



**UNIVERSIDAD DE BURGOS  
FACULTAD DE DERECHO**

**GRADO EN DERECHO  
2015-2016**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**EL NEOCONSTITUCIONALISMO: ¿UNA  
CORRIENTE DOCTRINAL IMPULSORA DEL  
ACTIVISMO JUDICIAL?**

**MARTA PUENTE MORAL**

**DIRECTORA**

**DRA. NURIA BELLOSO MARTÍN  
2015**

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>3</b>
<b>1. Objetivo</b> .....	<b>4</b>
<b>2. Metodología</b> .....	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO I.</b>	
<b>EL NEOCONSTITUCIONALISMO: UNA TEORÍA CONTROVERTIDA DESDE SUS INICIOS</b> .....	<b>6</b>
<b>1.1. El Proceso de Constitucionalización de los Ordenamientos Jurídicos Europeos</b> .....	<b>7</b>
<b>1.2. El Neoconstitucionalismo como Teoría Jurídica</b> .....	<b>11</b>
<b>1.3. El Neoconstitucionalismo y la Misión Institucional de los Jueces en una Democracia Constitucional</b> .....	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>EL ACTIVISMO JUDICIAL</b> .....	<b>18</b>
<b>2.1. Características Esenciales e Imperativos categóricos de las decisiones judiciales</b> .....	<b>21</b>
<b>2.2. Tipos de Activismo Judicial</b> .....	<b>24</b>
<b>2.3. Modelos en el Activismo Judicial</b> .....	<b>26</b>
<b>2.4. Propuesta de Indicadores</b> .....	<b>28</b>
<b>2.5. Diferencias fundamentales con el Garantismo Procesal</b> .....	<b>30</b>
<b>2.6. ¿Podemos hablar de Excesos del Activismo Judicial?</b>	
<b>La Discrecionalidad Judicial</b> .....	<b>31</b>
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>33</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>37</b>

## 1. INTRODUCCION

El final de la Segunda Guerra Mundial trajo a Europa profundas innovaciones en sus ordenamientos jurídicos, cuya cuestión más destacada fue la adopción de Constituciones rígidas, que como norma suprema, produjeron cambios en la estructura y validez del resto de disposiciones legales así como en el funcionamiento jurídico de los Estados. Asimismo se ha vivido en las últimas décadas una creciente preocupación por los Derechos Humanos, que se han plasmado en las Constituciones de los Estados y que por tanto despliegan su influencia en todo el sistema jurídico en forma de principios y estándares de aplicación del Derecho.

Este trabajo de investigación se sitúa en un contexto en el que se ha producido la expansión y el asentamiento de la Teoría Neo-constitucionalista (tanto en el ámbito europeo como principalmente en América Latina) como alternativa firme al Positivismo. La propia Teoría del Derecho ha debido adaptarse para explicar los cambios que ha supuesto la evolución de un Estado legislativo a un Estado constitucional. Ello no ha significado tener que renunciar al constitucionalismo clásico y su concepción principal de la norma suprema como limitación de poder, sino hacerlo compatible con la primacía de los Derechos Humanos que ahora se propugna. El presente trabajo pretende por tanto realizar una aproximación a la Teoría Neo-constitucionalista - entendiendo por tal una de las corrientes más debatidas en la teoría del Derecho actual y que abarca variadas propuestas (la presencia de la moral en el Derecho, el protagonismo de la hermenéutica y otras)-. Nos vamos a limitar al estudio de una cuestión que se ha visto sumamente favorecida a la luz de esta nueva teoría del Derecho como es el activismo judicial y la discrecionalidad judicial.

A lo largo de mis años de estudio del Grado en Derecho he podido comprobar la importancia que tiene la cuestión procesal dentro de este campo y en concreto el papel que realizan los profesionales implicados en la misma. Por todo ello, he considerado oportuno profundizar en la función judicial a la luz del análisis del paradigma Neo-constitucional, prestando especial atención al movimiento denominado “activismo judicial”, especialmente impulsado por quienes consideran que los jueces tienen, entre

sus funciones, las de proteger los derechos contemplados en el texto constitucional, para lo que pueden interpretar principios constitucionales, llegando incluso a “forzar” la ley cuando sea necesario, con el fin de dictar una sentencia justa. Esta línea ha permitido aumentar y revalorizar las funciones de los magistrados judiciales de modo que parece que ahora se tienden a pedir de los jueces que dicten una sentencia justa, haciendo decir a la ley lo que no dice.

Con el Trabajo Fin de Grado que ahora presento aspiro a mostrar la adquisición de competencias que, a lo largo de estos años, he ido adquiriendo. En particular, la capacidad de análisis de la realidad que resulta imprescindible para poder desarrollar adecuadamente una actividad profesional en el campo del derecho y el conocimiento; respeto del ordenamiento jurídico y de los valores democráticos. Además la realización de este TFG me permitirá poner en práctica la capacidad para el aprendizaje y el trabajo autónomo así como adquirir una mayor capacidad de comunicación escrita y comunicación oral<sup>1</sup> con la presentación del mismo ante el Tribunal.

## 1.1. OBJETIVOS

Este trabajo tiene como objeto el estudio de la Teoría Neo-Constitucionalista, cuestionando, en el primer capítulo, si es que puede considerarse como tal Teoría o si no deja de ser una simple proyección del constitucionalismo o incluso, un equivalente a la corriente del Post-positivismo jurídico. Para ello, presentaremos y analizaremos las características que le configuran como teoría autónoma intentando dar respuesta al interrogante de si, por tanto, nos encontramos ante un nuevo paradigma.

El segundo capítulo del trabajo se centra en una cuestión que ha adquirido especial relevancia en los últimos años y que genera una gran controversia entre los autores; el llamado activismo judicial. Vamos a aproximarnos a dicho concepto, ver sus características e intentar analizar si la discrecionalidad judicial que implica el activismo pueden acabar derivando en prácticas judiciales arbitrarias.

---

<sup>1</sup> Competencias recogidas entre otras tanto en la guía docente del TFG del Grado en Derecho como en la guía general del citado Grado en la Universidad de Burgos.

## 1.2. METODOLOGÍA

En cuanto a los aspectos metodológicos, hemos consultado obras colectivas, artículos de Revista, monografías, y sitios web que han permitido establecer los conceptos referidos y realizar una aproximación a la Teoría Neo-constitucionalista y al activismo judicial desde un punto de vista crítico y analítico.

La estructura del Trabajo de Investigación la hemos dividido en dos Capítulos. Todos ellos presentan una estructura similar; una pequeña introducción al principio y seguidamente, el desarrollo del tema que se aborda, dividiéndolo en sub-apartados cuando ha sido necesario. En el Capítulo I se hará una presentación de la teoría Neo-constitucionalista (con el proceso de constitucionalización y su derivación en la teoría objeto de este trabajo); en el Capítulo II nos ocuparemos del activismo judicial (características, modelos y críticas principalmente) y finalizaremos exponiendo unas breves conclusiones.

# CAPÍTULO I.

## EL NEOCONSTITUCIONALISMO: UNA TEORÍA CONTROVERTIDA DESDE SUS INICIOS

En las últimas décadas, no ha existido en la doctrina un consenso general acerca de si podemos considerar al Neo-constitucionalismo como una teoría con entidad propia o como una derivación del constitucionalismo. Ni siquiera se ha determinado un concepto unívoco, de modo que podemos encontrar denominaciones diversas (Constitucionalismo, Postpositivismo).<sup>2</sup> No obstante, en los últimos años, si bien con diferentes matices, parece darse una aceptación común sobre que han cambiado los rasgos característicos del constitucionalismo y que estamos ante una nueva Teoría del Derecho.

Ferrajoli<sup>3</sup> considera que existen diversas concepciones del constitucionalismo jurídico, pero podemos encontrar un rasgo común en la idea de la subordinación de los poderes públicos a una serie de normas superiores, las Constituciones, que recogen los llamados derechos fundamentales. El autor habla de un constitucionalismo, “[...] como sistema jurídico, que equivale a un conjunto de límites y vínculos, no sólo formales sino también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas” y de un constitucionalismo como “[...]teoría del Derecho, con una concepción de la validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción, [...] sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos”.

Por su parte, Comanducci<sup>4</sup> ha intentado poner de manifiesto las diferencias que se dan entre el Constitucionalismo y el Neo-constitucionalismo. A la Constitución le atribuye

---

<sup>2</sup> BARBERIS, Mauricio. “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*.

Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr20.pdf> Última consulta: 11/5/2016

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°. 34, 2011 Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucionalismo-principalista-y-constitucionalismo-garantista/> Última consulta: 10/5/2016.

<sup>4</sup> COMANDUCCI, Paolo “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n° 16, abril 2002 Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/> Última consulta: 11/5/2016

fundamentalmente una ideología que enfatiza la limitación del poder y la defensa de los derechos fundamentales<sup>5</sup> y al Neo-constitucionalismo le atribuye la fuerza de una teoría que concurre con el positivismo. Considera el autor que "El neoconstitucionalismo teórico [...] aspira a describir los logros de la constitucionalización [...] El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de, por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley".

Para entender el desarrollo que ha tenido el Neo-constitucionalismo y el propio tránsito desde el Constitucionalismo hay que entender el fenómeno que se dio en las últimas décadas del siglo XX en toda Europa con la constitucionalización del Derecho y que vamos a repasar a continuación.

## **1.1. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS**

El Neo-constitucionalismo, más que como una Teoría del Derecho, se identificaba con una ideología en defensa de los derechos fundamentales y dirigida a la limitación del poder. Esta concepción tenía conexión con el Iusnaturalismo<sup>6</sup> y se oponía directamente

---

<sup>5</sup> Nino recoge dos sentidos principales del término constitucionalismo: desde el simple requerimiento de que un Estado tenga una constitución en el vértice de su sistema jurídico (sentido mínimo) hasta la existencia de una norma superior que organice el poder y que este protegida frente al proceso legislativo normal. (NINO, Carlos Santiago, "Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional". Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/12186.pdf> . Última consulta 12/5/2016).

<sup>6</sup> "[...] sigue habiendo dos posiciones básicas en torno al concepto del derecho: positivistas y no-positivistas o iusnaturalistas, y la clave de esa diferenciación reside en la relación que se reconozca entre derecho y moral. Los positivistas postulan la tesis de la separación, y por ende, cualquier contenido puede ser derecho dado que el elemento definitorio del derecho lo establece la decisión autoritativa (es derecho lo que se establezca como tal según el órgano con competencia a esos fines o aquello que rige o tiene vigencia social como derecho. Los no-positivistas o iusnaturalistas defienden la tesis de la conexión necesaria o conceptual entre derecho y moral, por ende, hay límites morales para el derecho de modo que si lo que se pretende crear como derecho infringe o traspone esos límites, el resultado creativo no será

a la concepción positivista del Derecho. Como sabemos, el Positivismo<sup>7</sup> ha sido la corriente jurídica predominante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX. A partir de la segunda mitad del siglo XX se inicia la corriente del Post-positivismo.<sup>8</sup>

Existe razonable consenso de que el marco inicial del proceso de constitucionalización del derecho fue establecido en Alemania a mediados del siglo XIX donde el Tribunal Constitucional Federal consolidó que los derechos fundamentales, además de la dimensión subjetiva de protección de las situaciones individuales, tenían que desempeñar otra función: determinar un orden objetivo de valores que impregnara toda la vida social. Tales normas constitucionales debían condicionar la interpretación de todas las ramas del derecho, sea público o privado, y vincular a los poderes estatales<sup>9</sup>. Por tanto como proceso histórico se inicia con la profunda transformación que se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos tras la promulgación de las constituciones después de la Segunda Guerra Mundial que se producen en países como Alemania, Italia y Francia y, de forma más tardía en España y que marca una nueva fase después de ese constitucionalismo europeo que tuvo lugar a finales del siglo XVIII<sup>10</sup>. Muchas de estas transformaciones se producen posteriormente también en América Latina.

---

alcanzado”. (LUIS VIGO, Rodolfo. “Iusnaturalismo o Neo-constitucionalismo, coincidencias y diferencias” Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx> Última consulta: 5/5/2016).

<sup>7</sup> “El positivismo jurídico como una teoría científica del derecho no puede presuponer en su conocimiento y descripción del derecho positivo la existencia de una fuente trascendente del derecho, más allá de toda posible experiencia humana, esto es, la existencia de una voluntad divina cuyo sentido son las normas prescriptivas de conducta humana. Puesto que solamente las normas creadas por una autoridad trascendente, y por lo tanto absoluta, pueden ser consideradas como absolutamente justas e inmutables, el positivismo jurídico no puede aceptar como válida ninguna norma absolutamente justa e inmutable. Sólo puede sostener la validez de normas creadas por el arbitrio humano y que por lo tanto son mutables, esto es, normas que pueden tener contenido diferente en tiempos y lugares diferentes, sea que se trate de normas jurídicas o morales”. (KELSEN, Hans “La Doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho* año 6, n°. 12, 2008, pp. 183-198).

<sup>8</sup> BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo”. En: Rodilla González; Miguel Ángel; Ramos Pascua, José Antonio (Coordinadores). *El positivismo jurídico a examen*. Estudios en Homenaje a J. Delgado Pinto. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 2006, pp. 781-802.

<sup>9</sup> BARROSO, Luis Roberto. “El Neo-constitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho” [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucion\\_alizacao\\_do\\_direito\\_es.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucion_alizacao_do_direito_es.pdf) Última consulta: 5/5/2016

<sup>10</sup> ALFONSO, Santiago “Neo-constitucionalismo” <http://docplayer.es/14794761-Neoconstitucionalismo-sesion-privada-del-instituto-de-politica-constitucional-del-3-de-abril-de-2008.html> Última consulta: 5/5/2016.



Como subraya Pérez Luño,<sup>11</sup> el paso de Estado de Derecho a Estado Constitucional produce un triple desplazamiento del sistema del ordenamiento jurídico. Por un lado el desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución. El desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de la Constitución y finalmente el desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad. De estas tres cuestiones podemos ver la importancia que el texto constitucional adquiere en los actuales Estados de Derecho y de donde se deriva la cuestión que vamos a analizar en el capítulo II del trabajo.

Guastini<sup>12</sup> considera que son siete las condiciones que van a permitir afirmar que un ordenamiento jurídico determinado ha seguido un proceso de constitucionalización. La primera condición es la incorporación al sistema jurídico de una Constitución “rígida” (con los derechos fundamentales plasmados en la misma), es decir, que se presente de modo escrito y que esté protegida frente a la legislación ordinaria de modo que las normas constitucionales no puedan ser modificadas o derogadas por esta, sino solo a través de un procedimiento especial de revisión constitucional.

La segunda condición es la garantía jurisdiccional de la Constitución, de modo que pueda establecerse algún mecanismo de control (bien sea a priori o posteriori) para establecer la adecuación de las normas a los mandatos constitucionales.

La tercera condición que reseña Guastini tiene que ver con la fuerza vinculante de la Constitución, que además de las normas de organización de los Estados contienen una serie de derechos de los ciudadanos (aplicables en muchos casos directamente) con principios generales y disposiciones programáticas que requieren de desarrollo legislativo y concreción posterior pero no por ello despliegan menor eficacia sobre el ordenamiento jurídico. Señala el autor que uno de los “[...] elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente [...] la idea de que toda norma constitucional [...] es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos”.

---

<sup>11</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional", Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20327.pdf> . Última consulta: 12/5/2106.

<sup>12</sup> GUASTINI, Ricardo. “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano” [http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca\\_virtual/doctrina/77.pdf](http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca_virtual/doctrina/77.pdf) . Última consulta: 8/5/2016.

La cuarta condición mencionada por el autor tiene que ver con la interpretación que de la Constitución realizan tanto los juristas, como los órganos del Estado y el poder judicial. Esta claro que por muy extenso que sea el texto constitucional, siempre tendrá lagunas o cuestiones que no se abordan en el mismo. La respuesta a estas carencias puede estar en la interpretación que se realiza del texto pero si se opta por una lectura restrictiva (o literal) seguramente esas carencias se verán acentuadas y muchas de las cuestiones de la vida social y política no podrán ser conectadas con los preceptos constitucionales. Sin embargo si se realiza una interpretación extensiva (o sobreinterpretación, como indica Guastini) se extraerán numerosas normas implícitas que van a permitir dar respuesta a cualquier aspecto del ordenamiento jurídico. Esta sobreinterpretación es presupuesto necesario por tanto para que no haya espacio para la discrecionalidad legislativa.

La aplicación directa de los normas constitucionales es la quinta condición establecida. Si bien en la concepción clásica del constitucionalismo, en esta norma suprema se priorizaba la función de limitación del poder político y de la legislación, actualmente la vertiente más sobresaliente de los textos constitucionales implica incidir en las relaciones sociales. De ahí se deduce su aplicación directa también en las cuestiones entre particulares y además el desarrollo legislativo (y por consiguiente las normas que se aplican a las cuestiones particulares) se haga siempre conforme a los preceptos constitucionales.

La sexta condición es que la interpretación de las disposiciones normativas de rango inferior debe ser conforme a la Constitución. Es decir, el juez ante la disyuntiva de elegir entre dos posibles interpretaciones de una misma norma tiene que elegir aquella que es conforme al texto constitucional, que armoniza la ley con la Constitución.

Finalmente, la séptima y última condición que Guastini menciona no es fácil de precisar: la influencia de la Constitución en el debate político. Este requisito depende de diferentes elementos como el contenido del texto, la postura del poder judicial y de los actores políticos, etc.

No obstante estos puntos comunes, tenemos que entender la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, como una realidad compleja con aspectos diferenciales en cada uno de los países, en consonancia con cuestiones como su sistema jurídico previo o la

función institucional de sus poderes judiciales, pero teniendo en cuenta que en todos ellos va a condicionar y transformar el sistema de fuentes del derecho, y que en este proceso, para unos la Teoría Neo-constitucionalista va a facilitar los criterios hermeneúticos de interpretación constitucional; sin embargo, para otros, sólo contribuirá a introducir un mayor grado de inseguridad jurídica..

## 1.2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORÍA JURÍDICA

Esta constitucionalización de los ordenamientos jurídicos de los Estados supuso que las normas y principios<sup>13</sup> referidos en el texto normativo supremo van a irradiarse en todas y cada una de las vertientes del Derecho. Si bien puede hablarse de un fenómeno de constitucionalización similar en muchos países, como hemos comentado antes hay diferencias entre ellos de modo que es necesario establecer en cada Estado en qué medida estos postulados constitucionales han incidido en su sistema jurídico. Conviene destacar además que este constitucionalismo inicial que surge en Europa a la par que las grandes revoluciones modernas, posteriormente deviene en esta segunda fase actual que denominamos Neo-constitucionalismo, donde la Constitución pasa a ser la norma jurídica suprema y de aplicación directa. Por tanto podemos hablar de que del Estado legal de Derecho se pasa al Estado Constitucional de Derecho, donde la Constitución, mucho más que la ley, se convierte en el centro de todo el sistema normativo. De la centralidad del Estado y de sus prerrogativas, se evoluciona hasta configurar la consideración de la persona humana y sus derechos como ejes del sistema jurídico. De la soberanía del legislador se pasa a la palabra final a cargo de los jueces.

Es en esta cuestión donde nos encontramos actualmente y donde la Teoría Neo-constitucionalista debe dar respuesta a los desafíos que esta nueva organización del ordenamiento jurídico plantea.<sup>14</sup> El Neo-Constitucionalismo parte de la Escuela de

---

<sup>13</sup> Normas y principios inspirados en su mayoría y contenidos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

<sup>14</sup> Prieto Sanchís advierte que el neoconstitucionalismo tiende a convertirse en una nueva cultura jurídico-política que se encuentra en toda clase de debates: en los debates de filosofía política acerca del mejor modo de organizar las instituciones democráticas; en los conceptuales acerca de qué se debe de entender por Derecho y de cómo explicar su relación con la moral; en los metateóricos, sobre la función de la ciencia jurídica, en los teóricos relativos a la naturaleza de las normas y de su interpretación (PRIETO SANCHÍS, L., “Neconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, en *Anales de la*

Génova y, a partir de ahí, se inicia una lectura de los textos constitucionales renovada que acaba incidiendo en el Derecho y en la Política. Sitúan el centro de atención en Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos<sup>15</sup>

Este Estado Constitucional de Derecho reclama una nueva explicación que se aleja del positivismo teórico, es aquí donde la nueva teoría Neo-constitucionalista tiene su cabida. Prieto Sanchís<sup>16</sup> señala que la ley está inmersa en una crisis y ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho, lo que evidencia la crisis también del positivismo y de sus parámetros de legalidad del Derecho y hace más acuciante si cabe la necesidad de una renovación por medio del Neo-constitucionalismo y de sus paradigmas: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica.<sup>17</sup>

Cuestión muy ligada a la Teoría Neo-constitucionalista y que ocupa buena parte de la controversia alrededor de esta nueva concepción del Estado Constitucional (y que va a ocupar las próximas líneas de este trabajo) ha sido la función que desempeñan y deben desempeñar los jueces en atención a su tarea interpretativa de una norma caracterizada

---

*Cátedra Francisco Suárez*. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de ACFS. Granada, nº44, 2010, pp.462-463.

<sup>15</sup> Como ejemplos más representativos de este tipo de Constituciones cabe citar la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

<sup>16</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis “Neo-constitucionalismo y Ponderación Judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 5, 2001 (Ejemplar dedicado a: Derecho y proceso), pp. 201-228. Última consulta: 7/5/2016

La crisis de la ley no responde sólo a la existencia de una norma superior, sino también a otros fenómenos más o menos conexos al constitucionalismo, como el proceso de unidad europea, el desarrollo de las autonomías territoriales, la revitalización de las fuentes sociales del Derecho, la pérdida o deterioro de las propias condiciones de racionalidad legislativa, como la generalidad y la abstracción, etc.

<sup>17</sup> BELLOSO MARTÍN, Nuria. “El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad” en *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná*. Curitiba- Brasil, Vol. 59, nº1, 2014, pp.145-178. Disponible en:

[<ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito>](http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito). Última consulta 12/5/2016.

en muchos casos por su imprecisión y generalidad. García Amado<sup>18</sup> considera que en el plano jurisdiccional y contando con que hay ciertos márgenes de vaguedad o zonas de penumbra en las Constituciones, la concreción de la indeterminación del precepto constitucional debe corresponder al legislador. Entiende el autor que si bien hay tres intérpretes autorizados para esta tarea, legislador, juez y tribunal constitucional, deben ser los primeros los que cumplan la función de realización constitucional, dejando reservado para los otros dos la función de control constitucional negativo. No puede ser de otro modo, continua el autor, si el objetivo es defender la prioridad democrática y con ello la soberanía popular. Por tanto lo que debe primar es la voluntad del legislador, lo que le lleva a criticar la Teoría Neo-constitucionalista en tanto en cuanto justifica que el poder judicial modele la norma suprema a su justo entendimiento. Vamos a ver en los siguientes puntos como puede concretarse esta función de los jueces y en que medida esta crítica tiene su razón de ser.

### **1.3. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA MISIÓN INSTITUCIONAL DE LOS JUECES EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL**

Como hemos apuntado anteriormente, la Teoría jurídica predominante en Europa, antes de que se configurara el Neo-constitucionalismo, era el Positivismo jurídico. De las preguntas fundamentales que se asocian al esquema teórico –validez, eficacia y justicia de la norma jurídica– el Positivismo jurídico sólo desarrollaba una respuesta a la validez de la norma y dejaba desatendidas las otras dos cuestiones que debían responderse acudiendo a otras disciplinas como la Sociología, la Filosofía o la Ética. Sin embargo, desde mediados del siglo XX, la teoría jurídica empezó a ocuparse de las tres cuestiones. A partir de entonces hay una preocupación de que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa porque respete y desarrolle los derechos humanos, y sea eficaz y operativa porque ellos estén garantizados en la práctica<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo”. *Vid.* FEOLI VILLALOBOS, Marco. “Activismo Judicial y Justicia Constitucional: Los casos de Colombia y Costa Rica” Tesis Doctoral. Universidad Salamanca, 2012.

<sup>19</sup> SANTIAGO, Alfonso. “Neoconstitucionalismo”. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. Disponible en: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>. Última consulta: 12/5/2016.

Comienza a despuntar la centralidad que los derechos fundamentales empiezan a tener en las últimas décadas en la vida jurídica y política. Son considerados valores que deben impregnar el ordenamiento político-jurídico del Estado y por tanto deben extenderse a las decisiones judiciales. De este modo se va a propugnar un sistema jurídico que está inspirado en derechos antes que en normas, de modo que las leyes se valoran en función de que respeten los Derechos Fundamentales recogidos en las Constituciones. Esta situación tiene una consecuencia fundamental en la magistratura, de modo que los jueces pasan a ocupar un lugar preponderante en la interpretación de las normas jurídicas y en la defensa de los derechos Fundamentales, principalmente de las minorías.

La forma de garantizar esta adecuación a los derechos humanos parece ser por tanto a través del poder judicial al que se le asigna una elevada misión (que algunos autores consideran como desproporcionada), siendo los jueces en definitiva quiénes van perfilando con su actuación los límites y el contenido de esos derechos fundamentales. Este nuevo papel que desempeñan los jueces en la actualidad, ha sido fundamental en la protección de los derechos humanos en los Estados constitucionales presentes pero la cuestión radica en establecer los límites a esas “atribuciones” judiciales que permiten interpretar y por tanto moldear los márgenes legislativos.

Siguiendo a Marianello,<sup>20</sup> que toma como referencia Argentina y las democracias latinoamericanas, nos encontramos ahora ante un modelo judicial de corte activista que busca hacer operativos los derechos reflejados en las constituciones como forma de legitimación y prestigio ante la sociedad y defender los valores transmitidos por la opinión pública y el mundo intelectual. De este modo, el poder judicial se convierte en un legislador positivo en defensa de la supremacía constitucional. El problema surge a la hora de determinar en qué momento esas decisiones tomadas en aras de los derechos defendidos en la Constitución pueden pasar de ser justas a ser arbitrarias.

No parece discutible asegurar que el poder judicial y en concreto los jueces constitucionales han ido expandiendo su influencia en las sociedades actuales. Según

---

<sup>20</sup> MARIANELLO, Patricio Alejandro “El Activismo Judicial, una herramienta de protección institucional”. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>. Última consulta: 7/572016.

Feoli<sup>21</sup>, esto ha representado un cambio en el funcionamiento tradicional de la justicia y de los sistemas políticos. Y de hecho considera la autora que estamos ya en un nivel superior, de modo que parece aceptado que los jueces comparten una porción del poder estatal y participan más activamente en la solución de las grandes cuestiones. Este nuevo modelo del proceso judicial -que la autora denomina estructural- se opondría al modelo tradicional de resolución de conflictos donde la labor de los jueces se limitaba a regular la resolución de la controversia. En el modelo actual se busca, además, que los jueces contribuyan a dar significado a los valores constitucionales, y no se limiten simplemente a resolver conflictos.

Respecto a los pronunciamientos judiciales en la resolución de los conflictos que se plantean ante el poder judicial, Comanducci considera que algunas decisiones jurídicas son justificadas recurriendo a argumentos morales (especialmente en el caso de los jueces constitucionales). La Constitución es, en efecto, la fuente normativa suprema, pero es necesario concretar muchos de sus preceptos generales para solucionar los conflictos judiciales y es en esa concreción cuando a veces el juez puede recurrir a principios “morales”. Se plantea qué tipo de normas morales deberían justificar en última instancia las decisiones judiciales y desarrolla soluciones posibles a la cuestión<sup>22</sup>. Advierte el autor que no parece razonable aceptar que la certeza del derecho quede confiada a la conciencia moral de cada juez (que puede denotar incoherencia en el tiempo o incluso ser contraria a los valores morales compartidos por la comunidad). Y es que esta posición “moralista” del Neo-constitucionalismo conlleva algunos problemas: por un lado, la falta de homogeneidad en las normas morales compartidas y, por otro, que muchas (o la mayoría) de esas normas morales ya están incorporadas en forma de reglas o principios al ordenamiento jurídico, por lo tanto interpretarlas puede suponer desligarse del significado que el legislador quiere otorgarlas.

---

<sup>21</sup> FEOLI VILLALOBOS, Marco “Activismo Judicial y Justicia Constitucional: Los casos de Colombia y Costa Rica”. Tesis Doctoral. Universidad Salamanca, 2012. Disponible en: <http://www.tesisenred.net/handle/10803/110853>. Última consulta: 20/5/2016.

<sup>22</sup> COMANDUCCI, Paolo. “Conexiones entre Derecho y Moral” Universidad de Génova. <http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3698/DyL-2003-VIII-12-Comanducci.pdf?sequence=1> Última consulta: 7/5/2016

Las soluciones que plantea el autor acerca de las normas morales que deben justificar las decisiones judiciales son las siguientes: 1) Que se trate de una norma moral objetiva verdadera (en el sentido de que corresponde a “hechos” morales); 2) Que se trate de una norma moral objetiva racional (en el sentido de aceptable por parte de un auditorio racional); 3) Que se trate de una norma moral subjetivamente escogida; 4) Que se trate de una norma moral intersubjetivamente aceptada.

Sobre esta misma cuestión Prieto Sanchís<sup>23</sup> considera que los jueces, ante los casos concretos que se les presentan, van a encontrar razones contradictorias dentro del texto constitucional que inevitablemente les van a obligar a realizar una interpretación de los principios generales establecidos (sin que ello suponga invalidar uno de esos principios recogidos, ni establecer una jerarquía sobre otros de modo categórico). A juicio del autor, esto conlleva que los jueces deben estar legitimados para realizar una ponderación (con la consiguiente interpretación que esto implica). Este juicio de ponderación debe considerarse un “[...] auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, [...]”; es decir, «no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca”.

Este juicio de ponderación debe ponerse en relación con el principio de proporcionalidad que según Alexy<sup>24</sup> se compone a su vez de tres subprincipios adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El autor habla de la ley de ponderación –“como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”- y cómo esta puede descomponerse en tres pasos. El primero implicaría constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, en segundo lugar valorar la importancia de la realización del principio contrario y, finalmente, averiguar si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.

Prieto Sanchís explica que suele considerarse que la ponderación es: “[...] el método alternativo a la subsunción: las reglas serían objeto de subsunción, donde, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios, en cambio, serían objeto de ponderación, donde esa solución es construida a partir de razones en pugna [...]”. Sin embargo, no está de acuerdo con esta afirmación porque no cree necesario que el juez ha de optar por una u otra sino que operan en fases distintas de la aplicación del Derecho de modo que ante una cuestión que no afecta a principios, el magistrado simplemente tiene que subsumir el caso en el supuesto mientras que cuando se da un problema de principios es necesario realizar una

---

<sup>23</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, cit., p.13.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. “Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad” Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf> . Última consulta: 12/5/2016.



ponderación, pero sin olvidar la necesaria subsunción.

El hecho de ponderar una cuestión judicial implica un margen de discrecionalidad en la actividad judicial. Belloso Martín<sup>25</sup> hace notar que es inevitable esta presencia de discrecionalidad en cuanto el derecho no proporciona respuestas a todos los casos –la ansiada búsqueda de la “única respuesta correcta”, como H.L. Hart ya intentó- pero no debe implicar una disociación entre derecho y razón. La exigencia de argumentación, fundamentación y justificación en las decisiones judiciales son requisitos imprescindibles para contrarrestar la arbitrariedad judicial.<sup>26</sup> En el siguiente Capítulo analizaremos más detenidamente a estas cuestiones sobre el activismo judicial.

---

<sup>25</sup> BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La Jurisdicción constitucional en las democracias constitucionales: su discutida configuración como poder contramayoritario y cómo órgano con auténtico poder normativo” en Alfonso DE JULIOS CAMPUZANO (Editor) *Desafíos actuales del Estado Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016) (En prensa).

<sup>26</sup> Sobre motivación de las sentencias y razonamiento judicial, *vid.* IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; del mismo autor, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009.

## CAPÍTULO II

### EL ACTIVISMO JUDICIAL

Ha quedado patente en el punto anterior la creciente importancia que la labor de los jueces ha desempeñado, en las últimas décadas en los Estados Constitucionales, tanto en la interpretación de las normas legales en relación al texto constitucional como en la delimitación de los principios y derechos que recoge el mismo. En esta introducción nos proponemos realizar un breve acercamiento al activismo judicial y al papel que puede –y debe- desempeñar un juez en un Estado de Derecho. Recordemos que en todo régimen democrático rige el principio de separación de poderes (Locke, Montesquieu),<sup>27</sup> donde cada poder contrarresta y equilibra a los otros. Por tanto, al poder legislativo le corresponde ejercer las competencias inherentes a la creación de normas; al poder ejecutivo aplicarlas, y al poder judicial declarar si una determinada situación, que se ha sometido a su conocimiento, corresponde ser declarada subsumida en la norma legal sancionada previamente por el poder legislativo.

Definir el concepto de lo que es activismo judicial de forma clara y taxativa no es tarea fácil ya que implica otras cuestiones como la idea que se tenga de lo que es un Estado democrático en sí, el papel que debe jugar el sistema judicial dentro del mismo e incluso concepciones teóricas sobre la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Siguiendo a García y a Verdugo<sup>28</sup> vamos a explicitar ciertos supuestos previos que debemos tener en cuenta antes de aproximarnos al concepto de activismo judicial. En

---

<sup>27</sup> “En cada Estado hay tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo de las cosas pertenecientes al derecho de gentes, y el ejecutivo de las que pertenecen al civil. Por el primero, el príncipe o el magistrado hace las leyes para cierto tiempo o para siempre, y corrige o deroga las que están hechas. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene las invasiones; y por el tercero, castiga los crímenes o decide las contiendas de los particulares. Este último se llamará poder judicial; y el otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado (...). Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se hallan reunidos en una misma persona o corporación, entonces no hay libertad, porque es de temer que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas del mismo modo. Así sucede también cuando el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Estando unido al primero, el imperio sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, por ser uno mismo el juez y el legislador y, estando unido al segundo, sería tiránico, por cuanto gozaría el juez de la fuerza misma que un agresor. En el Estado en que un hombre solo, o una sola corporación de próceres, o de nobles, o del pueblo administrase los tres poderes, y tuviese la facultad de hacer las leyes, de ejecutar las resoluciones públicas y de juzgar los crímenes y contiendas de los particulares, todo se perdería enteramente.” (MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, 1748).

<sup>28</sup> GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio. *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?*, Ediciones Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile, 2013. Disponible en: [erecho-](#)

primer lugar, los autores establecen que se asume como característico de la función judicial la aplicación de normas dictadas por las autoridades democráticas electas. Estas normas desarrolladas no siempre tienen una redacción clara o contienen todas las respuestas por lo que en esos casos la función de los jueces debe ser encontrar la respuesta adecuada al supuesto planteado. En segundo lugar, los autores establecen otra suposición relativa a la separación de funciones del Estado que exige por un lado independencia judicial pero por otro lado que los jueces respeten la voluntad democrática. Por esto, explican que una decisión contraria a la norma debe “ser excepcional y jurídicamente justificada”. Finalmente establecen como último supuesto que la fundamentación que justifica las sentencias no debe tener respuestas contrarias a las formuladas por los representantes democráticos.

El Neo-constitucionalismo como paradigma imperante parece el escenario propicio para que el activismo judicial pueda generarse y desarrollarse de modo que el poder judicial (tanto la jurisdicción constitucional como la ordinaria) cobre una especial importancia. Marín Castán<sup>29</sup> considera que constitucionalización y judicialización del ordenamiento jurídico van de la mano y pueden considerarse señas de identidad de este paradigma. Esta judicialización supone una transferencia de poder que algunos sectores consideran una grave lesión del principio democrático. De hecho, se suele aplicar el término activista a aquellos jueces que van más allá de las pautas normativas que han desarrollado los representantes populares, en una doble vertiente, con las consiguientes críticas que ello conlleva, por un lado porque no son electos y por otro lado porque se están apropiando de la función que le corresponde al poder legislativo.

Continúa la autora haciendo notar que el carácter justiciable del contenido de la Constitución y especialmente de los Derechos Fundamentales constituye uno de los elementos básicos del Estado Constitucional. Y es en este marco novedoso donde los jueces constitucionales han debido aprender a realizar su función interpretativa (con técnicas propias de los principios constitucionales como la ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, etc). Los tribunales Constitucionales mediante la

---

scl.udd.cl/investigacion/files/2013/12/2013-Marco-para-discutir-Activismo-Judicial-con-JFG-RPJ-153.pdf Última consulta: 15/5/2016

<sup>29</sup> MARÍN CASTÁN, María Luisa. “Activismo judicial y paradigma Neo-constitucional: algunas reflexiones”, en *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, N°. 6, 2016 (Ejemplar dedicado a: La globalización: un análisis global (Coordinado por Aurelio de Prada), pp. 111-132. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5384748>. Última consulta: 16/5/2016.

jurisprudencia van introduciendo el sentido y la interpretación acordes con el texto constitucional sobre cómo deben entenderse las normas jurídicas que desarrolla el poder legislativo.

Pérez Luño<sup>30</sup> va un paso más allá y realiza un repaso por las diferentes teorías que enlazan el concepto de crear Derecho con la función judicial de juzgar. Desde teorías extremas en las que se enclava Holmes, que propugna que solo los jueces son fuente del Derecho hasta la tesis que sostiene que crear/juzgar tan solo supone la posibilidad de producir normas individuales (Kelsen). En medio de estas quedarían aquellas teorías que inciden en la cuestión del arbitrio judicial, la producción de normas, la integración normativa o la capacidad de completar el proceso normativo. En cualquier caso la mayoría de estas tesis o corrientes coinciden en que el proceso de creación de normas jurídicas exige la concurrencia de una pluralidad de actores.

El activismo judicial impulsa la creación judicial del Derecho, lo que ha dado lugar a opiniones controvertidas. A este respecto y sobre la cuestión del progresivo reconocimiento de la creación judicial del Derecho, Peces Barba<sup>31</sup> señala que se ha dado a través de tres cauces; la interpretación de las normas generales (especialmente en aquellas partes de la misma donde hay especial incertidumbre), la creación de las normas en el caso de lagunas jurídicas y la preservación de la unidad y de la coherencia del ordenamiento. Por todo esto continua el autor y concluye que todos los jueces crean Derecho al resolver una controversia sometida a su conocimiento de modo que una sentencia en este caso puede considerarse que desarrolla y prolonga el sistema normativo. Entre otros ejemplos, cita la extensión de la garantía judicial de los derechos fundamentales que se da en el ámbito del Derecho Público.

En esta línea, Ramos Pascua<sup>32</sup> toma como referencia a Hart, quien sostiene que en algunas cuestiones sometidas a conocimiento judicial no hay una norma clara aplicable,

---

<sup>30</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. “¿Qué significa juzgar?”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº32, 2009, pp. 151-176.

<sup>31</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “La creación judicial del derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico”, en *Poder Judicial*, nº6, marzo 1983, pp.17-26.

<sup>32</sup> RAMOS PASCUA, José Antonio “Balance crítico de la Filosofía Jurídica de H.L.A. Hart”, en *Revista semestral de filosofía práctica*, Nº. 22, 2009, pp. 131-144. Disponible en:

lo que implica que el juez debe ejercer la función restringida de creación de la ley; en definitiva, le reconoce la discrecionalidad. Considera Hart que en los llamados “casos difíciles” no existe una única respuesta jurídica correcta, de modo que el juez cuando ejerce la función que le es propia debe tener un margen de discrecionalidad para escoger la interpretación que considere más apropiada. En estos casos el juez no está aplicando estrictamente el derecho (las reglas no le indican la solución del caso) sino que se ve obligado a crear una norma para el supuesto concreto. Esta defensa de la discrecionalidad judicial ha sido fuertemente contestada por Dworkin. Su configuración del juez Hércules omnisciente, capaz de encontrar la “respuesta correcta” dentro del propio ordenamiento jurídico, recurriendo a la moral si es preciso, se opone a la teoría hartiana<sup>33</sup>.

Señala Fernando Torres<sup>34</sup>, en la línea de lo que acabamos de apuntar, que el Neo-constitucionalismo ha sido el fundamento de esta discrecionalidad judicial actual, al igual que, en su tiempo, fue el iusnaturalismo. Señala este autor que procedimientos judiciales como la ponderación son idóneos para resolver aquellas cuestiones en que entran en juego principios “[...] tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad [...]” pero que aplicados al caso concreto suponen para el poder judicial la posibilidad de determinar en qué medida cada uno de ellos debe ser respetado o lesionado.

## **2.1 CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL ACTIVISMO E IMPERATIVOS CATEGÓRICOS DE LAS DECISIONES JUDICIALES**

Marianello<sup>35</sup> relaciona las características del activismo judicial con los siguientes elementos:

1. El poder judicial como verdadero poder del Estado.

---

[https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL\\_TODO=hart+y+la+discrecionalidad+judicial](https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=hart+y+la+discrecionalidad+judicial) Última consulta: 16/5/2016.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 200; también, *Vid. ZAGREVELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1995.

<sup>34</sup> FERNANDO TORRES, Luis. “El Activismo Judicial en la Era Neo-constitucional”, en *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia*, nº 15, Enero 2013, pp. 65-80.

<sup>35</sup> MARIANELLO, Patricio Alejandro, cit., p. 15.

2. Respeto de la Constitución sobre todas las normas y fundamentaciones jurídicas de las partes.
3. Búsqueda primordial de la justa solución del caso.
4. Creatividad de las sentencias.
5. Protagonismo del tribunal.

Según Peyrano<sup>36</sup>, el activismo judicial es creativo, se preocupa ante todo de dar una solución justa a la cuestión planteada y propone una lectura amplia y renovada del texto constitucional.

Para Ramírez Roa<sup>37</sup> el activismo presenta unas características especiales y el juez activista tiene que tener “[...] seguridad, autonomía, libertad e independencia para enfrentar los casos de difícil situación de fallo y apartarse razonadamente de los paradigmas tradicionales y ordinarios de impartir justicia sin que eso lo lleve a desconocer la Constitución”. Para este autor, es necesario que las personas que realizan la función judicial tengan la voluntad y decisión para modificar la jurisprudencia si es necesario y realizar una interpretación que asegure en la mayor medida de lo posible el disfrute de los derechos fundamentales.

No debemos pasar por alto que aunque hablamos del activismo judicial como una cuestión con entidad propia dentro de la práctica judicial, las decisiones que dictan los jueces están dentro de sus funciones habituales. Posteriormente veremos que indicadores se consideran que nos pueden señalar que estamos ante una sentencia de corte activista. Vamos a empezar ahora por los imperativos categóricos que debería tener una correcta decisión judicial.

Rodríguez Serpa<sup>38</sup> identifica tres categorías indispensables que deben poder identificarse en una sentencia; la racionalidad, la interpretación y la argumentación.

---

<sup>36</sup> PEYRANO, Jorge W. “La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos valores de la escala axiológica del proceso civil”, en *Revista peruana de derecho procesal*, nº1, 1997, pp.. 215-227. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=12436> Última consulta: 16/5/2016

<sup>37</sup> RAMÍREZ ROA, Luis Arturo. “El Activismo Judicial y/o Constitucional, una nueva forma de hacer Justicia”. Disponible en: <http://www.primerainstancia.com.mx/articulos/el-activismo-judicial-yo-constitucional-una-nueva-forma-de-hacer-justicia/> Última consulta: 10/5/2016.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ SERPA, Ferney . “Tres imperativos categóricos para una correcta decisión judicial”, en *Revista Jurídica*, Vol. 6, Nº. 1, 2009, pp. 69-78. Disponible en:

Categorías íntimamente relacionadas entre sí por cuanto remarca el autor que “[...] no es posible argumentar correctamente una decisión judicial, sino se cuenta con suficientes presupuestos de racionalidad e interpretación”. Vamos a ver cada una de estos imperativos judiciales.

Considera el autor que la mejor forma de explicar cuál es la implicación de la racionalidad en una decisión judicial es hacerlo a través de oponerlo a su contraria, a una actuación judicial por tanto irracional, arbitraria e injusta. El uso de la racionalidad en la práctica judicial debe implicar dos sentidos al menos, por un lado, en un aspecto más procesal como coherencia del sistema en sí presente en todos los mecanismos procedimentales y, por otro lado, como instrumento de la ley. Cita Rodríguez Serpa a autores como Weber o Habermas en un intento de clarificar que debe entenderse por racionalidad en la práctica judicial y se cuestiona si la misma debe existir en función de lo que estime el juez que es adecuado y racional o bien hay métodos que permitan sin ninguna duda señalar el camino correcto. No parece una cuestión baladí y filósofos del derecho relevantes (Dworkin, Alexy, etc.) han trabajado esta cuestión en relación a los métodos de razonamiento judicial (como la ponderación, a la que ya nos hemos referido anteriormente).

En cuanto a la cuestión de la interpretación en las decisiones judiciales, Rodríguez Serpa considera que supone presentar la norma de la forma más favorable posible y que en la realidad jurídica actual incluso cuando las disposiciones normativas son claras, hay una parte de interpretación judicial, de modo que la discrecionalidad de los jueces (tema sobre el que profundizaremos más adelante) supone una forma de llenar vacíos jurídicos a través de diferentes métodos. No debe olvidar no obstante el juez cuando realiza su labor, que a la hora de determinar los límites de la interpretación debe valorar también la jurisprudencia existente sobre la controversia en concreto que esta dirimiendo.

Finaliza Rodríguez Serpa con la categoría de la argumentación, fundamental en la práctica del derecho en general y en las decisiones judiciales en concreto. Particularmente importante resulta esta cuestión en el actual Estado constitucional en cuanto que hay una especial exigencia de argumentación que deriva en buena medida

del margen interpretativo del que gozan los jueces. Rojas Amandi,<sup>39</sup> partiendo de la teoría de Alexy, desarrolla ampliamente el tema de la argumentación que puede concebirse como el “[...] lenguaje del derecho resultante de la aplicación actual de reglas y principios a la solución de conflictos prácticos que la sociedad se plantea en el ámbito del derecho”. El autor la concibe desde una triple perspectiva: racional, práctico-moral y jurídica y estructuralmente considera que una argumentación jurídica propiamente dicha debe fundamentarse sobre la base de los principios y las reglas para que asegure una decisión racionalmente fundamentada.<sup>40</sup>

## 2.2 TIPOS DE ACTIVISMO JUDICIAL

Marianello<sup>41</sup> considera que cuando una sentencia es propia de un ejercicio activista del tribunal envía “[...] señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendentes a generar un cambio en la legislación o en la jurisprudencia o en las costumbres”. Ahora bien, esos cambios que pueden llegar a derivarse de las decisiones judiciales pueden tener una base razonable o no, en cuanto que el activismo tiene una preocupación fundamental por ser “justo” dejando un poco de lado las implicaciones que para el sistema jurídico conllevan las interpretaciones normativas. Es por eso que el autor habla de un Activismo razonable o justo, un Activismo irrazonable o injusto y un Activismo social.

En el caso del Activismo justo, el autor considera que estaríamos enclavados dentro de este tipo cuando una sentencia amplía el número de derechos protegidos o señala al Parlamento la necesidad de realizar modificaciones legislativas en una determinada cuestión. En el segundo caso, el llamado Activismo injusto, implicaría por parte de la actividad judicial la convalidación de normas restrictivas de derechos fundamentales o bien la connivencia con los excesos del poder en general. En el caso del Activismo social, es necesario que la práctica judicial genere y propulse cambios sociales que se

---

30 ROJAS AMANDI, Víctor. “La Teoría de la Argumentación jurídica, la versión de Robert Alexy”, en *Revista Jurídica de Universidad de Santiago de Compostela*, vol 11 n°2 2002 pp. 137-183. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=670707> Última consulta: 18/5/2016

<sup>40</sup> Vid. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Ariel Derecho, Barcelona, 2006.

<sup>41</sup> MARIANELLO, Patricio Alejandro “El Activismo Judicial, una herramienta de protección institucional”, cit.



plasmen en derechos sociales que en muchas ocasiones desde el ámbito político no se desarrollan.

Es este último tipo de activismo en el que se enclava la preocupación por los derechos sociales en relación con la igualdad y desde donde se justifica habitualmente la práctica activista de los jueces en la interpretación de normas que promuevan el ejercicio real de los derechos reconocidos en la Constitución. Didier<sup>42</sup> sostiene que los derechos sociales fueron concebidos como una forma de corrección de los poderes públicos y constituyen una exigencia de igualdad. Diferencia la autora entre una igualdad de “iure” que se identifica con el principio de igualdad ante la ley<sup>43</sup> y una igualdad de hecho que impone al Estado atender las condiciones de los grupos sociales menos favorecidos de modo que puedan realizar un ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales. Ante la llamada “exigencia de justiciabilidad” Didier, repasa argumentos en contra del activismo judicial esgrimiendo razones a favor.

Un primer argumento que apunta la autora es en relación al desarrollo de los derechos sociales y la exclusiva competencia que tiene el gobierno y el parlamento en la elaboración de normas presupuestos. Señala Didier que esta libertad de los poderes legislativo y ejecutivo en absoluto es completa, sino que debe estar ligada siempre a un control de constitucionalidad de modo que por ejemplo, en el reparto de recursos económicos no pueda más que tenerse en cuenta los derechos mínimos de todos los sectores de la sociedad por parte de los órganos de gobierno.

Un segundo argumento es el de la exigencia por parte de los jueces de respetar el régimen democrático y la voluntad popular (reflejada en las políticas sociales que

---

<sup>42</sup> DIDIER, Marta María. “La exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos: un imperativo del principio de igualdad”, en *Persona y Derecho*, VOL. 66 , Universidad de Navarra, Eunsa, 2012, pp. 81-107.

Disponible en: <http://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/viewFile/3117/2900> Última consulta: 12/5/2016.

<sup>43</sup> Igualdad ante la ley que se proyecta en diversas facetas: a) igualdad en la norma jurídica general, obligando al creador de la norma a no efectuar distinciones arbitrarias o irrazonables; b) igualdad frente a la norma jurídica, vinculando de este modo al órgano encargado de aplicarla y c) igualdad de derechos, significando que todos los hombres son titulares por igual de determinados derechos, calificados como derechos humanos. Esta última faceta implica que quien conceda a algunos seres humanos y deniegue a otros el goce de uno o más derechos humanos, incurrirá en un supuesto de discriminación por impartir un trato desigual irrazonable.

adopta el Parlamento). Contesta la autora que el activismo judicial en el área de derechos sociales es especialmente relevante en cuanto hay una conexión muy estrecha entre el efectivo goce de los derechos y la participación en la vida democrática.

En cuanto al argumento relativo a la falta de conocimientos técnicos y de una visión global del poder judicial (en relación a establecer decisiones que pueden tener un efecto imitativo), Didier matiza que no es una decisión técnica lo que se está pidiendo al juez, sino “juzgar la razonabilidad de la actuación del Estado” en relación con el derecho puesto en cuestión y matizar en aquellos casos en que alguno de estos ha sido puesto en entredicho.

Finalmente, la autora subraya las críticas al activismo judicial en relación al coste económico que supone aplicar los derechos sociales, por lo que la decisión en cuanto al desarrollo de los mismos debe ser competencia del legislador.

### **2.3. MODELOS EN EL ACTIVISMO JUDICIAL**

Conviene retomar el tema tratado anteriormente de la argumentación para poder entender adecuadamente el alcance de los modelos que vamos a revisar. De hecho Alexy<sup>44</sup> considera que la cuestión de los modelos necesitaría de una teoría de la argumentación jurídica que resuelva el problema de la interpretación correcta (o al menos se aproxime). En este sentido Rojas Amandi<sup>45</sup>, siguiendo el trabajo de Alexy, señala que hay dos aspectos de la justificación jurídica en relación con la argumentación que son especialmente relevantes.

El primero de estos sería el tema de la justificación interna, en tanto se trata de determinar si un juicio se puede derivar de las premisas que se hacen valer. Para ello se plantean reglas como el tratamiento de todas las personas de modo igualitario ante un mismo hecho o las normas universales. El segundo aspecto, la justificación externa, la relaciona con reglas de derecho positivo y afirmaciones empíricas.

---

<sup>44</sup>ALEXY, Robert. “Teoría del Discurso y Derechos Humanos”, Serie de Teoría Jurídica y Filosófica del Derecho. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3088/5.pdf> Última consulta: 18/5/2016

<sup>45</sup> ROJAS AMANDI, Victor. Cit., p. 30.

Otra de las cuestiones que se plantea es el modelo que debe seguir un ordenamiento jurídico. La opción primera habla de un ordenamiento basado exclusivamente en reglas, de modo que estas deben cumplirse con gran precisión garantizando así la plena seguridad jurídica. La otra opción consiste en un sistema conjugando reglas con principios. Un ordenamiento que solo contemplara en sus normas jurídicas principios adolecería de una gran inseguridad jurídica debido a su imprecisión. La conjunción de estos dos elementos no obstante no parece ser suficiente ya que Rojas Amandi plantea si solo integrando principios es posible llegar a formas racionales en la fundamentación y decisión jurídica.

Por su parte, Alexy propone los modelos del discurso de la interpretación jurídica de los que destaca cuatro. El primero, el modelo deductivo señala que las decisiones en las cuestiones sometidas a conocimiento judicial se infieren lógicamente de las normas vigentes y de los presupuestos del derecho. Considera el autor que la crítica a este modelo está basada en la colisión de normas, el hecho de que en algunas ocasiones no hay normas que puedan adaptarse al supuesto en concreto y la vaguedad (en muchos casos) del propio lenguaje jurídico. El segundo es el modelo decisorio, que nos presenta como una quiebra al modelo deductivo. Hay varias concepciones asociadas a este modelo, desde las más realistas a las más analíticas que tienen en común que la decisión judicial debe basarse fundamentalmente en reglas extrajurídicas. Por tanto se trata de un acto de voluntad del juez que decide con libertad y autonomía acerca de la controversia. Este modelo contradice el hecho de que incluso en aquellos casos especialmente complicados, los jueces intentan dar una fundamentación jurídica racional. El tercero es el modelo hermenéutico en el que son fundamentales la interpretación y la comprensión. Alexy destaca que hay que tener en cuenta tres círculos hermenéuticos. Un primer círculo basado en la relación entre la pre-comprensión y el texto donde la interpretación de la norma debe apoyarse en el texto de la misma con ayuda de las reglas de la metodología jurídica. Un segundo círculo estaría representado por la relación entre el todo y la parte, de modo que la comprensión de una norma supone la comprensión del sistema en que esta inmersa y a su vez la comprensión de un sistema de normas no es posible sin entender las normas concretas. El problema señala el autor consiste en establecer unidad y coherencia. El último círculo afecta a la relación de norma y hechos y a las dificultades de la misma en cuanto las primeras están en el plano de lo universal

y abstracto y sin embargo los hechos pertenecen al plano de lo individual y concreto. Señala Alexy que si bien este modelo “[...] ofrece importantes juicios acerca de la estructura de la argumentación jurídica[...]” no es suficiente para el problema de establecer una interpretación correcta. Finalmente, el autor propone un cuarto y último modelo que sería el de coherencia con la idea de la unidad sistemática de modo que la coherencia es un elemento fundamental de la racionalidad. Este modelo sustenta que todas las premisas se encuentran en el propio ordenamiento jurídico ( a la vista o ocultas en un primer momento) pero la propia idea de sistema jurídico implica que siempre va a estar incompleto, por lo que se necesita de los jueces y la argumentación jurídica para poder resolver adecuadamente las decisiones jurídicas.

#### 2.4. PROPUESTA DE INDICADORES

Couso<sup>46</sup> considera no es fácil medir el grado de activismo constitucional que se produce en un Estado. Cuestiones como la producción legislativa del Ejecutivo y Legislativo, la actitud del propio sistema jurídico (que en ocasiones tiende más visiblemente al activismo y en otros momentos lo reduce) y la propia actitud del observador (que es imprescindible que adopte un punto de vista interno del ordenamiento jurídico de que se trate) añaden dificultad a esta tarea. No obstante lo dicho, es posible determinar en gran medida cuándo un sistema judicial está actuando con un corte activista o no.

Feoli Villalobos<sup>47</sup> realiza un repaso sobre indicadores que permiten determinar cuándo nos encontramos frente a una sentencia en la que los jueces han tomado una actitud de activismo. Y así cita a autores como Epp<sup>48</sup> (que entiende que hay activismo judicial

---

<sup>46</sup> COUSO, Javier. “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, *Revista de Ciencia Política*, volumen XXIV nº 2 2004 pp. 29-48. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-090X2004000200002](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2004000200002) Última consulta: 15/5/2016.

<sup>47</sup> FEOLI VILLALOBOS, Marco. “El Nuevo Protagonismo de los Jueces: una propuesta para el análisis del Activismo Judicial”. *RDUCN* [online]. 2015, vol.22, n.2 [citado 2016-05-10], pp. 173-198. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071897532015000200006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071897532015000200006&lng=es&nrm=iso). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200006>. Última consulta: 10/5/2015.

<sup>48</sup> EPP, Charles. *The rights revolution; lawyers, activists and Supreme Courte un Comparative Perspective*, Chicago: University of Chicago Press, 1998, p. 2

cuando las cortes generan una revolución de derechos) o Cannon<sup>49</sup>. Precisamente es este último quien sugiere seis dimensiones para medir el activismo judicial (carácter mayoritario, estabilidad interpretativa, fidelidad interpretativa, distinción entre decisiones sobre una política pública y sobre el procedimiento democrático, especificidad de la política y existencia de otros órganos competentes para decidir). La propia autora en base a los autores mencionados y su propio criterio establece sus propios indicadores.

Un primer indicador sería la contestación de los actos de los otros poderes en relación a la cuestión de que la postura judicial prevalece en ese caso sobre los otros poderes. El ejemplo típico que propone la autora para entenderlo sería la anulación de parte o toda la norma jurídica.

El segundo indicador es el reconocimiento o expansión de derechos de modo que los jueces en sus decisiones establecen significados más allá de los que se encuentran en la literalidad de la norma.

Un tercer indicador sería el uso de sentencias interpretativas. Si bien en un primer momento se alude a la estabilidad y fidelidad interpretativa, es mejor en atención a la generalidad de los valores y principios establecidos por la Constitución, hablar de la utilización de sentencias interpretativas o moduladoras como dimensión del activismo judicial. Este tipo de sentencias se caracterizan porque el magistrado al ejercer el control de constitucionalidad, matiza los efectos que la norma en cuestión conlleva. En estos casos, el juez, mediante la interpretación, realiza ajustes que permiten conservar la disposición normativa pero entendida en un determinado sentido.

Un cuarto indicador es el de la definición de políticas públicas (entendidas como el “[...] conjunto de acciones o programas que el Estado procura ejecutar para lograr ciertos objetivos y cubrir ciertas necesidades en distintos ámbitos como salud, educación, cultura, seguridad, relaciones internacionales, etc”) por parte del sistema jurídico. Ocurre así cuando un tribunal mediante una sentencia insta a los otros poderes

---

<sup>49</sup> CANON, Bradley. “Defining the dimensions of judicial activism”. En: *Judicature* Vol. 66, nº 6, 1983, p. 247

a valorar, desarrollar e implementar acciones o programas. El poder judicial es, por tanto, otro de los agentes que pueden marcar la agenda pública política.

Un quinto y último indicador es el de las decisiones *ultra petita*. Esta cuestión se encuentra en relación con el ideal de hacer justicia. Por tanto el juez no solo resuelve aquello que se le ha planteado, sino que da un paso más allá y en atención a ese ideal de justicia sobrepasa los términos que le han sido sometidos a su conocimiento.

## 2.5 ACTIVISMO JUDICIAL Y GARANTISMO PROCESAL

En relación al proceso judicial nos encontramos de nuevo con la cuestión del activismo judicial y con una concepción que parte de una posición encontrada en cuanto al objeto/fin del mismo; el garantismo procesal. Vamos a analizar en este punto muy brevemente algunas notas que nos permiten ver las dos posiciones.

Godoy<sup>50</sup> considera que la posición garantista en cuanto al proceso judicial prioriza el método sobre la meta, es decir la posición del juez debe ser imparcial y limitarse a conectar a las partes garantizando que no se vulnere su derecho de defensa. Sin embargo la posición activista priorizaría la meta sobre el método de modo que el proceso se convertiría en un instrumento del juez para llegar a la verdad objetiva material. Como vemos, se trata de dos posiciones totalmente dispares que conciben el rol del juez de modo muy diferente. De este modo los defensores del garantismo procesal entienden que la razón y el principio de legalidad junto con la seguridad jurídica son premisas fundamentales en el proceso. Sin embargo, aquellos que defienden el activismo judicial ensalzan la resolución justa de la controversia. Señala este autor que el cambio a un paradigma Neo-constitucional ha calado hondo en el sistema judicial y sobre todo en el campo de la interpretación, fundamentación y argumentación de las decisiones judiciales de modo que el juez ha adquirido un protagonismo significativo como conductor activo del proceso en este nuevo modelo donde todo ordenamiento jurídico es concebido como desarrollo positivo de los derechos fundamentales.

---

<sup>50</sup> GODOY, Mario Rodolfo. “Garantismo y Activismo Judicial. Posiciones encontradas”. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs.antes.patch/index.php/ctp/article/viewFile/1147/1147> Última consulta: 20/5/2016.

Ramos<sup>51</sup> es muy crítico con la postura del activismo judicial. Considera que al juez únicamente le corresponde interpretar y aplicar la ley creada por el legislador y no usurpar las funciones que corresponden al legislador. El juez no debe escapar de los confines establecidos por el debido proceso.

## **2.6. ¿PODEMOS HABLAR DE EXCESOS DEL ACTIVISMO JUDICIAL? LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL.**

Parece poco discutible la cuestión de que el Derecho positivo no puede por sí solo ofrecer respuestas a todas las controversias que se plantean ante el sistema judicial. Por tanto, no queda otra opción que valorar la discrecionalidad judicial e intentar establecer si la misma deriva inevitablemente en arbitrariedad o es posible conjugarla con un ejercicio racional y justo de la potestad judicial.

El asunto es: ¿cuándo la discrecionalidad judicial sobrepasa la frontera de lo razonable para convertirse en un proceder arbitrario? ¿cuándo podemos sostener que estamos en presencia de una solución irrazonable?

Etcheverry<sup>52</sup> se plantea cuáles son las causas de la discrecionalidad judicial y determina que son al menos tres las cuestiones por las que es inevitable ese margen de decisión en la práctica judicial. Mientras sigan existiendo lagunas y antinomias en el Derecho así como un lenguaje en muchas ocasiones ambiguo, es imposible no recurrir al recurso de la discrecionalidad para poder resolver los conflictos. Etcheverry va un paso más allá y afirma que la discrecionalidad que tienen los jueces en la actualidad para decidir no es únicamente consecuencia de la indeterminación jurídica, sino que también ha sido

---

<sup>51</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. “Poderes del Juez: Activismo (=Autoritarismo) o Garantismo (=Libertad) en el Proyecto de nuevo CPC de Brasil”, en *Revista Panameña de Política* nº14, 2012. Disponible en: <http://cidempanama.org/wp-content/uploads/2013/05/Poderes-del-JuezRPP-14-8.pdf> Última consulta: 18/5/2016.

<sup>52</sup> ETCHEVERRY, Juan B. “Discrecionalidad Judicial”, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3796> Última consulta: 18/5/2016; también, sobre la discrecionalidad judicial, *vid.* IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “Discrecionalidad y motivación (algunos aspectos teórico-generales)” en *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria nº 64, 2002, pp. 113-144.

promovida tanto por los constituyentes como por los legisladores actuales que lo han considerado de algún modo deseable. Este argumento que esgrime el autor se basa en dos cuestiones principalmente.

Por un lado, se han institucionalizado principios y estándares como modo de resolver los defectos lógicos de los ordenamientos jurídicos. De modo que se reconoce que algunas controversias no tienen una respuesta determinada en el ordenamiento y se prefiere dar un margen de discrecionalidad al juez antes que aplicar una norma que no encaje correctamente en el supuesto de hecho. La realidad es que intentar regular todas las situaciones de la vida social es tarea imposible porque no es posible prever de antemano todas las cuestiones que pueden darse. Argumenta el autor que si bien la precisión tiene indudables ventajas, en algunos supuestos puntuales es necesario mitigar la aplicación de las normas y debe ser el juez el que valorando el caso concreto decida una aplicación más o menos estricta.

Por otro lado, los ordenamientos jurídicos han incorporado de modo progresivo principios y estándares para la protección de los derechos fundamentales, incluyéndolos en los textos constitucionales y estableciendo a la vez sistemas de control constitucional. Estos principios funcionan como criterios de validez jurídica y deben ser interpretados ya que suelen estar formulados de modo general y abstracto y no tienen una consecuencia jurídica determinada. Además, señala el autor, suelen tener una “[...] dimensión de peso e importancia que hace que su aplicación no sea de todo o nada sino que admite diferentes grados de cumplimiento”.<sup>53</sup>

Plantea el autor que, por tanto, podemos entender la discrecionalidad en dos sentidos diferentes. El primero es la discrecionalidad judicial como elección entre diferentes posibilidades que debe conjugarse con el deber de resolver que tienen los jueces impuesto. Entiende Etcheverry que esta elección no implica ausencia de razones jurídicas ni tiene porque ser considerada irracional o arbitraria. Así, el Tribunal Constitucional<sup>54</sup> afirma que el artículo 24.1 de la Constitución Española<sup>55</sup> comprende el

---

<sup>53</sup> Es decir, los principios no funcionan con la estructura de las reglas (todo-nada) sino a través de la ponderación o de la aplicación flexible (dúctil).

<sup>54</sup> STC 215/2006, de 3 de julio, FJ 3º.



derecho “a obtener de los Jueces y Tribunales una respuesta fundada en Derecho, esto es, motivada y razonable y no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente.”<sup>56</sup> El segundo sentido que da el autor es el de un poder delegado dirigido de modo que la discrecionalidad podría entenderse como una potestad delegada.

A pesar de esta explicación, reconocemos la gran dificultad que existe para poder determinar en qué momento la discrecionalidad puede acabar desembocando en irracionalidad y arbitrariedad y su difícil conciliación con el imprescindible grado de certeza jurídica que debe presidir el sistema.<sup>57</sup> Vamos a intentar establecer ciertas conclusiones que nos permitan atisbar al menos una respuesta.

---

<sup>55</sup> Art 24.1 CE “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

<sup>56</sup> Cuono sostiene que el término razonabilidad se puede definir mediante opuestos y así plantea el concepto de la irrazonabilidad como insensata, inicua, discriminatoria, inmoral e inflexible. (CUONO, Máximo “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del Neoconstitucionalismo”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* N° 3, septiembre 2012 – febrero 2013, pp. 44-60. Disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2092/1026> Última consulta: 20/5/2016).

<sup>57</sup> *Vid.* IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n°40, Universidad de Granada, 2006, pp. 59-78.

## CONCLUSIONES

PRIMERA- El constitucionalismo ha dado lugar a una variada y rica confrontación de teorías y no sólo desde la perspectiva del Derecho Constitucional sino también para la Filosofía política, la Teoría del Derecho y otras ramas jurídicas y políticas. La primacía del texto constitucional y de los órganos encargados de su defensa (Poder Judicial y, concretamente, el Tribunal Constitucional) ha desembocado en diversas dificultades, tales como la relación-tensión entre constitucionalismo y democracia (¿qué debe primar, el texto constitucional o la democracia y, por tanto, la voluntad del pueblo?), en la denominada objeción contramayoritaria y el activismo judicial, entre otros muchos temas.

No se trata sólo de la petrificación del ordenamiento en torno a la Constitución, sino de algo que en el fondo se considera más alarmante: la derrota del Estado legislativo (democrático) a manos del Estado jurisdiccional (elitista o aristocrático); la Constitución marco que permitía el juego de las mayorías en sede legislativa vendría a ser suplantada por una Constitución dirigente donde, por su alto grado de indeterminación, terminan siendo los jueces quienes tienen la última palabra en todos los asuntos. Pero es que la Constitución carece del carácter cerrado y concluyente que suelen tener las leyes. Por ejemplo, igual que estimula medidas de igualdad sustancial, garantiza también la igualdad jurídica o formal.

Alexander Bickel<sup>58</sup> se refirió a la *dificultad contramayoritaria*, que se sustenta — básicamente— en el siguiente enunciado: “Cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una ley o una acción de un Ejecutivo tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría, sino en su contra”. Esta postura llega al extremo de calificar la revisión judicial como una *anomalía del régimen democrático*. De modo que lo que se encuentra en jaque es, ni más ni menos, la legitimidad de la que goza o no, el órgano judicial para ejercer el control de los actos y de las normas emanadas de los órganos

---

<sup>58</sup> BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merril Educational Publishing, Indianapolis, 1978.

legislativo y ejecutivo. El problema no se limita a los supuestos en que aquél ejerce un control concentrado, sino que abarca también a aquellos en los que lo ejerce de modo difuso, debido a que tal afirmación desconoce en absoluto la posibilidad de que este cuerpo controle los actos o decisiones de los otros órganos.

Especialmente en el ámbito latinoamericano, los jueces como garantes de las decisiones tomadas en el momento constitucional han sido vistos con recelo porque en el fondo, eso podría terminar en un “gobierno de la judicatura”. Es el temor a que se produzca una mutación del paradigma de la toma de decisiones, “pasándose de uno ‘democrático’ a otro ‘elitista’, el cual se corporiza en una minoría (los jueces) que toman decisiones que solamente corresponderían al pueblo y a sus representantes elegidos por sufragio”.<sup>59</sup>

SEGUNDA- Otra cuestión polémica es la definición y contornos de la discrecionalidad judicial, ya que no hay “una única respuesta correcta”. La discrecionalidad en la función judicial no puede ni debe ser considerada una productora de reglas comparable con las potestades legislativas. Los jueces, al motivar sus sentencias, deben tener cierto margen de discrecionalidad en la aplicación de la norma general al caso concreto, pero esta motivación debe estar argumentada y fundada en las normas jurídicas del sistema de fuentes que se hagan indispensables para resolver la controversia concreta. No podemos obviar en este sentido que cuando los jueces deciden discrecionalmente sus decisiones se encuentran limitados por el caso en particular que dirimen y por los principios, reglas jurídicas de interpretación, criterios de prelación entre normas, etc. Una cierta dosis de discrecionalidad es necesaria en el poder judicial, lo cual no implica arbitrariedad. La argumentación y motivación de las sentencias proporcionará el grado de transparencia necesaria para evitar sospechas de activismo judicial.

Es necesario que el ordenamiento jurídico y su reflejo en el sistema judicial aporten seguridad jurídica pero es innegable también que el margen de actuación que se concede a los jueces incide en cuestiones de gran calado social y aplaudidas por la sociedad como en los últimos años ha ocurrido con cuestiones como la cláusula suelo en las

---

<sup>59</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, F., “Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad. (Refutaciones al carácter contramayoritario del Poder Judicial)”, en *Revista Dikaion. Lo justo*. Año 17, n°42, Universidad de La Sabana, Colombia, 2003. Disponible en: <[dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1252](http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1252)>.

hipotecas y las preferentes en el sistema bancario. Es en casos como estos donde la labor judicial de corte activista ha adelantado al legislador poniendo en la agenda política temas que de otro modo habrían quedado en el olvido y además ha supuesto un empuje para legislar acerca de estas cuestiones. No podemos olvidar que el fin último del ordenamiento jurídico implica la regulación de la vida social, y debemos tener en cuenta que la sociedad cambia con facilidad y no hay más opción que adecuar las normas a esos cambios.

TERCERA- El Neo-constitucionalismo no es una corriente homogénea. Es más, lo correcto sería referirse a Neo-constitucionalismo(s) en plural ya que esta corriente acaba acogiendo dimensiones variadas. El Neo-constitucionalismo viene a aunar elementos de las dos tradiciones constitucionales clásicas: fuerte contenido normativo y garantía constitucional. El nuevo Estado constitucional de Derecho reclama una nueva teoría del Derecho que se aleje de los esquemas del positivismo teórico. Posiblemente, el principialismo sea una de las características más determinantes del Neo-constitucionalismo: a partir de la distinción entre principios y reglas, el argumento de los principios, junto con otros dos argumentos (el de la corrección y el de la injusticia) consolidan una fundamentación de corte constitucionalista que acepta la tesis de la conexión del derecho y de la moral. Y este principialismo corre el peligro de convertirse en un pan-principialismo confiado al Poder Judicial, acentuando peligrosamente la discrecionalidad judicial que lo caracteriza para derivar hacia una arbitrariedad judicial.

Por ello, la Teoría Neo-constitucionalista corre el peligro de que, llevada hasta el extremo, se convierta en un instrumento del activismo judicial. No debe utilizarse el Neo-constitucionalismo como pretexto para impulsar corrientes tales como el uso alternativo del derecho o populismos judiciales exacerbados que, por el contrario, deben ser desterrados ya que acaban minando el Estado constitucional de Derecho. Principios, interpretación, búsqueda de la respuesta correcta, el fin de la justicia, todos son elementos imprescindibles en un Neo-constitucionalismo democrático y garantista, pero exigiéndole que sea siempre respetuoso con el binomio discrecionalidad-seguridad jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Ariel Derecho, Barcelona, 2006.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo”. En: Rodilla González, Miguel Ángel; Ramos Pascua, José Antonio (Coordinadores). *El positivismo jurídico a examen*. Estudios en Homenaje a J. Delgado Pinto. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 2006, pp. 781-802.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. “El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad” en *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná*. Curitiba- Brasil, Vol. 59, nº1, 2014, pp.145-178. Disponible en: <[ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito](http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito)>. Última consulta 12/5/2016.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La Jurisdicción constitucional en las democracias constitucionales: su discutida configuración como poder contramayoritario y cómo órgano con auténtico poder normativo” en Alfonso DE JULIOS CAMPUZANO (Editor) *Desafíos actuales del Estado Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016) (En prensa).
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merril Educational Publishing, Indianapolis, 1978.
- CANON, Bradley. “Defining the dimensions of judicial activism, en *Judicature* Vol. 66, nº 6, 1983, p. 247
- DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 200; también, .*Vid. ZAGREVELSKY, Gustavo . El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1995.
- EPP, Charles (1998) *The rights revolution; lawyers, activists and Supreme Courte un Comparative Perspective*, Chicago: University of Chicago Press, p. 2
- FERNANDO TORRES, Luis. “El Activismo Judicial en la Era Neo-constitucional”, *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia*, nº 15, Enero 2013, pp. 65-80.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo”. Ver en: Feoli Villalobos, Marco “Activismo Judicial y Justicia Constitucional: Los casos de Colombia y Costa Rica” Tesis Doctoral. Universidad Salamanca, 2012.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “La motivación de las Sentencias” en *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria, nº 31, 1991, pp. 143-160.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “Discrecionalidad y motivación (algunos aspectos teórico-generales)” en *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria nº 64, 2002, pp. 113-144.

-IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. "El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo" en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº40, 2006, pp. 59-78.

-IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009.

-KELSEN, Hans "La Doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico", *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho* año 6, nº. 12, 2008, pp. 183-198).

-MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, 1748.

-PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. "La creación judicial del derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico", *Poder Judicial*, nº6, marzo 1983, pp.17-26.

-PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique "¿Qué significa juzgar?", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº32, Alicante, 2009, pp 151-176.

-PRIETO SANCHÍS, L., "Neconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de ACFS. Granada, nº44, 2010, pp.462-463.

-PRIETO SANCHÍS, Luis "Neo-constitucionalismo y Ponderación Judicial", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 5, 2001 (Ejemplar dedicado a: Derecho y proceso), pp. 201-228.

## **DOCUMENTOS CONSULTADOS EN PÁGINAS WEB:**

-ALEXY, Robert. "Teoría del Discurso y Derechos Humanos", Serie de Teoría Jurídica y Filosófica del Derecho.

Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3088/5.pdf>

Última consulta: 18/5/2016

-ALEXY, Robert. "Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad" Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf> Última consulta: 12/5/2016

-ALFONSO, Santiago "Neo-constitucionalismo" <http://docplayer.es/14794761-Neoconstitucionalismo-sesion-privada-del-instituto-de-politica-constitucional-del-3-de-abril-de-2008.html> Última consulta: 5/5/2016.

-ÁLVAREZ ÁLVAREZ, F., "Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad. (Refutaciones al carácter contramayoritario del Poder Judicial)", en *Revista Dikaion. Lo justo*. Año 17, nº42, Universidad de La Sabana, Colombia, 2003. Disponible en: [dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1255](http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1255)

-BARBERIS, Mauricio. "Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*.

Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr20.pdf> Última consulta: 11/5/2016

-BARROSO, Luis Roberto. “El Neo-constitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho”  
[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_es.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_es.pdf) Última consulta: 5/5/2016

-COMANDUCCI, Paolo. “Conexiones entre Derecho y Moral” Universidad de Génova.  
<http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3698/DyL-2003-VIII-12-Comanducci.pdf?sequence=1>  
Última consulta: 7/5/2016

-COMANDUCCI, Paolo “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 16, abril 2002 Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>  
Última consulta: 11/5/2016

-COUSO, Javier “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, *Revista de Ciencia Política*, volumen XXIV nº 2 2004 pp. 29-48. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-090X2004000200002](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2004000200002) Última consulta: 15/5/2016.

-CUONO, Máximo “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del Neoconstitucionalismo”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* nº 3, septiembre 2012 – febrero 2013, pp. 44-60. Disponible en: [http://e-  
revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2092/1026](http://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2092/1026) Última consulta: 20/5/2016).

-DIDIER, Marta María. “La exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos: un imperativo del principio de igualdad”, en *Persona y Derecho*, VOL. 66 , Universidad de Navarra, Eunsa, 2012, pp. 81-107.  
Disponible en: <http://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/viewFile/3117/2900> Última consulta: 12/5/2016.

-ETCHEVERRY, Juan B. “Discrecionalidad Judicial”, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.  
Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3796> Última consulta: 18/5/2016

-FEOLI VILLALOBOS, Marco “El Nuevo Protagonismo de los Jueces: una propuesta para el análisis del Activismo Judicial”. *RDUCN* [online]. 2015, vol.22, n.2 [citado 2016-05-10], pp. 173-198. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071897532015000200006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071897532015000200006&lng=es&nrm=iso). ISSN 0718-9753. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200006>. Última consulta: 10/5/2015.

-FEOLI VILLALOBOS, Marco “Activismo Judicial y Justicia Constitucional: Los casos de Colombia y Costa Rica”. Tesis Doctoral. Universidad Salamanca, 2012. Disponible en: <http://www.tesisenred.net/handle/10803/110853>. Última consulta: 20/5/2016.

-FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* n°. 34, Alicante, 2011 Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucionalismo-principialista-y-constitucionalismo-garantista/> Última consulta: 10/5/2016.

-GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio. Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?, Ediciones Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile, 2013. Disponible en: [erecho-scl.udd.cl/investigacion/files/2013/12/2013-Marco-para-discutir-Activismo-Judicial-con-JFG-RPJ-153.pdf](http://derecho-scl.udd.cl/investigacion/files/2013/12/2013-Marco-para-discutir-Activismo-Judicial-con-JFG-RPJ-153.pdf) Última consulta: 15/5/2016

-GODOY, Mario Rodolfo “Garantismo y Activismo Judicial. Posiciones encontradas”. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs.antes.patch/index.php/ctp/article/viewFile/1147/1147> Última consulta: 20/5/2016.

-GUASTINI, Ricardo. “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano” [http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca\\_virtual/doctrina/77.pdf](http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca_virtual/doctrina/77.pdf) . Última consulta: 8/5/2016.

-LUIS VIGO, Rodolfo. “Iusnaturalismo o Neo-constitucionalismo, coincidencias y diferencias” Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx> Última consulta: 5/5/2016).

-MARIANELLO, Patricio Alejandro “El Activismo Judicial, una herramienta de protección institucional”. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf> . Última consulta: 7/5/2016.

-MARÍN CASTÁN, María Luisa “Activismo judicial y paradigma Neo-constitucional: algunas reflexiones”, en *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, n°. 6, 2016 (Ejemplar dedicado a: La globalización: un análisis global (Coordinado por Aurelio de Prada), pp. 111-132. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5384748>. Última consulta: 16/5/2016.

-NINO, Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional”. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/12186.pdf> . Última consulta 12/5/2016).

-PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional", Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20327.pdf> . Última consulta: 12/5/2016.



-PEYRANO, Jorge W “La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos valores de la escala axiológica del proceso civil”, *Revista peruana de derecho procesal*, n°1, 1997, pp.. 215-227. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=12436> Última consulta: 16/5/2016

-RAMÍREZ ROA, Luis Arturo “El Activismo Judicial y/o Constitucional, una nueva forma de hacer Justicia”. Disponible en:

<http://www.primerainstancia.com.mx/articulos/el-activismo-judicial-yo-constitucional-una-nueva-forma-de-hacer-justicia/> Última consulta: 10/5/2016.

-RAMOS, Glauco Gumerato “Poderes del Juez: Activismo (=Autoritarismo) o Garantismo (=Libertad) en el Proyecto de nuevo CPC de Brasil”, *Revista Panameña de Política* n°14, 2012. Disponible en:

<http://cidempanama.org/wp-content/uploads/2013/05/Poderes-del-JuezRPP-14-8.pdf> Última consulta: 18/5/2016.

-RAMOS PASCUA, José Antonio “Balance crítico de la Filosofía Jurídica de H.L.A. Hart”, *Revista semestral de filosofía práctica*, N°. 22, 2009, pp. 131-144. Disponible en:

[https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?quersDismax.DOCUMENTAL\\_TODO=hart+y+la+discrecionalidad+judicial](https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?quersDismax.DOCUMENTAL_TODO=hart+y+la+discrecionalidad+judicial) Última consulta: 16/5/2016.

-RODRÍGUEZ SERPA, Ferney. “Tres imperativos categóricos para una correcta decisión judicial”, *Revista Jurídica*, Vol. 6, N°. 1, 2009, pp. 69-78.

Disponible en:

[https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?quersDismax.DOCUMENTAL\\_TODO=tres+imperativos+categoricos+para+una+correcta+decision+judicial](https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?quersDismax.DOCUMENTAL_TODO=tres+imperativos+categoricos+para+una+correcta+decision+judicial) Última consulta: 18/5/2016.

-ROJAS AMANDI, Víctor “La Teoría de la Argumentación jurídica, la versión de Robert Alexy”, *Revista Jurídica de Universidad de Santiago de Compostela*, vol 11 n°2 2002 pp. 137-183. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=670707> Última consulta: 18/5/2016

-SANTIAGO, Alfonso “Neoconstitucionalismo”. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. Disponible en:

<http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>

Última consulta: 12/5/2016.

