CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

IPSO JURE

AÑO 10 N° 40 FEBRERO 2018

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

PRESENTACIÓN

Aldo Zapata López
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA
IPSO JURE

- Dr. Aldo Zapata López, **Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.**
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores **Jueces Superiores.**
- Dra. Blanca Cervera Dávila, en representación de los señores **Jueces Especializados**
- Dres. Willy López Fernández, Hellen Guevara Jiménez, Carla Paredes Ciccia, Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores J**ueces de Paz Letrados**
- Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Kelly Mego Alarcón

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL
2014-07044

INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR 5

ACCIONES AFIRMATIVAS: ORIGEN, NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA
EDWIN FIGUEROA GUTARRA 6

SOBRE LA DIGNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978
MANUEL ATIENZA 15

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO
INÁCIO LUIZ MARTINS BAHIA 27

PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Iniciamos un nuevo año y nuestra revista IPSO JURE comienza a trabajar muy en serio la próxima indexación de nuestras ediciones, propósito que ciertamente exige una serie de pautas para poder garantizar la autenticidad académica de sus contribuciones.

El camino a seguir, sin embargo, no ha de ser tan sencillo, dado que ya no exige la indexación solo el aporte de un buen artículo, sino será necesario aportar un breve resumen, tanto en español como inglés, u idioma de origen e inglés, e indicar las palabras clave del artículo también en dos idiomas. Deben darse cambios, de igual manera, en la composición del Consejo Consultivo a efectos de que haya también participación externa, y no se trate de integrantes solo del Poder Judicial, entidad que auspicia nuestra revista. Igualmente, se extiende la previsión de indexación a las inclusiones necesarias de autor y nombre del artículo, en el propio cuerpo de la revista.

A propósito de lo enunciado, cuanto se busca poner de relieve a través de la indexación, es precisamente garantizar el nivel académico de las contribuciones, y el propósito, a juicio nuestro, es bueno. En efecto, bajo estos lineamientos subyace la idea material de hacer buenas investigaciones y ello es una premisa exigible que no se puede soslayar.

Lo antes afirmado nos lleva a señalar la importancia que implican las buenas investigaciones, pues éste es un ámbito que parte del mismo formato de educación que desarrollamos, tanto a nivel de la formación escolar como de la universitaria.

De esa forma, si nos pusiéramos a indagar sobre por qué ciertas Universidades del orbe destacan y se encuentran en los primeros rankings internacionales de medición de su calidad, se pondría de relieve las políticas que impulsan para una buena labor de investigación. Es así que los primeros lugares de Universidades del mundo- Massachusetts Institute of Technology (MIT), Stanford University, Harvard University, California Institute of Technology (Caltech), University of Cambridge según el QS 2'017-2018- nos dejan en claro que no solo las actividades de estas entidades se orientan a una buena impartición de enseñanza, sino fomentan, dirigen y ejecutan buenas políticas de investigación entre su alumnado.

En ese contexto, nuestra revista pretende elevar su calidad investigativa buscando, a partir de nuestro número 42- por el Día del Juez agosto 2018- lograr la meta de la indexación, aspiración que no solo comprende a la revista como tal, sino insta a nuestros colaboradores de siempre a acoplar sus sistemas de trabajo de artículos, ensayos e investigaciones, al nivel de una investigación seria, madura y conducente.

El resultado- qué duda cabe- ha de ser doblemente beneficioso pues de un lado, conservamos la calidad de nuestra revista de difusión del conocimiento jurídico, así como retribuimos el valioso trabajo de nuestros colaboradores, dado que no solo ocurre el aporte de un buen artículo, aino que su indexación consolida el nivel de una investigación seria, ponderada y de calidad. Es una apuesta a la cual no podemos renunciar.

Hasta la próxima edición.
Edwin Figueroa Gutarra
Director

Acciones afirmativas: origen, normatividad y jurisprudencia

Edwin Figueroa Gutarra[1]

Introducción. 1. Una visión filosófica del principio de igualdad. 2. La acción afirmativa. Evolución y dimensiones. 3. La Ley 30412 y sus alcances . 4. Acciones afirmativas y principio de proporcionalidad. Ideas de cierre.

Introducción

La dación de la Ley 30412, relativa a los pases libres para las personas con discapacidad severa en el servicio de transporte público terrestre, nos conduce a un interesante debate sobre las *acciones afirmativas*, en tanto representan estas decisiones normativas, otras veces jurisprudenciales, mecanismos extraordinarios que en apariencia introducen una medida desigual en relación al resto de ciudadanos, para efectos de compensar matices anteriores de infra representación de determinados grupos sociales.

Podemos apreciar entonces, desde la perspectiva del contraste en el trato, cómo se produce una diferenciación que favorece a las personas con discapacidad severa, previamente inscritas ante el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), para gozar del beneficio de pases libres en todo servicio público de transporte terrestre. Dicho mecanismo constituye una política de justicia compensatoria, tesis que supera las nociones de justicia distributiva y correctiva, ambas de raigambre fundamentalmente aristotélica.

Pretendemos en este comentario, en consecuencia, determinar una visión constitucional de realización del principio de igualdad, entendido como un valor constitucional, a efectos de materializar directrices del Estado Democrático y Social de Derecho en su vertiente de perspectivas a hacer tangibles, pues si igualdad introduce la idea de tratar a los iguales como iguales, y desigualdad presupone a tratar en forma desigual a los desiguales, queremos focalizar cuál es el enfoque de esta norma respecto al principio de igualdad, y sobre todo, determinar cuánto ayudan las previsiones de la ley en análisis, a disminuir las brechas de desigualdad que abarcan hoy *in extenso* las democracias.

De otro lado, queremos puntualizar cómo responde la interpretación de esta norma a la realización del derecho fundamental a la igualdad desde la posición de nuestra jurisprudencia constitucional, y de la misma forma, cuánto ayuda, o no, una regla de este tipo, a una consolidación del concepto de igualdad desde la doctrina de los derechos iusfundamentales.

---

1 *Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Lambayeque, Perú. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo, Lambayeque, Perú. Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional por su participación en los cursos Procesos de tutela de derechos fundamentales, Montevideo, Uruguay, 2011; La garantía internacional de los derechos humanos y su impacto en el Derecho Constitucional de los Estados. Montevideo, Uruguay, 2010; y La Constitucionalidad de las Leyes, Cádiz, España, 2009. Becario del curso de DD.HH. en la Washington College of Law de la American University, Washington D.C., EE.UU., 2009. estudiofg@yahoo.com*

1. Una visión filosófica del principio de igualdad

Como idea matriz reviste importancia realizar un examen sobre algunas reflexiones previas respecto al principio de igualdad, el mismo que en su dimensión más sencilla, implica tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como iguales.

La definición que acotamos es de por sí insuficiente pues corresponde preguntarnos: ¿cuál es el sustento iusfundamental del principio de igualdad?. O de otro lado, ¿cómo determinamos los alcances del principio de igualdad? O desde un efecto mucho más práctico: ¿ cuáles son los lineamientos para tratar a dos personas como iguales?

En el ejemplo clásico de Rosenfeld,[1] respecto al naufragio de una embarcación de cien personas y en el cual la labor de salvataje solo permite el rescate de cincuenta personas, la pregunta fluye con énfasis si queremos determinar cuál es el patrón de igualdad en ese caso. En desarrollo del caso, podemos suponer que una primera premisa natural nos oriente a que inicialmente se prefiera salvar las vidas de las mujeres y niños, por igual, y en segundo término, a los desvalidos y ancianos, para quedar al final, los varones. Sin embargo, ¿qué pasa si en este mismo ejemplo todos son varones? ¿ o si bien son todos ancianos, o todas mujeres? ¿ O todos niños?. Como dice Rosenfeld en su ejemplo inicial, la regla de igualdad nos diría, en teoría, que si no se pueden salvar todos, entonces que nadie sea salvado. Nótese que lo enfático del caso es que solo podrían salvarse cincuenta personas, no más.

Cabe peguntarnos, entonces, si son cien los varones del ejemplo de la embarcación, ¿ a cuáles escogemos para ser salvados si todos en principio son iguales? ¿Serán los más fuertes? ¿O los más débiles? ¿O los más inteligentes acaso?

La complejidad del caso que presentamos evidencia la dificultad que implica definir el principio de igualdad, en tanto nuestro patrón inicial de tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales, es notoriamente insuficiente.

Bajo esa pauta, las *acciones afirmativas* enfatizan el problema que pretenden solucionar desde la perspectiva del principio de igualdad, pues reivindican a grupos excluidos con la idea fuerte de reivindicar su situación y acercarlos más a la ecuación ideal de igualdad.

Desde otra perspectiva, conviene agotemos dos ideas sobre igualdad que enuncia Rosenfeld. En un primer caso, se pregunta nuestro autor si la sola idea de igualdad puede considerarse un concepto vacío, dadas las brechas entre teoría y realidad, en alusión a una idea de Western,[2] poniendo énfasis Rosenfeld en que se trata de un grave error.

Western indaga en su obra si la igualdad formal es solo una idea vacía, sugiere así que el

1 ROSENFELD, Michel. Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas. p. 28. En JUAREZ, Mario Santiago (Coordinador). Acciones afirmativas. Consejo Nacional para prevenir la discriminación. México. 2011.

2 *WESTERN, Peter. The empty idea of equality. Harvard Law Review. vol 95. num. 3, 1982. p. 537-596. En ROSENFELD, Michel. Op cit. p. 12.*

supuesto valor de neutralidad de la igualdad formal es solo una ilusión. tanto así como es cuestionable que la ley, el legislador o el juez puedan exigir neutralidad a las partes.

Rosenfeld propone, en ese sentido, llenar esa brecha a través de una "gramática estructural de la igualdad". Afirma que "en cualquier universo sociocultural complejo, la aplicación de una concepción teórica de igualdad, no promueve la igualdad en general, sino ciertas igualdades particulares que están necesariamente acompañadas por las desigualdades correlativas."[1]

Lo que esta idea traduce no es sino la complejidad que representa pensar en igualdades posibles pues éstas pueden estar acompañadas de potenciales desigualdades. En vía de ejemplo, dos personas que acceden a una plaza de trabajo son ganadoras por sus méritos propios pero a su vez, entre ellas pueden manifestarse potenciales desigualdades. Una puede ser quizá mucho más capaz que la otra. Entonces, no tenemos sino acercamientos posibles al concepto de igualdad.

Gramaticalmente, es importante el acercamiento a la tesis de igualdad. Estructuralmente, hay un acercamiento que cierra en parte esa brecha entre teoría y práctica, mas advirtamos que solo es una aproximación referencial, dada la complejidad en asumir definiciones de lo que es igual y lo que es desigual.

En un segundo orden, ponemos de relieve una idea que Rosenfeld destaca de Dworkin,[2] una de cuyas afirmaciones grafica de la forma siguiente: "el gobierno […] tiene una responsabilidad abstracta de tratar el destino de cada uno de los ciudadanos, con la misma importancia".

Ciertamente Dworkin es uno de los autores norteamericanos que hace importantes aportes a la teoría de los principios en el mundo anglosajón y en esa línea de pensamiento, destaca, a nuestro juicio en vía de sumatorias, una directriz de todo Estado respecto al valor igualdad en relación a sus ciudadanos. El valor abstracto de igualdad que enuncia Dworkin nos reconduce al concepto de defensa de este derecho para que todos los ciudadanos tengan, en la medida de lo posible, las mismas oportunidades.

2. La acción afirmativa. Evolución y dimensiones.

La acción afirmativa tuvo su origen en la Ley Ejecutiva 10925[3] del gobierno de John Kennedy

1 ROSENFELD, Michel. Op cit. p. 13.

2 DWORKIN, Ronald. Law's Empire, Cambridge, Belknap Press-Harvard University Press, 1986, p. 296. Traducción al español: El imperio de la justicia, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988. En ROSENFELD, Michel. Op cit. p. 12.

3 La norma preveía en su Sección 301. lo siguiente:
" (1). The contractor will not discriminate against any employee or applicant for employment because of race, creed, color, or national origin. The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color, or national origin".(...)

Una traducción aproximada es la siguiente: "El contratista no discriminará contra un empleado o solicitante de empleo por motivos de raza, credo, color, u origen nacional. El contratista tomará medidas positivas para

en el año 1961, relativa al establecimiento de un Comité para la igualdad de oportunidades en el empleo.

Se trató de una norma pionera en la fijación de obligaciones a las empresas contratantes y sub contratantes con el Gobierno para una igualdad de oportunidades laborales, así como para la dirección de una política de no discriminación en el empleo. Afirmamos que se trató de una norma de avanzada para su tiempo pues los años 60 en EE.UU. fueron de manifiestos conflictos raciales en el país del norte. De otro lado, se produce un reforzamiento de las *acciones afirmativas* con la adopción de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial,[1] cuya plataforma se dirigía principalmente a aspectos raciales.

Las *acciones afirmativas* han evolucionado en los ordenamientos jurídicos de varios países a través de normas y en su propia jurisprudencia, afirmación que nos permite señalar dos dimensiones en relación a esta institución.

En el primer caso, los Estados han ampliado un trato inclusivo a estamentos insuficientemente representados- de ahí nuestra denominación de grupos infra representados- dispensándoles un trato preferencial, en vía de compensación frente a situaciones históricas de desigualdad.

A este efecto, es importante la tarea del legislador pues precisamente diseña políticas inclusivas para que cesen incoherencias en la justicia distributiva que se propugna desde las políticas públicas. De otro lado, la justicia correctiva, entendida desde la propia noción aristotélica[2] como la justicia que se impulsa desde las relaciones entre privados, igualmente resulta insuficiente para la realización del equilibrio que el valor igualdad representa.

De ahí entonces la necesidad de afirmar la importancia de una justicia compensatoria, la cual precisamente establece determinados lineamientos, legales o jurisprudenciales, para la afirmación del principio de igualdad. Esta compensación supera las políticas públicas insuficientes y las carencias de ajustes en las relaciones entre privados, de cara al principio de igualdad.

En una segunda dimensión, las acciones afirmativas se realizan, también, desde una perspectiva jurisprudencial, cuando frente a las insuficiencias de las normas, las

asegurar el empleo de los solicitantes, y los empleados son tratados durante el empleo, sin tener en cuenta su raza, credo, color, u origen nacional"(...)

1 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

2 ROSENFELD, Michel. Op cit. p. 37

decisiones de los jueces determinan la necesidad de restablecer las afectaciones ostensibles al principio de igualdad, y buscan, a través de sus fallos, fijar posición para que los poderes públicos, principalmente, y por extensión, las relaciones inter privatos, acusen la concientización del principio de igualdad. En ese margen de acción, fijan condiciones determinadas de tratamiento favorable para minorías sujetas precisamente a un trato desigual.

En el Derecho Comparado, algunos fallos de relevancia han destacado el carácter de las *acciones afirmativas*, como en el caso Grutter vs. Bollinger,[1] 539 US 244, de 2003, en el cual la Corte Suprema de EE.UU. validó que las instituciones educativas consideraran determinado tipo de factores para una mayor inclusión en la admisión de estudiantes.

De la misma forma, el Tribunal Constitucional español sometió a su conocimiento la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de 22 de julio, la cual castigaba en distinta forma la misma conducta de malos tratos en el ámbito doméstico según si la víctima era mujer o varón.[2]

Fernando Rey señala al comentar esta sentencia: "Al resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Murcia respecto de la redacción que el artículo 37 de la ley orgánica de violencia da al artículo 153.1 del Código Penal, el Tribunal ha fallado que la norma penal que castiga más a los hombres cuando maltratan a sus mujeres o ex mujeres que a las mujeres cuando maltratan a sus parejas varones es plenamente conforme con la Constitución. Concretamente, en el ordenamiento español, la pena para el varón que, de cualquier modo, cause menoscabo psíquico o lesión (que no fueran constitutivos de delitos) o golpeare o maltratare (sin causar lesión) a la esposa o pareja con la que conviva será de seis meses a un año de prisión, mientras que si la víctima es el hombre y la ofensora la mujer, la pena será de tres meses a un año. La diferencia está, pues, en esos tres meses del límite mínimo de la prisión. La duda de adecuación a la Constitución de esta norma (artículo 153.1 Código Penal) se centraba en si ese diferente trato penal lesionaba o no el principio de igualdad constitucional entre mujeres y hombres." [3]

En Perú, la STC 0045-2004-AI/TC, caso PROFA, perfila el test de igualdad[4] desde la

1 El fallo Grutter vs. Bollinger tuvo una votación ajustada pues la votación final fue 5-4. La mayoría validó la política de acciones afirmativas de la Escuela de Leyes de la Universidad de Michigan para favorecer la diversa representación racial entre sus estudiantes, a fin de permitir grupos de minorías raciales sub representadas.

2 REY MARTINEZ, Fernando. Marco conceptual de las acciones y discriminaciones positivas. En JUAREZ, Mario Santiago (Coordinador). Acciones afirmativas. Consejo Nacional para prevenir la discriminación. México. 2011.La referencia es a la sentencia del Tribunal Constitucional español 59/2008, de 14 de mayo de 2008.

3 REY MARTINEZ, Fernando. Op. cit. p. 89

4 STC 045-2004-AI/TC. Caso PROFA. F.J. 33-41
Según esta decisión, son componentes del test de igualdad:
a) Determinación del tratamiento legislativo diferente;
b) Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad;
c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin);
d) Examen de idoneidad;
e) Examen de necesidad; y
f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

jurisprudencia constitucional, en relación al proceso de inconstitucionalidad que presentan los Colegios de Abogados por la exclusión de los abogados postulantes a la judicatura que no contaban con el curso de preparación PROFA (Programa de Formación de Aspirantes a la Magistratura, curso de 9 meses), en relación a quienes sí contaban con dicho curso formativo.

Aplicando el test de igualdad, el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que sí existía discriminación negativa contra los aspirantes sin PROFA, pues la prohibición de rendir un examen por falta de este curso, sí suponía una afectación al derecho a la igualdad, en tanto tal curso de preparación no garantizaba, necesariamente, una mejor formación. Sin embargo, al momento de aplicar el test de necesidad, optó el Tribunal por fijar la pauta de que aquellos candidatos que hubieren alcanzado nombramiento y no contaren con el curso PROFA, debían necesariamente realizar un curso habilitante (de 1 mes de duración, en forma intensiva).

Estos casos delimitan, en consecuencia, *acciones afirmativas* que luchan contra la discriminación fundamentalmente negativa, es decir, aquella que es arbitraria y desproporcionada. En relación a la discriminación, la Unión Europea aborda " tradicionalmente (...) seis rasgos "sospechosos" de discriminación (sexo, origen étnico o racial, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual).[1]

De alguna forma, estas formas de discriminación suponen una especie de *male breadwinner*[2] (el hombre es el que debe traer el pan al hogar), esto es, alguien de naturaleza superior a otro y por tanto, con prevalencia sobre quien no satisface las condiciones de un rango. Las *acciones afirmativas* pretenden, al respecto, introducir una pauta de equilibrio entre grupos, superando escenarios de discriminación negativa. En alusión a la figura que referimos, sobre el hombre que trae el pan al hogar, relegando a la mujer a un papel subordinado, las *acciones afirmativas* propondrían que tanto varón como mujer están en la libertad de traer el pan al hogar, así como él y ella tienen derechos y obligaciones en la conducción de la familia.

3. La Ley 30412 y sus alcances

La Ley 30412[3] fija el marco jurídico de pases libres en los medios de transporte público para aquellas personas que sufran de discapacidad severa.

La norma en comento constituye una acción firme por parte del Estado, en propiedad un tipo de *acciones afirmativas*, en el propósito de una realización de vida de un grupo sub representado como el de las personas con discapacidad severa.

El sentido finalista de las *acciones afirmativas* apunta a que personas o grupos que sufren

1 REY MARTINEZ, Fernando. Op. cit. p. 65

2 REY MARTINEZ, Fernando. Op cit. p. 111.

3 *Ley 30412. Modifica el artículo 20 de la Ley 29973, ley general de la persona con discapacidad, disponiendo el pase libre en el servicio de transporte público terrestre para las personas con discapacidad severa. Publicada el 22 de diciembre de 2015.*

desventajas sociales[1] accedan a bienes escasos. La noción de bien escaso tiene relación con una base de igualdad, es decir, todos pretendemos acceder a bienes que no abundan y por tanto, deberíamos pretender acceder a ellos en condiciones iguales.

Ello no sucede siempre en la realidad pues en relación al caso de la ley que comentamos, los servicios de transporte público para quienes disponemos de todas nuestras capacidades, representan bienes realizables, esto es, representan incluso un beneficio según la capacidad de pago. Quien pueda pagar el servicio, lo aborda; quien no, simplemente recurrirá a otro medio de traslado.

La noción de bien realizable no sucede en forma usual con las personas con discapacidad, quienes tienen incluso mayores dificultades para el goce de este servicio dada su condición de discapacidad. Una persona privada de sus piernas, pongámoslo objetivamente, difícilmente podrá trasladarse en un medio de transporte público, sea para subir a un bus o descender de él.

Las *acciones afirmativas* constituyen, entonces, un vía para lograr la igualdad efectiva, en tanto el discapacitado es beneficiario de un trato preferencial, al no abonar el costo del servicio. Tal atingencia respecto a su traslado constituye, en consecuencia, un medio para crear condiciones de igualdad material y no solo formal.

Ahora bien, en términos puntuales, el pase libre no va a compensar que el hecho de no abonar el pasaje respectivo, traduzca una igualdad formal y material. Sin embargo, sí constituye un paso en el propósito de accederse a mejores condiciones de igualdad material. Es pues el Estado a quien le compete forjar y gestar mecanismos, como el que comentamos, para que esas brechas sean cada vez menores.

La condición parta este goce, según la propia norma, se expresa en un registro previo en el registro respectivo, CONADIS.

4. Acciones afirmativas y principio de proporcionalidad

Estando al tenor del propósito de justicia compensatoria de la Ley 30412, conviene preguntarnos, desde la otra orilla, si acaso esta norma no crea una discriminación en negativo, desde la perspectiva de quien se pueda sentir acaso excluido en alguna forma frente al trato preferencial que pueda merecer el discapacitado severo.

El razonamiento en clave negativa puede ser muy puntual: “nosotros, los no discapacitados sí debemos pagar el pasaje en el transporte público en tanto el beneficiario de la Ley 30412, por su condición de discapacitado severo, no está en la obligación de hacerlo, creándose un trato preferencial injustificado y por ende, inconstitucional.”

No compartimos el razonamiento en vía de ejemplo que acabamos de construir pero sirve

1 *JUAREZ, Mario Santiago(Coordinador) Acciones afirmativas. Consejo Nacional para prevenir la discriminación. México. 2011. p. 9.*

de suyo para ejemplificar la exigencia de aplicar el test de proporcionalidad al caso de la norma en examen, partiendo ciertamente de que el test de proporcionalidad por cierto permite encontrar la compatibilidad de la norma con la Constitución o a su turno, la incompatibilidad de la misma con la Carta Fundamental.

A este efecto, abordaremos los tres sub exámenes de este test: idoneidad, a fin de señalar un fin de relevancia constitucional respecto de la norma; necesidad, o examen de menor gravosidad, como le solemos denominar; y proporcionalidad en sentido estricto para una contrastación de afectación y satisfacción entre dos derechos fundamentales.

Respecto al primer sub examen, de idoneidad, sí existe un fin de relevancia constitucional y éste es la realización del principio de igualdad material: todos debemos ser tratados de la misma forma y por ende, el Estado tiene la obligación de desarrollar políticas públicas adecuadas para la realización de ese propósito.

Sobre este particular, no basta la igualdad formal que presupone que todos somos iguales ante la ley, sino en propiedad importa que se efectivicen medidas que logren la realización de una igualdad material. Por tanto, la norma sí cumple un fin de relevancia constitucional.

En relación al sub examen de necesidad, importa preguntarnos: ¿habrá algún medio menos gravoso para lograr el fin de relevancia constitucional referido- igualdad material- o sucederá que la medida acotada es estrictamente necesaria?

Podemos aquí siempre referirnos a las políticas públicas que promuevan el valor igualdad como posibilidad, y sin embargo, creemos que por ser medidas de mediano o largo plazo, siempre implícitas en las plataformas de trabajo de todo Estado Democrático y Social de Derecho, no son igualmente satisfactorias. Necesitamos, por tanto, de normas que efectivicen, que hagan tangible con prontitud el valor igualdad del cual hablamos. En ese sentido, la Ley 30412 es una regla necesaria en favor de un grupo sub representado e implica una forma de *acciones afirmativas* de singular importancia.

Finalmente, podemos establecer, respecto al sub examen de proporcionalidad en sentido estricto, dos derechos en pugna: de un lado, el impulso del valor igualdad entre los ciudadanos, y de otro lado, el derecho de propiedad en el transporte público estatal, expresado en que disminuyen los ingresos del fisco, dados los pases libres a otorgar. Ciertamente, la afectación al derecho de propiedad es muy leve, en tanto el nivel de satisfacción del derecho a la igualdad es muy alto.

La norma escrutada aprueba, por tanto, los sub exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, deviniendo por lo tanto en constitucional y por ende, compatible con nuestra *Norma Normarum*.

Ideas de cierre

Las *acciones afirmativas* constituyen herramientas muy útiles en relación a la promoción del valor igualdad. Desde su materialización en el Derecho Comparado norteamericano y su consolidación en la jurisprudencia de países como España, representan pasos sólidos que se inscriben dentro de ese deber especial de protección que constituye tarea de todo Estado constitucional: promover el valor igualdad entre sus ciudadanos.

La Ley 30412, que a su vez instituye pases libres en los medios de transporte público para aquellas personas que sufran de discapacidad severa, constituye una expresión de *acciones afirmativas* que coadyuva en el goce de los bienes escasos a que aspiran los ciudadanos. Por tanto, implican una forma de representación mayor cuya naturaleza traduce la necesidad de que el Estado logre la incorporación de grupos infra representados al ordenamiento jurídico.

La norma en comento soporta, también, el test de proporcionalidad, en tanto se logra un fin de relevancia constitucional como lo es el valor igualdad. De otro lado, es una norma necesaria pues resulta indispensable promover como política pública efectiva, inmediata, real y no de largo plazo, una mayor inclusión. Finalmente, se satisface, en el ámbito del sub examen de proporcionalidad en sentido estricto, unas mejora sustantiva del derecho a la igualdad que esta norma representa, sobre el derecho de propiedad al que se vinculan los pases libres en medios de transporte público.

¿Cuál es el futuro de las *acciones afirmativas*? Creemos que ir logrando una mayor consolidación, por vía de la dación de normas y fallos jurisprudenciales, a efectos de reducir las brechas de desigualdad tan afianzadas en ciertos sectores de nuestra sociedad.

Es una tarea que compete a todos, no solo al Estado como ente promotor, sino a todos los ciudadanos que creemos que el valor igualdad no es una utopía ni una quimera, sino un bien realizable en relación a otros derechos fundamentales.

SOBRE LA DIGNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Manuel Atienza
Universidad de Alicante.

I.

Al igual que muchas otras constituciones contemporáneas (un ejemplo destacado es la Ley Fundamental de Bonn de 1949) y que numerosas declaraciones de derechos de ámbito internacional (la Declaración Universal de 1948, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, o la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005) o europeo (como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007), la Constitución española de 1978 hace referencia al concepto de dignidad, al que otorga además una considerable importancia (como ocurre en los otros textos). Pero lo hace únicamente en el artículo 10.11: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social"; lo que quiere decir que ni en el Preámbulo ni en el artículo 1.1 (al hablar de los "valores superiores") aparece mencionada esa expresión ("dignidad de la persona" o "dignidad humana"). Surgen, por ello, algunos problemas de interpretación que pudieran parecer peculiares de nuestra Constitución (quizás –cabría añadir- achacables a una redacción algo defectuosa de la misma) pero que, en realidad, son problemas de tipo general y que tienen que ver, fundamentalmente, con la dificultad que entraña ese concepto. En mi opinión, quizás el concepto más básico de la ética, y también uno de los más fundamentales del Derecho (de los Derechos del Estado constitucional).

De manera que las respuestas que habría que dar a los interrogantes que ahora voy a plantear no pueden ser muy distintas (y no lo son) si en lugar de tomar como base la Constitución española, partiéramos de cualquiera de los otros textos mencionados (o de muchísimos otros que incorporan hoy una referencia a la dignidad). Yo creo que, en lo esencial, a lo que habría que contestar, para clarificar el significado constitucional de la dignidad humana, sería a este conjunto de preguntas que agrupo en cinco apartados: 1) ¿Cómo hay que entender los enunciados constitucionales que hacen uso de esa expresión? ¿Se trata o no de enunciados normativos propiamente dichos? Si no fuera así, ¿qué son? 2) ¿Existe en sentido estricto un derecho fundamental a la dignidad? ¿Qué significa tener un derecho? ¿Y un derecho a tener derechos? 3) Si la dignidad la entendiéramos como el fundamento de los derechos, ¿cómo podría enunciarse esa idea? ¿Tiene algún contenido o es una idea formal, vacía? 4) ¿Tiene la dignidad humana un valor absoluto, o admite grados? ¿Es posible compatibilizar de alguna manera la dignidad con el razonamiento ponderativo? 5) ¿Cómo hay que interpretar, en términos generales, la incorporación de una noción tan cargada de connotaciones morales como la de dignidad a nuestros Derechos, vía la Constitución? ¿Quizás como una vuelta al Derecho natural (o a un cierto Derecho natural)?

---

1 *Dejo fuera la referencia a una "vivienda digna" del art. 47 que, naturalmente, debe considerarse como una concreción de la noción general de dignidad.*

II.

Si al primer conjunto de interrogantes tratáramos de contestar apoyándonos en una teoría del Derecho como la de Kelsen, el resultado sería, en mi opinión, completamente frustrante. O sea, el enunciado de que la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes son fundamentos del orden político y de la paz social no parece encajar en lo que Kelsen entiende por normas jurídicas genuinas, las que constituyen el componente esencial de un sistema jurídico: pues ese enunciado, ni establece una sanción, ni parece tampoco fácilmente interpretable como un fragmento de ese tipo de norma. Bien es cierto que Kelsen1 habla también de juicios de valor, y lo hace en un doble sentido. Habría, por un lado, juicios de valor que enuncian un "valor objetivo", esto es, establecen la relación de una conducta humana con respecto a una norma objetivamente (jurídicamente) válida; decir que una conducta es buena no significaría otra cosa que afirmar que se corresponde con la norma, de manera que, por ejemplo, para Kelsen, la dignidad (en el ordenamiento jurídico español) sería un bien, un valor, porque está prohibido (simplifiquemos) realizar conductas contrarias a la dignidad (por ejemplo, torturar a alguien), pero no al revés: no es el valor, la dignidad, lo que justificaría esas prohibiciones. Y, por otro lado, hay según Kelsen juicios de valor que expresan un "valor subjetivo", en cuanto establecen la relación de un objeto (por ejemplo, de una conducta) con el hecho de que un hombre o muchos hombres, desean o quieren eso, lo aprueban o lo desaprueban; se trata, pues, de los juicios de valor morales (dependientes también ellos de normas: normas que Kelsen separa radicalmente de las normas jurídicas) a los que niega objetividad: son simplemente expresión de deseos, emociones o preferencias, que no pueden racionalmente justificarse. Parece, pues, obvio que lo que el constituyente español ha pretendido establecer al incorporar ese artículo en la Constitución nada tiene que ver con lo que un kelseniano pudiera interpretar al respecto.

Ahora bien, la teoría del Derecho, y más específicamente de los enunciados jurídicos, de nuestros días dista mucho de la de Kelsen. Pocos entienden hoy los juicios de valor a la manera de este último, y yo diría que simplemente nadie sostiene que las normas que pueden encontrarse en nuestros ordenamientos jurídicos son sólo del tipo pensado por Kelsen: normas coactivas. Para limitarse a lo que aquí importa, dentro de las normas jurídicas regulativas (que se contraponen a las constitutivas, o sea, a grandes rasgos, a las que establecen poderes o competencias) es usual establecer2 una distinción entre reglas y principios, que a veces se cruza con otra que distingue entre normas (bien sean reglas o principios) de acción o de fin3. Tendríamos así: reglas de

1 *Vid. Hans Kelsen, Teoría pura del Derecho, traducción de R. J. Vernengo de la 2.ª ed. alemana (1960), México: UNAM, 1986, pp. 30 y ss.*

2 *La tipología y caracterización de los tipos de normas que voy a utilizar es la que elaboré con Juan Ruiz Manero en diversos trabajos desde comienzos de los años 90. Fundamentalmente Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Barcelona: Ariel, 1996; e Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Madrid: Trotta, 2006.*

3 *Esta última distinción no está presente en la obra de Alexy y eso explica, entre otras cosas, que este último caracterice a los principios (a todos los principios) como "mandatos de optimización". En diversos trabajos escritos con Juan Ruiz Manero (los mencionados en la anterior nota y algunos otros; vid. Para una teoría post-positivista del Derecho, Lima/Bogotá: Palestra/Temis, 2009), nos hemos opuesto a esa manera de ver los principios, muy difundida entre los constitucionalistas y entre muchos teóricos del Derecho, y que presenta, en nuestra opinión, una serie de inconvenientes en los que aquí no puedo entrar (vid. Manuel Atienza, "A vueltas con la ponderación", en Anales de la Cátedra F. Suárez, Universidad de Granada, nº 40, 2010). De todas formas, aunque nuestro modelo (más próximo al de Dworkin) me sigue pareciendo preferible, hoy tiendo a pensar que entre ambos no hay grandes diferencias de fondo (como tampoco hay grandes diferencias entre el*

acción, reglas de fin, principios en sentido estricto y directrices.

Todas las reglas son pautas específicas de comportamiento, en el sentido de que establecen en su antecedente (supuesto de hecho) una serie de propiedades o condiciones de aplicación (más o menos determinadas); si ellas se dan, entonces el destinatario debe (en sentido amplio: puede tratarse de una prohibición o un permiso) realizar una acción (regla de acción) o procurar alcanzar un determinado fin o estado de cosas (regla de fin). Las reglas operan como razones perentorias, en el sentido de que pretenden excluir la deliberación del destinatario como base de la determinación de la conducta a seguir; como consecuencia de ello, las reglas se aplican directamente para resolver un caso comprendido en su supuesto de hecho, mediante un procedimiento (cuando se trata de reglas de acción) de carácter subsuntivo o clasificatorio. Sin embargo, las reglas pueden tener excepciones (excepciones implícitas), lo que quiere decir que razón perentoria no es lo mismo que razón absoluta: las reglas pretenden evitar la deliberación del destinatario, pero no siempre lo consiguen, en el sentido de que puede surgir alguna situación extraordinaria en la que razones procedentes de otras normas del sistema derroten a las de la regla y obliguen a (o justifiquen) corregir la regla para incluir alguna excepción.

Por el contrario, los principios son pautas de conducta abiertas, en el sentido de que no fijan –dejan abiertas- las propiedades de su antecedente o supuesto de hecho (tanto las reglas como los principios tienen una estructura condicional); y la consecuencia jurídica (lo que debe en el sentido amplio antes señalado realizar el destinatario) podrá ser también una acción (principios en sentido estricto) o un fin, un estado de cosas (policieso directrices). Los principios no operan, en el razonamiento jurídico de carácter justificativo, como razones perentorias, puesto que no pretenden excluir la deliberación de sus destinatarios: más bien ofrecen razones que deben ser confrontadas con otras (ponderadas) para establecer cuáles son las que priman, dadas las circunstancias del caso que se trata de resolver (y en relación con el cual van a existir siempre principios en pugna, o sea, principios que empujan la decisión hacia un resultado u otro). Los principios, por lo tanto, no se aplican directamente para resolver un caso: antes tienen que ser transformados en reglas.

Todo lo cual significa que, aunque la distinción entre reglas y principios tenga una gran relevancia teórica y práctica, la misma no puede trazarse de manera radical: es una clasificación, no una dicotomía que divida el mundo del Derecho en dos campos incomunicados. No hay ningún problema jurídico de alguna importancia que no suponga la necesidad de manejar tanto reglas como principios. Y así: la justificación de excepciones a las reglas involucra el uso de principios; el resultado de la ponderación entre principios (o, más exactamente: la conclusión de la primera fase del razonamiento ponderativo) no es otra cosa que una regla; y, en general, los principios cumplen, entre otras, la función de justificación de las reglas.

Y si no cabe separar de manera tajante los principios de las reglas (son claramente conceptos conjugados, que no pueden comprenderse el uno separado del otro), lo mismo ocurre en relación con la distinción entre las normas (del tipo que sean) y los valores. Las normas (todas las normas) presuponen juicios de valor, o sea, siempre habrá algún objetivo valioso que se trata de satisfacer con ellas (por ello se establecen ciertos deberes); y los juicios de valor, cuando se sostienen en serio, dan lugar a pautas de conducta: o sea, si X es valioso, entonces debe ser

planteamiento de Alexy y el de Dworkin).

(al menos, en principio) lo que dé lugar o nos aproxime a X. Esa vinculación entre el juicio de valor y la norma aparece con toda claridad en la regulación de la dignidad humana que hace la Ley Fundamental de Bonn. Después de enunciar, al comienzo del art. 1, que "La dignidad de la persona humana es intangible", añade inmediatamente: "Todos los poderes del Estado están obligados a respetarla y protegerla". De manera que bien se puede decir que tanto en los enunciados jurídicos normativos como en los valorativos (ambos de carácter práctico) se puede distinguir un elemento directivo (de guía de la conducta) y otro evaluativo (de justificación y crítica); y de ahí que cuando se trata de lo que hemos llamado principios (no de pautas específicas de conducta) la distinción entre juicios de valor y de deber es simplemente una cuestión de grado o de perspectiva.

Pues bien, si estas consideraciones las trasladamos a lo que aquí nos interesa, lo que cabe decir en relación con el enunciado de la Constitución española referido a la dignidad viene a ser lo siguiente. Por supuesto, el art. 10.1 expresa la idea de (reconoce) que la dignidad es un valor de la Constitución y de todo el ordenamiento jurídico, y un valor que, como muchos comentaristas han señalado, podría considerarse como el valor último de todo el ordenamiento jurídico y en algún sentido (que luego se aclarará) un valor superior incluso a los que la propia Constitución (art. 1.1) llama así, "valores superiores": la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Por lo demás, es casi obvio, en contra de lo sostenido por Kelsen, que son los valores los que fundamentan a las normas, y no al revés; o, dicho de otra manera: que el elemento valorativo tiene prioridad sobre el directivo. Ahora bien, ese valor final de la dignidad (sin entrar de momento en qué ha de entenderse por dignidad) tiene que estar también presente (como antes decía) en reglas y en principios, pero lo está de una manera peculiar que ahora trataré de aclarar.

Por supuesto, no cabe dudar de que hay reglas (que forman parte o no de la Constitución) que expresan fundamentalmente (todas lo hacen seguramente en alguna medida) el valor de la dignidad humana; por ejemplo, la del art. 18.2 sobre la inviolabilidad del domicilio, o la que prohíbe el acceso a informaciones que afectan a la intimidad de las personas. Pero si nos centramos en lo que cabría considerar como el enunciado normativo de la dignidad (que estaría implícito en el art. 10.1), "se debe respetar la dignidad de las personas", me parece que no tiene sentido decir del mismo que expresa una regla jurídica: simplemente, porque no hay aquí condiciones de aplicación de la norma (las propiedades que configuran el supuesto de hecho) que sean distintas a las que se desprenden del propio contenido del deber: se debe respetar la dignidad de las personas siempre que exista la oportunidad de hacerlo, o sea, siempre que haya algún riesgo para la dignidad. En ese sentido, habría que decir que se trata inequívocamente de un principio1. Pero de un principio que, en algún aspecto (así lo ha señalado, por ejemplo, Alexy), parece asemejarse a una regla: "La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales. En los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. En ese sentido

1 El tipo de norma (de prescripción) que von Wright llamó "categórica", frente a las hipotéticas (las reglas). Vid. George Von Wrigt, Norma y acción. Una investigación lógica, Madrid: Tecnos, 1979; y Josep Aguiló Regla, "Tres preguntas sobre principios y directrices", en Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, nº 28, 2005.

tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión"1. Bueno, no es exactamente así porque, como antes se ha señalado, las razones de las reglas no son razones absolutas, sino simplemente categóricas o perentorias (que en algún caso pueden ser derrotadas). Pero de todas formas, entendido el enunciado de dignidad como un principio, sí que es cierto que, a diferencia de los otros principios (por ejemplo, el deber de respetar la libertad de expresión), el de dignidad no parece ser derrotable, lo que significa, en principio, que no puede ser ponderado (o que, en una ponderación, siempre resulta vencedor). Luego volveré sobre esto.

Además, si pasamos ahora a la subdistinción entre principios en sentido estricto y directrices, habría que decir que el principio de dignidad (tal y como me parece que debe entenderse) rompe de alguna manera esa distinción, puesto que tiene algo de las dos cosas: o sea, por un lado, es un principio de acción que prohíbe un trato cruel, humillante o –en sentido moral- irrespetuoso, pero, por otro lado, ordena también alcanzar un estado de cosas: que todas las personas tengan cubiertas sus necesidades básicas. Ahora bien, una diferencia que parece importante, al caracterizar esos dos tipos de principios[2], es que los primeros (los principios en sentido estricto) parecen plantear una exigencia todo o nada (o sea, se trata de un criterio de corrección no graduable: una acción es o no correcta; de manera que, al ponderar, por ejemplo, la libertad de expresión y la intimidad, el resultado de la operación consistirá en opta por uno de los dos principios: esa sería la solución correcta dadas las circunstancias); mientras que los segundos (las directrices) serían evaluables según criterios de eficiencia de carácter gradual (una acción o una medida justificada es la que logra en la mayor medida posible el estado de cosas ordenado: la mejora del medio ambiente o la difusión de una lengua vernácula). Pues bien, en relación con el aspecto de directriz del enunciado (normativo) de dignidad, lo que habría que decir al respecto es que hay algo así como un "estándar mínimo de dignidad" que no es graduable: si no se alcanza, no se estaría respetando el principio; pero, a partir de ese mínimo, sí que cabría hablar de cierta gradualidad: las condiciones de una vida digna pueden estar mejor o peor, más o menos, garantizadas.

III.

Al segundo grupo de cuestiones (mejor: a la primera de ellas) parece que habría que contestar, en principio, de manera distinta, según cómo se haya recogido el valorprincipio de la dignidad en la constitución correspondiente. Y así, aunque entre los constitucionalistas alemanes parece haber habido una polémica intensa sobre si la dignidad humana constituye o no un derecho fundamental[3] , en relación con España existe, por el contrario, un consenso muy amplio en el sentido de considerar que no es un derecho fundamental, puesto que la referencia a la dignidad (a diferencia de lo que ocurre en la constitución alemana) cae fuera de la sección que recogería los derechos fundamentales en sentido estricto, esto es, aquellos que gozan de la máxima

1 Manuel Atienza, "Entrevista a Robert Alexy", en Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, nº 24, 2001, p. 678.

2 Sigo el análisis de Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos e Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder.

3 Vid., por ejemplo, Alberto Oehling de los Reyes, "El concepto de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental", en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 91, 2011, pp. 145 y ss.

protección. Ahora bien, por un lado, la discusión parece escasamente relevante desde el punto de vista práctico, por lo siguiente. El que no sea considerado como un derecho fundamental no tiene otro alcance que la imposibilidad de recurrir en amparo alegando exclusivamente que se ha producido una vulneración de la dignidad. Pero dado que (en esto parece haber acuerdo) no es posible vulnerar la dignidad de alguien sin, al mismo tiempo, atentar contra alguno de sus derechos fundamentales (que la dignidad fundamenta). Lo que resulta de todo ello no es más que un consejo práctico para uso de abogados: cuando recurran en amparo, no aleguen exclusivamente infracción a la dignidad de la persona humana; añadan alguna otra cosa como, por ejemplo, trato discriminatorio contrario al artículo 14. No creo, por lo demás, que sea un consejo muy valioso pero, en todo caso, es bastante razonable pensar que su posible utilidad no se limita tampoco al Derecho español. Y, por otro lado, desde el punto de vista teórico, la discusión resulta completamente opaca (carente de interés) si no se precisa mínimamente qué se está entendiendo por derechos fundamentales y por dignidad.

Pues bien, en las últimas décadas (más o menos desde finales de los años 70 del siglo XX[1]) puede constatarse una tendencia – que ha llegado a ser dominante en la teoría del Derecho- a considerar los derechos fundamentales no únicamente desde una perspectiva normativa, sino también (esencialmente) valorativa. De tal manera que decir que X tiene un derecho humano a Y, en relación con el sistema normativo S, significa algo así como reconocer que Y supone un bien de gran importancia (una acción o un estado de cosas valioso) y que, por ello, las normas de S sitúan a X en una posición ventajosa para que pueda realizar o alcanzar Y. Para precisar en qué consiste esa posición ventajosa es también usual recurrir a la teoría de las modalidades deónticas de Hohfeld[2], que viene a ser un desarrollo del concepto tradicional de relación jurídica; y así, en lugar de hablar simplemente de derechos y de deberes, aparecen cuatro modalidades activas y otras cuatro pasivas, vinculadas entre sí en términos de correlación o de oposición[3]. De manera que (sin entrar obviamente en ninguna precisión), los derechos, desde el punto de vista normativo, pueden verse como ramilletes de posiciones jurídicas (derechos subjetivos en sentido estricto, libertades, poderes e inmunidades; vinculadas de maneras que pueden ser muy complejas con las correspondientes modalidades pasivas: obligaciones, no derechos, sujeciones e incompetencias). Pero para entender completamente la noción de derecho fundamental es menester darse cuenta de que esto último no es más que la articulación normativa que un sistema establece en orden a satisfacer un determinado valor (o una determinada conjunción de valores). Los derechos, en definitiva, constituyen una unidad de tipo normativo y axiológico, en la que esta última dimensión –la axiológica- goza de cierta prioridad.

1 Hay varios artículos de MacCormick que marcaría esa "nueva" forma de entender los derechos fundamentales; sobre todo: Neil MacCormick, "Rights, Claims and Remedies", Law and Phºilosophy, vol. 1, 1982. La caracterización que puede encontrarse en obras que entre nosotros han sido muy influyentes, como el libro de Nino Ética y derechos humanos (Buenos Aires: Paidós, 1984) o el artículo de Francisco Laporta "Sobre el concepto de derechos humanos" (en Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, nº 4, 1986) se inspiran en esa idea.

2 Vid. W. N. Hohfeld, Conceptos jurídicos fundamentales, traducción y nota preliminar de G. R. Carrió, México: Fontamara, 2004.

3 Además, cuatro de esas posiciones (derecho en sentido estricto, deber, libertad y no derecho) se refieren a normas de tipo regulativo, mientras que las otras cuatro (poder, sujeción, inmunidad e incompetencia) presuponen normas constitutivas.

Por lo que hace a la dignidad, hay desde luego consenso, en la teoría moral o en la teoría jurídica, en cuanto a que se trata de una noción compleja y difícil de precisar. Pero a partir de ahí se abren dos posibilidades. Algunos piensan que esas dificultades son, por así decirlo, insuperables y que por lo tanto (y para evitar un uso de la dignidad meramente ideológico), lo mejor es prescindir del concepto o bien traducirlo a términos más manejables: entender, por ejemplo, que la apelación a la dignidad de la persona humana no es otra cosa que a su autonomía: tratar a X de manera digna significaría tratarle como X desearía (de hecho o hipotéticamente) que se le tratara. La otra opción consiste en reconocer que hay un uso legítimo (que no es ni confuso ni vacío ni ideológico) de dignidad. Pero ese uso legítimo puede entenderse, a su vez, de diversas maneras. En mi opinión, "dignidad" (en sentido genérico o adscriptivo) debería considerarse como un "término de enlace", o sea, un término que se usa con dos funciones básicas (distintas, pero conectadas entre sí): para decir que determinadas entidades poseen dignidad; y para adscribir determinadas consecuencias normativas o valorativas a las entidades así calificadas. Si se quiere, una manera abreviada de decir que ciertos seres que poseen determinadas características deben ser tratados por ello de cierta forma[1].

Pues bien, si unimos ahora ambos conceptos (el de derechos fundamentales y el de dignidad) lo que resulta, me parece, es lo siguiente. Si usamos el concepto de dignidad en el primero de los sentidos (o de las funciones que cumple en el discurso práctico), dignidad viene a ser lo mismo que personalidad moral. Las características que debe poseer una entidad para que se le atribuya dignidad son las condiciones de la personalidad moral (y jurídica). Se trata, como se sabe, de una cuestión controvertida, porque esas propiedades pueden entenderse en un sentido religioso o teológico (haber sido creado por Dios a su imagen y semejanza), biológico (pertenecer a la especie humana), "racional" (los seres racionales en cuanto contrapuestos a las cosas, a los objetos, son los únicos que, según la célebre formulación de Kant, poseen dignidad) o psicológico (poseer sensibilidad, capacidad de decidir, etc.). Pero no voy a entrar aquí en esa discusión. Baste con decir que las entidades de las que quepa predicar esas propiedades (las que sean), poseen dignidad, son personas en sentido moral, y, por ello, son también titulares de derechos (titulares de derechos en el sentido amplio de la expresión y, por tanto, a fortiori, de derechos fundamentales). Podemos, pues, hablar aquí de un derecho fundamental a la dignidad, que no significaría otra cosa que el derecho a ser considerado como persona, o, para emplear la formulación de Anna Ahrend que tanto éxito ha tenido últimamente: el derecho a tener derechos. Y, obviamente, como nos movemos en un plano completamente abstracto, la protección de ese valor (la dignidad sin ninguna determinación específica) no se traduce en ninguna articulación normativa del tipo que podemos encontrar en relación con los derechos fundamentales en el sentido más estricto de la expresión (el derecho a la libertad de expresión, a la intimidad personal o a la educación). Es importante insistir en que eso no quiere decir que no haya consecuencias prácticas (normativas) del reconocimiento de la dignidad, sino que ellas no están (no pueden estar) técnicamente articuladas (si hablamos

1 *Vid. Manuel Atienza, "Sobre el concepto de dignidad humana" en el libro colectivo Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, Barcelona: Civitas, 2009; y Manuel Atienza, "El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias", en el libro colectivo De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico, Barcelona: Civitas, 2017.*

del derecho a la dignidad sin más) de la misma manera que lo están lo que solemos llamar derechos fundamentales. Pero, por ejemplo, no parece discutible que la idea de dignidad (la respuesta que demos a la pregunta de qué propiedades son definitorias de la dignidad, si se trata de propiedades graduables o no, etc.) es de gran importancia a la hora de interpretar o de precisar el alcance de los derechos fundamentales (de cualquiera de ellos).

Ahora bien, si lo que buscamos es propiamente ver en qué sentido la noción de dignidad es constitutiva de lo que solemos entender por derechos fundamentales (no solamente el papel que pueda jugar a la hora de interpretarlos, de desarrollarlos, etc.), entonces tenemos que centrarnos en el segundo de los sentidos o de las funciones de la dignidad, al que antes me refería: el que hace referencia a las consecuencias normativas y valorativas de la dignidad. Y ahora sí que aparecen los derechos fundamentales en el sentido estricto de la expresión. Más exactamente, habría que decir que todos los derechos fundamentales vienen a ser una manera de articular normativamente la protección de la dignidad (el componente axiológico de la noción de derecho fundamental contiene siempre algo del valor de dignidad). Y que en algunos de ellos ese componente valorativo adquiere una mayor visibilidad o está más inmediatamente conectado con el contenido normativo del derecho. A la hora de identificar esa clase de derechos fundamentales más vinculados con la dignidad, uno pensaría en los llamados "derechos de la personalidad" o en las garantías procesales; pero si (como hemos hecho en el punto anterior) el acento lo ponemos también en la idea de una "existencia digna", a los anteriores habría que agregar también los llamados "derechos sociales", los dirigidos a garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos, y a los que debe reconocerse prioridad frente a todos los otros: sin ellos, no tendrían sentido los derechos que consideramos más vinculados a la libertad o a la igualdad. Luego volveré sobre este punto.

IV.

Si aceptamos entonces, como aquí he hecho, que la dignidad constituye en cierto modo el fundamento de todos los derechos, resulta de importancia decisiva precisar ese concepto, al menos por lo que se refiere a estos dos aspectos. Hay que mostrar que no se trata simplemente de una idea vacía, sino que tiene algún contenido; si no fuera así, estaríamos fundamentando los derechos precisamente en el vacío. Y hay que aclarar cómo se relaciona el valor de la dignidad con los otros grandes valores a los que también se reconoce un papel de fundamentación de los derechos; acabo de mencionar dos que parecen pertenecer a ese núcleo duro: la libertad y la igualdad.

Anteriormente he señalado ya que en la idea de dignidad se pueden distinguir dos contenidos normativos básicos, que vinculaba a los dos sentidos en los que se suele hablar de principio: en cuanto principio de acción, la dignidad prohíbe (u ordena) cierto tipo de trato; y en cuanto principio dirigido a alcanzar cierto estado de cosas, la dignidad supone que todas las personas (los seres dotados de dignidad) deben tener cubiertas sus necesidades básicas.1 Esa manera

1 Es una noción coincidente con la que ha defendido recientemente Rodolfo Vázquez y que a este autor le lleva a conceder una prioridad a la dignidad frente a la autonomía: "Ser tratado con dignidad significa, por una parte, ser tratado sin crueldad y sin humillación (liberalismo del miedo), y, por otra, ser tratado igualitariamente, sin discriminación, y en la satisfacción de las necesidades biopsíquicas básicas (liberalismo de la igualdad). Ambas nociones de dignidad, deben entenderse como condiciones necesarias para el ejercicio de la capacidad

de entender la dignidad viene a coincidir con el imperativo categórico kantiano (la segunda de sus formulaciones) o, si se quiere, es una interpretación del mismo. Kant lo expresaba así: "obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio"114 (Kant 1973:84). Con cierta frecuencia se ha sostenido que esa es una noción puramente formal o que, en todo caso, no añade nada a la de autonomía, pero ambas afirmaciones deben ser revisadas.

Con respecto a la primera, Javier Muguerza ha insistido mucho en los últimos tiempos en que el imperativo de los fines kantiano (la segunda formulación que se acaba de recordar) no es puramente formal, sino que tiene un contenido, aunque el mismo, en su opinión, sea de carácter negativo. Bajo su apariencia de oración gramaticalmente afirmativa (en la enunciación que le da Kant), Muguerza cree descubrir un sentido negativo: "no nos dice en rigor 'lo que' debemos hacer, sino más bien lo que 'no debemos', a saber, no debemos tratarnos, ni tratar a nadie, a título exclusivamente instrumental"2. Pues bien, yo creo que Muguerza (que fundamenta los derechos humanos en ese imperativo, al que denomina a veces "imperativo de la disidencia") tiene razón en que la fórmula supone un contenido (hablar de "contenido abstracto" no es un oxímoron), sobre todo cuando se repara en el "solamente" del enunciado: o sea, lo prohibido no es tratar a otro (o a uno mismo) de manera instrumental, sino tratarle solamente como un instrumento, sin reconocerle la condición de fin en sí mismo[3]. Pero pienso, al mismo tiempo, que hay buenas razones para considerar que ese contenido no tiene por qué verse en términos exclusivamente negativos; o, si se quiere, no parece que tenga ninguna relevancia conceptual el que uno elija una formulación negativa (como hace Muguerza) o bien positiva (como aparece en Kant)[4].

Y en relación con la autonomía, yo creo que si este último valor lo entendiéramos, digamos,

autonómica del ser humano" (Rodolfo Vázquez, Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015, p. 45). He analizado la tesis de Vázquez (con la que básicamente estoy de acuerdo) en Manuel Atienza, "Un comentario sobre el concepto de dignidad", en el libro colectivo Entre la libertad y la igualdad. Ensayoscríticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez, Tomo I, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2017. En mi opinión, la formulación de Vázquez es básicamente coincidente con la de Dworkin ("tratar a todos con la misma consideración y respeto") y ambas vienen a ser reformulaciones del imperativo categórico kantiano. En el texto me referiré a ello.

1 I. Kant, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, traducción de M. García Morente, Madrid: Espasa-Calpe, 1973, p. 84

.

2 Vid. Javier Muguerza, Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Argés, 1998, p. 64. Sobre esto puede verse Manuel Atienza, "La filosofía del derecho de Javier Muguerza" en el libro Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2016.

3 Algo muy importante para entender que lo que la Iglesia católica llamó el "bebé-medicamento" (engendrar un niño para poder proceder a un trasplante –sin afectar a la salud del bebé- que salvara la vida de un hermano mayor) no supone en absoluto un atentado contra la dignidad. Al igual que la maternidad por subrogación, en mi opinión, no implica tampoco necesariamente afectar a la dignidad de la gestante (menos aun a la del niño gestado). Vid. sobre esto Manuel Atienza, "El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias", cit.

4 Sobre esto, vid. Ernesto Garzón Valdés, "Acerca del disenso (La propuesta de Javier Muguerza)", en Javier Muguerza, Ética, disenso y derechos humanos, cit.

en un sentido meramente liberal (equivalente a libertad de elección), entonces autonomía y dignidad no significarían lo mismo, sino que la dignidad pondría precisamente un límite al ejercicio de la autonomía: una decisión tomada libremente por un individuo podría ir en contra de su dignidad o de la dignidad de los otros. Pero esta no es la única manera de entender la autonomía y, en particular, no es la que se puede encontrar en Kant, en la tercera formulación del imperativo categórico. Como se sabe, el imperativo categórico kantiano tiene varias formulaciones. La primera, el imperativo de la universalidad, ordena obrar de modo que quisiéramos ver convertidas en leyes universales las máximas de nuestra conducta. La segunda es el imperativo de los fines al que me acabo de referir. Y la tercera, el imperativo de la autonomía, ordena que deben rechazarse todas las máximas que no puedan compadecerse con la propia legislación universal de la voluntad, o sea, establece que la voluntad sólo está sometida a las leyes de las que ella misma pueda considerarse autora. En definitiva, los tres valores aquí concernidos son el de igualdad (la universalidad implica que todos deben ser tratados por igual si están en las mismas condiciones), dignidad y libertad (entendida esta última como autodeterminación, no simplemente como ausencia de coacción). Pero Kant pensaba que en realidad se trata de "tres…maneras de representar el principio de la moralidad [que] son, en el fondo, otras tantas fórmulas de una y la misma ley, cada una de las cuales contiene en sí a las otras"1 . De manera que, así entendidos, no tendría sentido poner a alguno de esos valores o principios por encima de los otros dos; los tres constituyen una unidad compleja: la ley moral.

V.

Y esto nos lleva al cuarto conjunto de preguntas. Dejemos de lado la cuestión de si las propiedades que constituyen la dignidad son o no graduables; de si puede decirse, por ejemplo, que los animales (ciertos animales) poseen algo de dignidad. Y concentrémonos en las consecuencias normativas que parecen seguirse del juicio de que los seres humanos (insisto: no entremos en quién es o en desde cuándo y hasta cuándo se es ser humano) poseen dignidad. Dado que, como antes veíamos, las razones vinculadas con la dignidad tienen un carácter absoluto, eso querría decir que no pueden ser ponderadas con otras razones. El deber de tratar a cualquiera de acuerdo con su dignidad humana no está sujeto a excepciones pero, sin embargo, sí que nos parece intuitivamente aceptable hablar de límites (justificados) a la libertad o a la igualdad de los individuos[2]. Y si las cosas son así, entonces sí que parece tener sentido afirmar que la dignidad es el valor último del ordenamiento jurídico (de la moral) y que, en consecuencia, tendría un carácter más básico que la libertad o la igualdad. La dignidad sería el único valor absoluto.

---

1 I. Kant, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, cit. p. 94.

2 Aunque no todos ven así las cosas. En un trabajo bastante influyente sobre la dignidad en la Constitución español, Jesús González Pérez ("La dignidad de la persona en la jurisprudencia constitucional", en Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, nº 62, 1985) afirma lo siguiente: "Ante la degradación de que hacen gala los administrados en defensa del aborto, de la homosexualidad, del pacifismo o de tantas otras banderas tan de moda en el mundo, es muy difícil respetar una dignidad que no se respetan a sí mismos aquellos frente a los que ha de emplearse la fuerza física. Y hasta en casos límite no existe otro remedio que emplear medidas no muy en armonía con la dignidad de la persona. Como cuando los agentes del orden tienen que coger violentamente y echan materialmente en el coche celular, como si fuera una cosa, a quien es una persona" (p. 139).

Creo, sin embargo, que cuando se afirma esto último, no se repara en que las nociones de igualdad y de libertad no se están tomando en lo que podríamos llamar su sentido más profundo. Quiero decir que si entendemos, por ejemplo, que en alguna ocasión puede estar justificada una medida de acción afirmativa, entonces estamos aceptando que (pongamos) un varón sea tratado peor que una mujer (que sea "discriminado" por razón de su sexo) pero en un sentido, por así decirlo, superficial o aparente. O sea, la medida (si la entendemos justificada) no puede suponer un atentado contra el sentido más profundo de la igualdad: no puede significar tratar a alguien con menor consideración y respeto que a los demás. Y algo parecido podría decirse en relación con los límites a la libertad de expresión, de manifestación, etc.

De manera que tanto en relación con la igualdad y la libertad como respecto a la dignidad cabe trazar una distinción entre dos dimensiones o dos niveles. En el nivel más profundo –el que consideraba Kant- la igualdad, la dignidad y la libertad vienen a ser formas distintas de una misma ley moral. Ahí no cabe establecer prioridades, ponderar, aunque eso no quiera decir tampoco que se niegue la existencia de conflictos morales, e incluso de conflictos trágicos, irresolubles; podría haberlos, pero no sería entre valores distintos. Pero hay también otro nivel o dimensión que corresponde a la traducción de esos principios-valores en derechos fundamentales concretos. Por ejemplo, en relación con la autonomía, el derecho a la libertad de expresión, a la libertad religiosa, etc. Y en relación con la dignidad, el derecho a la intimidad, al honor, a la integridad personal… En ese nivel de los derechos fundamentales sí que se puede decir que ninguno de ellos tiene un carácter absoluto: pueden ser ponderados entre sí con el resultado de que cualquiera de ellos puede resultar derrotado dada cierta correlación de circunstancias. Pensemos, por ejemplo, en un conflicto entre la intimidad y la libertad de expresión.

En conclusión, la dignidad no es un valor que esté por encima de la igualdad o la libertad, cuando se entienden estos dos últimos valores o principios también en su sentido más profundo. Pero es cierto que así como las expresiones "libertad" e "igualdad" aparecen usualmente en los nombres que utilizamos para referirnos a los derechos fundamentales que derivan directamente de esos valores ("libertad de expresión", "igualdad ante la ley", etc.); no ocurre otro tanto en relación con "dignidad", que es un término que no figura en los derechos que derivan específicamente de la dignidad[1]. En ese sentido, pero sólo en ese sentido, sí que podría decirse que la dignidad opera como un límite en relación con la igualdad y la libertad, como el valor último del ordenamiento.

VI.

Las últimas cuestiones plantean problemas de gran calado teórico, pero razones de espacio me obligan a dar a las mismas una contestación extremadamente concisa (e insuficiente).

La inclusión en la Constitución de 1978 de una noción inequívocamente moral (no es la única) como la de dignidad, y el papel destacado que juega en ese texto y en el conjunto del ordenamiento jurídico, es una "prueba", por así decirlo, de la insuficiencia del positivismo jurídico (en cualquiera de sus versiones) para dar cuenta de los Derechos del Estado

1 La excepción (en nuestra Constitución) sería el derecho a una vivienda digna que, como sabemos, no es un derecho fundamental en el sentido más estricto de la expresión (no goza de la máxima protección).

constitucional. Simplemente, la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral no puede sostenerse dado que identificar una norma como jurídica o interpretarla necesariamente involucra argumentaciones que, en parte, tienen carácter moral. Pero eso no significa que nuestra Constitución (y, en general, todas las constituciones contemporáneas) deba pensarse en clave iusnaturalista. Entre otras cosas, porque la dicotomía entre iusnaturalismo y positivismo jurídico es una falsa dicotomía. Tal y como yo veo las cosas, así como el fenómeno de la positivización del Derecho que culminó en algunos países europeos hacia finales del XVIII significó el final del iusnaturalismo y la irrupción del positivismo jurídico, la constitucionalización del Derecho que ha tenido lugar en las últimas décadas en muchos países del mundo occidental ha acabado a su vez con el positivismo jurídico. Y lo que hay que poner en su lugar (lo que se está construyendo en los últimos tiempos) es una concepción postpositivista del Derecho que incorpora un cierto dualismo interno, en el sentido de que trata de articular la dimensión autoritativa del Derecho (el Derecho como conjunto de normas válidas) con la de carácter axiológico (el Derecho en cuanto práctica social dirigida al logro de ciertos fines y valores)[1].

La dignidad humana es uno de esos valores y (retomando la sugerencia kantiana) es posible un entendimiento de la misma que integre también a los otros: a la libertad y a la igualdad. Así, en mi opinión, el núcleo de la dignidad puede hacerse residir en el derecho y la obligación que tiene cada individuo (cada ente moral) de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite obviamente una pluralidad de formas, de maneras de vivir; aunque no cualquier forma de vida sea aceptable) y, al mismo tiempo, en la obligación, en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo. Pero conviene hacer dos aclaraciones a lo anterior. La primera es la necesidad de no confundir la idealidad del Derecho con su funcionamiento real: la práctica jurídica puede alejarse mucho de la dignidad humana, e incluso es posible que una parte (no anecdótica) de esa práctica contribuya precisamente a todo lo contrario: a hacer imposible una vida en condiciones de dignidad. Y la segunda es una llamada a la cautela (dirigida sobre todo a autores postpositivistas) para no aproximar excesivamente el Derecho a la moral. Se trata, de nuevo, de conceptos conjugados, pero distintos. La noción de dignidad que acabo de exponer se sitúa esencialmente en el plano de la moral, establece lo que es moralmente exigible. Pero las exigencias del Derecho son –tienen que ser- más modestas: la función del Derecho no puede ser la de asegurar la completa realización de la moral, sino, simplemente, la de contribuir a hacer posible la moralidad, facilitar que cada individuo, cada persona, pueda desarrollar al máximo sus potencialidades.

1 He desarrollado esa concepción del Derecho en Manuel Atienza, Filosofía del Derecho y transformación social, Madrid: Trotta, 2017.

Breves considerações sobre o NEOCONSTITUCIONALISMO

Por Inácio Luiz Martins Bahia
Advogado

Resumo

A centralidade da Constituição é um fato muito relevante no Estado Democrático de Direito, onde a sociedade exige que os direitos fundamentais que estão previstos na Carta Magna sejam efetivados e observados, pois se constituem em direitos humanos. A visão do Neoconstitucionalismo se traduz justamente em aproximar a Moral ao Direito, fazendo com que os princípios constitucionais tenham imediata aplicação, especialmente para solução de conflitos difíceis (*hard case).*

Palavra-chave: Direito Constitucional. Constituição. Princípios. Regras

Abstract

The centrality of the Constitution is a very relevant fact in the Democratic State of Law, where society demands that the fundamental rights that are set forth in the Constitution are enforced and observed, since they constitute human rights. The vision of Neo-constitutionalism is precisely to bring Moral closer to the Law, making the constitutional principles have immediate application, especially for solving difficult conflicts (*hard case).*

Key word: Constitutional right. Constitution. Principles. Rules

Sumário: 1. Introdução; 2. Qualificação do termo Neoconstitucionalismo; 3. Considerações que definem o Neoconstitucionalismo; 4. Recepção do Neoconstitucionalismo no Brasil; 5. Nova interpretação constitucional; 6. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

Os Estados constitucionais foram idealizados para estatuir, garantir e protegerdireitos fundamentais das pessoas, se contrapondo ao poder estatal, no caso monárquico, que imperava e ditava as regras de direitos e deveressobre seus cidadãos.

A Constituição, como carta política foi imposta ao soberano para que o mesmo respeitasse os cidadãos, propiciando o aparecimento do Estado de Direito, que no dizer de **Edwin Figueroa Gutarra**[1]em seu artigo

1 Doutor em Direito. Juiz Titular Lambayeque, Peru. Professor Associado da Academia da Magistratura do Peru. Docente da área Constitucional pela Universidade San Martín de Porres, Lambayeque; DD.HH. em Washington College of Law da American University e Universidade da Espanha, Cádiz. Texto extraído do blog:http://edwinfigueroag.wordpress.com, acessado em 18/01/2018

Dimensiones Del Estado Neoconstitucional assinala:

> *"El Estado de Derecho representa una forja indudable en el escenario contemporáneo, sea el nombre que se le hubiere asignado: Rechtstaat para la visión germana del derecho, Etat de Loi para la concepción gala, y Rule of Law para el derecho anglosajón. Así Rainer Grote señala:*
>
> *"No obstante un número de diferencias relativas a sus implicaciones y políticas, a las que se hará referencia con mayor detalle en secciones posteriores de este ensayo, los conceptos de "rule of law', "Rechtsstaat" y "État de droit" comparten un concernimiento común por el control del poder político basado en la percepción de la falibilidad y arbitrariedad inherente del ser humano, un concernimiento que ya había sido discutido en las obras de los filósofos antiguos, de los cuales el más notable fue Aristóteles para quien el gobierno por la ley es superior al gobierno por los hombres".*
>
> *El Estado de Derecho representa una visión construida a partir del término de las revoluciones europeas, hacia mediados del siglo XIX, cuando los Estados europeos, tras guerras sucesivas, van inclinando su situación política hacia un statu quo de relativa mayor estabilidad fundamentalmente política. El simple Estado de Derecho deviene en un Estado social a partir del mensaje de las revoluciones europeas por los derechos de los ciudadanos. El poder omnímodo del monarca ya había quedado rezagado desde bastante atrás, cuando Juan sin Tierra en 1215 se ve instado, sin retroceso, a aceptar una carta mínima de derechos a favor de los ciudadanos anglosajones frente al poder de los normandos, consagrándose, por primera vez, el derecho al debido proceso. A su vez, Jacobo I retrocede, aunque provisionalmente y nada convencido, cuando Sir Edward Coke, en el conocido caso Bonham vs. Henry Atkins, George Turner, Thomas Mounford y otros, en el año 1610, determina con claridad que los derechos de los ciudadanos deben ser regulados por los valores supremos que representa el Common Law."*

Para FERRAJOLI (2002)[1] o Estado de Direito é:

> *"[...] um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições ecaracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qualtodo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado asleis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cujaobservância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delasseparados e independentes [...]; b) no plano substancial pela funcionalização detodos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos,por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicoscorrespondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade edas obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativospoderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária. [...] a primeira destas duascondições representa a fonte de*

1 *FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: _____ Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 688-742.*

legitimação formal de qualquer poder; a segunda,a sua fonte de legitimação substancial."

Nota-se a necessidade da previa existência de uma lei para o Estado de Direito efetivar a garantia de direitos fundamentais,ficando a Constituição apenas com um significado de carta programática desses direitos a serem regulados em lei (positivismo jurídico).

O positivismo jurídico concentra o poder no Legislativo, o qual deve criar leis para justificar o agir desse Estado de Direito[1]

> *"A concepção do direito próprio do Estado de Direito, do princípio da legalidade e do conceito de lei do qual falamos era o 'positivismo jurídico' como ciência da legislação positiva. A idéia expressada por esta fórmula pressupõe uma situação histórica concreta: a concentração e a produção jurídica em uma única na instância constitucional, a instância legislativa. Seu significado supõe uma redução de tudo o que pertence ao mundo do direito – isto é, os direitos e a justiça – ao disposto pela lei. Esta simplificação conduz a conceber a atividade jurídica como um mero serviço à lei, ainda que não tão simples exegese, ou seja, que conduz a uma pura e simples busca pela vontade do legislador"*

Após a 2ª Guerra Mundial, os países viram que o Estado legislativo (Estado de Direito) permitia que o ordenamento jurídico criasse situações de desrespeito aos direitos fundamentais do Homem, cuja Constituição não passava de mera carta programática de intenções, surgindo então um movimento denominado de Neoconstitucionalismo, cuja centralidade é a Constituição como norma efetiva de seus preceitos, que influencia todos os Poderes, especialmente as Cortes Constitucionais para a solução de casos difíceis que o Poder Legislativo não tenha debatido, ou interesse em debater, dada a polemica que ocorre na sociedade.

Nesse breve estudo analisaremos como o Neoconstitucionalismo foi idealizado, seu conceito, a interpretação constitucional baseada na centralidade da Constituição, a aplicação dos princípios como regras e a reflexão desse tema na jurisdição constitucional.

2. QUALIFICAÇÃO DO TERMO *NEOCONSTITUCIONALISMO*

Antes de tratar da qualificação do termo Neoconstitucionalismo é necessário fixar uma explicação do que seja Constituição e Constitucionalismo.

A Constituição[2] é o documento de cunho político que cuida da organização, estruturação e funcionamento de um Estado. Embora as primeiras constituições (assim denominadas e estudadas por Aristóteles e Platão) tenham surgido

---

1 ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho dúctil. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 33.

2 "Una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino paragarantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expressar la existencia de un demos, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contraria, la de garantizar, através de aquellos derechos, la convivência pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en la libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías". FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. (org) Neoconstitucionalismo(s). p. 28.

na Antiguidade, as Constituições atuais foram elaboradas baseando-se nos pensamentos que se desenvolveram a partir do século XVIII com o movimento político, cultural e científico do Iluminismo.

Dessa forma, não apenas tratavam da matéria estatal, mas passaram a enumerar direitos e a instituir garantias que defenderiam tais direitos. Assim, as Constituições foram usadas para positivar direitos políticos, sociais e econômicos, chegando aos nossos dias a proteger até direitos ligados ao meio-ambiente.

O Constitucionalismo foi e é o movimento que buscou expandir a adoção de Constituições em todo o mundo, seguindo as teorias liberais. Assim, países como a França e os Estados Unidos passaram a servir de exemplo para que outras nações adotassem modelos Constitucionais de organização do Estado. Tal movimento ficou conhecido também por, indiretamente, promover a consciência a necessidade das nações de positivarem seus direitos numa Lei Maior, criando garantias capazes de defendê-los, com o objetivo de estabelecer Estados com governos moderados, incapazes de cometer abusos contra os indivíduos.

Nos dizeres de Regina Quaresma e Maria Lúcia e Paula Oliveira no seu texto "*Neoconstitucionalismo: Contextualização e Perspectivas*" (p. 881):

> "*A Constituição Política, entendida como lei fundamental do Estado, que sistematiza o modo de aquisição e o exercício do Poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites e sua ação, é o resultado, justamente, de um fenômeno histórico-cultural ocorrido na transição do Antigo Regime para a Modernidade. A esse movimento denomina-se, justamente, constitucionalismo.*".

Podemos entender que o Neoconstitucionalismo é o conjunto de teorias que apresentam um ponto em comum nos seus desenvolvimentos: a percepção de que na maioria dos países está ocorrendo um aumento do uso da Constituição para a resolução de conflitos que não são da área constitucional.

Essa interferência do Direito Constitucional, baseada na interpretação e na aplicação de princípios constitucionais em decisões de outros ramos do Direito, vem gerando uma nova perspectiva na análise do Direito, a qual ameaça sobremaneira qualquer explicação jurídica lastreada no positivismo, pois a aplicação do Direito estaria se tornando cada vez mais principiológica, melhor dizendo, baseada na aplicação dos princípios quando o casoa ser julgado contiver consideração sensível (difícil) cujo debate ainda não foi feito no Parlamento.

Como afirma Daniel Sarmento no seu texto "*O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*" (p. 299):

> *"Neste modelo, cabe ao interprete não só aplicar diretamente os ditames constitucionais às relações sociais, como também reler todas as normas e institutos dos mais variados ramos do direito à luz da Constituição, emprestando-lhes o sentido que mais promova os objetos e a axiologia da Carta."*

A Constituição é documento político; Constitucionalismo é um movimento político e cultural e o Neoconstitucionalismo é um conjunto de teorias, que tentam explicar e conceituar os novos usos dados aos princípios fundamentais constitucionais.

O termo Neoconstitucionalismo pode ser cunhado, no dizer do insigne Ministro Luis Roberto Barroso[1] que é entusiasta dessa nova leitura constitucional, como uma estrutura que não é nova, mas ampla para ser aplicada em todos os ramos do Direito dada a centralidade da Constituição, que expande a maneira da interpretação na jurisdição constitucional:

---

1 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>.

"O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aquidesenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas noEstado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i)como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cujaconsolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marcofilosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e areaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto demudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão dajurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processoextenso e profundo de constitucionalização do Direito".

Repita-se, não se trata de nova modalidade de expressão a respeito da Constituição, mas tão somente colocar a Carta Magna como efetiva regra que influencia todos os direitos, o qual garante e efetiva os direitos mínimos das pessoas,cujo efeito expansivo das normas constitucionais se irradia por todo o sistema jurídico (ordenamento), passando a condicionar a validade e sentido de todas as normas infraconstitucionais de todos os ramos do Direito, repercutindo na atuação dos três Poderes da República, inclusive nas relações entre particulares:

a. No **Poder Legislativo**: a constitucionalização impõe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais;

b. No **Poder Executivo** (Administração pública): limitar a discricionariedade do gestor; impor dever de atuação, e fornecer fundamento de validade para a pratica de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário;

c. No**Poder Judiciário**: servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental ou concentrado); condiciona a intepretação de todas as normas do ordenamento jurídico de acordo com os princípios constitucionais;

d. **Nas relações entre particulares:** a norma constitucional estabelece limitações a autonomia da vontade do particular, a exemplo das áreas como liberdade de contratar e uso da propriedade privada, subordinando esses valores ao respeito dos direitos fundamentais.

Esse processo anterior de um Estado legislativo (Estado de Direito) é transformado para a nova visão do Estado constitucional, sendo que nesse cenário se efetiva plenamente as garantias contidas na Constituição.

2.1 Cunhagem do termo Neoconstitucionalismo pelos juristas italianos

O termo Neoconstitucionalismo é uma expressão que surgiu no final da década de 1990 e é empregada, pioneiramente, pelos jusfilósofos de Genova: Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci e Mauro Barberis. Na verdade, para ser ainda mais preciso, o termo teria sido utilizado, pela primeira vez, durante a intervenção de Pozzolo no XVIII Congreso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, realizado em Buenos Aires e La Plata, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997.

Segundo esclarece a autora genovesa,

> *"embora seja certo que a tese sobre a especificidade da interpretação constitucional possa encontrar partidários em diversas dessas disciplinas, no âmbito da Filosofia do Direito ela vem defendida, de modo especial, por um grupo de jusfilósofos que compartilham um modo singular de conceber o Direito. Chamei tal corrente de pensamento de neoconstitucionalismo. Me refiro, particularmente, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e, em parte, Carlos Santiago Nino".*

Desde então, muito se tem escrito e debatido a respeito do denominado Neoconstitucionalismo, que se expandiu pela Europa, sobretudo na Itália e na Espanha, e alcançou a América Latina, onde conta com, cada vez mais, novos adeptos e seguidores especialmente no Brasil.

Para o Min. Barroso a designação de Neoconstitucionalismo identifica o constitucionalismo democrático pós-segunda guerra mundial, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista[1], marcada:

- Pela força normativa da Constituição
- Pela expansão da jurisdição constitucional
- Por uma nova hermenêutica constitucional (interpretação constitucional)

Esses pontos se refletirão na nova interpretação constitucional brasileira, a qual possibilitou a resolução de casos sensíveis (difíceis) na sociedade, *vg.*interrupção da gravidez por anencefalia, cujo caso foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil[2].

2.2. Uso exclusivo pelos países Ibero Americanos

O mexicano MIGUEL CARBONELL organizou duas coletâneas com grande difusão no Brasil: *Prólogo à obra Neoconstitucionalismo(s)*, *2003* e *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos, 2007.*

O termo é utilizado com frequência na doutrina espanhola e italiano, embora não seja empregado nos debates dos juristas alemães e norte-americanos. Daí que se cunhou a ideia que essa palavra tem utilidade Ibero Americana em decorrência desses estudos.

---

1 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Ed. Saraiva, 2015, p. 320

2 Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram a ADPF improcedente.<Extrato do resultado extraído do sitio http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>

No Brasil esse termo[1] também é utilizado por diversos autores, tais como: Min. Luis Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck, Antonio Cavalcanti Maia, Ana Paula de Barcellos, Diogo Figueiredo Moreira Neto, Paulo Ricardo Schier, Eduardo Moreira, Écio Otto Ramos Duarte, Thomas Rosa de Bustamente entre outros.

3. CONSIDERAÇÕES QUE DEFINEM O *NEOCONSTITUCIONALISMO*

O Neoconstitucionalismo é um modo de descrever o direito como ele é praticado. É um cenário de superação do formalismo jurídico, do advento de uma cultura pós-positivista com a centralidade da Constituição. No campo do Direito Constitucional a força normativa da Constituição com expressão da jurisdição constitucional é nova forma de interpretação da Constituição.

Segundo Miguel Carbonell[2],

> *"o Neoconstitucionalismo desdobra-se em três planos de analise que se conjugam: o dos textos constitucionais, que se tornaram mais substantivos e incorporam amplo elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais, que passaram a recorrer a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área de direitos fundamentais; e o do desenvolvimentos teóricos de autores que, com as suas ideias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas participaram da sua própria criação."*

Esses planos sugeridos sobre o Neoconstitucionalismo vieram a mudar a forma como a Constituição era entendida, e por essa razão, podemos caracterizar três considerações (modos) ou balizas a respeito de como esse tema pode ser compreendido.

3.1. Consideração histórica

A Constituição nem sempre foi dotada de efetividade de seus termos, pois antigamente era entendida como uma carta política ou carta de estipulação de valores (norma programática) dirigida ao governante, legislador, para que pudesse implementar na sociedade direitos fundamentais que seriam regulados por leis ordinárias, não podendo ser aplicada diretamente pelo Poder Judiciário.

Havia a soberania do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral.

A partir dos anos 40 inspirado no modelo americano, surge um novo modelo de visão da Constituição: o da supremacia da Constituição, cuja formula envolvia a constitucionalização dos direitos.

Na Europa, após a Segunda Grande GuerraMundial, onde prevaleceu ditaduras (nazismo e fascismo) com o respaldo de teoria da prevalência da lei. O nazismo e o fascismo acreditavam que a Constituição era apenas um documento político sem força normativa – concepção políticada Constituição desenvolvida por Carl Schimitt.

Para Carl Schimitt a Constituição era a decisão política fundamental de um povo, visando: organização do Estado e previsão dos direitos fundamentais. A lei posta (positivismo) era a senhora e regente dos atos

1 SARMENTO Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. Ed.Lumens. Rio de Janeiro, 2009, p. 129

2 CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: Elementos para um definición. In: Eduardo Ribeiro Moreira e Mauricio Pugliesi. 20 Anos da Constituição Brasileira. São Paulo. Editora Saraiva, 2009, p. 197-208

realizados pelos governantes. Tanto isso é verdade que no Tribunal de *Nurenberg* os nazistas presos arguiram em sua defesa que eles fizeram tudo aquilo de acordo com a lei.

Nunca é demais salientar que até a Segunda Guerra Mundial prevalecia na Europa a cultura jurídica positivista total, isto é, a lei editada pelo Parlamento era fonte principal do Direito, e não atribuía força normativa a Constituição, pois os termos constitucionais serviam como inspiração ao legislador em criar normas; o Poder Judiciário não podia invocar as regras constitucionais na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis existentes, pois eram entendidas como normas programáticas.

Devemos lembrar como marco histórico, a mudança de entendimento a respeito do positivismo na Alemanha, que ocorreu sob a vigência da Lei Fundamental (Constituição de 1949), impulsionado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional do país, que construiu teorias importantes como: a Constituição como ordem de valores, em cujo centro situa-se o princípio da dignidade humana, que se irradia por todo o ordenamento jurídico. Daniel Sarmento faz menção sobre esse aspecto em seu livro "*O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*", indicando o aprofundamento da teoria pela leitura de Dieter Grimm, no livro "*Human Rights and Judicial Review in Germany", Dodrecht:Martin Urjhoff, 1994.*

3.2. Consideração filosófica

A teoria do Direito Natural é a que mais tempo explicou o sentido metafisico do Direito, o qual era positivado e concreto (legitimidade moral).

Aa ruina ao Jusnaturalismo ocorreu com o positivismo jurídico que se afastou de ciências correlatas (sociologia, economia, religião etc), passando a apenas analisar a lei própria baseando em uma Teoria Pura do Direito (norma hipotética fundamental, que encerra o mandamento superior a Constituição, cuja camadadaria sentido logico jurídico a Constituição e as normas).

Entretanto essa positivação ao extremo, que não consegui garantir a proteção dos direitos fundamentais possibilitou as grandes atrocidades da 2ª Grande Guerra, surgindo a crise do positivismo no Estado de Direito, o qual possibilitou o nascimento do Estado Constitucional de Direito.

Essa passagem pode ser vista da seguinte forma:

> "*El paso del Estado legislativo al constitucional presupone la afirmación del caráter normativode las constituciones, que pasarán a integrar un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible, en línea de principio, para todos los poderes del Estado. Las normas constitucionales son vinculantes – de modo que queda infinitivamente superada la imagen débil de la juridicidad constitucional característica del período liberal – al ser situadas por encima de los poderes del Estado y fuera del campo de acción y pugna política. El constitucionalismo de este siglo no es sino un intento de superar esta debilidad estructural de lo jurídico. La afirmación del carácter jurídico e inmediatamente vinculante de la constitución, su* rigidez *y la calificación de determinados referentes jurídicos, como son los derechos fundamentales, vinculantes a todo poder, son ejemplos de este proceso*".[1]

No dizer de Gustavo Zagrebelsky (2005, p.34)[2]"*La ley, por primera vez en la época moderna, viene*

1 *PEÑA FREIRE, Antonio Manuel La garantia en el Estado constitucional de derecho. p. 59.*
2 *ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho dúctil. p. 34.*

sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución."

Daí que o debate Neoconstitucionalista trouxe os seguintes elementos para discussão:

- O marco é o pós-positivismo (segurança do direito positivado junto com a questão moral e ética do direito fundamental), com uma síntese entre a união da questão de ética e moral prevista no Jusnaturalismo, que trata do critério de justiça e o positivismo

- Regras jurídicas são próprias do positivismo jurídico – traduzem uma conduta do homem a ser seguida, e por essa definição essas regras servem para resolver os conflitos existentes onde a norma se aplica totalmente (subsunção), mas para os casos difíceis (sensíveis) não regulados, como decidir?

- Princípios tem semelhança as regras jurídicas, só que estabelecem metas a serem alcançadas, pois não estabelecem condutas, mas valores sociais. A Constituição é uma norma jurídica ou não?

- A Constituição não é uma carta de valores, e o seu conteúdotem ou não aplicação imediata?

- O Direito se aproxima da Moral

- Aplicação, exclusiva ou preponderante, dos princípios no lugar da aplicação de regras é fato concreto?

- preferência normativa ou teórica por determinado tipo de princípio a ser aplicado a um caso sensível, que exigiria um método diferente de aplicação da norma (ponderação). Pode haver colisão entre princípios?

3.3. Consideração teórica

O Neoconstitucionalismo estatui, como base teórica de sua forma de aplicação da Constituição, algumas formas de interpretação para produzir uma solução "constitucionalmente adequada" ao problema a ser resolvido, pois tais cláusulas possuem conteúdo aberto e de princípios, tendo como norte as ideias de justiça e a realização dos direitos fundamentais e:

- Reconhecimento da força normativa da Constituição que reduz a margem da força política arbitrária;

- Expansão da jurisdição constitucional, onde a discussão política que tem o foro nos Parlamentos, são levados agora ao Poder Judiciário, considerando que os políticos não querem assumir o ônus do em legislar ou não tenha debatido, ou interesse em debater, dada a polemica que ocorre na sociedade, delegando ao juiz essa competência para resolver o problema

- Aparece uma nova forma de análise de questões sensíveis (minorias) ou casos difíceis (*hard case*), a exemplo das citações, com o uso da técnica de interpretação constitucional da razoabilidade e ponderação (*vg.* Caso Doca Street, mencionado pelo Prof. Barroso – colisão entre o direito de informação e o direito à privacidade, quando o acusado já tinha cumprido a sentença, mas a mídia não o deixava em paz, sempre revolvendo a polemica do julgamento)[1].

Essas balizas são aplicadas pela jurisdição para em complemento às regras possam favorecer o decidir daqueles casos sensíveis (difíceis), onde o princípio da subsunção (aplicação direta da regra jurídica para a solução do conflito) não se apresenta suficiente para resolver os casos, ante a inexistência de uma

---

1 *BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Ed. Saraiva, 2015, p. 370*

regra própria para a situação, que não é alcançada – explicada - de maneira satisfatória pelos métodos de interpretação da lei.

4. RECEPÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

Para se entender como o Neoconstitucionalismo foi abarcado pela doutrina e jurisdição brasileira, percebemos dois momentos distintos, cujo divisor de águas é a promulgação da Constituição Federal de 1988.

4.1 Antes de 1988, a Constituição era apenas uma carta política

No trecho abaixo Daniel Sarmento[1] traz a seguinte reflexão crítica das Constituições anteriores a 1988 do Brasil, *verbis*

> *"O processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição de 88. É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém, na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autenticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas.*
>
> *Exemplo disso não faltam: a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891instituira o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia o direito à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar.*
>
> *(...) Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram prodigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. (...)"*

As Constituições anteriores eram ideologicamente sensíveis ao povo brasileiro para preverem direitos fundamentais no texto constitucional, contudo, as normas e os mecanismos de efetivação desses direitosdependiam de leis em concreto, os quais não tinham qualquer tipo de correlação com a estrutura de governo, pois o Poder Executivo de então exercia papel de dominação na administração da coisa pública e dos cidadãos, muitas vezes não regulando ou mesmo suprimindo a lei de efetivação – as leis não existiam.

4.2. Após 1988, a Constituição efetiva os direitos fundamentais

Daniel Sarmento[2] nos diz

> *"A Assembleia Constituinte de 1987/1988, que corou o processo de*

1 SARMENTO Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. Ed.Lumens. Rio de Janeiro, 2009, p. 123-124

2 Idem, p. 125

redemocratização do país, quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos – aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, Parágrafo 1º), e protegeu diante do próprio poder de reforma (art. 60, Parágrafo 4º, IV). Além disso, reforçou o papel do Judiciário, consagrado a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), criando diversos novos remédios constitucionais, fortalecendo a independência da instituição, bem como do Ministério Público, e ampliando e robustecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade."

O Ministro Luís Roberto Barroso[1], ao tratar da Constituição de 1988, afirma categoricamente a supremacia plena da norma constitucional que

> "é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo pol*ítico majoritário – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral – porque fruto de uma manifestação especial de vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional.*
>
> *(...)Como consequência do princípio da supremacia constitucional, nenhuma lei ou ato normativo – a rigor, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição. Para assegurar essa superioridade, a ordem jurídica concebeu um conjunto de mecanismos destinados a invalidar e/ou paralisar a eficácia dos atos que contravenham a Constituição, conhecidos como controle de constitucionalidade."*

A Constituição de 1988 passa a condicionar a validade e o sentido de todo o ordenamento jurídico brasileiro, onde a fiscalização de validade dessas normas e atos jurídicos em geral passam pelo crivo do Poder Judiciário, o qual vem a ter proeminência a partir de então.

Esta sistemática adotada favorece o processo de judicialização da política, por exemplo, na medida em que conferiu uma gama de legitimados para provocar o Supremo Tribunal Federal para a resolução de conflitosde constitucionalidade (art. 103, da Constituição), sendo que esses legitimados agora possuemrepresentantes da sociedade civil organizada, qualquer partido político com representação no Congresso Nacional, os Governadores dos Estados-membros, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil dentre outros, onde as discussões que não são resolvidas no Parlamento são direcionadas ao Judiciário.

Apenas a título de ilustração quanto ao aspecto do processo de judicialização brasileira com a Constituição de 1988, os pesquisadores Luiz Werneck Vianna e Marcelo Baumann Burgos[2], ao estudarem decisões judiciais proferidas em ações civis públicas em primeira instância, para garantia da efetividade de políticas públicas, constataram esse fenômeno, onde o Poder Judiciário e provocado para resolver toda espécie de conflito – tornar efetiva os direitos fundamentais dentro da sociedade -, pois a sociedade necessita de respostas que não foram respondidas pelo Legislativo que se vê distanciado dessa sociedade, em decorrência da dependência dos interesses do Poder Executivo.

> *"A democracia brasileira é, hoje, um rico laboratório de práticas e deinstituições representativas, a essa altura responsável por mudançassem paralelo na história das relações entre o seu Estado e a sociedadecivil* e na das relações entre os seus

1 *BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Ed. Saraiva, 2015, p. 334*

2 *VIANNA, Luiz Werneck e Marcelo Baumann Burgos. Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, no 4, 2005, pp. 777 a 843.*

sistemas político, *econômicoe social.*

(...) as opiniões e o fluxo das opiniões geradasna sociedade civil não encontram caminhos para se traduzirem emvontade na esfera pública, uma vez que a agenda do Legislativo seacha sob domínio do Executivo, o qual impõe nela a supremacia dosseus objetivos estratégicos em matéria econômica. Nesse sentido, aprópria política social deixa de refletir as expectativas e interesses dasociedade civil organizada, tornando-se objeto de políticas públicasassistencialistas do Estado e dos seus fins de legitimação, inclusive eleitoral.

(...) Com a emergência da multidão de homens comuns, novos interesses e novasexpectativas de direitos passam a se manifestar, e é a partir daí que a"oferta" dos novos institutos, presente na nova Carta, irá encontrar asua demanda – caso que começa a se generalizar com os Juizados Especiais,mas que ganha visibilidade, também, nas Ações Civis Públicas enas Ações Populares. O acesso à Justiça adquire, então, o *status de umdos* tópicos principais das políticas públicas, ocupando boa parte *daagenda da mídia.*

O desmonte do embrião do welfare state brasileiro, o esvaziamento dasinstituições da vida republicana e da vida associativa vão canalizarpara o interior do Judiciário as demandas reprimidas por direitos. Os juízes e demais agentes do sistema passam a exercer papéis cada vez mais identificados com os de engenheiro social ou terapeuta, quandonão com o de prestadores de serviços de cidadania, como nos casos conhecidosdos juízes das Varas de Infância e Juventude e das caravanas volantes dos Juizados Especiais que percorrem os rincões do país e que cumprem papéis substitutivos a serviços próprios do Estado, como ode fazer o registro civil dos cidadãos. À falta de república, como na conhecida afirmação de A. Garapon (1996), o Poder Judiciário aparece como um moderno "muro das lamentações", um equivalente funcionalà decaída institucionalidade do Estado de bem-estar."

A efetividade dos direitos fundamentais pós Constituição de 1988 se torna em uma necessidade para promoção da justiça, igualdade e liberdade, tendo como eixo e centralidade da Constituição, em oposição ao entendimento anterior que compreendia que a Constituição era norma programática.

5. NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O Neoconstitucionalismo enlaça uma nova interpretação constitucional, onde o Direito se aproxima da Moral[1], não se fundindo como desejavam os jusnaturalistas que estatuíam

"*a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre um significativo*

1 SARMENTO Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. Ed.Lumens. Rio de Janeiro, 2009, p. 121

espaço para ela. Por isso, se atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e prescrição sobre como ele deveria ser. Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao interprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no próprio marco da ordem jurídica. Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre os dois domínios torna-se muito porosa, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a "leva-los a sério".

A interpretação está dirigida para o Poder Judiciário, sendo o juiz o protagonista dentro da teoria Neoconstitucionalista. O Direito é analisado por quem participa dos processos que envolve interpretação e aplicação para os casos sensíveis (difíceis) que o Poder Legislativo não se preocupou em normatizar – o Poder Legislativo fica relegado ao segundo plano, dentro da perspectiva da interpretaçãoda Constituição.[1]

Mesmo assim, em que pese a falta na Constituição de plena e total efetividade de muitos artigos que ainda dependem de regulamentação por normas infraconstitucionais, ela criou e fixou o entendimento, hoje pacifico, de que a Constituição é norma, que pode e deve ser aplicada, independentemente de regulamentação de certos dispositivos pelo legislador, a exemplo do fundamento que é o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, III da Carta Maior.

A aplicação da Constituição se irradia nos diversos ramos do Direito[2].

"trata-se de não apenas de aplicar diretamente as normas constitucionais especificamente voltadas para cada uma destas áreas, como também de projetar sobre estes campos a influência dos direitos fundamentais e dos princípios mais gerais do nosso constitucionalismo, muitas vezes superando antigos dogmas e definindo novos paradigmas."

Esses novos paradigmas são tratados por diversos autores nacionais, os quais fixaram um consenso em comum:[3] valorização dos princípios; adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para o uso da ponderação e razoabilidade; abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem cair no discurso metajurídico do Jusnaturalismo; reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Poder Judiciário.

Esses padrões se refletiram na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que nos últimos tempos tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos e recorrido ao método da ponderação e ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade), até utilizando referencias filosóficas.[4]

---

1 *Idem, p. 122*
2 *Idem, p. 127-128*
3 *Idem, p. 129*
4 *Idem, p. 129*

Podemos citar os seguintes casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal[1] onde se utilizou os princípios do Neoconstitucionalismo:

A – interrupção da gravidez de fetos com anencefalia – processo ADPF 542

B – nomeação de parentes de membro do Judiciário – processo ADC 123

C – união homoafetiva – processo ADI 42774 e ADPF 132

O uso dos princípios abertos não pode significar uma interpretação que venha a distorcer o Direito para criar desequilíbrio entre os Poderes, mesmo sabendo que a jurisdição constitucional possui um quê de politização que não pode se afastar da Moral.[5]

A interpretação constitucional deve usar de princípios abertos para os casos sensíveis (difíceis), ante a inexistência de uma regra própria para a situação, que não é explicadade maneira satisfatória pelos métodos de interpretação da leipara fazer justiça[6]; o interprete tem papel de destaque e a sua pré-compreensão do mundo, do Direito e da realidade imediata irá afetar o modo como ele irá apreender os valores da comunidade e julgar os casos a ele submetidos.

"Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolve a jurisdição constitucional, é inegavelmente política. Isso se deve ao fato de que o interprete desempenha uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a clausulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis -, mas também em razão das consequências práticas de suas decisões, que afetam o equilíbrio entre os Poderes e os deveres que lhes são impostos. Melhor do que negar o aspecto político da jurisdição constitucional é explicitá-la, para dar maior transparência e controlabilidade.

A interpretação constitucional pode envolver casos fáceis e casos difíceis. Os casos fáceis normalmente serão solucionáveis pelas regras e elementos tradicionais

---

1 A professora Patrícia Perrone Campos Mello tem um importante trabalho "Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal: Constituição, Emoção, Estratégia e Espetáculo" – Volume II, onde faz comentário a respeito do modo como os ministros do Supremo Tribunal Federal julgam

2 ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental tem o seu rito processual regido pela Lei nº 9.882, de 03/12/1999

3 ADC – Ação declaratória de constitucionalidade tem o seu rito processual regido pela Lei nº 9.868, de 10/11/1999

4 ADI – Ação direta de inconstitucionalidade tem o seu rito processual regido pela Lei nº 9.868, de 10/11/1999

5 "A interpretação do direito deve ser dominada pela força dos princípios; são eles que conferem coerência ao sistema. Além disso, é importante observamos que a circunstância de serem eles elementos internos ao sistema dispensa o recurso à metáfora da "ordem de valores" como via para a realização de "justiça material" – recurso ao qual estão dispostos a recorrer todos quantos, por ingenuidade ou por excesso de otimismo, supõem possa o direito posto pelo Estado, sendo apenas lex, produzir ius. De todo modo, ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas." - Eros Roberto Graus. Ensaio e Discurso sobre a interpretação aplicação do Direito. Ed. Malheiros Editores, 5ª edição, p. 58

6 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Ed. Saraiva, 2015, p. 321

de hermenêutica e interpretação, envolvendo a aplicação de regras de jurídicas, mediante subsunção. Nessas hipóteses, sua dimensão política é minimizada. Nos casos difíceis, todavia, a interpretação constitucional, sem deixar de ser atividade jurídica, sofrerá influência da filosofia moral e da filosófica política."

Daí que podemos verificar que a interpretação constitucional (Neoconstitucionalista por assim dizer), na perspectiva contemporânea brasileira,reconhecida pela doutrina e jurisprudência, observará, para os casos difíceis, os seguintes princípios abaixo, eis que reconhecida a natureza jurídica da Constituição como norma que também é objeto de interpretação[1], a despeito de sua particular estrutura normativa de suas disposições que a diferencia da grande maioria das leis, pois a Constituição não afasta os métodos de interpretação tradicional (gramatical, histórico, teleológico e sistêmico) que faz parte do trabalho hermenêutico de sua compreensão e aplicação e razão em como decidir.

Isto porque as normas constitucionais possuem especificidades que lhes são próprias: superioridade jurídica, natureza da linguagem, conteúdo especifico e caráter político. Por essa razão foram desenvolvidas categorias doutrinárias que identificam como princípios específicos ou princípios instrumentais de intepretação constitucional, que nada mais são do que premissas dirigidas ao intérprete para análise dos casos sensíveis (difíceis).

Aqui temos os seguintes princípios que não afastam outros[2] extraídos da Constituição dado o critério de amplo espectro de uso:

A – **princípio da supremacia da Constituição** – norma com posição superior às demais leis, dotada de supremacia e prevalência sobre o processo político de formação das leis, porque é fruto de uma produção especial (momento constitucional);

B – **princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público** – as leis e atos normativos públicos, como os atos do Poder Público em geral, desfrutam de presunção de validade. Porque sua atuação se fundamenta na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais. Essa presunção é relativa, competindo o ônus da demonstração da invalidade do ato (inconstitucionalidade) aos legitimados pela Constituição;

C – **princípio da interpretação conforme a Constituição**[3] - o intérprete adota a

---

1 "(...) a Constituição pode ser interpretada – ou, melhor, 'sobreinterpretada' – de tal maneira que se extraiam inúmeras normas implícitas, não expressas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política. Quando a Constituição é sobreinterpretada não existem espaços vazios de – isto é, "livres" do – Direito Constitucional: toda decisão legislativa está pré-regulada (quiçá até minuciosamente regulada) por uma ou por outra norma constitucional. Não existe lei que possa escapar ao controle de legitimidade constitucional. Em outras palavras, não existe espaço para nenhuma discricionariedade legislativa: não há questão de legitimidade constitucional da qual se possa dizer que seja somente uma political question, uma questão puramente política, alheia ao conhecimento do juiz e da legitimidade constitucional das leis.".
GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). p. 54-55.

2 Idem, p. 334
3 "A interpretação conforme é, em suma, aquela que adéqua, harmoniza a lei com a Constituição (previamente interpretada, entende-se), elegendo – frente a uma dupla possibilidade interpretativa – o significado

interpretação mais favorável à Constituição, considerando-se seus princípios e jurisprudência, sem, contudo, se afastar da finalidade da lei.

D – **princípio da razoabilidade (proporcionalidade) -** "um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema"[1].

E – **princípio da efetividade -** é chamado de **princípio da eficácia** ou **da interpretação efetiva**, pois tem suas origens ligadas à eficácia das normas programáticas. Como o nome propõe, o intérprete deve atribuir à norma o sentido que lhe traga maior efetividade do ponto de vista social e, consequentemente, maior eficácia. Em caso de dúvida de qual norma deverá prevalecer, reconhece-se aquela que esteja apta a obter maior eficácia.

Da mesma forma oinsigne Juiz da Corte peruana, Edwin F. Gutarra[2] assinala em sua explicação sobre os princípios, que devem ser irradiados pela hermenêutica constitucional, pois

"*a) El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.*

b) El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

c) El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

d) El principio de función integradora: El "producto" de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

(ou seja, a norma) que evite toda contradição entre a lei e a Constituição. O efeito de tal interpretação é, obviamente, o de conservar a validade de uma lei que, de outra forma, deveria ser declarada inconstitucional.". GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). p. 57.

1 BARROSO, Luís Roberto. "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional". Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais. 23 ed. 1998, p. 373

2 FIGUEROA GUTARRA, Edwin, artigo Dimensiones Del Estado Neoconstitucional, Texto extraído do blog:http://edwinfigueroag.wordpress.com, acessado em 18/01/2018

e) El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto."

A indicação do uso dos princípios não quer significar a sua exclusividade para julgamento ou início da intepretação especial, pois como dito as normas constitucionais também se submetem aos métodos de interpretação clássico.

Da mesma forma não se pode aceitar que as decisões judiciais venham a utilizar de princípios vagos de maneira indiscriminada para dar imponência ao julgado, em detrimento de regra clara e válida a reger o caso *sub judice*[1].

Por fim, no dizer de Daniel Sarmento

> *"se o Neoconstitucionalismo for pensado como teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Ser for visto como m concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instancias democráticas na defini*ção do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais dos pressupostos da democracia. E acima de tudo, ser for concebido como uma visão que conecte o Direito com as exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do *Jusnaturalismo."*[2]

A conexão do Direito com novas modalidades de coerência do uso das normas, especialmente tendo a Constituição como o centro irradiador e integrador, cria um elo para o aperfeiçoamento e busca pela Justiça, na sociedade que se torna mais complexa e exigente com o passar dos tempos.

6. CONCLUSÃO

A teoria Neoconstitucionalista busca construir novas grades teóricas de aplicação da norma constitucional aos direitos das pessoas, a fim de que os direitos

---

1 Daniel Sarmento faz o seguinte alerta crítico sobre a aplicação indiscriminada dos princípios:"Nesse contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm usado os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.
Este cenário é problemático porque um sistema jurídico funcional, estável, e harmônico com os valores do Estado Democrático de Direito, precisa tanto da aplicação de regras como de princípios. As regras são indispensáveis, dentre outras razões, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários(...)" - O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. Ed.Lumens. Rio de Janeiro, 2009, p. 140
2 Idem, p. 146

fundamentais sejam efetivos na sociedade. Isso significa que não haverá uma aplicação de subsunção da norma positivada frente aos valores constitucionais que o dirige, pondo em discussão novos métodos e teorias de argumentação para casos sensíveis (difíceis), procurando racionalmente soluções para esses casos.

Uma das características do Neoconstitucionalismo é a defesa da constitucionalização do Direito, onde a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico vai contribuir para uma aproximação desses valores gerais com a realidade de sua aplicação e efetividade. Essa característica tende a explicar a sua harmonização da Constituição e o ordenamento jurídico.

A forma metodológica prega que a constitucionalização parte de uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais e dos princípios da ordem constitucional – valores humanitários da Constituição.[1]

A Constituição brasileira de 1988 tem princípios e regras, cada qual com funções diferentes, não se podendo falar, desse modo da primazia de uma norma sobre outra, mas tão somente de funções e eficácias diferentes e complementares.[2]

Uma crítica relevante é que a constitucionalização extremada pode levar o legislador a ficar limitado (amputa o espaço do legislador na criação da norma) em detrimento da democracia, permitindo um excesso de judicialização com a provocação do Poder Judiciário, que terá a obrigação em apreciar qualquer tipo de demanda jurídica por modelos abertos de interpretação, para que haja um julgamento mais efetivo que a sociedade exige, em detrimento do julgamento justo.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Ed. São Paulo. Malheiros

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** Ed. Saraiva, 2015

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005

CARBONELL, Miguel. ***Neoconstitucionalismo: Elementos para um definición***. In: Eduardo Ribeiro Moreira e Mauricio Pugliesi. **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo. Editora Saraiva

FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: _____ **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FIGUEROA GUTARRA, Edwin. **Dimensiones del estado neoconstitucional**

GRAUS, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação aplicação do Direito.** Ed. Malheiros Editores, 5ª edição

1 "A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao interprete sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.". Eros Roberto Graus. Ensaio e Discurso sobre a interpretação aplicação do Direito. Ed. Malheiros Editores, 5ª edição, p. 44

2 AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Ed. São Paulo. Malheiros 2008, p. 104

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel **La garantia en el Estado constitucional de derecho**.
QUARESMA, Regina e Maria Lúcia e Paula Oliveira. *Neoconstitucionalismo: Contextualização e Perspectivas*
SARMENTO Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. Ed.Lumens. Rio de Janeiro, 2009*
VIANNA, Luiz Werneck e Marcelo Baumann Burgos. **Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública.** DADOS – *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, no 4, 2005
ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil.** Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2018