



SERIE DERECHOS Y GARANTIAS

5

# Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial

LUIS PRIETO SANCHÍS

  
PALESTRA

DERECHOS FUNDAMENTALES,  
NEOCONSTITUCIONALISMO  
Y PONDERACION JUDICIAL



LUIS PRIETO SANCHÍS

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Toledo, España

DERECHOS FUNDAMENTALES,  
NEOCONSTITUCIONALISMO  
Y PONDERACIÓN JUDICIAL

**PALESTRA**

Palestra Editores  
Lima — 2007

DERECHOS FUNDAMENTALES, NEOCONSTITUCIONALISMO  
Y PONDERACIÓN JUDICIAL

**Luis Prieto Sanchís**  
Primera edición, noviembre 2002  
Primera reimpresión, julio 2007

*Queda prohibida la reproducción total o  
parcial de esta obra sin consentimiento expreso de su autor.*

© Copyright: LUIS PRIETO SANCHÍS

© Copyright 2007: PALESTRA EDITORES S.A.C.  
Calle Carlos A. Salaverry 187 Lima 18 - Perú

Telf. (511) 243-6664

E-mail: palestra@palestraeditores.com

Website: www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:

Grández Gráficos S.A.C.

Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos

Diagramación: Adriana J. Mallqui Luzquiños

HECHO EL DEPÓSITO EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º

2007 - 06180

ISBN: 978-9972-733-37-6

Número de registro del proyecto editorial: 31501220700098

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en Perú - Printed in Peru

**SERIE DERECHOS Y GARANTÍAS**

Directores:

PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO  
FANY S. QUISPE FARFÁN

## ÍNDICE GENERAL

Presentación .....	9
Estudio Preliminar .....	15
§ DERECHOS FUNDAMENTALES	
1. Los derechos fundamentales como exigencias morales .....	27
2. Caracterización de los derechos fundamentales .....	31
3. Hacia un concepto amplio de derechos fundamentales .....	36
§ LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES	
1. ¿Se pueden limitar los derechos fundamentales? .....	45
2. Las condiciones de la limitación .....	56

a) La cláusula del contenido esencial .....	56
b) La exigencia de justificación .....	62
3. El margen de indeterminación de los derechos .....	75
4. La norma de clausura .....	86
<b>§ NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN JUDICIAL</b>	
1. ¿Qué puede entenderse por neoconstitucionalismo? .....	109
2. El modelo de Estado Constitucional de Derecho .....	111
3. El neoconstitucionalismo como teoría del Derecho .....	120
4. La ponderación y los conflictos constitucionales .....	128
5. El juicio de ponderación .....	135
6. Ponderación, discrecionalidad y democracia .....	147
<b>§ EL CONSTITUCIONALISMO DE PRINCIPIOS, ¿ENTRE EL POSITIVISMO Y EL IUSNATURALISMO? (A propósito de "El Derecho ductil" de Gustavo Zagrebelsky)</b>	
1. El manifiesto antipositivista del constitucionalismo .....	165
2. Las tesis fundamentales del positivismo .....	170
3. Principios constitucionales y principios generales del Derecho .....	173
4. Los principios y la estructura de la norma .....	176

5. Los principios y las fuentes del Derecho .....	181
6. Los principios y la teoría de la interpretación .....	188
7. Constitucionalismo y teoría del Derecho.	
El positivismo metodológico .....	197
a) Algunas claves de una nueva cultura jurídica ..	197
b) Zagrebelsky y el positivismo metodológico ..	203
8. En favor de un constitucionalismo	
moderadamente positivista .....	212
9. Observación final .....	220





## PRESENTACIÓN

**H**ay, en el pensamiento de los juristas europeos del siglo que comienza, una suerte de búsqueda de un nuevo paradigma, en el sentido en que se refiere a este término KUHN<sup>1</sup>. La sociedad europea enfrenta retos y cambios de significación histórica trascendental y que, de hecho, repercuten en la forma en que los juristas hacen su trabajo. Las respuestas son diversas y en los distintos campos, pero quizás es el enfoque general del Derecho y su función en la sociedad el que va girando de modo sustancial.

Es la tradición jurídica de occidente, como diría Harold BERMAN, la que se ve comprometida con estos cambios, si por ella entendemos lo que fue en los últimos siglos la elaboración del Derecho moderno codificado y su repercusión en los países que heredamos esta tradición; pero es por otro lado, la misma “tradición”, la que busca en sus propias fuentes, nuevas respuestas para seguir el camino.

Desde hace ya buen tiempo los juristas han venido cuestionando lo que fue, quizás, la herramienta más

---

1. KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 1973.

eficaz en su momento, para la edificación del Derecho codificado. En efecto, la construcción jurídica de occidente, como se sabe, tuvo en el Positivismo jurídico su aliado fundamental, y de él hay versiones que van desde la honesta aspiración teórica por construir algo de “ciencia” a través del Derecho, hasta quienes lo proclamaron como consigna para afirmarlo como Positivismo político o ideológico en la distinción que haría BOBBIO<sup>2</sup> y resucitar de este modo, la devoción a la Ley entendiéndola como justa, sabia y además totalizante en sus respuestas a los dramas de la sociedad.

Si bien esta distinción esclarecedora de BOBBIO nos permitió diferenciar el trigo de la paja, no pudo hacer nada sobre el avance de las críticas al Positivismo, entendido esta vez, en términos prácticos, como una manera de evadir la responsabilidad del jurista frente a la realidad. En la práctica, para el juez o para el jurista, ser positivista significaba entender el Derecho concluido en las manos del legislador; más allá está la arbitrariedad y la “inseguridad jurídica” dirán unos, o en el caso de los jueces, más allá está el delito de prevaricato, por decidir contra “el texto expreso de la ley”, como se lee en la redacción del Código penal peruano.

Hoy, luego de unas décadas del ejercicio docente del profesor de Turín en esta materia, el panorama parece más claro. El Positivismo en todas sus versiones se hace menos sostenible; se advierte más abierto a las críticas y podría decirse, incluso, que está dispuesto a ser sustituido por una suerte de regeneración o refundición por parte de sus propios mentores. Las tesis centrales han sido desmaejadas por los propios positivistas; y los que quedan de

---

2. BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giurídico*, Milán, 1965, p. 101.

ellos, contra la tesis central de neutralidad del Positivismo, profesan hoy una suerte de Positivismo moralizado o comprometido, que es como decir un código desagregado.

Por cierto y para no entusiasmar a nadie, no se trata de la victoria de su contrincante histórico, el iusnaturalismo, sino más bien de una nueva lectura que hace el racionalismo más progresista de la Europa continental. Es cierto que el visitante puede ver que aún no hay una tendencia definida, pero es cierto también que todos ven dar la estocada final a un pensamiento que se ha dado en llamar Neoconstitucionalismo o Constitucionalismo moderno.

Se trata de un nuevo paradigma en el Derecho, y hasta puede decirse que tiene a su “manifesto” en *Il Diritto Mite*, de ZAGREBELSKY. El Constitucionalismo moderno, Neoconstitucionalismo o simplemente Constitucionalismo, puede entenderse ya como una ideología jurídica de finales del siglo XX, que entra al siglo XXI, con una verdadera promesa para la teoría del Derecho, pero no sólo para la teoría, sino para la acción práctica que está llamada a cumplir el Derecho en las sociedades contemporáneas. Si el pandectismo fue un método o una ideología, o ambas cosas al mismo tiempo, que correspondieron al Derecho de la recopilación romana, y el Positivismo lo fue para el tiempo de la codificación napoleónica, el Neoconstitucionalismo sería el método o la ideología jurídica del Derecho decodificado, del Derecho suelto, en fin, del Derecho “liberado” de sus “auténticos intérpretes” como pretendiera hacerse creer en el Estado del legislador decimonónico.

Es, sin duda, la revolución teórica y práctica más importante que vive el Derecho continental europeo, y esto, al margen de que la mayoría de los abogados o juristas, incluso, no se den por notificados; lo cierto es que Europa

está reelaborando su concepción de Ley y de Derecho. La misma construcción de la gran nación del euro, es más una construcción de acuerdos con vinculaciones desde el Derecho, pero no son elaboraciones de Códigos o grandes leyes, sino más bien de acuerdos y de sentencias de los Tribunales que construyen un Derecho sobre la base de los textos de estos acuerdos y de la integración de diversos sistemas jurídicos. De hecho, el parlamento europeo, es más un espacio de negociación política que de verdaderas decisiones, pues el espacio de decisiones ya no está más en manos de legisladores, sino de jueces.

Esta nueva visión puede, también, ser entendida como un acercamiento de la ideología jurídica continental hacia la perspectiva ciertamente pragmática y menos principista del Derecho norteamericano; así, en una entrevista memorable que hiciera hace unos años el profesor Manuel ATIENZA al filósofo Steven Toulmin, éste ensayaba una hipótesis en torno a la idea de la Ley y del Derecho en las culturas europeas y la comparaba con la perspectiva norteamericana sobre este mismo punto. En términos generales, decía Toulmin, los europeos creen que sus roles en la sociedad están determinados en la ley; los europeos sienten que su sociedad está terminada respecto de su proceso de construcción y que, por tanto, los roles están definidos a partir de lo que dice la ley; en cambio los norteamericanos (se refería al hombre común y corriente y no necesariamente a los juristas), sienten y actúan con la idea clara de que su sociedad está en construcción y que, por tanto, la ley y el Derecho en general, son sólo herramientas en este proceso de construcción política y social<sup>3</sup>.

---

3. Véase en *Doxa*. N.º 13, Alicante, 1993, pp. 353-354.

Desde este enfoque, la idea del Derecho maleable o dúctil, como diría Marina GASCÓN en la traducción de la obra de ZAGREBELSKY, pareciera, en efecto, más cercana a la tradición jurídica norteamericana que a la de Europea continental; pero esto es también un dato que no debe sorprendernos si tomamos en cuenta el fenómeno de la universalización de la cultura en general y de la cultura jurídica en particular.

Este es el contexto en el cual los aportes del profesor PRIETO SANCHÍS han sido decisivos para la construcción de respuestas respecto de los roles que le tocan al Derecho como herramientas en este proceso. Desde su Ideología e interpretación jurídica (1987), parecía claro que había que estar atento hacia dónde nos guiaba su pensamiento; los trabajos que con posterioridad surgieron, incluyendo el de importantes profesores italianos (MATTEUCCI, COMANDUCCI, GUASTINI, FERRAJOLI, TARELLO y el propio ZAGREBELSKIY) o los de HABERMAS, incluso, no nos hubieran sorprendido si es que hubiéramos estado atentos a la producción del profesor de Toledo. Ya en sus trabajos iniciales, Luis PRIETO había notado las debilidades y aporías serias del pensamiento jurídico que partiera de la ilustración y la codificación napoleónica; por ello su búsqueda incesante hasta madurar un pensamiento coherente y lleno de actualidad en los temas que aborda.

Los trabajos que ahora publicamos en Perú son, de alguna manera, la consolidación de esta búsqueda que ahora tiene un coro para ser escuchada. Si bien se trata de trabajos que han sido escritos como monografías separadas, la madurez y coherencia en sus planteamientos hacen de este volumen un libro orgánico sobre algunos de los problemas centrales de la teoría del Derecho de la Europa continental.

Nuestros países, herederos de la cultura europea, tienen, por otro lado, vivo interés en las respuestas que

surgen en Europa, respecto de temas tan trascendentales como los que se abordan en este volumen. Los derechos fundamentales y su vigencia en el Estado Democrático, la práctica judicial ya no basada sólo en el mecanismo de la subsunción fría y desligada de los verdaderos roles de la jurisdicción y la función de los jueces, etc., pueden fundamentarse de nuevo o, mejor aún, pueden realizarse mejor, desde la perspectiva que desarrolla el profesor PRIETO siguiendo una línea de pensamiento que cada vez tiene más seguidores en Europa, como es el Neoconstitucionalismo.

Aunque a esta opción se le haya intentado etiquetar de nuevo como una variante superada de Positivismo o Positivismo ético<sup>4</sup>, lo cierto es que cuando distan tanto y, sobre todo, cuando se trata de un enfoque que se forja precisamente a partir de una postura crítica frente al Positivismo, resulta por lo menos injusta la calificación. Lo cierto es que algunos autores, y creo que también el profesor PRIETO, no se arriesgan aún a rotularse "neoconstitucionalistas" o conformantes de la "Escuela del Derecho dúctil"; sin embargo, es claro que se trata de un nuevo pensamiento, de una manera distinta de leer la sociedad a través del Derecho y, por ello mismo, de una nueva posibilidad de construir el futuro de nuestra cultura y tradición jurídica.

Lima, noviembre de 2002

PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO  
Director de la Serie

---

4. Así, Gregorio PECES BARBA, en un interesante comentario a la obra de ZAGREBELSKY. En: *Derechos Sociales y Positivismo*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, 1999, p. 123.