

**Francisco
Alberto
Ruay Sáez***

fruaysaez@gmail.com

Recibido: 02.08.22
Aceptado: 01.12.22

Inconstitucionalidad por omisión y paradigma neoconstitucional: los peligros de un exceso hermenéutico

Unconstitutionality by omission and neoconstitutional paradigm: the dangers of a hermeneutic excess

Resumen: En la presente investigación se analiza la formulación de la teoría de la omisión como vicio de inconstitucionalidad, y su interacción con el paradigma neoconstitucionalista. Para aquello se analiza en primer lugar la formulación de la teoría de omisión inconstitucional y sus requisitos, para luego abordar el análisis de los elementos fundamentales de la teoría neoconstitucionalista. Luego se concluye mediante una revisión crítica de las consecuencias que podría implicar la adopción de la teoría de la omisión como vicio de inconstitucionalidad si es que fuese afrontada desde el paradigma neoconstitucional.

Palabras clave: Inconstitucionalidad; omisión; neoconstitucionalismo; activismo judicial.

Abstract: In this investigation, the formulation of the theory of omission as a vice of unconstitutionality is analyzed, and its interaction with the neo-constitutionalist paradigm. For that, the formulation of the theory of unconstitutional omission and its requirements is analyzed in the first place, to then address the analysis of the fundamental elements of the neo-constitutionalist theory. Then it is concluded through a critical review of the consequences that the adoption of the theory of omission as a vice of unconstitutionality could imply if it were faced from the neoconstitutional paradigm.

Keywords: unconstitutionality; omission; neoconstitutionalism; judicial activism.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile. Master en Argumentación Jurídica, Universidad de León, España-Tirant lo Blanch. Estudiante del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes.

La constitución se erige como bastión de defensa de los particulares y una instancia normativa de control del poder que se reconoce al Estado que cuenta con el monopolio de la fuerza. La persona humana cuenta con un mecanismo fundamental de control de ejercicio del poder del Estado, que se plasma fundamentalmente en el texto constitucional. Es este último instrumento el que constituye ante todo una instancia de garantía de la libertad humana y que protege a los particulares ante el ejercicio arbitrario del poder. En ese mismo sentido, representa también el texto constitucional un aparato normativo básico que estructura no solo las garantías de los particulares frente al Estado, sino que modela también las formas de ejercicio de dicho poder. Es esa forma de regulación del ejercicio del poder del Estado en su faz orgánica y funcional la que, además, en sí misma, se alza también como garantía para los particulares.

Si la constitución es el instrumento primario de ordenación del poder en un ordenamiento jurídico concreto, cabrá entonces analizar de qué manera se despliegan las prerrogativas en ella contenida. Si la constitución es el documento jurídico preferente en la regulación del ejercicio del poder, será entonces una guía de análisis del ordenamiento jurídico en su integridad. En este contexto, procede el análisis del despliegue de potestades normativas al interior de dicho ordenamiento jurídico, conforme la propia constitución ha determinado. De esta manera podríamos constatar descriptivamente en un ordenamiento jurídico determinado no solo disposiciones que prevean acciones normativas positivas susceptibles de ser desplegadas por los órganos de poder en un Estado determinado (Legislativo y Administrativo, principalmente), sino que también podremos eventualmente constatar ciertas prescriptivas expresas dirigidas al legislador o a la Administración, que no hayan sido efectivamente concretadas jurídicamente, o, en otros términos, del análisis de la estructura normativa de un ordenamiento jurídico concreto, podríamos verificar la presencia de omisiones legislativas o administrativas, que no necesariamente constituyen lagunas jurídicas (Peredo, 2020, p. 37).

Conforme con lo indicado, y con la consideración

particular de la constitución como instrumento normativo privilegiado en un ordenamiento jurídico concreto, resulta relevante la evaluación que la doctrina ha desarrollado en torno a la existencia de un vicio de inconstitucionalidad por omisión, su control y sanción.

Ahora bien, la constatación de una omisión legislativa o administrativa constitutiva de un vicio de inconstitucionalidad supondrá constatar la configuración de sus elementos, requisitos y posibilidades de sanción concreta, tal como, por cierto, un ordenamiento jurídico en concreto determine. Pero aun antes, la respuesta a estas interrogantes se vinculará intrínsecamente con una teoría de la comprensión del fenómeno jurídico, en general, y del derecho constitucional, en particular. Es en este punto en donde cobra la relevancia de un paradigma contemporáneo que ha cobrado particular importancia sobre todo en la cultura jurídica latinoamericana: el neoconstitucionalismo.

En efecto, existen contemporáneamente discusiones en torno a la naturaleza jurídica del texto constitucional y su contenido, y, en específico, a su carácter de orden material, a la consideración de norma jurídica de su contenido, la promoción de su aplicación directa y horizontal, entre otros elementos. Todos los cuales podemos comprender bajo la designación teórica de "neoconstitucionalismo". Él se presenta como un paradigma jurídico contemporáneo que excede la consideración de la naturaleza del texto constitucional, aunque lo pone en su centro, pero se extiende a una comprensión del fenómeno jurídico en su integridad, una descripción ontológica del fenómeno normativo jurídico, la relación entre moral y derecho, la función del juez, entre otros.

La teoría neoconstitucionalista ha sido objeto de variadas críticas, sin embargo, en este espacio no las desarrollaremos al detalle, sino que privilegiaremos de manera específica el análisis del vínculo entre la configuración de la omisión como vicio de inconstitucionalidad y su relación con los elementos teóricos propios del denominado neoconstitucionalismo.

Para lograr nuestro objetivo crítico analizaremos,

en primer lugar, y de manera general, las formas de comprensión de la omisión como vicio de inconstitucionalidad. En segundo lugar, analizaremos los elementos comunes en las teorías neoconstitucionalistas contemporáneas, para que, en un tercer punto,

procedamos a analizar los alcances críticos de una teoría de la inconstitucionalidad por omisión desde una perspectiva neoconstitucionalista, a la vez que se prevendrá sobre los riesgos a que puede exponer esta conjunción teórica.

1. Sobre la inconstitucionalidad por omisión

Como regla general se puede afirmar que el derecho se encarga primariamente de la regulación de “acciones” respecto de las cuales un ordenamiento jurídico concreto determina consecuencias jurídicas producto del despliegue de conductas voluntarias del hombre. En particular, podría afirmarse que el interés primordial del derecho se encuentra en la regulación de conductas activas exteriorizadas y, excepcionalmente, su objeto de regulación recaería sobre omisiones. En particular, en esta modalidad sancionatoria¹ de una omisión por parte del derecho, lo sancionado sería más bien el incumplimiento de un mandato o prescriptiva de fuente jurídica. En materia constitucional, con el objeto de identificar la existencia de una omisión jurídica (en general) nos encontraríamos específicamente, como un elemento inicial, con la determinación de una obligación o deber institucional específico establecido por el propio texto constitucional, y, adicionalmente, con la omisión del agente a quién se ha encargado el despliegue, esto es, una ausencia de regulación normativa por el agente a quien compete dicho deber.

En esta primera aproximación, lo relevante será, entonces, la constatación normativa de un deber de fuente constitucional que ha sido a la vez incumplido o respecto del cual existe inercia o silencio (Peredo, 2020, p. 21) por parte del agente a quién se ha encomendado

la realización de una actividad normativa positiva en concreto. De manera paradigmática, serán el legislador y la Administración pública quienes se verán expuestos a esta figura.

En este primer punto, referido a la identificación de una omisión cabrá aún hacer una segunda distinción interna para comenzar a acercarnos a la determinación de omisiones relevantes desde un punto de vista constitucional. Podremos estar ante omisiones absolutas (silencio absoluto del legislador ante un deber normativo constitucional) o bien relativas (en el caso de que el legislador concretase la dictación de una ley concreta que, en su contenido, resulte parcialmente omisiva respecto del deber normativo determinado constitucionalmente) (Villaverde, 2007, p. 50). Serían ambas figuras las que permiten identificar situaciones de omisión inconstitucional.

Si ahondamos en la definición o configuración de una omisión inconstitucional, hemos de constatar que

no basta solo el no hacer frente al mandato de la Constitución, sino que se requiere de un nexo de causalidad que nos lleve a que esa omisión sea jurídicamente sancionable por el órgano de control respectivo que se determinará en cada Estado por

¹ No en un sentido peyorativo, sino bajo la comprensión genérica de regulación o prescripción de conductas.

la misma Constitución. Ergo, se debe distinguir, la omisión, la contravención a la Constitución generada por esta, y la sanción aplicable (Peredo, 2020, p. 25).

Adicionalmente, será considerado relevante también el transcurso de un determinado tiempo, conforme disponga cada constitución, que permita calificar esta omisión en definitiva como inconstitucional.

En términos de Fernández Segado:

la inconstitucionalidad de una omisión exige constatar que el legislador ha incumplido la obligación que la Constitución le exige de dictar un texto legislativo con el que dar adecuada respuesta a un mandato constitucional o con el que posibilitar la plena eficacia de una determinada previsión constitucional, incumplimiento que se ha prolongado en el tiempo más allá de un 'plazo razonable', pero también exige verificar de igual modo que la ausencia de esa normación "constitucionalmente debida" ha propiciado la vigencia de normas preconstitucionales en contradicción con los mandatos constitucionales, o que se ha producido una situación en las relaciones jurídico-sociales inequívocamente opuesta a las previsiones de la Constitución. Desde otra óptica, la verificación de la inconstitucionalidad de una inacción del legislador, tratándose ésta de una omisión parcial o relativa, requiere verificar que el poder legislativo, al dictar el texto, ha incurrido en una omisión parcial vulneradora del principio de igualdad, al generar, por ejemplo, una exclusión arbitraria de beneficio (Fernández, 2009, p. 34).

En el desarrollo dogmático resulta de particular trascendencia la identificación de un precepto obligatorio y concreto desarrollo (Peredo, 2020, p. 30) pues no se trata de enunciar una "inconstitucionalidad" abstracta, como si se tratase del develamiento de un "espíritu" propio de la constitución, o una mera referencia a una "constitución material". A lo anterior, se añaden también para la constatación del vicio de inconstitucionalidad los requisitos establecidos por José Luis Cea Egaña, y que

cobran sentido en el contexto de "constitucionalización del derecho", conforme con los cuales es posible identificar la existencia de una omisión constitucional cuando

el legislador deja transcurrir un tiempo sin que se dicten las normas que tornen operativa la Constitución, cuando se dictan normas legales insuficientes, incompletas y defectuosas, y cuando tratándose de disposiciones legales técnicamente inobjetables, estas carecen de financiamiento o de recursos humanos idóneos para aplicar plenamente la disposición constitucional (Peredo, 2020, p. 34).

Conforme a lo descrito de manera general surge inmediatamente una pregunta sobre el sistema de fuentes jurídicas con que cuenta un determinado sistema jurídico, en primer lugar, y en relación con aquel, la pregunta del lugar del legislador en ese entramado de potestades nomogénicas.

Si bien la constitución cuenta con las disposiciones regulatorias centrales y primordiales de un sistema jurídico determinado, aquello no supone repensar el sistema jurídico como autosuficiente y autorreferenciado de manera limitada al mero texto constitucional. En otros términos, si bien el momento constituyente tiene como finalidad instaurar las bases de la convivencia social y la regulación de las formas de ejercicio del poder en dicha sociedad determinada, no es menos cierto que el rol del legislador continúa siendo central. Es el legislador el llamado a desarrollar el contenido de la constitución, y esta, a su vez, busca su eficacia precisamente en la realización legal de sus contenidos fundamentales, sea mediante la instauración de deberes expresos para el legislador, mediante fórmulas lingüísticas del tipo: "el legislador regulará los límites...", "corresponderá al legislador regular la forma de ejercicio de este derecho", "el derecho se ejercerá en la forma que determine la ley", etc.

El rol del legislador en las democracias occidentales resulta crucial por cuanto son manifestación de la voluntad soberana, que tiene la finalidad de regular

en condiciones de igualdad las mismas situaciones de hecho que prescribirán conductas, sanciones o penalidades para quienes incurran en incumplimiento de su preceptiva. En cierta medida, el análisis de la tarea desplegada por el legislador que ha de realizar a su vez el órgano que en el país en concreto se encargue del control de constitucionalidad de la actividad legislativa (preventiva o represiva) ha de tener presente siempre esa deferencia democrática, que reconoce en el legislador la manifestación de la voluntad soberana.

Si bien el análisis de constitucionalidad de una acción u omisión legislativa puede ser desplegado como uno de carácter estrictamente jurídico que persigue, entre otras cosas, velar por la eficacia normativa de la constitución, no es menos cierto que una aplicación incorrecta de los elementos o requisitos de la inconstitucionalidad por omisión puede dar lugar a una invasión política por parte del tribunal respectivo. Lo anterior se complejiza aún más

cuando se sostiene que los mecanismos “sancionatorios” de la constatación de alguna omisión quedarían abiertos al tribunal respectivo (si es que no fuesen desarrollados en el sistema jurídico concreto), por ejemplo, si ante una constatación de este tipo llegase a afirmar el tribunal competente que le correspondería “suplir” la voluntad legislativa ante la constatación de ausencia u omisión pues, en tal caso, el tribunal incurriría en una manifiesta infracción del principio democrático y de la división de poderes.

Es precisamente en este punto en donde se vuelve relevante identificar el paradigma contemporáneo denominado “neoconstitucionalismo” pues es a partir de aquel y del fenómeno de constitucionalización del derecho contemporáneo que una simbiosis incorrecta de ambas teorías desemboca en la apertura de la arbitrariedad y la incorrección de las actuaciones democráticas.

2. El paradigma neoconstitucionalista

En términos generales, esta nueva etapa histórica, en donde el paradigma (Kuhn, 2004, pp. 80-85) neoconstitucional² (o para algunos, como Serna, un paradigma de la argumentación jurídica (Serna, 2006, pp. 61-65)³) parece dominar la cátedra, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial, a través del relato del paso del Estado legal de derecho al de Estado constitucional de derecho, que se caracteriza principalmente por una consideración especial del texto constitucional dentro del sistema de fuentes, con alcances teóricos, metodológicos e ideológicos manifiestos.

En este punto nos parece relevante la distinción realizada por Vásquez Sánchez:

en los últimos años, particularmente en el ámbito ius filosófico del mundo ítalo-ibero-americano, se ha popularizado la idea según la cual han sobrevenido dos cambios importantes en el ámbito jurídico: por un lado, un cambio estructural, la llamada “constitucionalización”, y, por otro, un cambio doctrinal, el denominado “neoconstitucionalismo” (Vásquez, 2020, p. 31).

² En relación a la expresión “paradigma” empleada en el sintagma “paradigma constitucional” señala Vásquez que “al parecer, lo que se está tratando de referir con dicha expresión, es la afirmación tanto de un nuevo modelo teórico del Derecho (comúnmente, denominado ‘neoconstitucionalismo’), así como la existencia de un nuevo modelo de Estado (comúnmente denominado ‘Estado constitucional’, caracterizado por un específico ordenamiento jurídico y una determinada cultura jurídica). Mas, todas estas novedades, de acuerdo con cierta doctrina, están convenientemente encapsuladas en dos expresiones: por un lado ‘constitucionalización’ y, por otro, en el ‘neoconstitucionalismo’” (Vásquez, 2020, p. 49).

³ En un sentido similar y crítico, ver Haba (2014).

Así, podríamos señalar que una dimensión del fenómeno refiere al aumento de densidad normativa del texto constitucional, en específico, en lo relativo a la consagración de derechos fundamentales, y otro refiere a una particular forma de comprensión de dicho fenómeno de positivización o intensificación de la densidad regulatoria constitucional, particularmente, desde la doctrina y la jurisprudencia.

En este paradigma neoconstitucional, la constitución (sus disposiciones normativas) se asimilarían directamente y de manera técnica a una norma directamente vinculante para los operadores jurídicos, con eficacia jurídica no solo vertical, en el sentido de que su finalidad constitutiva clásica habría de ser comprendida como mera regulación normativa de la relación entre el Estado y el ciudadano, sino que en su aspecto ius fundamental sería portadora de una dimensión de eficacia horizontal que vincula directamente a los particulares con fines de corrección en el despliegue de sus relaciones intersubjetivas, en último término controlable por el juez. Lo señalado tiene un efecto directo en la comprensión del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado y la asimilación del rol del juez y de la argumentación jurídica en el ejercicio de dicha función.

De instrumento de regulación institucional política y de férrea defensa de los ciudadanos ante el poder se pasa a una lectura “sustantiva” del texto constitucional, atribuyéndole un contenido normativo propio (a veces implícito) y cuyo resguardo final estaría en manos del juez constitucional; aunque, también, dependiendo de la regulación de cada sistema jurídico y de la determinada posición doctrinaria a que se adhiera, sería posible referirla a cada uno de los jueces ordinarios que estarían vinculados directamente por la constitución en su dimensión normativa material o sustantiva.

Si bien el elemento común que puede encontrarse entre las diversas doctrinas posibles de ser denominadas como neoconstitucionalistas es una consideración particular de la constitución como texto primario, fundamental o principal en el sistema de fuentes normativas, acompañado de una determinada teoría de la argumentación jurídica, no toda la doctrina comparte las apreciaciones o consecuencias específicas derivadas de dicha constatación general. Esto último permite plantear, en este nuevo paradigma, la pregunta sobre la existencia, o no, de una especial “teoría del derecho” (única o con centro dogmático) de nuevo tipo y de una nueva forma de comprensión del método y de la ciencia jurídica.

En relación con aquello, podríamos denominar neoconstitucionalismo como un concepto condensado de este paradigma contemporáneo de comprensión del fenómeno jurídico. Núñez Leiva señala que su sustrato institucional podría designar de manera resumida

una cultura jurídica que reporta y a veces promueve la existencia de sistemas normativos encabezados por una Constitución —imbuida por un esquema particular de separación de poderes— que pretende condicionar de modo importante las decisiones de las mayorías a través de su carga axiológica y de las instituciones jurisdiccionales que garantizan su supremacía y en donde, a consecuencia de lo anterior, el protagonismo en la concreción de las disposiciones constitucionales no corresponde al legislador sino a los jueces (Núñez, 2015, pp. 323-324).

Esta primera aclaración por cierto refiere al aspecto institucional de dicho fenómeno.

En relación al origen terminológico que permite identificar este fenómeno, Núñez Leiva (Núñez, 2015,

⁴ Un tema sobre el cual ahondaremos en los capítulos conclusivos de esta investigación se refiere a la necesidad de diferenciar entre norma y fórmula textual normativa o disposición normativa, y la relevancia del proceso interpretativo de dichas disposiciones desde un paradigma comprensivo del fenómeno jurídico diverso al neoconstitucionalismo. En relación con dicha precisión ver en general: Chiasonni (2011) y Guastini (2011).

p. 319) reconoce en Pozzolo⁵ y la escuela Genovesa de fines del siglo XX el origen de la denominación de neoconstitucionalistas a autores como Alexy, Zagrebelsky y Dworkin. En particular, se refiere a la ponencia presentada por dicha autora en el XVIII Congreso de la IVR (*Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie*, Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social) desarrollado en Buenos Aires durante 1997, en donde se puede rastrear el uso “en un sentido aproximado al que actualmente se le asigna a dicho término” (Núñez, 2015, p. 318).

Susanna Pozzolo, a quien se atribuye la creación del concepto “neoconstitucionalismo”, identifica como rasgos característicos del neoconstitucionalismo, los siguientes: En primer lugar, la adopción de una noción específica de Constitución que ha sido denominado “modelo preceptivo de la Constitución” concebida como norma. En segundo lugar, la defensa de la tesis según la cual el Derecho consta (también) de principios, de modo tal que siempre debe ser interpretado. En particular, en tercer lugar, debe ser interpretado a través de aquella metodología denominada “ponderación” o “equilibrio”, que se extiende a la interpretación del derecho en su conjunto; y en cuarto lugar, se requiere la labor que algunos definirían creativa y otros, quizás, integrativa de la jurisprudencia, a la que la doctrina también debe ver con favor (Pozzolo, 2011, p. 25).

Por su parte, Gustavo Gorra señala que:

con esta corriente se opera un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Se propugna abandonar el “legalismo”, el “juridicismo extremo”, el “legicentrismo” y el “formalismo jurídico”. Se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa en

cuanto respete y desarrolle los derechos humanos y, además, sea eficaz y operativa cuando tales derechos estén garantizados en la práctica (Gorra, 2019, p. 46).

También se ha denominado esta doctrina como no-positivismo, enfocándose en su supuesto carácter superador de dicha doctrina. En este sentido, Javier Adrián ha señalado en su análisis expositivo de las tesis no positivistas, identificando específicamente a Dworkin y Alexy como exponentes primarios de esta escuela, que:

la transformación del Estado de Derecho puede sintetizarse en la variación del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional, o, del “imperio de la ley” al “imperio de la Constitución”, cambio en el que se ha situado también la denominada “crisis del paradigma positivista” en la cultura jurídica”, añadiendo, desde la nomenclatura de García Figueroa, como no positivismo, que “la tesis esencial del no positivismo principialista es que si existen principios en el derecho, entonces es inviable una concepción positivista del derecho (Adrián, 2015, p. 38).

Ferrajoli realiza una diferenciación conceptual que permite comprender su particular forma de abordar el fenómeno constitucional contemporáneo y poner en discusión la posibilidad de su identificación con las denominadas teorías neoconstitucionalistas. Por una parte, sostiene la posibilidad de distinción entre el constitucionalismo positivista de aquello que identifica como constitucionalismo iusnaturalista, pero, tal vez, en lo que representa su planteamiento de mayor importancia, distingue también entre “constitucionalismo argumentativo o principialista” y aquel que llama “constitucionalismo normativo o garantista”.

En relación con la diferencia entre “constitucionalismo

⁵ “Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del Derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al Derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento Neoconstitucionalismo” (Pozzolo, 1998, p. 339).

argumentativo o principialista” y aquel que denomina “constitucionalismo normativo o garantista”, señala que:

la primera orientación está caracterizada por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías. En esta segunda caracterización, el constitucionalismo será definible como un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho que establecen —en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable— la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al “quién” y al “cómo”), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al “qué” no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión (Ferrajoli, 2011, pp. 20-21).

El profesor argentino Rodolfo Vigo, al referirse a aquellos autores que se han identificado con el neoconstitucionalismo, indica que “quedaron reconocidos como exponentes típicos de esas visiones elaboradas en las últimas décadas del siglo anterior, autores como Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky, Ferrajoli, Atienza, Moreso, Comanducci, etcétera” (Vigo, 2015, p. 109).

El mismo autor identifica los principales temas de investigación de los autores principales mencionados (Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, etc.), señalando que en el listado característico de las cuestiones

analizadas (al margen de las respuestas que los distintos autores brindaban) en aquellas lecturas neoconstitucionalistas están entre otros: la defensa de la Constitución convertida en fuente del derecho; la pregunta por la existencia de una razón práctica; las posibilidades de un saber jurídico directivo y no meramente descriptivo; las diferencias entre reglas y principios; las tensiones entre la legislación y la judicialización; la justificación y operatividad de los derechos fundamentales; los límites y características de la democracia; la discrecionalidad y la ponderación judicial; las relaciones entre el derecho y la moral; la pregunta de si solo moral social o positiva o también moral racional; la validez sustancial o material de las reglas jurídicas; la crisis de los sistemas jurídicos “fuertes” o kelsenianos, etc. (Vigo, 2015, p. 110).

Realiza también una distinción de relevancia entre “neoconstitucionalistas descriptivistas” y “neoconstitucionalistas normativos”. Los primeros se dedicarían a

asumir y estudiar la agenda que imponía el nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional (EDC) que Europa había construido después de la segunda guerra mundial, en reemplazo del Estado de Derecho Legal (EDL) forjado originariamente en la Francia revolucionaria y codificadora desde fines del XVIII y durante el XIX. Pero más allá de esa coincidencia temática nos parece que corresponde hablar de neo-constitucionalistas “normativos” reconociendo en esa perspectiva a los autores que no se limitan a estudiar al EDC sino que lo respaldan y lo promueven. De ese modo, mientras los neoconstitucionalistas “descriptivistas” se reconocen por la materia de la que se ocupan, los neoconstitucionalistas “normativistas” tienen como nota distintiva el esforzarse por respaldar y auspiciar al EDC; así, por ejemplo, Comanducci está en aquella lista, pero habría que excluirlo de la última (Vigo, 2015, p. 110).

Por último, en su aproximación general al fenómeno

neoconstitucional, Vigo identifica un tercer tipo de neoconstitucionalismo, distinto al neoconstitucionalismo no positivista: el neoconstitucionalismo iusnaturalista. Determinados autores que pueden ser identificados en este grupo comparten algunas críticas al positivismo jurídico y al denominado constitucionalismo garantista o neoconstitucionalismo positivista crítico, pero difieren en sus fundamentos.

Vigo afirma respecto de este último punto que:

nos proponemos defender la posibilidad y presencia de autores estrictamente iusnaturalistas que coinciden con los no-positivistas (Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky o Atienza) en sus tesis jurídicas centrales, aunque se apartan en el plano de los fundamentos y, consiguientemente, en algunas respuestas relevantes, especialmente vinculadas a problemas éticos de la agenda social actual (...). En ese neoconstitucionalismo iusnaturalista, como también en el otro no-positivista, los autores identificables son principalmente iusfilósofos, dado que en buena medida ellos desarrollan su disciplina específica con material constitucional, empleando un aparato conceptual que requiere o provee la filosofía jurídica; aunque también encontramos algunos estrictamente constitucionalistas (Zagrebelsky en Italia o Santiago en Argentina) que apelan y cuentan con formación e interés por aquella perspectiva gnoseológica (Vigo, 2015, p. 113).

En Chile, Eduardo Aldunate reconoce la dificultad de identificar de manera unificada una doctrina estructurada, sistemática y acabada de los caracteres del neoconstitucionalismo. Por esta razón, propone el desarrollo de una tarea menos ambiciosa y posible de realizar, más allá de eventuales incongruencias que estas manifestaciones puedan representar si se analiza exclusivamente a un solo autor o de la coherencia de las proposiciones comparadas entre varios autores. De este modo, sostiene que se podría recoger un conjunto de características que representarían indicativamente la

manifestación de esta doctrina neoconstitucional en una determinada propuesta jurídica (tal como hace Pozzolo), entre las cuales destacamos las siguientes:

a) cambio del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho (paso al constitucionalismo rígido), entendido éste como un estado de constitución rígida y control de constitucionalidad de leyes ordinarias (o bien: constitución rígida y su garantía jurisdiccional);

b) constituciones con alta densidad normativa o alto contenido normativo, dado esencialmente por la inclusión del catálogo de derechos fundamentales y de principios rectores de la organización política, social y económica;

c) constituciones con fuerza normativa vinculante y aplicación directa en el sistema de fuentes, con el consiguiente resultado de irradiación (de la constitución hacia las demás fuentes) y de “constitucionalización” del derecho, cuando los tribunales asumen ambos postulados;

d) consideración de los derechos fundamentales y eventualmente de otras partes del texto constitucional como “valores” en la argumentación fundante de decisiones jurisdiccionales, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional

e) introducción del “método” de ponderación para la solución de conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales (en general, proposición de la ponderación como forma de solucionar la colisión entre valores). Al igual que en el literal precedente, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional;

f) específicamente en el ámbito europeo, el proceso hacia una mayor complejidad del sistema de fuentes y la relativización del rol de la constitución y el proceso político nacional frente al derecho europeo y el proceso de integración europea (como ya se ha señalado, este

rasgo presenta características propias que ameritan su separación del grupo bajo estudio) (Aldunate, 2010, pp. 83-84).

Por su parte Guastini, desde otra perspectiva (neoconstitucionalismo descriptivista, señalaba Vigo), en este intento por esclarecer la aproximación científica a este fenómeno y tomando un camino de tipo descriptivo, propone la comprensión de este proceso de constitucionalización del derecho como “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales” (Guastini, 2003, p. 49). Señala que en realidad se trata de un asunto de grado y que el análisis que se despliegue corresponderá a la realidad efectiva de cada uno de los ordenamientos jurídicos que se adopte como objeto de análisis, correspondiendo así el apelativo de neoconstitucionalista a una constatación descriptiva de

un específico sistema jurídico objeto de análisis.

De esta manera, hemos revisado los planteamientos fundamentales de la doctrina que podríamos denominar “neoconstitucionalista ideológica”, en cuanto no solo se limita a efectuar un análisis del sistema jurídico concreto y el alcance regulatorio interno de sus disposiciones constitucionales, además del rol de dicho texto como fuente directa de aplicación del derecho y creación de mecanismos de control, sino que pretende y promueve una comprensión del fenómeno jurídico que sitúa en su centro la constitución.

Ahora bien, ¿qué consecuencias podría conllevar abrazar desde esta teoría neoconstitucionalista la teoría de la existencia de vicios de inconstitucionalidad por omisión? Eso es lo que pasaremos a revisar en el siguiente punto.

3. La mala comprensión de la inconstitucionalidad por omisión como vía de apertura al activismo judicial, o sobre el abuso de la razón

Como pudimos revisar en el punto anterior, la doctrina neoconstitucionalista reconoce en la constitución una norma jurídica y directamente vinculante, tanto para los órganos del Estado como para los particulares. Resulta de suma relevancia para esta teoría la comprensión de los derechos fundamentales ontológicamente como normas que serían principios (a diferencia de las normas que serían reglas), y que en tanto tales serían mandatos de optimización. Como consecuencia de sus tesis principales, el rol del juez constitucional (en realidad, cualquier juez que pueda recurrir directamente a la constitución para fundamentar una sentencia) será determinante en la supervigilancia de cumplimiento del “plan” constitucional como si se tratase de una comprensión del fenómeno desde una idea de “constitución dirigente” versus una

“constitución abierta” (Peredo, 2020, p. 75).

Aldunate señala, a propósito de su análisis del fenómeno neoconstitucionalista, que

el núcleo central del garantismo, en aquello que agrega al modelo del neoconstitucionalismo, es un concepto de garantía en virtud del cual la consagración de un derecho fundamental, sin su necesario desarrollo legislativo, no implica un mero vacío frente al cual preguntarse por el verdadero sentido protectivo de la respectiva disposición constitucional, sino que supone una omisión legislativa que, en su caso, puede ser colmada por la jurisdicción (Aldunate, 2010, p. 364).

De esta manera, concluye Aldunate, respecto de los neoconstitucionalistas, que en casos de omisión legislativa, sería el juez el que vendría a suplir o sancionar dicha omisión mediante el desarrollo de una función creativa o integradora del derecho.

Señala Bazán a propósito de la relación entre neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión específicamente que:

Trazando líneas de contacto entre lo precedentemente expuesto [teoría neoconstitucional] y la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, se constata la existencia de una estrecha vinculación entre la verificación y el contralor de la omisión legislativa por el poder judicial o el Tribunal Constitucional (según corresponda) y la labor interpretativa e integrativa del Derecho por éstos, visualizándose que dichas labores de constatación y control de la inactividad legislativa suelen requerir, en función de la naturaleza general, abierta e imprecisa de las normas que sujetan al legislador, un importante esfuerzo interpretativo o integrador del juzgador a fin de establecer la existencia y el alcance de los deberes de legislar e, incluso, suplir el vacío que provoca la inactividad (Bazán, 2007, pp. 134-135).

Continúa el mismo Bazán reconociendo la labor creativa del judicial y el constitucional ante la constatación de omisiones inconstitucionales desde el neoconstitucionalismo que:

En línea con lo afirmado en otros sectores de este trabajo, en el que reiteradamente hemos reclamado del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, en su caso, una tarea creativa y prudentemente activista para superar o conjurar las omisiones inconstitucionales, Gómez Puente indica que resulta difícil negar el carácter esencialmente creativo, integrador o innovador de toda aplicación o interpretación jurídicas, sin que ello signifique invadir las competencias políticas de creación normativa. Advierte que no todo proceso interpretativo de integración, creación o innovación

jurídico-normativa equivale necesariamente a la toma de una decisión de este último carácter (Bazán, 2007, p. 135)

Es claro que nuestra inquietud no es baladí, cuando el propio Alfonso Santiago reconoce que “Algunas de las doctrinas jurídicas a las que más han acudido y desarrollado los jueces y autores partidarios del neoconstitucionalismo son las siguientes: (...) vasto desarrollo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión” (Santiago, 2008, pp. 17-18).

Conforme a la doctrina neoconstitucionalista, y sin perjuicio de todas las críticas que podría merecer tanto desde el iuspositivismo como desde el iusnaturalismo, lo cierto es que es el juez del caso concreto el que ha de trabajar con la constitución como herramienta o instrumento central en el despliegue de su función jurisdiccional. En ese sentido lo primero que habría que delimitar específicamente respecto de la teoría neoconstitucionalista en juego con la teoría de las omisiones legislativas inconstitucionales es, en primer lugar, la necesaria identificación del agente que realizará la aplicación del derecho, y, en último término, que tendrá facultades para la determinación de existencia de una omisión legislativa inconstitucional.

Creemos que es preciso determinar el agente estatal competente de la declaración de una mera existencia de omisión legislativa inconstitucional, conforme a un diseño propiamente democrático, en donde la posición del legislador continúe siendo relevante como expresión de la voluntad soberana. El órgano por excelencia en este punto será el respectivo tribunal o corte constitucional.

Sostener lo contrario, esto es, que podrá realizarse un control difuso de inconstitucionalidad, conlleva una necesaria dispersión normativa atentatoria contra la certeza y seguridad jurídicas.

No bastando lo anterior, en un segundo momento, resulta relevante develar el trasfondo teórico de esta doctrina y sus consecuencias. Aun habiendo delimitado

el órgano competente de la declaración en cuestión, cabrá la pregunta por la determinación específica de la disposición que se comprende omitida por el legislador y el derecho que se estima infringido. Al respecto resulta de mayor complejidad la determinación de los casos de omisión constitucional respecto de supuestas preceptivas implícitas. En otros términos, en un caso general, puede bastar la constatación de no haberse desarrollado por el legislador el texto regulatorio que expresamente fue encomendado por el constituyente bajo fórmulas específicas que señalen “el legislador determinará las formas de ejercicio”, “el legislador regulará en qué casos podrá limitarse este derecho, etc. Sin embargo, cuando lo esgrimido es, por ejemplo, un desarrollo insuficiente de alguna preceptiva ius fundamental sustantiva (un derecho fundamental de libertad o un derecho fundamental social, por ejemplo), entonces, será posible encontrar tantas omisiones legislativas como conceptos del derecho fundamental pueda tener el respectivo tribunal o corte constitucional. Si la hipótesis normativa infringida es absolutamente indeterminada, entonces la constatación de una omisión inconstitucional dependerá del contenido de derecho fundamental que determine el juez en el caso concreto.

Esta teoría, en este sentido, podrá ser utilizada para el desarrollo satisfactorio de concepciones políticas sobre derechos fundamentales que pueda desplegar el juez en un caso concreto. Hasta dónde llevar el alcance del derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a huelga, etc., todas aquellas hipótesis abren un espacio claro hacia el activismo judicial. Como señala Fernando Torres: “la marca de la mayoría de los jueces y tribunales neoconstitucionales, convertidos en legisladores y en promotores de políticas públicas, ha sido el activismo judicial de corte social” (Torres, 2013, p. 69).

En términos de Rivas-Robledo,

el activismo judicial es la modificación intencional

de las competencias por parte del juez a través de sus decisiones. De modo que el juez activista es el que va más allá del ejercicio de sus competencias, ampliándolas o reduciéndolas, pero actúa como si estuvieran dentro del ámbito de los poderes definidos en la norma de competencia (...) (Rivas-Robledo, 2022, p. 12).

De esta manera, la inconstitucionalidad por omisión interpretada desde una perspectiva neoconstitucionalista permitiría el reconocimiento oficioso de intersticios de ausencia de regulación normativa que deberán ser integrados por el propio juez, con lo que se abren manifiestamente sus competencias en la resolución del asunto en cuestión, así como la referida a los medios de regulación de estas ausencias de regulación normativa.

En esta interrelación entre neoconstitucionalismo y activismo judicial, como señala Corral,

lo que se critica es que los jueces no sean leales con lo que dispone la ley, y piensen que su deber no es acatarla, sino hacer justicia en el caso concreto conforme a su decisión y no a aquella prevista por la ley. El neoconstitucionalismo, con su postulada aplicación directa de las normas constitucionales, la transformación de la supremacía en autarquía constitucional y una aplicación inmoderada de principios bajo el método de la ponderación, permiten a cada juez y a cada Corte y a cada sala de cada Corte resolver un caso conforme a su particular visión de lo justo y de lo bueno, que además puede ir variando con el tiempo (Corral, 2018, p. 13).

Lo anterior se agrava cuando constatamos que, además, se ha abandonado un análisis del contenido de cada derecho fundamental desde una perspectiva ontológica, y se ha preferido la utilización de criterios utilitarios en la determinación del contenido de estos derechos para un caso concreto. Lo anterior se produciría, de manera paradigmática, mediante la

asunción de la técnica de la ponderación ius fundamental sostenida por la doctrina neoconstitucionalista⁶, que es a su vez, consecuencia, de una comprensión conflictiva de los derechos fundamentales. Esta doctrina, en cierta medida, reconocería su incapacidad gnoseológica para pronunciarse sobre el contenido de los derechos, y simplemente difiere un pronunciamiento sobre ellos una vez que se puede plantear una situación de relevancia ius fundamental como una de conflicto entre derechos.

De esta manera, por ejemplo, desde esta doctrina se pospone un pronunciamiento sobre el derecho a la vida, al menos hasta que “entra en conflicto” con el de la madre o el de otra persona. La libertad de expresión no revelaría su contenido sino hasta que entre en conflicto con la honra de otra persona, y así sucesivamente. Existe en todo caso una relación de precedencia condicionada entre derechos fundamentales, que es determinada fundamentalmente bajo criterios utilitaristas de satisfacción de posiciones jurídicas protegidas y que encuentran en el peso específico de cada derecho, en su proporcionalidad en sentido estricto, recién la develación de la posición jurídica protegida.

Si ya nos parece una exposición infundada de los derechos fundamentales la teoría expuesta, y la posición protegida de los particulares y su absoluta relativización, aquello queda aún más expuesto si los presupuestos normativos de limitación de la libertad son posibles de fundar incluso a través de la constatación de derechos constitucionales implícitos y la determinación de satisfacción contingente que en cada caso determinará el juez conforme a sus propias convicciones jurídicas. Lo anterior es así por cuanto es de la esencia de esta doctrina la “derrotabilidad” de todos los derechos fundamentales, sin que un paso necesario en el clásico juicio de ponderación alexiano sea el de la determinación específica del contenido del derecho fundamental en cuestión.

Como un tercer problema encontramos, en concreto, la determinación de la sanción por omisión inconstitucional. En este caso, la orientación doctrinaria neoconstitucionalista reconoce en cada juez la facultad de desplegar el contenido material de la constitución para buscar su eficacia. El problema ya no sería el análisis de factibilidad de aplicar alguna sanción al legislador, o el establecimiento de “sentencias aditivas”, sino que el juez en concreto contaría con la potestad del desarrollo normativo de la constitución, para perseguir su eficacia.

Lo anterior manifiesta su mayor relevancia en materia de los derechos económicos y sociales. Si las disposiciones constitucionales que refieren a derechos sociales son normas y, además, si se comprende que dichas normas son de exigibilidad directa, entonces, podría el juez neoconstitucionalista traspasar los límites de lo jurídico para desplegar derechamente una actividad de carácter político.

Se trata de un movimiento que promueve la confianza en los jueces y, a la vez, una solapada desconfianza en el legislador, por su nexo tradicional con las teorías positivistas jurídicas. Precisamente, se plantea la teoría neoconstitucionalista como una instancia teórica superadora de la dicotomía entre derecho natural y derecho positivo. En último término, pareciera que no solo la constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico en concreto, sino que podría llegar a sostenerse que es el último instrumento normativo relevante. Bastaría un juez y una constitución para resolver cualquier conflicto jurídico, pues incluso las reglas se encuentran fundadas en principios que pueden ser objeto de ponderación, lo que permitiría, a su vez, comprender una facultad derogatoria anómala al juez.

En este sentido Bazán afirma:

La violación de la Constitución por omisión no

⁶ Una visión crítica de esta concepción jurídica, las tesis conflictivistas y su relación con el utilitarismo en Peredo (2018) pp. 147-152.

debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente deje de instrumentar los remedios procesales para atacar a la inconstitucionalidad omisiva; caso contrario, el antídoto contra ese tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador; por tanto, es al Poder Judicial al que le corresponde diseñar tales vías procesales si el legislador común no lo hace.

Consistente con ello, el magistrado judicial deberá—inter alia—: proporcionar para el caso concreto el contenido mínimo de un derecho receptado en la Constitución y no desarrollado normativamente; efectuar recomendaciones al legislador; emitir sentencias aditivas si el órgano legisferante ha incurrido en omisión inconstitucional relativa o parcial, provocando una desigualdad verificable al conceder a unos lo que —en igualdad de circunstancias— detrae a otros. En todo caso, se impone la delineación de herramientas procesales —ya propias del modelo unilateral; ya del bilateral o multilateral— adecuadas a las pautas fisonómicas del sistema jurídico de que se trate, pero siempre haciendo gala, desde la jurisdicción (ordinaria o constitucional) de una interpretación dinámica y evolutiva del texto y el espíritu constitucionales (Bazán, 2007, p. 136).

Aún más. Si se comprende que los preceptos constitucionales vinculan no solo a los órganos del Estado y que, además, es posible derivar determinados deberes normativos de preceptos constitucionales ius fundamentales, resultaría que incluso los particulares

podrían ser sancionados por el no despliegue de conductas activas en búsqueda de satisfacción de derechos fundamentales. Por ejemplo, pensemos en el derecho del trabajo, en donde la doctrina chilena ha abrazado ampliamente la teoría neoconstitucionalista. De la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se deriva que este también se encuentra vinculado y se prescribe a su respecto el respeto de los derechos fundamentales del trabajador. Pero bien, cabrá preguntar desde esta óptica neoconstitucional, ¿será posible constatar omisiones inconstitucionales por parte del empleador?, ¿cuál será el rol del juez en tal caso?, ¿podría el juez ordenar como sanción por omisión constitucional en búsqueda de un correcto despliegue del derecho de no discriminación por razones de género, por ejemplo, que una empresa en concreto dicte un manual de uso de lenguaje inclusivo?, ¿la omisión inconstitucional podría alcanzar la actividad empresarial, particularmente en el despliegue de su actividad normativa, por ejemplo, en la dictación de un Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad?

Las preguntas elaboradas no son baladíes. Un uso excesivo de la razón deviene en vicio, y, en este caso, el aparato conceptual neoconstitucionalista desestabiliza no solo el sistema de fuentes, sino que, contando con un uso desviado de herramientas teóricas, como la existencia de vicio de inconstitucionalidad por omisión, deviene en el vehículo perfecto para socavar el sistema democrático, y en último término, en un sistema de instrumentalización de la persona humana.

4. Conclusiones

La proyección de la teoría de la declaración de vicios de inconstitucionalidad por omisión es sin duda un avance en la comprensión de la estructura de competencias y determinación de poderes y realización eficaz de los preceptos constitucionales. La discreción y la deferencia

legislativa no son absolutas, y el sistema de contrapesos y control de poderes ha de permitir desarrollar un posible análisis de cumplimiento de la preceptiva constitucional. Para efectos de supervigilar el ejercicio correcto del poder se requiere también que, conforme cada ordenamiento

jurídico disponga, se pueda jurídicamente analizar la tarea desarrollada por el legislador y, en particular, las situaciones de inactividad que puedan implicar en último término una infracción a la constitución.

Hemos de recordar que el fin último de la constitución es regular el ejercicio del poder en la prosecución del bien común, con el respectivo respeto y cautela de la persona humana, centro de la sociedad.

En todo caso, debemos estar alerta al uso excesivo de esta comprensión garantista de la constitución. Dicha intelección contemporánea del fenómeno jurídico y constitucional, que se concreta en la denominada teoría neoconstitucionalista, ha logrado tomar un lugar privilegiado en la jurisprudencia y cátedra nacional. Hoy en día parece que nos encontramos ante un nuevo dogma en la comprensión de las disposiciones constitucionales como normas jurídicas directamente vinculantes, con eficacia horizontal, acompañado de una comprensión conflictiva de los derechos fundamentales.

Ante la indeterminación sustantiva de los derechos fundamentales por esencia derrotables y sujetos a una determinación concreta y contingente mediante una precedencia condicionada, la herramienta de declaración de vicio de inconstitucionalidad por omisión se transforma

en un instrumento peligroso, si lo que se pretende es cautelar las garantías de los particulares. El rol central del juez que puede aplicar y resolver directamente una cuestión jurídica fundado inmediatamente en la constitución no expondrá solo de manera expresa la posición del legislativo en el sistema democrático, sino que incluso la previsibilidad y proyección de conductas de libertad de particulares cuando no es solo al juez constitucional a quien se le reconoce el control de inconstitucionalidad por omisión, sino también a los jueces comunes, lo que es coherente además con teorías proclives, en otra dimensión, al control de convencionalidad, por ejemplo.

Hemos de comprender la institución de declaración de vicios de inconstitucionalidad por omisión desde una perspectiva garantista y que tenga como centro la protección y cautela de los particulares, al mismo tiempo que cautela el respeto del principio democrático. Entregadas estas herramientas en manos de doctrinarios neoconstitucionalistas nos arriesgamos, una vez más, a la apertura de la arbitrariedad judicial y a un quiebre interno del sistema democrático. Es decisivo para garantizar la protección del sistema democrático y de la persona humana aplicar en su justa medida la teoría de inconstitucionalidad por omisión a fin de no caer en excesos.

Referencias

- Adrián Coripuna, J. (2015). *Razonamiento Constitucional. Críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial*. Lima. Fondo Editorial Academia de la Magistratura.
- Aldunate Lizana, E. (2010a). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de derecho (Valdivia)*, 23(1), 79-102.
- Aldunate Lizana, E. (2010b). Neoconstitucionalismo. *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 361-369.
- Bazán, V. (2007). Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. *Revista Derecho del Estado*, (20), 121-144.
- Chiasonni, P. (2011). Disposición y norma: Una distinción revolucionaria. En S. Pozzolo y R. Escudero (eds.). *Disposición vs. Norma* (pp. 7-17). Lima: Editorial Palestra.
- Corral Talciani, H. (2018). Constitucionalización del Derecho Civil, neoconstitucionalismo y activismo judicial. *Revista de*

Derecho Aplicado LLM UC, (2), 1-20

- Fernández Segado, F. (2009). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios constitucionales*, 7(2), 13-69.
- Ferrajoli, L. (nov. 2011). Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 15-53.
- Gorra, D.G. (2019). *Neoconstitucionalismo. Concepción epistemológica*. Buenos Aires. Editorial Astrea.
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico, el caso italiano. En M. Carbonell Sánchez (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49-74). Madrid. Editorial Trotta.
- Guastini, R. (2011). Disposición vs. Norma. En S. Pozzolo y R. Escudero (Eds.). *Disposición vs. Norma* (pp. 133-156). Lima: Editorial Palestra.
- Haba, E.P. (2014). Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación. En E.P. Haba Coord. *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica* (pp. 27-102). Lima: Editorial Palestra.
- Kuhn, T. (2004). *La estructura. De las revoluciones. Científicas*. Buenos Aires. Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Núñez Leiva, J.I. (2015). Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: "Black holes & Revelations". *Ius et Praxis*, 21(1), 315-343.
- Peredo Rojas, M. (2018). *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters.
- Peredo Rojas, M. (2020). *Hacia la configuración de la omisión como un vicio de inconstitucionalidad, su posible control y sanción en el ordenamiento jurídico constitucional chileno*. Santiago, Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2(21), 339-356.
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Perú: Editorial Palestra.
- Rivas-Robledo, P (2022). ¿Qué es el activismo judicial? Parte II. Una definición más allá de la extralimitación de funciones. *Dikaion. Revista de actualidad jurídica*, 31(2), 1-28
- Santiago, A. (3 de abril de 2008). *Neoconstitucionalismo* [Conferencia] Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires. <http://www.ancmyp.org.ar/nosotros.asp?menu=HOME>.
- Serna, P. (2006). *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos: De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. México: Porrúa.
- Torres, L.F. (2013). El Activismo Judicial En La Era Neoconstitucional. *Iuris Dictio*, 13(15), 65-80
- Vásquez Sánchez, O. (2020). *Teorías Neoconstitucionalistas*. Lima. Editorial Palestra.
- Vigo, Rodolfo L. (2015). *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Villaverde Menéndez, I. (2007). La inconstitucionalidad por omisión: Un nuevo reto para la justicia constitucional. En M. Carbonell, Miguel (coord.). *En busca de las normas ausentes: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión* (2ª ed.) (pp. 49-73). México, D.F.: IIJ de la UNAM.