicar una regla infraconstitucional cuando ella sea inconstitucional o cuando su aplicación fuese irrazonable, por ser extraordinario el caso concreto. Él no puede dejar de aplicar una regla infraconstitucional simplemente dejándola de lado y saltando al plano constitucional, por no estar de acuerdo con la consecuencia a ser desencadenada por la ocurrencia del hecho previsto en su hipótesis. O la solución legislativa es incompatible con la Constitución y, por eso, debe ser apartada por medio de la eficacia bloqueadora de los principios, seguida por su eficacia integrativa, o es compatible con el ordenamiento constitucional, en cuyo caso puede ser simplemente desconsiderada, como si se tratase de un mero consejo, que el aplicador puede o no tener en cuenta como elemento orientador de la conducta normativamente prescrita.

Todas esas observaciones llevan a la conclusión de que no se puede afirmar categóricamente que los principios son cuantitativa o cualitativamente más expresivos que las reglas en el ordenamiento jurídico brasileño. Apenas se puede afirmar que existe un ordenamiento compuesto de regla y de principios con funciones de eficacia complementarias y diferentes. Así, la asertiva, formulada de golpe y sin excepción alguna, de que el paradigma normativo pasó o debería pasar «de la regla al principio», y el metodológico, como consecuencia del anterior, se movió «de la subsunción a la ponderación», no encuentra corroboración en el ordenamiento constitucional brasileño. En suma, el enunciado, estrictamente universal, de que todas las Constituciones de la post-guerra son principiológicas, y el enunciado, numéricamente universal, de que las normas de la CF son principiológicas o de matriz principiológica, no encuentran ninguna referencia en el ordenamiento jurídico brasileño.

Siendo ello verdadero, el enunciado de que la CF es una «Constitución principiológica», además de tomar la parte por el todo y de mezclar preponderancia con funcionalidad, revela una superposición de enunciados doctrinales sobre el propio ordenamiento jurídico que pretenden describir y explicar. Revela, en suma, aquello que la «ciencia», equivocadamente, ve o quiere ver en el «Derecho», pero que, en realidad, no encuentra corroboración. En esa hipótesis, en vez de «ciencia del Derecho», se tiene el «derecho de la ciencia». El «neo-constitucionalismo», en esa acepción, se acerca menos a una teoría jurídica o método y más para una ideología o movimiento, defendido con retórica, vaguedad y servilismo a la doctrina extranjera.

### 3. FUNDAMENTO METODOLÓGICO: DE LA SUBSUNCIÓN A LA PONDERACIÓN

Independientemente de que la CF sea una Constitución compuesta por reglas y principios que desempeñan funciones complementarias y diferenciadas y, además, sin perjuicio de que existan reglas infraconstitucionales compatibles con los principios constitucionales y que, por ello, no podrían ser desconsideradas en el proceso aplicativo, podría sostenerse que la ponderación, aun así, asumiría una función metodológica preponderante en el ordenamiento jurídico brasileño. Ello porque –siguiendo el razonamiento criticado–, aunque exista una regla infraconstitucional que regule determinada conducta, el intérprete podría saltar del plano legal al nivel constitucional siempre que un principio pudiese servir de fundamento para la decisión, esto es, toda vez que sea posible una correcta fundamentación referida a derechos fundamentales<sup>7</sup>. Y, una vez en el plano constitucional, debería realizar una ponderación entre los principios en conflicto. En suma, dado que los principios constitucionales debenser ponderados siempre que puedan servir de fundamento a una decisión; y dada la amplitud de los principios siempre sirven como fundamento a una decisión, toda decisión debería ser basada en una ponderación de principios constitucionales.

En ese punto, sin embargo, el test de ese fundamento depende de la respuesta a la siguiente indagación: ¿debe el paradigma de la ponderación ser aceptado como criterio general de aplicación del ordenamiento jurídico? Aquí se muestra el segundo problema: el paradigma de la ponderación no puede ser aceptado como criterio general de aplicación del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, porque lleva, inexorablemente, a un «anti-escalonamiento» (*Entstufung*) del orden jurídico, en la medida en que los varios niveles de concreción normativa (Constitución, ley, reglamento, acto administrativo, decisión judicial, contrato, etc.), en rigor articulados en una compleja red de relaciones jerárquicas, donde cada uno ejerce una función específica, dan lugar a un único nivel, en el que están previstas las normas que irán a orientar la decisión. Vale decir, si los principios deben ser usados directa o indirectamente, siempre que puedan servir de fundamento para una determinada decisión, siempre deberán ser utilizados pues siempre podrán servir, dada su amplitud, de fundamento para una decisión; y si siempre han de ser empleados, todas las demás manifestaciones normativas asumen un papel secundario frente a los principios constitucionales. De ahí que se afirme que el paradigma de la

7 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, pp. 61 y 86.

ponderación, si fuese universalmente aceptado, conduce a una constitucionalización del orden jurídico (*Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*)<sup>8</sup>.

En segundo lugar, el paradigma de la ponderación, tal y como aquí es analizado, aniquila las reglas y el ejercicio regular del principio democrático por medio de la función legislativa. La CF establece que nada podrá ser exigido sino en virtud de ley y prevé que todo poder emana del pueblo, que lo ejercitará por medio de representantes elegidos o bien directamente, pero también reserva al Poder Legislativo innumerables veces y en numerosas materias, la competencia para regular, por ley, determinado ámbito normativo. Al admitirse el uso de los principios constitucionales, inclusive en aquellas situaciones en que las reglas legales son compatibles con la Constitución y el empleo de los principios sobrepasa la interpretación teleológica por el abandono de la hipótesis legal, se está, al mismo tiempo, permitiendo la desvalorización de la función legislativa y, en consecuencia, la depreciación del papel democrático del Poder Legislativo. Si la propia Constitución no contiene regla respecto de determinada materia, sino que reserva al Poder Legislativo la función de editarla, y si éste ejercita su libertad de configuración y de fijación de premisas dentro de los límites constitucionales —también proporcionados, por cierto, por los principios constitucionales— especialmente los formales, la mera desconsideración de la regla legal (que, insístase, no se confunde con la interpretación conforme a la Constitución, ni con la interpretación mediante extensión o restricción teleológicas ni tampoco con la no-aplicación de la regla general al caso particular por medio del postulado de la razonabilidad) terminar por desconsiderar el propio principio democrático y, en consecuencia, el principio de la separación de los poderes. He aquí la paradoja: la interpretación centrada en los principios constitucionales culmina con la violación de tres principios constitucionales fundamentales: los principios democrático, de la legalidad y de la separación de poderes. Se obedece a la Constitución (o, en realidad, parte de ella), violándola (en la otra parte). Esta primera paradoja conduce a una segunda: cuando todo está en la Constitución y nada en la legislación que debería ser conforme a ella, la supremacía constitucional pierde su significado, pues la Constitución deja de servir de referencia superior por la inexistencia o irrelevancia del elemento inferior. Se privilegia la supremacía constitucional... eliminándola<sup>9</sup>. De ahí

la importancia de insistir en la eficacia de las reglas frente a los principios, en la separación de los poderes y en el control débil de proporcionalidad como mecanismos de salvaguardar la libertad de configuración del Poder Legislativo en lugar de exaltar simplemente la importancia de los principios y de la ponderación<sup>10</sup>.

En tercer lugar, el paradigma de la ponderación conduce a un subjetivismo y, con ello, a la eliminación o severa reducción del carácter hetero-limitador del Derecho. Una norma jurídica (o mandamiento) se diferencia de un consejo porque debe ser obedecida y porque debe servir de orientación de la conducta a ser adoptada. Un consejo es aquello que no precisa ser obedecido, pero aun cuando no lo fuese, no necesariamente tiene que orientar la conducta a ser adoptada<sup>11</sup>. Además de tener que servir de criterio orientador de la conducta, un mandamiento se caracteriza por ser externo y autónomo en relación a su destinatario: el mandamiento sólo ejercita su función de guía de conducta si es independiente de su destinatario. Y para serlo necesita ser mínimamente reconocible por éste antes que la conducta sea adoptada<sup>12</sup>.

Pues bien, una vez aceptada la tesis de que los principios constitucionales deben ser ponderados siempre que puedan servir de fundamento para una determinada decisión, y realizada la constatación banal de que, dada su amplitud, ellos siempre podrán cumplir dichodeseo, se perderá, consecuentemente, una parte sustancial de la normatividad del Derecho.

De un lado, porque —si se acata la tesis, no necesaria, de que constituyen siempre deberes *prima facie*— quien aplique los principios les atribuirá su peso, en cada caso concreto, mediante una ponderación, al final de la cual los principios podrán recibir un peso igual a cero. En otras palabras, si se admite la tesis de que toda interpretación es una interpretación basada en los principios constitucionales, independiente de reglas infraconstitucionales, se habrá aceptado la consecuencia de que, en muchos casos, la norma ejercerá la función de mero consejo, así considerado el enunciado que puede ser o no cumplido y que, aunque lo sea, no necesita servir de guía de la conducta a ser adoptada. Y ello porque los principios se caracterizan —si se sigue la tesis de que son normas descartables— porque pueden ser o no tenidos en consideración y que,

8 JESTAEDT, Matthias. «Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen», en: Depenhauer, Otto y otros (orgs.). *Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee*. Heidelberg, C. F. Müller, 2007, p. 269.

9 *Ibidem*, p. 271.

10 ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*, pp. 105 y 174.

11 RAZ, Joseph. *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 17.

12 ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: CUP, 2008, p. 11.

aunque lo sean, no necesitan servir de guía de la conducta a ser adoptada.

De otro lado, porque siendo los principios aplicados mediante ponderación y no siendo proporcionados criterios intersubjetivamente controlables para su ejecución, reconocibles antes de la adopción de la conducta, solamente *después* del proceso de ponderación se sabrá lo que *antes* debería haber sido hecho. Si quien realiza la ponderación es el propio destinatario, él mismo termina por guiar su conducta, lo que conduce a la eliminación del carácter hetero-limitador del Derecho. El propio destinatario de la norma, que debería actuar siguiendo su prescripción, termina por definir su contenido, decidiendo, él mismo, lo que debe hacer. Si quien realiza la ponderación es el Poder Judicial, sin criterios anticipados y objetivos para su ejecución, aquello que el destinatario debería saber antes, sólo lo sabrá después, lo cual lleva a la supresión del carácter orientador del Derecho y de la función legislativa. El aplicador de la norma, que debería reconstruir un sentido normativo anterior y exterior, acaba por construirlo, decidiendo, él mismo, lo que la Constitución atribuyó al Poder Legislativo que debe definir.

Es preciso decir, sin embargo, que no es la ponderación, como tal, la que conduce a la constitucionalización del Derecho, a la desconsideración de las reglas (constitucionales o legales), a la desvalorización de la función legislativa y al subjetivismo. Lo que provoca esas consecuencias es la concepción de ponderación según la cual los principios constitucionales deben ser usados siempre que puedan servir de fundamento para una decisión, independientemente y por sobre las reglas constitucionales y legales existentes, así como de criterios objetivos para su utilización. Una ponderación, orientada por criterios objetivos previos y que armonice la división de competencias con los principios fundamentales, en un sistema de separación de poderes, no lleva inevitablemente a esos problemas.

En ese aspecto, la ponderación, intersubjetivamente controlable y compatible con el sistema de separación de poderes, debe observar las siguientes directrices. En primer lugar, el aplicador debe verificar la existencia de una regla constitucional inmediatamente aplicable al caso. Si ella existiese, quedaría relegada la ponderación horizontal entre principios constitucionales eventualmente en colisión, puesto que, en lo relativo a la hipótesis, hubo una ponderación pre-legislativa de las razones contrapuestas que

culminó en el reglamento constitucional, no correspondiendo al aplicador sustituir al poder constituyente mediante la mera desconsideración de ese reglamento<sup>13</sup>. El deber de no desconsiderar la regla constitucional inmediatamente aplicable no impide al aplicador, como resulta obvio, dentro de los límites semánticos de la regla y obedeciendo sus funciones, interpretar la regla conforme a los principios constitucionales axiológicamente superiores a su finalidad. Lo que él no puede es, en casos ordinarios, desconsiderar la función específica de la regla, despreciando aquello que ella permite, prohíbe u obliga. Una de las formas de despreciar –ha de insistirse– es saltar al plano constitucional inclusive en los casos en que hay reglas infraconstitucional no inequívocamente contrarias a la Constitución, sea bajo la alegación de que ellas, aunque sean compatibles con la libertad de configuración del Poder Legislativo, no representan el mejor medio para «optimizar» principios constitucionales, sea, también, bajo el argumento de que toda regla infraconstitucional debe ser sustentada por la ponderación entre principios constitucionales en colisión.

En segundo lugar, ante la inexistencia de una regla constitucional inmediatamente aplicable, el aplicador debe examinar la existencia de una regla constitucional que regule la atribución, el ejercicio o la delimitación de una competencia. En ese caso, como el Poder Legislativo ha dictado una regla legal por medio del ejercicio regular de su libertad de configuración y de fijación de premisas, sin ninguna violación del ordenamiento constitucional, el aplicador no puede simplemente desconsiderar la opción legislativa en favor de aquella que mejor le convenga o de aquella que entienda sea la óptima. Lo que sí puede es: (1) interpretar la regla legal existente conforme a los principios constitucionales, adoptando, entre otros sentidos posibles, aquel que mejor se compatibilice con el ordenamiento constitucional; (2) interpretar la referida regla legal por medio de las eficacias interpretativa, bloqueadora e integrativa de los principios; (3) interpretar la mencionada regla legal de acuerdo con su finalidad, ampliando su hipótesis, cuando ella sea excesivamente restringida en lo relativo a su finalidad, o restringiéndola cuando sea excesivamente amplia en el cotejo con su finalidad; o, inclusive, (4) interpretar dicha regla legal para los casos normales, excluyendo su aplicación para los casos efectivamente extraordinarios con base en el postulado de la razonabilidad. Lo que el aplicador, sin embargo, no puede hacer es simplemente desconsiderar la regla legal, dictada en ejercicio regular de la función legislativa desarrollada dentro de la libertad constitucional

13 El Supremo Tribunal Federal, en varios casos, ya garantizó la prevalencia de reglas frente a principios constitucionales. Sobre el asunto, ver: Ávila, Humberto. *Ob. cit.*, pp. 106-107.

de configuración y de fijación de premisas, aunque esa desconsideración sea supuestamente soportada por principios constitucionales aplicables que él pretende «optimizar».

En tercer lugar, en caso no exista regla constitucional inmediatamente aplicable ni regla legal editada en ejercicio regular de la función legislativa, o en caso exista una regla legal que sea incompatible con el estado de cosas cuya promoción es determinada por un principio constitucional, corresponderá al aplicador efectuar una ponderación de los principios constitucionales eventualmente en colisión a fin de editar una norma individual reguladora del conflicto de intereses existente en concreto. También en ese caso, no obstante, esa ponderación debe (a) indicar los principios objeto de ponderación (pre-ponderación), (b) efectuar la ponderación (ponderación) y (c) fundamentar la ponderación realizada<sup>14</sup>. En esta fundamentación, deberán ser justificados, entre otros, los siguientes elementos: (i) la razón de la utilización de determinados principios en detrimento de otros; (ii) los criterios empleados para definir el peso y la prevalencia de un principio sobre otro y la relación existente entre esos criterios; (iii) el procedimiento y el método que sirvieron de evaluación y comprobación del grado de promoción de un principio y el grado de restricción de otro; (iv) la medición de los principios cotejados y el método utilizado para fundamentar esa comparabilidad; (v) los hechos en el caso que fueron considerados relevantes para la ponderación y con base en qué criterios ellos fueron jurídicamente evaluados<sup>15</sup>.

Sin la observancia de esos requisitos o fases, la ponderación no pasa a ser más que una técnica, no jurídica, que *explica todo*, pero que no *orienta nada*<sup>16</sup>. Y, en esa acepción, ésta no representa nada más que una «caja negra» legitimadora de un «decisionismo» y que formaliza un «intuicionismo moral»<sup>17</sup>. Aclárese que defender la ponderación sin, al mismo tiempo y de entrada, presentar los criterios intersubjetivamente controlables para su aplicación, implica legitimar doctrinariamente su utilización excesiva y arbitraria, no valiendo de nada la constatación tardía de que fue desvirtuado.

#### 4. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO: DE LA JUSTICIA GENERAL A LA JUSTICIA PARTICULAR

El fundamento axiológico, antes mencionado, reside en la alteración de la justicia prevalente en el modelo basado en la ponderación de

principios: como la ponderación, según el modelo aquí criticado, exige sopesar principios entre los que existe un conflicto concreto, a pesar de la existencia de reglas constitucionales y legales, la aplicación demandaría un análisis más individual y concreta que general y abstracta. En virtud de ello, ese modelo, en vez de privilegiar la justicia general, basada en normas previas, generales y abstractas, daría primacía o preponderancia a una justicia individual, fundada en normas posteriores, individuales y concretas.

En ese punto, el test de lo que aquí es denominado de fundamento axiológico depende de la respuesta que se dé al siguiente cuestionamiento: independientemente de que la CF contenga más reglas que principios y atribuya, en innumerables situaciones sobre numerosas materias, al Poder Legislativo la competencia para instituir reglas legales que concretan los ideales constitucionales, ¿debe aceptarse la prevalencia de la dimensión de justicia particular sobre la justicia general?

La primacía de la justicia particular sobre la general parte del presupuesto de que el examen de las particularidades del caso es el mejor camino para la solución justa. Esa concepción sigue la idea correcta de que la aplicación de las reglas provoca, en algunas situaciones, resultados injustos. De hecho, las reglas son aquellas normas que determinan un curso de acción a ser seguido por los destinatarios en las situaciones en que el caso se encuadra en sus términos. Para eliminar conflictos con un mínimo de efectividad, las reglas deben prescribir, de modo inteligible y relativamente incontrovertido, una respuesta determinada para una determinada gama de circunstancias<sup>18</sup>. Para hacerlo, sin embargo, ellas precisas seleccionar los hechos que serán considerados jurídicamente relevantes, incluyéndolos en su descripción legal. Ese procedimiento trae, ineluctablemente, dos consecuencias.

(1) De un lado, puede hacer que algunos elementos, que eventualmente deberían haber sido considerados, dependiendo del punto de vista, no lo sean en la descripción legal contenida en la regla y, con ello, no puedan ser considerados por el aplicador en el caso concreto. Es el fenómeno de la «super-inclusión» o «sobre-inclusión»: dado que las reglas seleccionan elementos a ser considerados, aquellos elementos no seleccionados por ellas, dependiendo de la rigidez con que la regla sea comprendida (que puede variar desde la rigidez absoluta de un

14 *Ibidem*, p. 156.

15 JESTAEDT, Matthias. *Ob. cit.*, pp. 265-267.

16 POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 75-76.

17 JESTAEDT, Matthias. *Ob. cit.*, pp. 265-267.

18 ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. *Ob. cit.*, p. 119.



modelo de formalismo puro a la flexibilidad total de un modelo de particularismo puro, pasando por modelos intermediarios de rigidez moderada) no pueden ser considerados en el acto de aplicación, lo que puede generar una solución injusta o sub-óptima. Sería, por ejemplo, el caso de aplicación de la regla que prohíbe la compañía de mascotas en vehículos de transporte público para el caso de un ciego cuya libertad de locomoción depende del auxilio de un adiestrado y dócil perro-guía. En esa situación anormal, se podría afirmar que la hipótesis de la regla fue *más allá* de lo exigido por su finalidad.

(2) De otro lado, ese procedimiento puede hacer que algunos hechos, que fueron considerados por la regla legal, pero no deberían haberlo sido, dependiendo del punto de vista, deban ser desconsiderados por el aplicador en el caso concreto. Es el fenómeno de la «sub-inclusión» o «infra-inclusión»: dado que las reglas seleccionan hechos, los hechos por escogidos por aquellas no pueden ser desconsiderados en el acto de aplicación, lo que también puede provocar una solución injusta o sub-óptima. Sería, por ejemplo, el caso de la no aplicación de la regla que prohíbe la compañía de mascotas en vehículos de transporte público para el caso que alguien pretenda viajar con un león. En esa situación extraordinaria, se podría afirmar que la hipótesis de la regla fue *más acá* de lo exigido por su finalidad.

Esos dos casos, no obstante, son extraordinarios, esto es, no son casos que normalmente ocurren. En esas situaciones, comprobada y visiblemente anómalas, corresponderá al aplicador dejar de aplicar la regla general al caso particular, con base en el postulado de la razonabilidad, en el sentido de equidad, siempre que el apartamiento *de la regla* comprometa la aplicación del *sistema de reglas*<sup>19</sup>.

Entre el caso normal y el caso anormal, sin embargo, existe un extenso universo dentro del cual la solución dada por las reglas, aunque no provoque una injusticia manifiesta, no se revela, en la mirada del aplicador, la mejor solución. No hay duda que corresponde al aplicador, con base en el postulado de la razonabilidad, apartar la aplicación de la regla general, cuando su aplicación a un caso particular extraordinario provoque una manifiesta y comprobada injusticia. Pero –y aquí se llega al cerne de la cuestión– si la solución dada por la regla no se presenta, bajo su punto de vista, aunque esté basada en una alegada interpretación sistemática y principiológica, como la mejor solución, ¿puede el aplicador despreciar

el curso de acción prescrito por la regla cuando el caso se encuadra en sus términos? En otras palabras: ¿está el aplicador autorizado a buscar la mejor solución mediante de la consideración de todas las circunstancias del caso concreto, eventualmente despreciando la «solución de la ley» en favor de la «ley del caso»?

La respuesta a esa indagación depende de consideraciones respecto de la justicia del caso concreto. Se acostumbra afirmar que la consideración de todas las circunstancias del caso concreto, a pesar de las circunstancias seleccionadas por la regla legal es algo necesariamente positivo, y que la consideración de las circunstancias seleccionadas por la regla legal, a pesar de las circunstancias del caso concreto, también lo es algo necesariamente positivo. Esa concepción, sin embargo, desconsidera que es imprescindible de los mecanismos de justicia general en una sociedad compleja y pluralista.

En una sociedad determinada, aunque los ciudadanos puedan estar de acuerdo, abstractamente, respecto de los valores fundamentales a ser protegidos, difícilmente concuerdan con la solución específica para un conflicto concreto entre valores. La mayoría está de acuerdo con la protección de la propiedad, de la libertad y de la igualdad, por ejemplo, pero no concuerda en relación a los modos más justos y eficientes para proteger esos mismos valores<sup>20</sup>. Esa interminable divergencia conduce a la necesidad de reglas, cuya función es, precisamente, eliminar o reducir sustancialmente problemas de coordinación, conocimiento, costos y control de poder. La justicia del mundo real, no del ideal, exige la existencia de reglas.

Ocurre que para que las reglas efectivamente cumplan su función de eliminar o sustancialmente reducir problemas de coordinación, conocimiento, costos y control de poder, necesitan ser, en alguna medida, resistentes a la superación o ampliación de su hipótesis. Una regla cuya hipótesis no ofrece ninguna resistencia no es una regla, sino un principio, que se caracteriza –si es aceptada la tesis de que los principios son necesariamente normas que establecer deberes *prima facie*– por carecer de una valoración concreta que le atribuya algún peso, mayor o menor, y por no ofrecer un límite rígido al aplicador. De esa forma, la regla deja, automáticamente, de ejercer las funciones para las cuales fue editada: para funcionar como mecanismo eliminador o reductor de los conflictos de coordinación, conocimiento, costos y control de poder, la regla necesita ser, en alguna

19 ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*, p. 119.

20 ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning. Ob. cit.*, 13.

medida, resistente a la subjetividad del aplicador: por ejemplo, si el aplicador, sea juez o destinatario, pudiese desconsiderar la señal de tránsito o el límite de velocidad, adoptando un comportamiento divergente con el curso de acción determinado por la regla, los intereses de los conductores no serán coordinados, pues cada uno atravesará el cruce cuando le convenga y manejar a la velocidad que quiera; las circunstancias personales de cada uno no serán neutralizadas, pues cada uno entenderá como relevante algo relacionado a su vida particular; los costos necesarios para la evaluación de cada situación concreta no serán apartados, pues, inexistiendo un seleccionador de elementos relevantes, el propio juzgador deberá decidir cuáles son los elementos que considerará y cómo y con qué peso los valorará, lo que demandará tiempo y causará extensos costos de deliberación; y el uso del poder no será limitado, ya que, inexistiendo criterios impersonales para guiar la solución, serán tomadas decisiones arbitrarias. En otras palabras, si la regla no fuese, en alguna medida, rígida en lo relativo a la subjetividad del aplicador, las funciones que ella desempeña quedan perjudicadas. Y como los aplicadores tienen concepciones diferentes respecto de cómo deben ser resueltos los conflictos morales, así como el hecho de estar dotados de una capacitación técnica variable e inconstante rigidez moral, no solamente crece la chance de incerteza, sino también aumenta el grado de arbitrariedad. El aplicador real no el ideal, también demanda la existencia de reglas.

Esas consideraciones revelan que las reglas desempeñan funciones importantes en una sociedad compleja y plural, que son las de estabilizar conflictos morales y reducir la incerteza y la arbitrariedad proveniente de su inexistencia o desconsideración. Las reglas, en otras palabras, sirven de instrumento de justicia general, por la uniformidad de tratamiento y estabilidad de las decisiones que ayudan a producir. La inexistencia de reglas implica la inexistencia de conflictos de coordinación, conocimiento, costo y control de poder. No se excluyen las reglas sin apartarse los problemas que ellas ayudan a resolver. En otras palabras, la desconsideración de las reglas implica una forma de injusticia. En un Estado de Derecho, en el que debe ser protegida la seguridad jurídica, en virtud de la cual se debe privilegiar la inteligibilidad, la estabilidad y la previsibilidad del ordenamiento jurídico, el aplicador no está autorizado a buscar la mejor solución por medio de la consideración de todas las circunstancias del caso concreto, despreciando la justicia general en favor de la justicia particular. En suma, la

consideración de todas las circunstancias del caso concreto, sea lo que ello signifique, a pesar de las circunstancias seleccionadas por la regla legal, no es algo necesariamente positivo; de la misma manera, la contemplación de los elementos valorizados por la regla legal, a pesar de las circunstancias del caso concreto, no es algo forzosamente negativo<sup>21</sup>.

##### 5. FUNDAMENTO ORGANIZACIONAL: DEL PODER LEGISLATIVO (O EJECUTIVO) AL PODER JUDICIAL

El fundamento organizacional antes referido reside en la preponderancia de uno de los Poderes proveniente de las alteraciones normativas y metodológicas anteriores: como la actividad de ponderación exige una evaluación mayor de aspectos individuales y concretos en detrimento de elementos generales y abstractos, la participación del Poder Judicial, en lo relativo a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, sería mayor. Y de ese activismo judicial provendría, a su vez, la preponderancia de la Constitución en detrimento de la legislación.

Las críticas anteriormente realizadas a los fundamentos normativos y metodológicos ya eliminarían la necesidad de formular cualquier juicio de valor en lo relativo al fundamento organizacional: si la Constitución contiene más reglas que principios, y si las reglas legales no pueden ser simplemente desconsideradas, el papel de las reglas legales no pierde su importancia y, con ello, ni el método de correspondencia conceptual, vinculado a la promoción de las finalidades, ni la función del Poder Legislativo dejan de asumir relevancia. Aun así, el raciocinio, realizado en relación a los otros fundamentos, también puede ser hecho en lo relativo al fundamento organizacional: independientemente que la CF prevea más reglas que principios y que atribuya, en innumerables situaciones sobre numerosas materias, al Poder Legislativo, la competencia para instituir reglas legales que concreten los ideales constitucionales, ¿debe el Poder Judicial asumir la prevalencia en la determinación de la solución entre conflictos morales?

Nuevamente, los argumentos utilizados anteriormente se aplican aquí: el Poder Judicial no debe asumir, en ninguna materia ni tampoco en ninguna intensidad, la prevalencia en la determinación de la solución entre conflictos morales porque, en un Estado de Derecho, vigente en una sociedad compleja y plural, deben existir reglas generales destinadas a estabilizar conflictos

21 SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 73; ÁVILA, Humberto. *Teoría da Igualdade Tributária*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 77 y ss.

morales y reducir la incerteza y la arbitrariedad proveniente de su inexistencia o desconsideración, correspondiendo su elaboración al Poder Legislativo y su aplicación, al Judicial.

Más allá de ello hay, también, argumento a favor de la función legislativa que no pueden ser considerados.

En la sociedad actual, en donde se aseguran las variadas manifestaciones de la libertad, no sólo existe una pluralidad de concepciones de mundo y de valores; también hay una enorme divergencia con relación al modo como esas concepciones del mundo y de valores deben ser realizadas. Vale decir, existe divergencia en relación a los valores y con referencia al modo de realización de esos valores. En rigor, no hay ninguna solución justa para el conflicto y para la realización de esos valores, sino soluciones que precisan, por algún órgano, ser tomadas para poner fin al inacabable conflicto entre valores y a las interminables formas de realizarlos.

Por tanto, el Poder donde, por medio del debate, se puede *respetar y tener en consideración* esa pluralidad de concepciones de mundo y de valores, y el modo de su realización, es el Legislativo<sup>22</sup>. Por medio de éste es que, por los mecanismos públicos de discusión y votación, se puede obtener la participación de todos y la consideración de la opinión de todos, en materias para las cuales no hay una solución, sino varias soluciones para los conflictos de intereses, no apenas un solo camino para la realización de una finalidad, sino varios caminos para su promoción.

Con ello no se quiere afirmar que la participación del Poder Judicial deba ser menor en todas las áreas y en todas las materias, o que la edición de una regla, constitucional o legal, acabe el proceso de concreción normativa. Dado que el Poder Legislativo edita normas generales, y dado que el lenguaje es, en larga medida, indeterminado, corresponderá al Poder Judicial la imprescindible función de adecuar la generalidad de las reglas a la individualidad de los casos, así como escoger, entre los varios sentidos posibles, aquel que mejor se adecue a la Constitución, y cotejar la hipótesis de la regla con su finalidad superior, sea ampliando, sea restringiendo su ámbito normativo. En suma, no se quiere decir que el Poder Judicial no sea importante: en vez de ello, se quiere afirmar que el Poder Legislativo es importante y, siendo ello así, no puede ser simplemente empequeñecido, especialmente en un ordenamiento constitucional que, al establecer que nada podrá ser exigido

sino en virtud de ley y de prever que todo poder emana del pueblo, que lo ejercerá por medio de representantes elegidos o bien directamente, aún reserva al Poder Legislativo la competencia para regular, por ley, un sin número de materias.

## 6. CONCLUSIONES

Todas las consideraciones anteriores llevan a la conclusión final de que los mencionados cambios fundamentales de la teorización y aplicación del Derecho constitucional, preconizados por el movimiento del «neo-constitucionalismo», en la versión aquí examinada, no encuentran soporte en el ordenamiento constitucional brasileño.

No se puede, en primer lugar, aseverar que el tipo normativo prevalente adoptado por la CF sea el principiología: aunque no se pueda afirmar que ella haya adoptado un modelo exclusivo de principios ni un arquetipo único de reglas, si un calificativo tuviese que ser escogido para representar su especie normativa típica, ese debería ser el de «Constitución regulatoria». No es exacto declarar, por tanto, que se *pasó* de las reglas a los principios, ni que se *debe pasar* o es *necesariamente bueno que se pase* de una especie a otra. Lo que se puede afirmar es, tan solamente, que la Constitución es un complejo de reglas y principios con funciones y eficacias diferentes y complementarias.

No se puede decir, en segundo lugar, que la subsunción cede lugar a la ponderación como método exclusivo o prevalente de aplicación del ordenamiento jurídica brasileño. Dado que la CF está compuesta básicamente por reglas, y como ella misma atribuye, en innumerables situaciones, al Poder Legislativo, la competencia para editar reglas legales, siempre que ese Poder ejerza regularmente su libertad de configuración y de fijación de premisas dentro de los parámetros constitucionales, el aplicador no podrá simplemente desconsiderar las soluciones legislativas. Él debe, es claro, interpretar las reglas legales escogiendo, entre los sentidos posibles, aquel que mejor encaje en los ideales constitucionales; interpretar las reglas legales generales y abstractas, adaptándolas a las particularidades del caso individual y concreto, eventualmente apartando la previsión general en un caso efectivamente extraordinario; interpretar las hipótesis que constan en las reglas legales, cotejándolas con las finalidades que les son subyacentes, sea ampliándolas, sea restringiéndolas, cuando ellas se revelen muy restringidas o muy amplias en lo relativo a su

22 WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: CUP, 1999, pp. 124 y ss. Sobre el asunto, ver: BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi. *The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

finalidad. Lo que él, sin embargo, no puede hacer es simplemente desconsiderar las soluciones legislativas, pues ellas se encuentran en el ejercicio legítimo del principio democrático, aunque con base en principios que pretende «optimizar». Si ello es así, no obstante, la correspondencia conceptual, vinculada a finalidades, persiste como importante método de aplicación del Derecho. Y si es fuese verdadero, no es correcto afirmar que se *pasó* de la subsunción a la ponderación, ni que se *debe pasar* o que es *necesariamente bueno que se pase* de una a otra.

No se puede sustentar, en tercer lugar, que la justicia particular debe prevalecer, en extensión o importancia, sobre la justicia general. Las reglas desempeñan funciones importantes en una sociedad compleja y plural, cuales son las de estabilizar conflictos morales y reducir la incerteza y la arbitrariedad proveniente de su inexistencia o desconsideración, sirviendo, por ello, como valiosos instrumentos de justicia general, por la uniformidad de tratamiento y estabilidad de las decisiones que ayudan a producir. La consideración de los elementos valorizados por la regla legal a pesar de las circunstancias del caso concreto no es algo forzosamente negativo, antes bien asume una importancia fundamental en un Estado de Derecho. Siendo ello correcto, no es adecuado enunciar que se *pasó* de la justicia general a la justicia individual, ni que se *debe pasar* o que *necesariamente es bueno que se pase* de una a otra.

No es correcto, en cuarto lugar, aseverar que el Poder Judicial debe preponderar sobre el Poder Legislativo (o Ejecutivo). En una sociedad compleja y plural, es en el Poder Legislativo donde, por medio del debate, se puede *respetar* y *tener en consideración* la pluralidad de concepciones de mundo y de valores, así como el modo de su realización. En materias para las cuales no hay una solución justa para los conflictos de intereses, sino varias, no existe un solo camino para la realización de una finalidad, sino varios; por tanto, es por medio del Poder Legislativo que se puede obtener mejor la participación y la consideración de la opinión de todos. En un ordenamiento constitucional que privilegia la participación democrática y que reserva al Poder Legislativo la competencia para regular por ley un sinnúmero de materias, no se muestra adecuado sustentar que se *pasó* del Poder Legislativo al Poder Judicial, ni que se *debe pasar* o que es *necesariamente bueno que se pase* de uno a otro.

Si existe un modo peculiar de teorización y aplicación del Derecho constitucional, poco importa su denominación basado en un modelo normativo («de la regla al principio»), metodológico («de la subsunción a la ponderación»), axiológico

(«de la justicia general a la justicia particular») y organizacional («del Poder Legislativo al Poder Judicial»), sino que ese modelo no fue adoptado, no debe ser adoptado, ni es necesariamente bueno que lo sea; es preciso repensarlo, y con urgencia. Nada, absolutamente nada es más preeminente que revisar la aplicación de ese movimiento que en Brasil se convino llamar de «neo-constitucionalismo».

Si fuesen verdaderas las conclusiones en el sentido de que sus fundamentos no encuentra referencia en el ordenamiento jurídico brasileño, defenderlo, directa o indirectamente, es caer en una invencible contradicción performática: es defender la primacía de la Constitución, violándola. El «neo-constitucionalismo», basado en los cambios antes mencionados, aplicado en Brasil, está más cerca a lo que podría denominarse, provocativamente, una especie disimulada de «no-constitucionalismo»: un movimiento o una ideología que ruidosamente proclama la super-valorización de la Constitución en tanto, silenciosamente, promueve su desvalorización. ☒

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: CUP, 2008.

\_\_\_\_\_. *The Rules of Rules – Morality, Rules and the Dilemmas of Law*. Durham y Londres: Duke University Press, 2001.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Igualdade Tributária*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. «Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)». En: SARMENTO, Daniel y SOUZA NETO, Cláudio Pereira, *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, pp. 203-249.

BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi. *The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

CARBONELL, Miguel. «El neoconstitucionalismo en su laberinto». En: Carbonell, Miguel (coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007, pp. 9-12.

COMANDUCCI, Paolo (2006): «Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico». En: Carbonell, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2006, pp. 75-97.

FERRAJOLI, Luigi. «Pasado y futuro del Estado de Derecho». En: Carbonell, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-29.

JESTAEDT, Matthias. «Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen», en: Depenhauer, Otto y otros (orgs.). *Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee*. Heidelberg, C. F. Müller, 2007, pp. 253-275.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo - a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

PILDES, Richard H. «Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law». En: *Hastings Law Journal*, v. 45, n. 4, abr. 1994, pp. 711-751.

POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2000.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 2002.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SCHAUER, Frederick. «Formalism». En: *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, mar. 1988, pp. 509-548.

SCHIER, Paulo Ricardo. «Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo». En: Sarmiento, Daniel y Souza Neto, Cláudio Pereira. *A Constitucionalização do Direito - Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, pp. 251-269.

WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: CUP, 1999.

