Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

XX

INTENTO DE CONCEPTUALIZACIÓN Y DEFENSA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Leonardo García Jaramillo*

Sumario: I. *Introducción.* II. *Problemática y génesis del concepto.* III. *Precisando el neoconstitucionalismo.* IV. *Neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular.* V. *Versiones.* VI. *Caracterización.* VII. *Neoconstitucionalismo, constitucionalismo aspiracional y constitucionalismo democrático.*

I. Introducción

Algunos académicos teórico-jurídicos y constitucionalistas consideran una entelequia el concepto neoconstitucionalismo, a pesar de la probada difusión y éxito que ha tenido en la literatura jurídica iberoamericana contemporánea. A su juicio no hay nada en él que valga la pena destacarse como su fundamento teórico. El no positivismo que el mismo Atienza ha defendido, podría concebirse como el fundamento teórico del neoconstitucionalismo[1], así como el planteamiento de la doble naturaleza del derecho que ha defendido Alexy[2]. El cometido de este capítulo no es, sin embargo, abordar dicha cuestión acerca de su fundamento teórico sino otorgar algunas luces que permitan precisar el concepto y así defender su utilidad para la discusión constitucional iberoamericana. Interesa saber de qué hablamos cuando hablamos

* Este capítulo es una revisión y ampliación de la conferencia impartida en la Universidad Torcuato Di Tella, de Buenos Aires, el 7 de nov. de 2013. Agradezco a Martin Hevia, Horacio Spector, Roberto Gargarella y Alejandro Chehtman su presencia y participación en la sesión. Espero haber respondido al menos aquí sus observaciones.

[1] Véase, Manuel Atienza – Juan Ruiz Manero, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", en: *Isonomia* No. 27, 2007.

[2] Carlos Bernal Pulido (ed.). *La doble dimensión del derecho: autoridad y razón en la obra de Robert Alexy.* Lima: Palestra, 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

de neoconstitucionalismo y determinar entonces si tiene o no relevancia su alusión. Si es o no un concepto que explica algo que antes no existía o si es un vacuo modismo.

Inspiró este trabajo el artículo "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras", de Josep Aguiló[3], que leí con entusiasmo siendo estudiante de derecho porque esclareció las tesis puntuales que caracterizan cada paradigma jurídico. Este trabajo procura hacer lo mismo digamos metodológicamente respecto del neoconstitucionalismo. Para tal fin procederé de la siguiente forma: precisar siguiendo a García Figueroa dos tipos de neoconstitucionalismo para determinar cuál puede defenderse según su recepción respecto de lo complejo que resulta defender al neoconstitucionalismo como una teoría comprehensiva a partir de la cual sea posible confeccionar modelos científicos que permitan interpretar un conjunto amplio de observaciones. Debido a la variedad y diversidad de autores y doctrinas que se reúnen, aun cuando coherentes en sus supuestos y enfoque, resulta complejo determinar una margen teórica de los postulados que defendería globalmente el neoconstitucionalismo. La tesis que se sustenta es que el neoconstitucionalismo no es una teoría pero sí un canon o un movimiento, cuyas ideas centrales o planteamientos medulares configuran claramente un aire o parecido de familia (Wittgenstein).

La defensa del neoconstitucionalismo también puede acometerse, y esta sería una segunda tesis, no desde sus fundamentos teóricos sino desde la recepción que no solo en Colombia sino en otros países de la región, se ha hecho de algunos de los elementos medulares identificables que hacen parte del canon los cuales han tenido una recepción a nivel académico, doctrinario, pedagógico e incluso jurisprudencial. Defender al neoconstitucionalismo como teoría implicaría enfrentar sustantivos problemas de fundamentación, pero en aras de contribuir a su comprehensiva descripción es importante avanzar en este aspecto al caracterizarlo y presentar sus elementos medulares. La falta de trabajos de revisión rigurosos ha conducido a un debate empobrecido repleto de epítetos descalificativos o laudatorios, en todo caso acríticos.

Se aborda también la problemática y génesis del concepto, sus versiones y caracterización, y finalmente se articula con dos concepciones que en contextos de recepción del neoconstitucionalismo caracterizados de un lado por la proclamación de constituciones que no solo organizan un Estado sino que también consagran un proyecto de país, y de otro lado, con claros défi-

[3] Josep Aguiló, "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras", en: *Doxa* No. 30, 2007.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

cit de representación política. Comprender de forma adecuada el neoconstitucionalismo es útil para entender cómo se conforma a nivel trasnacional un canon de doctrinas y teorías que es ahora bien identificable en la escena jurídica iberoamericana. Otorga una renovada perspectiva para determinar las razones por las cuales es receptada determinada versión o interpretación de una doctrina jurisprudencial o teoría jurídica alemana o estadounidense, por ejemplo. Constituye una forma para describir y analizar cómo y por qué teorías jurídicas y doctrinas jurisprudenciales surgidas en países con contextos sociales, políticos e incluso culturales particularmente distintos entre sí, viajan no obstante entre ellos y son receptadas y reconfiguradas conforme muchas veces a otras necesidades teóricas y prácticas.

Una de las principales y más recurrentes dificultades que se señalan respecto del neoconstitucionalismo, tiene que ver con la ambigüedad y vaguedad que comporta el concepto[4]. Para Prieto Sanchís[5] el problema radica en que se le puede defender en sentidos distintos y, una vez que se fija uno, tampoco resultan muy claros los rasgos que deben concurrir para ostentar legítimamente dicho concepto. El objetivo fundamental de este capítulo es entonces precisar el neoconstitucionalismo a partir de una descripción de sus elementos medulares para procurar, así, una mayor claridad a partir de una caracterización que permita mostrar qué cometidos condujeron al acuño del concepto y qué objeto identifica.

El influjo de los elementos medulares del neoconstitucionalismo ha trascendido la mera cuestión académica y pedagógica, para dar cuenta de una influencia efectiva en la concepción y puesta en práctica de algunos de los sistemas constitucionales de la región. El neoconstitucionalismo enmarca los procesos de internacionalización del Derecho Constitucional que se han venido desarrollando en América Latina desde cuando varios países empezaron a cambiar sus constituciones o a incluirles reformas[6], lo cual condujo

[4] Cuestión que también ha sido señalada por sus defensores, así, Susana Pozzolo, "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución", en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional. op. cit.*

[5] Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013, cap. I.

[6] Colombia 1991, promulgada por una Asamblea Nacional Constituyente y ratificada por el entonces presidente. Venezuela 1999, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente luego de que el pueblo se manifestara mediante referendo (abril 25) a favor de una nueva Constitución, y ratificada una vez que el texto redactado por la Asamblea se aprobó mediante referendo (diciembre 15). Ecuador 2008, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente (julio 25) y sometido el texto definitivo a referendo (septiembre 28). Bolivia 2009, promulgada por el presidente luego de que el texto redactado por la Asamblea Constituyente fuera aprobado mediante un referendo con participación del 91% del censo.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

a un cambio en los sistemas jurídicos con graduales pero significativas repercusiones de índole política, cultural y doctrinaria.

II. Problemática y génesis del concepto

La derrota del fascismo en Europa condujo a una reconfiguración de la geopolítica global como pocas veces había acontecido desde la decadencia y caída del Imperio romano. El mundo se dividió con una cortina de hierro, al decir de Churchill, y dos fuerzas adversarias dominaron el panorama político hasta la década de 1990 y tuvieron al mundo en vilo por una guerra de proporciones nucleares. Condujo también a una profunda reorganización del poder público y de las instituciones estatales, sobre todo, de los países vencidos en la Segunda Guerra. Dogmática y orgánicamente sus sistemas constitucionales debieron ser intervenidos para borrar todo rastro de la dictadura y la represión de derechos y garantías que habían envilecido al derecho, cuando fue puesto al servicio de la validación de dictaduras.

Se trató sobre todo de los países que, como el ave Fénix, "resurgían de sus cenizas" al final de la derrota bélica y la salida del fascismo, es decir, Italia con su Constitución de 1947 y Alemania con la Ley Fundamental de Bonn de 1949[7]. La nefasta experiencia del derecho bajo el régimen nazi (1933-1945) será determinante para rehabilitar el derecho en el afán de romper radicalmente con el pasado reciente y suplir el déficit de legitimidad de la que adolecieron los ordenamientos jurídicos. Esta Ley inicia con un capítulo sobre derechos fundamentales y consagra de entrada el respeto a la primacía de la dignidad humana, a la cual le otorga un carácter de intangibilidad y un estatus inmodificable. En las secciones sobre derechos fundamentales de las respectivas constituciones es donde mayores transformaciones han operado estos cambios, sobre todo por cuenta de la expansión normativa material que de los mismos han realizado los tribunales constitucionales en su labor de control a la constitucionalidad de la legislación en general, pero también en su aporte a la creación y el desarrollo del derecho.

Este constituye el primer momento histórico en el cual se configura un neoconstitucionalismo en los países que serían particularmente influyentes

Respecto de las reformas, vale la pena mencionar la que en 1994 se introdujo en Argentina sobre, entre otros aspectos, la ampliación de los efectos de los derechos fundamentales.

[7] La cual en un principio sólo fue promulgada para Alemania Occidental, pero posteriormente se firmó el tratado de la unificación entre la República Federal Alemana y la República Democrática Alemana, en agosto de 1990, adhiriéndose así los cinco estados federados orientales.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

en el desarrollo del derecho público en occidente cuando en otros contextos se debieron afrontar, ante el fin de las dictaduras y la entrada a la democracia, los problemas que ya habían enfrentado los países derrotados en la Segunda Guerra. Es así como surge un segundo momento en el cual se configura un neoconstitucionalismo en los países que salieron de las dictaduras, tales como Grecia (1975), pero fundamentalmente Portugal (1976)[8] y España (1978). Instituciones públicas, formas de organización y control del poder, doctrinas judiciales y teorías jurídicas se encuentran entre las lecciones que tomaron varios países de la experiencia germana e italiana. Un tercer y último momento es del que hacen parte Colombia y los demás países latinoamericanos que desde la década de 1980 empezaron a cambiar sus regímenes constitucionales o a introducir reformas que incorporaban elementos de estos procesos constituyentes en Europa. En el caso de los países latinoamericanos se trata sobre todo del intento de reconstruir su orden político tras experiencias de dictaduras militares, guerras civiles o como respuesta a recurrentes crisis de legitimidad, tal como en Colombia lo fue el profundo desgaste institucional que trajo consigo el post-frente nacional por su cerrado sistema político y su estructuralmente débil forma de democracia representativa.

El nuevo modelo de organización política surge entonces en tres momentos histórica y contextualmente verificables por cuyos desarrollos e influencias trasnacionales se habla ahora de un neoconstitucionalismo. Desde dos puntos de vista se pueden observar los cambios acontecidos en las formas de los estados y en el contenido y tipo del derecho constitucional. Históricamente desde el surgimiento de un modelo ideológico y fórmula política del Estado constitucional de derecho que surge en Alemania en la versión que se receptó en España y luego en Colombia, la cual asimismo influenció otros procesos de renovación constitucional en América Latina,

[8] Por citar un caso menos conocido que el español, el "Preámbulo" de la Constitución Portuguesa consagra: "Liberar a Portugal de la dictadura, la opresión y el colonialismo supuso una transformación revolucionaria y el comienzo de un cambio histórico de la sociedad portuguesa. La Revolución restituyó a los portugueses los derechos y libertades fundamentales". Su artículo 9 preceptúa que son misiones fundamentales del Estado: "1. Garantizar la independencia nacional y crear las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales que la promuevan; 2. Garantizar los derechos y libertades fundamentales y el respeto a los principios del Estado de Derecho democrático; 3. Defender la democracia política, asegurar y estimular la participación democrática de los ciudadanos en la resolución de los problemas nacionales; 4. Promover el bienestar y la calidad de vida del pueblo y la igualdad real entre los portugueses, así como la efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, mediante la transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

como el Ecuador, Venezuela y Bolivia. Teóricamente a partir de las críticas al positivismo que empiezan a configurar otros movimientos y escuelas que comparten la centralidad en el discurso jurídico de los derechos fundamentales, la vocación normativa de la Constitución y el desmoronamiento de las tradicionalmente sólidas fronteras entre el derecho, la moral y la política.

Evidencia de que las doctrinas jurídicas contemporáneas han acercado el derecho a la moral, se encuentra en que las fronteras que las separaban se han desmoronado debido a la incorporación en las constituciones de principios morales como libertad, igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia y dignidad humana. De otra parte el constructivismo ético ha acercado la moral al derecho porque la moral ha dejado de ser un dominio individual, para transformarse en un discurso entre los participantes que invocan el constitucionalismo. Respecto del pluralismo, el respeto a la dignidad y la igualdad, es interesante señalar que si bien en América Latina las constituciones consagran la figura de dios, incluyen la libertad religiosa y el respeto al pluralismo ideológico, lo cual hace mayoritariamente laicos a los estados contemporáneos[9].

La expansión global de importantes elementos de la dogmática jurídica alemana e italiana, ha determinado cambios en el discurso jurídico que abonan el terreno a la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo[10]. El neoconstitucionalismo aporta un buen referente para analizar críticamente la manera como doctrinas jurisprudenciales, teorías jurídicas y discusiones académicas que han surgido en otros países para responder muchas veces –pero no necesariamente– a sus propias necesidades sociales y urgencias jurídicas contextuales, han sido receptadas a distintos procesos locales de producción, interpretación y aplicación normativas.

La segunda posguerra constituyó entonces la configuración de los lineamientos distintivos de un nuevo constitucionalismo, tales como la incorporación de derechos sociales y principios de naturaleza moral en las constituciones, así como incipientes mecanismos para su garantía material e instituciones encargadas de controlar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía. Una fecunda producción teórica y la progresiva renovación de las tradiciones jurisprudenciales sucedieron estos acontecimientos a partir de los cuales se configuró el neoconstitucionalismo.

---

9 Cuestión sobre la que pueden consultarse los 34 números de la colección de cuadernos "Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad", disponibles todos a texto completo, en: http://catedra-laicidad.unam.mx/?page_id=122

10 Paolo Comanducci, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado, 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Sus principales instituciones judiciales han comenzado a realizarse en algunos campos y hay ya evidencia de la influencia doctrinaria y jurisprudencial que han ejercido desde los mismos procesos de configuración constitucional. El neoconstitucionalismo representa un debate contemporáneo en el estado actual de la cuestión constitucional (y más allá, del derecho público e incluso privado). Se observa con claridad por la cantidad de bibliografía que en los últimos años ha aparecido en Latinoamérica (particularmente en México, Colombia y Brasil) y España sobre el neoconstitucionalismo[11] como tal, pero sobre todo sobre sus principales teorías, instituciones jurisprudenciales y doctrinas constitucionales, pero también se observa porque se ha asentado en la teoría y se ha realizado en la práctica en los países que redactaron sus constituciones atendiendo a una tendencia trasnacional que las concebía como norma directamente aplicable y en los tribunales cuando conciben un derecho como garantía de un ciudadano. Siguiendo esta tendencia las facultades de derecho renovaron sus programas curriculares.

La profusión de investigaciones y estudios, a nivel transnacional y local, sobre los elementos medulares del neoconstitucionalismo no ha conducido sin embargo a una clarificación particularmente meridiana del concepto ni a una delimitación precisa de los límites de su contenido. Casi cualquier persona cercana a los estudios jurídicos cree tener por lo menos alguna idea o intuición sobre aquello que (al menos) parece significar o implicar el concepto "neoconstitucionalismo". La carencia de unanimidad en su uso despierta una cierta sospecha o, como advirtió Bernal Pulido, la heterogeneidad en el recurso al concepto es un argumento que desaconseja su uso[12]. Como sucede con otros conceptos de reciente acuño (multiculturalismo, democracia deliberativa, posmodernidad), el neoconstitucionalismo ha abrazado amplios rasgos que inevitablemente lo han conducido a una riesgosa amplitud semántica. Algunas de las tendencias adeptas al modelo procuran enmarcar ideas diversas e incluso divergentes de autores provenientes de variadas tendencias surgidas en distintos países y durante muchos años.

---

[11] Sus perfiles están bien reconstruidos en: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s). op. cit.*; (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid, Trotta, 2007; Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. *op. cit.* Luís R. Barroso, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. op. cit.* Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho.* Bogotá, Universidad Externado, 2009. Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. op. cit.* Laura Clérico – Jan Sieckmann (eds.) *Derechos fundamentales, principios y argumentación*. Granada, Comares, 2011. Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* Madrid, Trotta, 2003; *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013.

[12] Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. *op. cit.*, cap. 3, segunda parte.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

La representatividad del neoconstitucionalismo en diversos debates doctrinarios, académicos y jurisprudenciales en Iberoamérica, se observa en la configuración de una agenda de investigación radicalmente distinta respecto de las formas tradicionales de aproximación al derecho y a los derechos. Los cambios doctrinarios, institucionales, jurisprudenciales y académicos que han acontecido en los últimos 20 años sobre todo, son factores esenciales para avanzar en el cometido de validar la propia discusión neoconstitucional, ya que como toda ciencia social, las teorías jurídicas, y constitucionales en concreto, aspiran a realizarse en la práctica.

El neoconstitucionalismo se ha asentado en la teoría jurídica iberoamericana y algunas de sus principales instituciones judiciales han comenzado a realizarse en la práctica de la aplicación de los derechos en algunos países. En el derecho constitucional y la teoría jurídica recientes se ha consolidado el uso del concepto "neoconstitucionalismo" para designar en algunos casos de forma imprecisa, un conjunto de transformaciones acontecidas en la esfera no sólo judicial y académica, sino también en otros aspectos que, como el pedagógico y la mentalidad o el imaginario de los nuevos juristas y estudiantes de derecho, son los que permiten hablar de un nuevo paradigma del derecho. La fenomenología abarcada por el neoconstitucionalismo ha ejercido influencia observable en diversos procesos institucionales, pedagógicos y jurisprudenciales.

El concepto constituye una nomenclatura constitucional de carácter transnacional que, en general, se ha extendido en la discusión jurídica latinoamericana. Se acuñó hacia 1995 por parte de algunos teóricos del derecho de la Universidad de Génova, fundamentalmente: Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci[13]. El neoconstitucionalismo como modelo de organización política con fuerte contenido ideológico, vocación sustantiva y con una teoría jurídica subyacente, surgió para responder a los

[13] Susanna Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Turín, Giappichelli, 2001; "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en: *Doxa* No. 21-II, 1998; "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución", en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. *op. cit.*; *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola.* Inédito. Sussana Pozzolo – Écio Oto Ramos, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação mora da Constituição*. São Paulo, Landy, 2006. Mauro Barberis, *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético.* México D.F., Fontamara, 2006; "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", en: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s). op. cit.* Paolo Comanducci, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. *op. cit.* Dentro de los trabajos pioneros también se encuentra, Tecla Mazzarese (comp.) *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*. Turín, Giappichelli, 2002.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

nuevos desafíos que imponía la necesidad de reconfigurar por completo las instituciones del poder público luego de la Segunda Guerra y, con posterioridad, de la entrada de Portugal y España a la democracia. Se ha desarrollado no obstante de maneras originales y creativas respecto de algunas de sus principales instituciones cuando otros países se han visto en necesidades similares ante cambios normativos que deben ser implementados. En la génesis del neoconstitucionalismo se encuentra el objetivo de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas defendidas por algunos autores que representan una manera afín de aproximarse al derecho, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas. El neoconstitucionalismo se opone explícitamente al iuspositivismo pero al mismo tiempo trata de desmarcarse del iusnaturalismo. Aunque quizá la referida vinculación entre el derecho y la moral, así como la importancia de los preceptos morales en la interpretación jurídica, es lo que motiva a Ferrajoli para adjudicar precisamente a Alexy y Dworkin, así como a Nino, la representación de un movimiento constitucional de tendencia iusnaturalista[14].

No existía un concepto lo suficiente bien explicativo de las doctrinas jurisprudenciales, tesis académicas, planteamientos ideológicos que, a su vez, estuviera en capacidad de comprehender la renovación en el campo teórico en varios países de Europa con el cambio de sus textos constitucionales y la articulación con instituciones jurídicas estadounidenses. Esta relación constituyó un movimiento al cual se unieron muchos países latinoamericanos, que no sólo cambiaron de Constitución sino que la redactaron de una manera particular al incorporar parte esencial de las características distintivas de aquel nuevo paradigma constitucional. La explicación contextual permite comprender la razón por la cual el "neoconstitucionalismo" gozó de un éxito fulminante, razón por la cual optamos por defender un neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular.

III. Precisando el neoconstitucionalismo

Aunque el recurso al concepto "neoconstitucionalismo" no es unívoco en el estado del arte, sus versiones representativas comenzaron por coincidir en

[14] Robert Alexy – Eugenio Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho*. Bogotá, Universidad Externado, 2001. Ronald Dworkin, "Natural Law Revisited", en: *University of Florida Law Review* Vol. XXXIV, No. 2, 1982. Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho.* Barcelona, Marcial Pons, 2008. Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Bari, Laterza, 2007, vol. I, Introduzione.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

reconocer que una de las principales características de los sistemas jurídicos que se rigen por los postulados de dicha doctrina es la limitación jurídica al poder[15]. Una constitución política neoconstitucional además de reglas está integrada por principios, es decir, por normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible a partir de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, por esto en lugar de ser mandatos definitivos como las reglas, los principios son mandatos de optimización. Debido a esta característica estructural distintiva entre reglas y principios, la forma idónea de aplicación de estos es la judicial y mediante la ponderación: mecanismo metodológico que se debe constituir en forma racional de argumentación. El ejercicio de la ponderación en la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales es un presupuesto de la complejidad alcanzada por los sistemas jurídicos desde la segunda postguerra.

En la consideración de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante la ponderación se encuentra implícita la prevalencia de la teoría externa de los derechos fundamentales[16], según la cual los límites de un derecho no están dados de antemano sino que se configuran para el caso concreto y conforme a las razones de peso que juegan en sentido contrario. *Prima facie* un derecho garantiza algo o comporta una determinada provisión, pero es la posterior ponderación la que lo determina con claridad. De ahí la importancia de que los tribunales constitucionales asuman con rigor los auto-precedentes, ya que el resultado de una ponderación en una sentencia constituye una ratio que a su vez constituye o desarrolla una subregla a la que debe recurrirse en sustento de un caso posterior analogizable.

La teoría de la argumentación jurídica, y sobre todo las teorías procedimentales como la de Alexy, constituye un elemento esencial de la teoría

[15] Ibídem, p. 27.

[16] Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. *op. cit.*, cap. VI. Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales.* Bogotá, Universidad Externado, 1998, pp. 29 y ss. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Madrid, CEPC, 2003, pp. 466 y ss. Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales.* Madrid, Debate, 1990, pp. 153 y ss. Para la teoría interna el contenido de un derecho fundamental está delimitado desde su origen por lo que la labor del intérprete consiste sólo en descubrirlo y en determinar sus excepciones. El contenido mínimo de los derechos estaría determinado entonces por lo que prescriben explícitamente las disposiciones constitucionales que los establecen, por lo que los únicos límites de los derechos son aquellos que demarcan los contornos de la sustancia a la que alude la disposición que los consagra. No plantea la necesidad de realizar fundamentaciones por lo que reduce el esfuerzo en procurar esgrimir argumentos a favor o en contra de determinada interpretación de un derecho. Para una exposición de la teoría interna de los derechos fundamentales y sus críticas, véase, Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2003, pp. 444 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

externa de los derechos fundamentales. El mismo contenido de un derecho, su núcleo esencial y sus márgenes, así como las cargas de fundamentación que debe soportar el intérprete en caso de colisión la preferencia por un determinado derecho, exigen que en la concreción de una provisión consignada en un derecho o en la implementación de una medida legislativa que vulnera de alguna forma un derecho, se deba recurrir a argumentos constitucionales en sustento. De ahí la diferencia entre disposición y norma, relevante para comprender la diferencia entre las normas adscriptas y las normas directamente estatuidas.

Además de que la teoría externa de los derechos fundamentales resulta acorde con la ideología liberal que ha constituido la base de la concepción de los derechos fundamentales desde el origen de la democracia constitucional, exige naturalmente una mayor carga argumentativa en el control de constitucionalidad de las leyes que intervienen o afectan derechos. Una de las principales características del neoconstitucionalismo, que ha modificado la misma forma de comprender el derecho, es la centralidad que le otorga a la dimensión argumentativa. "La implantación de un Estado constitucional democrático crea ciertamente un espacio institucional para la solución de los problemas jurídicos. Pero ese espacio necesita ser llenado. El medio para ello es la argumentación jurídica"[17].

Al poder judicial y al intérprete en general se les impone entonces la utilización de herramientas argumentativas como el principio[18] de proporcionalidad[19] para controlar la implementación de medidas legislativas que tienen impacto negativo sobre los derechos fundamentales. Esta estructura

[17] Robert Alexy, "Mi teoría del derecho". Discurso impartido en la Universidad de Alicante con motivo de la aceptación del doctorado h.c. Citado de la versión electrónica facilitada por el autor.

[18] Al cual se le ha denominado de distintas formas: "principio", "mandato", "regla", "criterio", "examen", "factor" y "juicio". Conforme a Clérico, debido a que los tres submandatos del principio de proporcionalidad en sentido lato tienen carácter de reglas (y más precisamente reglas de segundo grado porque determinan cómo deben aplicarse las normas con estructura de principio), la proporcionalidad no se pondera frente a otros mandatos sino que determina cómo deben ponderarse los objetos de la ponderación. Por esta razón, en lugar de "principio" lo denomina "examen". Cfr.: Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional.* Buenos Aires, Eudeba, 2009.

[19] Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Madrid, CEPC, 3ra ed., 2007. Clérico por su parte reconstruye los tres subprincipios de la proporcionalidad argumentando que se trata de un examen orientado por reglas, lo cual supone analizar la tensión entre la validez concreta del derecho que requiere la mayor consideración posible a partir de las circunstancias concretas del caso, y la vinculación a reglas que a su vez requieren ser justificadas para que no se apliquen automáticamente, lo cual puede enmascarar una injustificada práctica restrictiva de derechos (por acción u omisión).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

argumentativa permite fundamentar la invalidación de intervenciones en derechos que implican un sacrificio constitucionalmente ilegítimo, innecesario o desproporcionado de los mismos. A la par de la importancia de los dos primeros subprincipios del principio de proporcionalidad en sentido lato: idoneidad (o mandato de adecuación técnica) y necesidad (o medio alternativo menos lesivo), la ponderación (principio de proporcionalidad en sentido estricto) resulta un mecanismo metodológico esencial porque, por ejemplo en casos relativos al juicio de igualdad, su prescindencia implicaría que un acto que afectara muy intensamente la igualdad para favorecer muy levemente un fin constitucionalmente legítimo, no sería declarado inconstitucional[20].

Al acoger la teoría de los principios se reconoce la conexión interna entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, el cual asiste al Tribunal Constitucional en su compleja tarea de aplicar los derechos fundamentales sin invadir la órbita funcional del legislativo mediante la construcción de una dogmática de los márgenes de acción[21]. Una teoría del espacio libre del legislador que permite una razonable separación de competencias entre los poderes judicial y legislativo, se estructura a partir de las dos concepciones recién mencionadas: desde la teoría de la argumentación, una teoría de los principios a partir de la cual se edifica la ponderación y se defiende su racionalidad ; y desde la teoría de los derechos fundamentales, una teoría de los principios que articula los derechos fundamentales con el principio de proporcionalidad .

---

[20] Sobre la influencia del principio de proporcionalidad, véase, para el caso alemán, Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. *op. cit.* Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. op. cit.* Para la jurisprudencia de la Corte IDH, Laura Clérico, "Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: Jan Sieckmann – Laura Clérico – Griselda Capaldo (eds.) *Internacionalización del Derecho Constitucional. Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires, Eudeba, 2012. Desde diversos contextos y enfoques, ver los estudios reunidos en, Miguel Carbonell (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Para el caso español, véase Daniel Sarmiento Ramírez, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Un análisis desde el Derecho español*. Bogotá, Universidad Externado, 2007. Isabel Perelló D., "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", en: *Jueces para la democracia* No. 28, 1997. Para un análisis crítico de su aplicación por parte del Tribunal Constitucional peruano, véase, Carlos Bernal Pulido, "La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad", en: *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. *op. cit.*, cap. 11.

[21] Robert Alexy, "Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria", en: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, Universidad Externado, 2003.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

El neoconstitucionalismo comporta elementos no sólo desde la perspectiva teórica sino también desde el punto de vista político y jurídico. Dentro de los componentes del concepto se ha distinguido además un tipo de estado constitucional de derecho con alto contenido ideológico en la medida en que adopta el modelo axiológico de Constitución como norma directamente aplicable en lugar de sólo como regla, o conjunto de ellas, que condiciona la elaboración y expedición de otras reglas de menor jerarquía. Esta concepción implicó un viraje del modelo institucional así como de la forma de organización política que hasta entonces conocía la historia. Otro componente es el teórico, ya que se torna imperativo un cambio o desarrollo en las teorías que tradicionalmente explicaban los diversos escenarios de la fenomenología jurídica. Un planteamiento como el neoconstitucional, de profunda raigambre normativa y prescriptiva, sería deficitario sin una filosofía política que sustente, desde las ideas históricas sobre la legitimidad del Estado y el ejercicio justo del poder, dicha fórmula. Prieto Sanchís señala una acepción iusfilosófica referida a las cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición y el estatus del derecho, así como sobre la función del jurista[22].

Además de conservar los principios del Estado de Derecho –introduciendo modificaciones en algunos casos para su mejor implementación– como la separación de poderes, los importancia de los pesos y contrapesos institucionales y el principio de legalidad, el neoconstitucionalismo representa como modelo el final de un largo camino hacia el gobierno del derecho en lugar del gobierno del poder, es decir, el fin del enfrentamiento entre el Derecho del Estado y el Estado de Derecho. Desde el canon trasnacional que se ha formado, el neoconstitucionalismo se puede considerar descriptivamente desde los rasgos más relevantes del Estado Constitucional de la segunda posguerra, y teóricamente desde las doctrinas jurídicas que buscan explicar cómo se ha evolucionado desde el formalismo "ingenuo" de la Jurisprudencia de Conceptos y la Escuela de la Exégesis[23], hasta la concepción de la Constitución como "un orden valorativo" (según la denominación de la jurisprudencia germana en el fallo *Lüth* de 1958)[24].

---

[22] Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* Madrid, Trotta, 2da ed., 2009, pp. 101-102.

[23] "Formalismo ingenuo" porque las doctrinas sustentadas por ambas escuelas respecto de la decisión judicial comportaban la negación absoluta de la discrecionalidad. La convicción en ciertas características del sistema jurídico (completitud –no hay lagunas–; coherencia –no hay antinomias–; diafanidad –no hay necesidad de interpretarlo–) formalizaba la decisión del juez y la volvía entonces la estructuración de un razonamiento silogístico a partir de premisas acabadas. Juan Antonio García Amado, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en: *Isegoría* No. 35 (julio-diciembre), 2006.

[24] Luis Cruz, *La Constitución como orden de valores.* Granada, Comares, 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

En el neoconstitucionalismo no se elude el hecho de que cada juez o doctrinante tiene una idea acerca del derecho, adopta una posición política y tiene valoraciones morales, los cuales necesariamente impregnan sus respectivas interpretaciones del derecho. Más bien se sustenta que la legitimidad del derecho radica en la posibilidad de justificar tales juicios. Puede resultar engañoso o desorientador hacer referencia a "la" teoría del neoconstitucionalismo, porque en efecto no existe tal cosa como una teoría neoconstitucional, como en la biología la teoría de la evolución de Darwin o en la física la teoría de la relatividad de Einstein. Por ser un conjunto de doctrinas no hay un amplio grupo de planteamientos teóricos que sean compartidos por todos quienes se suscriben al neoconstitucionalismo. Pero dentro de un núcleo común identificable más que por la conformación del canon trasnacional, por la recepción de elementos del mismo en distintos contextos, se pueden identificar las siguientes ideas como pertenecientes al canon y adoptadas a nuestras propias formas de concebir diversos aspectos de la fenomenología jurídica.

El neoconstitucionalismo como tal es un concepto general o una idea amplia. Básicamente es la idea de que a partir de la segunda los textos constitucionales se formularon de una manera radicalmente distinta respecto de la tradicional consagración de competencias y el establecimiento de funciones, la creación de instituciones y la inclusión de principios como los de legalidad y seguridad jurídica, y los derechos de libertad. Desde su génesis se encuentra el objetivo de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas defendidas por algunos autores que representan una manera afín de aproximarse al derecho, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas.

Pozzolo hizo referencia originalmente a un movimiento teórico que comparte algunas tesis sobre la concepción, interpretación y aplicación del derecho, y sobre los problemas que traen aparejadas dichas actividades. La interpretación constitucional contiene una serie de especificidades que la distinguen de la interpretación de otros textos normativos, y la cual asimismo está relacionada con una forma particular de configurar la Constitución. El neoconstitucionalismo se opone explícitamente al iuspositivismo pero al mismo tiempo trata de desmarcarse del iusnaturalismo, aunque la importancia asignada a los preceptos morales en la interpretación jurídica y la vinculación entre el derecho y la moral, ha desembocado en una identifi-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

cación iusnaturalista de emblemáticos representantes del neoconstitucionalismo como Alexy, Dworkin y Nino[25].

Una primera pregunta que surge es qué distingue al neoconstitucionalismo del constitucionalismo histórico que, como forma de organización jurídico-política surgió luego de las revoluciones estadounidense (1776) y francesa (1789) para organizar el poder público a partir de instituciones que respondieran ante el pueblo y no ante poderes monárquicos autoritarios. Si bien no estamos en presencia de una distinción pacífica o uniformemente aceptada, resulta poco discutible en la actualidad la presencia de una tendencia intelectual acerca de renovadas maneras de concebir el derecho. En efecto, en palabras de un crítico como Juan Antonio García Amado, se reconoce ya la existencia de "un canon neoconstitucional"[26]. Pedro Salazar Ugarte, en una reconstrucción del garantismo y un enfoque crítico del neoconstitucionalismo para mostrar sus diferencias, reconoce que una de las aproximaciones teóricas más acreditadas al Derecho Constitucional contemporáneo "en el ámbito ítalo-iberoamericano", es precisamente el neoconstitucionalismo[27].

IV. Neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular

El neoconstitucionalismo reúne varios de los temas más contenciosos en la ciencia jurídica contemporánea. El neoconstitucionalismo adopta una noción extendida, tanto del constitucionalismo histórico como del positivismo: del primero porque no permite evidenciar el cambio de paradigma[28] producido en la estructura del derecho positivo con la resignificación de los textos

[25] Robert Alexy – Eugenio Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho*. Bogotá, Universidad Externado, 2001. Ronald Dworkin, "Natural Law Revisited", en: *University of Florida Law Review* Vol. XXXIV, No. 2, 1982. Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho.* Barcelona, Marcial Pons, 2008. Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Bari, Laterza, 2007, vol. I, Introduzione.

[26] Juan Antonio García Amado, "Prólogo" a Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.*

[27] Pedro Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México D.F., FCE-UNAM, 2006; "Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas propuestas para esquivar confusiones recurrentes", 2011. Versión inédita facilitada por el autor.

[28] El neoconstitucionalismo se afirma que constituye un cambio de "paradigma" en el sentido que otorga Kuhn en su obra *The Structure of Scientific Revolutions* (1970), en donde mostró cómo la evolución científica, e intelectual en general, consiste básicamente en la sustitución de un paradigma por una nueva teoría o hipótesis que, frente a hechos nuevos o descubrimientos recientes, resulta capaz y suficiente de dar cuenta más satisfactoriamente de

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

constitucionales en Europa, cuyos principales elementos fueron receptados en América Latina y en Colombia en particular; son ellos sobre todo, respecto de la Constitución: interpretación sistemática, naturaleza normativa, fuerza vinculante, contenido sustantivo, garantía jurisdiccional y modelo axiológico; y respecto de los derechos fundamentales: eficacia entre particulares, interpretación extensiva, efecto de irradiación a todo el ordenamiento jurídico y contenido esencial. Del positivismo el neoconstitucionalismo también adopta una noción extendida porque trasciende la identificación restringida del derecho con la primacía de la ley, el principio de seguridad jurídica, la estricta separación entre las funciones y competencias de los tres poderes, la participación de otras instituciones distintas al congreso en el proceso de formación de las políticas públicas, la no vinculación del derecho con la moral, la subsunción como método de aplicación del derecho y, en últimas, con el modelo positivista del estado *legislativo* de derecho[29]. El neoconstitucionalismo ha implicado la necesidad de contar con una nueva teoría del derecho que se distinga de los fundamentos teóricos iuspositivistas que sirvieron de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico[30].

Significa, quizá por la amplitud de contenidos y pretensiones que se han reunido bajo un mismo marco conceptual, muchas cosas distintas para muchas personas que lo observan desde diferentes perspectivas políticas y disciplinares, de las cuales surgen críticas y apologías bien fundadas o infundadas, o una mezcla de ambas. Algunas de ellas incluso, aunque divergentes, pueden llegar a ser académicamente aceptables. Autores conocedores de la obra de Alexy por ejemplo han objetado su exceso de racionalismo en la configuración del principio de proporcionalidad[31], lo cual terminaría por invalidarlo como criterio argumentativo para resolver colisiones de derechos en casos concretos. Así mismo lo retratan como iusnaturalista por el grado de vinculación que su teoría sustenta entre el derecho y la moral, por la defensa de los principios en el razonamiento jurídico[32], por la igual importancia que confiere a la dimensión ideal y crítica respecto de la di-

---

tales hechos nuevos, por lo que debe, en consecuencia, superar a sus rivales para que pueda ser aceptada como paradigma.

[29] Maurizio Fioravanti, *Constitucionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma, Laterza, 2009, pp. 90-104. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta, 1995.

[30] Luis Prieto Sanchís, "El juicio de ponderación", en: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. *op. cit.* María Ángeles Ahumada, *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid, Thomson y Civitas, 2005.

[31] Laura Clérico – Gustavo A. Beade (eds.) *Desafíos de la ponderación*. Bogotá, Universidad Externado, 2011.

[32] Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del Derecho.* Barcelona, Marcial Pons, 2008; "Los principales elementos de mi filosofía del Derecho", en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

mensión real o fáctica[33] del derecho, y por suscribir la tesis radbruchiana del entuerto legal conforme a la cual la injusticia extrema no es derecho.

No es del interés de este trabajo plantear una crítica a las distintas posiciones que se han tomado a favor o en contra del neoconstitucionalismo. A nivel de la discusión jurídica local se pretende realizar algún aporte debido a la amplia revisión de bibliografía primaria y secundaria, así como al intento de presentación sistematizada y organizada por categorías de análisis. El cometido es entonces analítico pero sobre todo descriptivo. Los argumentos que presentan los autores neoconstitucionalistas contra cierta versión del positivismo jurídico o contra las interpretaciones conservadoras y retardatarias de la Constitución, permiten fundamentar posiciones liberales y progresistas en el marco de las principales discusiones jurídicas en la actualidad en América Latina.

García Figueroa afirma que el neoconstitucionalismo es una doctrina integral que reconstruye el modelo jurídico de los ordenamientos jurídicos de los estados constitucionales con dos propósitos: elevar conclusiones sobre la naturaleza del derecho en un plano conceptual o justificar normativamente ese modelo. Podríamos distinguir entonces entre un neoconstitucionalismo conceptual y un neoconstitucionalismo normativo: el primero redefine la teoría del derecho al cuestionar los principales cimientos teóricos e ideológicos sobre los que se estructuró el discurso jurídico durante décadas. El segundo estructura una nueva política del derecho al objetar muchos presupuestos positivistas como la no necesaria vinculación entre el derecho y la moral, la consideración de las reglas como el tipo de normas principales en un ordenamiento jurídico, la centralidad de la ley proveniente del poder legislativo, el principio de seguridad jurídica y la menor intensidad en la colaboración entre las ramas del poder público para la realización de los fines del Estado[34].

No. 32, 2009. Jan Sieckmann (ed.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.* Barcelona, Marcial Pons, 2011.

[33] Lo cual equivale a igualar en la práctica el ideal de la corrección moral del derecho con los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento y con la eficacia social, y el ideal en el de la corrección moral. "Quien define el Derecho exclusivamente por medio de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social sostiene un concepto positivista de Derecho. En cuanto añadimos la corrección moral como tercer elemento necesario, el cuadro cambia de un modo fundamental: surge un concepto no positivista de Derecho". Robert Alexy, "Los principales elementos de mi filosofía del Derecho". *op. cit.*

[34] Casi todos los que suscriben el primer tipo de neoconstitucionalismo lo hacen con el segundo, pero no todos los que suscriben el segundo podrían ser considerados defensores del primero. Hay quienes si bien defienden los ordenamientos jurídicos constitucionalizados con principios jurídicos vinculantes en las constituciones y jueces que deben hacer algo más

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

La distinción entre un neoconstitucionalismo conceptual y un neoconstitucionalismo normativo resulta relevante para enmarcar el proyecto que se acomete aquí, toda vez que conforme al neoconstitucionalismo conceptual que edifica su teoría del derecho a partir de la reconstrucción de los sistemas jurídicos que rigen los estados constitucionales, es posible distinguir a su vez entre dos tipos de neoconstitucionalismo conceptual: un neoconstitucionalismo de alcance general y un neoconstitucionalismo de alcance particular[35]. Esta sub-distinción permite comprender los grados en los cuales se han alcanzado los objetivos de investigaciones donde no interesa tanto defender un primer tipo de neoconstitucionalismo en su configuración epistemológica, solidez teórica y coherencia ideológica, sino describir y analizar cómo se han implementado de forma gradual y distinta los principales elementos medulares del neoconstitucionalismo transnacional en formas locales de comprender, enseñar y aplicar el derecho.

A partir de un análisis de este tipo de pueden extraer conclusiones acerca de la validez del derecho pero se restringen sus alcances a un sistema jurídico concreto. Para contribuir a su correcta y comprehensiva descripción, se procuran acometer estas tareas a partir de una descripción de la forma en la cual han sido receptados aspectos medulares del mismo. Se podría en tal caso contribuir a resolver dudas empíricas sobre la concreción de tesis y doctrinas de extendida circulación trasnacional, así como a determinar las cuestiones sobre las cuales descansa en última instancia la aceptación o el rechazo del neoconstitucionalismo; en particular proporciona un adecuado marco de referencia para pensar acerca de las diversas cuestiones que confluyen dentro del canon y su recepción. En este sentido, permite además refutar algunas críticas que parten de descripciones parciales o interpretaciones selectivas.

El pragmatismo hace parecer más prometedor el neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular, porque impondría enfrentar sustantivos problemas de fundamentación defender un neoconstitucionalismo conceptual de alcance general. Mathias Reimann por ejemplo se lamentaba porque la comunidad académica en el derecho comparado no había sido capaz de ponerse de acuerdo acerca de un canon, de un mínimo cuerpo doctrinario, sobre las obras y, sobre todo, de sus cuestiones y temas centrales[36]. La

que la mera legislación negativa, no admiten que ello deba invalidar el positivismo jurídico. Pienso aquí en Luigi Ferrajoli, Pedro Salazar Ugarte y Gloria Lopera Mesa.

[35] Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos.* Madrid, Trotta, 2009.

[36] Mathias Reimann, "The Progress and Failure of Comparative Constitutional Law in the Second Half of the Twenty Century", en: *50 American Journal of Comparative Law*, 2002.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

falta de un canon, de un estándar, ha derivado en que haya parecido académicamente aceptable para muchas personas realizar casi cualquier tipo de comparaciones, por parte además de cualquiera sin que fuera siquiera jurista, sólo porque "es mejor eso que nada"[37]. Los profesores italianos que empezaron a organizar en un marco conceptual de obras e inquietudes doctrinarias, metodológicas e ideológicas una forma renovada de considerar los cometidos y desafíos de un nuevo constitucionalismo, han procurado precisamente sistematizar las principales preocupaciones que, relativas sobre todo a la interpretación Constitucional y los conflictos en la aplicación de derechos, eran trasversales a muchos de los autores que configuran un canon neoconstitucional trasnacional.

V. Versiones

1. *El neoconstitucionalismo como teoría jurídica*

Una serie de tesis relacionadas con el positivismo teórico son objetadas y reformuladas por la teoría jurídica del neoconstitucionalismo. En primer lugar se encuentra la teoría de las fuentes del derecho, pues desde la supremacía de la Constitución se reformula la posición de la ley en el sistema de fuentes, perdiendo su posición monopólica como creadora de derecho, lo cual modifica a su vez las relaciones de los poderes públicos con la jurisprudencia. Se favorece una apertura a la pluralidad de fuentes del derecho, sobre todo a la jurisprudencia, ya que se asiste a un tránsito de la Constitución como límite al orden jurídico hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales[38], en el entendido de que la Constitución es un esquema para orientar la actuación de todas las ramas del poder público. Se asiste en el neoconstitucionalismo a una ampliación de los contenidos constitucionales materiales.

El neoconstitucionalismo cuenta con una propia teoría de las normas en la medida en que plantea la existencia de diversos tipos de enunciados normativos no reducibles a una estructura común, destacando entre ellos el papel de los principios en el razonamiento jurídico. Debido a que el reco-

[37] Ibídem. Véase también de su autoría, "Comparative Law and Neighboring Disciplines", en: Mauro Bussani – Ugo Mattei (eds.) *The Cambridge Companion to Comparative Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

[38] Josep Aguiló, "Sobre la Constitución en el Estado Constitucional", en: *Doxa* No. 24, Alicante. 2001, pp. 454 y 456.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

nocimiento de la discrecionalidad judicial es sometido a revisión por cierto sector de la filosofía jurídica, dentro del cual resulta especialmente significativa la tesis de la unidad de respuesta correcta sostenida por Dworkin, en el neoconstitucionalismo se reconoce una particular teoría de la interpretación y se propicia el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica en un intento por racionalizar con medidas como el principio de proporcionalidad la decisión judicial en casos difíciles.

Comanducci sustenta que el constitucionalismo es una ideología dirigida a limitar el poder y garantizar una esfera de derechos fundamentales, mientras que el neoconstitucionalismo no se presenta de manera exclusiva como ideología, metodología o teoría, sino de forma concurrente con estos tres aspectos. Barberis lo caracteriza como una posición filosófico-jurídica para la cual es inexistente la distinción necesaria o conceptual entre el derecho y la moral, la cual en el contexto italiano comienza a perfilarse a partir de las críticas dirigidas contra el positivismo en la década de 1970 por Sartori y Matteucci, y que en general recibirá un impulso definitivo más adelante bajo la influencia de Dworkin y Alexy.

El neoconstitucionalismo representa una serie de cambios de matices en el discurso constitucional, los cuales supondrán que el Estado deberá de forma paulatina aumentar el número de tareas que tradicionalmente realizaba, tales como la protección de los clásicos derechos de libertad y de defensa, así como la mera consagración de derechos en una Constitución sin valor normativo pleno y, por tanto, sin fuerza vinculante en sus provisiones hacia terceros. Antes lo dogmático estaba supeditado a lo orgánico, la misma razón de ser de lo orgánico es lo dogmático. En otras palabras, el Estado aparato existe para realizar los fines del Estado dentro de los que se destaca la garantía a los derechos. La jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley sino la ley en los derechos. Ya no son los derechos los que tienen que sujetarse a la ley, sino que la ley tiene validez en la medida que respete los derechos. Los valores y principios que se incorporaron en la Constitución orientan las formas idóneas y legitimas de interpretarla.

El constitucionalismo ha operado históricamente desde una tradición de escepticismo frente a los poderes establecidos. Acentúa la dimensión de límite al poder[39], por lo cual se entiende que la única protección demandada al Estado era por derechos de defensa y derechos de libertad. La consolidación del estado constitucional luego de la segunda mitad del siglo XX, cons-

[39] Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución,* Barcelona, Ariel, 1982. Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno,* Madrid, Trotta, 1998. Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

tituye una aproximación de las vertientes garantista y dirigente del constitucionalismo, los cuales hasta entonces habían tenido recorridos separados[40]. De la primera se retoma la fuerza normativa de la Constitución y su garantía jurisdiccional. La dimensión dirigente se refleja en el recurso a la Constitución como instrumento de realización de un proyecto de Estado que en general se propone superar el estado de cosas realmente existente. Antes las constituciones consagraban fundamentalmente contenidos programáticos que establecían las instituciones del poder público, sus funciones y competencias. El neoconstitucionalismo, que amplía de forma complementaria en vez de excluyente los contenidos del constitucionalismo tradicional, se puede sustentar como una forma sustantivada de constitucionalismo.

La forma de Estado que se enmarca en una democracia constitucional, trae consigo importantes transformaciones en los sistemas jurídicos que suscitan la revisión de la teoría del derecho tradicional de impronta positivista, lo cual amplía el discurso del constitucionalismo para desarrollar una teoría y metodología jurídicas que puedan responder a la complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. De ahí por ejemplo que se reconozca unánimemente que no sólo hay reglas que, con una estructura condicional hipotética, se aplican silogísticamente mediante una subsunción, sino también otro tipo de normas con una estructura de principios que se aplican mediante la ponderación según las circunstancias jurídicas y fácticas existentes.

El neoconstitucionalismo ha implicado la necesidad de contar con una renovación de la teoría del derecho que se distinga de los fundamentos teóricos iuspositivistas que sirvieron de marco al estado de derecho decimonónico, producto de la singularidad del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra[41]. Desde la génesis del neoconstitucionalismo se encuentra el cometido de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas afines en su aproximación al fenómeno jurídico, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas. El neoconstitucionalismo se opone explícitamente al iuspositivismo pero al mismo tiempo trata de desmarcarse del iusnaturalismo.

---

[40] Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid: Trotta, 1996, p. 130. Luis Prieto, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s). op. cit.*

[41] Luis Prieto Sanchís, "El juicio de ponderación", en: *Justicia constitucional y derechos fundamentales. op. cit.*; "El constitucionalismo de los derechos" y "Réplica a Juan Antonio García Amado", ambos en: Miguel Carbonell (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. op. cit.* María Ángeles Ahumada, *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid, Thomson y Civitas, 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Las tareas de integración y legitimación política que se deben cumplir en el estado constitucional, conducen a que también el constitucionalismo contemporáneo se proyecte en el plano ideológico como una doctrina de justificación de dicho modelo estatal[42]. Sin abandonar la dimensión de límite al poder, el neoconstitucionalismo asume una dimensión a partir de la cual cuestiones que antes estaban fuera de su horizonte de problemas, porque el Estado sólo debía velar por la seguridad, la protección de la propiedad privada y la garantía a la configuración de la voluntad general, empiezan a resurgir como los aspectos distintivos de una vigorizada forma de organización jurídico-política. Esta faceta se refleja sobre todo en contextos, como los integrados por los países iberoamericanos que se caracterizan por profundas condiciones de desigualdad estructural en el ingreso, déficit en la protección de derechos mínimos y falencias en la real representación política, en los cuales por lo tanto hay un profundo descontento por la situación del presente de la respectiva sociedad.

Escribe Fioravanti que "la doctrina del constitucionalismo ya no puede ser sólo doctrina del gobierno limitado sino también doctrina de los deberes del gobierno"[43]. Se presenta ahora como doctrina de justificación, como una teoría y una metodología del derecho referidas al estado constitucional. Esto avala, en consecuencia, el uso de la expresión neoconstitucionalismo para destacar las diferencias entre el discurso constitucional actual y el hilo conductor que ha caracterizado el constitucionalismo tradicional. Conviene entonces caracterizar al neoconstitucionalismo desde tres versiones.

2. *La versión metodológica o conceptual del neoconstitucionalismo*

Esta versión se dirige hacia una revisión del concepto de derecho y del modelo de ciencia jurídica propias del positivismo. Para Comanducci el neoconstitucionalismo surge en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho y a su vez pretende superar al positivismo y plantearse como alternativa al iusnaturalismo. Las tesis de la neutralidad, la separación conceptual entre derecho y moral, la adopción del punto de vista externo y el papel eminentemente descriptivo de la ciencia jurídica, han sido merecedoras de críticas por un sector de la filosofía jurídica y la dogmática constitucional para el cual la incorporación de principios consti-

[42] Gloria Lopera Mesa, *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados.* Cuaderno de Investigación No. 16. Universidad EAFIT, Medellín, 2004.

[43] Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996, p. 131.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

tucionales en los ordenamientos jurídicos actuales es una manera de que la moral irradie el derecho[44]. En efecto, las fronteras entre el derecho, la moral y la política tienden a desmoronarse en el neoconstitucionalismo no sólo por la incorporación constitucional de principios morales, sino por su uso en la argumentación y fundamentación jurisprudencial ante casos concretos de violación de derechos fundamentales.

Existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral que para algunos autores se da desde el plano de la identificación del derecho, mientras que otros la sitúan en el de la justificación. No es posible definir el derecho sin hacer referencia a la moral, pues sólo de este modo se logra diferenciarlo de otros sistemas coactivos. Las dos dimensiones real o fáctica e ideal y crítica del derecho contemporáneo, conforme a Alexy, se reflejan en la corrección moral del derecho y su contenido necesario de justicia. En este sentido dos concepciones cardinales del neoconstitucionalismo expresan la conexión necesaria entre el derecho y la moral, a saber, la argumentación jurídica y su relación con la tesis del caso especial. Nino sostiene una conexión justificatoria, pues en cuanto hecho el derecho no puede derivar su obligatoriedad de sí mismo, lo cual implicaría incurrir en una falacia naturalista. Su fuerza obligatoria depende de su justificación, y esta a su vez sólo puede apoyarse sobre principios morales, con lo cual la argumentación jurídica resulta ser, en último término, una forma de argumentación moral[45].

La conexión entre derecho y moral sostenida desde el neoconstitucionalismo se circunscribe al ámbito de los principios constitutivos. Se produce a través de las normas constitucionales, a diferencia del iusnaturalismo tradicional que concibe dicha relación norma a norma, es decir, exige la moralidad de cada norma individualmente considerada como condición de su validez jurídica[46]. El neoconstitucionalismo postula una vinculación necesaria entre derecho y moral, con lo cual se diferencia de la tesis sostenida por el positivismo inclusivo que admite dicha vinculación pero sólo con carácter contingente[47]. La determinación del derecho válido ya no depende sólo de

---

[44] Paolo Comanducci, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", en: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismos(s)*, *op. cit.*, p. 82.

[45] Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 43 - 83.

[46] Gloria Lopera Mesa, *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados. op. cit.* Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo,* México D.F., Fontamara, 1997, pp. 51-52. Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 59.

[47] Herbert L. A. Hart, "Postcriptum", en: *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre – Universidad de los Andes, 1997.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

elementos formales, objetivamente verificables, sino de la conformidad de su contenido con las normas superiores de producción, lo que implica un juicio de validez material que obliga a realizar valoraciones en la esfera de lo que "debe ser" de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico. Un derecho constitucionalizado no sólo describe la Constitución, sino que además también usarla para determinar el derecho válido.

No es posible desarrollar contemporáneamente una ciencia jurídica sin valoraciones que se limite a describir el fenómeno jurídico. En este sentido podría decirse que el neoconstitucionalismo es un "concepto ético denso" que, primero, está compuesto por lo descriptivo y lo normativo, y segundo, por dicha articulación no sólo un concepto puede presentar en un momento determinado ambos rasgos, sino que lo concluyente para ser ético denso es que no se puedan separar, es decir, que en un mismo concepto esté imbricado lo descriptivo y lo normativo[48].

Concepciones normativas del derecho como el neoconstitucionalismo sustentan respecto de la democracia al interior de sistemas jurídico-políticos determinados por una Constitución, que la regla mayoritaria es un recurso necesario pero insuficiente para la adopción de decisiones justas y, de esta forma, para la legitimación de los sistemas políticos. Tal como precisó Ferrajoli, "Una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular (…) El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones del gobierno, no reside en el consenso de la mayoría sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales"[49].

El derecho contemporáneo, conforme a Alexy, no sólo tiene una dimensión real o fáctica sino también otra ideal y crítica[50]. Ferrajoli sostiene que el paradigma constitucional impone a la ciencia jurídica una doble dimensión –descriptiva del ser del derecho y prescriptiva de su deber ser jurídico–,

---

48 Hilary Putnam, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 50; "La objetividad y la distinción ciencia-ética", en: Amartya Sen – Martha Nussbaum (eds.) *La calidad de vida*, México D.F., FCE, 1993.

49 Robert Alexy, "Pasado y futuro del estado de derecho", en: Miguel Carbonell – Rodolfo Vázquez (eds.) *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México D.F., Siglo XXI, 2002, p. 203.

Ferrajoli entiende que los derechos fundamentales se ubican en "la esfera de lo indecidible", a lo cual otros autores se han referido como el "coto vedado" (Garzón Valdés) o como el "terreno intocable" (Bobbio).

50 Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

estableciéndose una "circularidad normativa entre derecho y ciencia jurídica" que se explica porque "el objeto de la teoría, en los sistemas basados en el paradigma constitucional, es no sólo el derecho vigente sino también, precisamente, un modelo, o si se quiere, un proyecto de derecho –el diseñado por la Constitución– y por lo tanto no sólo el ser, sino el deber ser del derecho mismo"[51]. Se renuncia a la pretendida neutralidad del jurista teórico a favor de una actitud "comprometida" con el desarrollo de los valores propios del constitucionalismo. Entre las tareas de la ciencia del derecho constitucional está, conforme a Hesse, "despertar y mantener la voluntad de Constitución"[52].

Desde la versión neoconstitucionalista sustentada por Pozzolo, se rechazan los modelos eminentemente descriptivos de las normas constitucionales porque resultan incapaces de proveer razones dentro de la labor de adjudicación. La ciencia jurídica en el neoconstitucionalismo tiene además de la tarea de describir las normas y la normatividad, así como su interpretación y aplicación, aquella relacionada con su reformulación y, a partir de allí de su reconstrucción. Las principales discusiones que suscita el neoconstitucionalismo son de forma usual normativas antes que sólo meramente descriptivas. Es lo que sugiere Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto[53]. Propone como tareas de la ciencia jurídica la búsqueda de garantías para hacer efectivos los contenidos constitucionales[54].

3. *El neoconstitucionalismo como ideología*

Una particular filosofía política concibe al estado constitucional como un marco justo para el ejercicio del poder. Esta vertiente ideológica se fortalece por la fuerte carga axiológica de los textos constitucionales, pues el neoconstitucionalismo reafirma un tipo de Estado y un modelo de organización jurídico-política con alto contenido ideológico, en la medida en que se

[51] Luigi Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho,* Bogotá, Universidad Externado, 2001, pp. 60 y 62.

[52] Konrad Hesse, "Concepto y cualidad de la Constitución", en: *Escritos de Derecho Constitucional,* Madrid, CEPC, 1992, pp. 73 y ss.

[53] Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 5ta ed., 2006, pp. 33 y ss.

[54] Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 886.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

adoptan el modelo axiológico de Constitución y el modelo del Estado Social de Derecho. Las nuevas constituciones son dinamizadoras de un "patriotismo constitucional"[55] que refuerza la idea de una mayor participación ciudadana en la configuración de la esfera pública y una renovación democrática del constitucionalismo. Hay que seguir nuevas formas de integración social que las sociedades complejas puedan admitir acudiendo, no a tradiciones o intereses comunes, sino a la determinación consensual de principios normativos, morales, jurídicos y políticos, que posibiliten la convivencia de las diferentes cosmovisiones del mundo y perspectivas del buen vivir entre ciudadanos que procuran habitar un mismo territorio y constituir una organización societaria común.

El sustento de un patriotismo constitucional se encuentra en los contenidos recogidos por el orden normativo según la Constitución política, tales como los derechos fundamentales y los principios estructurales del estado democrático de derecho. En las actuales sociedades multiculturales donde se consagra el respeto al pluralismo religioso, ideológico y político, este patriotismo constituye un avance de la idea de nacionalidad. La nacionalidad colombiana se construyó, a partir de la Constitución de Núñez y Caro (1886), desde una religión (la católica, apostólica y romana), una lengua (el español) y una autoridad (el poder del ejecutivo). Un aspecto trasversal a las reformas constitucionales en los países de la región, de la cual Colombia fue pionera, es la nueva perspectiva sobre la nacionalidad al reconocer la unidad nacional alrededor del pluralismo, no como un mal menor sino como uno de los caracteres propios y distintivos de la condición civil latinoamericana. En este punto se articula la superación del confesionalismo como guía del Estado.

4. *El estado constitucional y democrático como modelo de organización jurídico-política*

Las demandas ciudadanas por seguridad, libertad e igualdad que surgieron con las revoluciones liberales y se consolidaron en las salidas del fascismo y de las dictaduras ibéricas, desembocaron en la creación de una forma distinta de organización a partir del estado social, o democrático, de derecho como modelo ideológico y formula política. Se destaca en este punto la paulatina incorporación de derechos sociales, tales como los laborales, en los textos fundamentales y el diseño de sistemas de justicia constitucional.

[55] Jürgen Habermas, *Identidades nacionales y postnacionales,* Madrid, Técnos, 1989; "Patriotismo de la Constitución", en: *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Técnos, 1996: 211-250.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Es precisamente en la segunda posguerra donde se afianza el estado constitucional a partir de las enseñanzas previas donde, en la práctica, las iniciativas sociales no lograron superar los confines del legalismo.

Las transformaciones que comportaron la deterioro de las columnas del orden liberal burgués desde donde se edificó el estado legislativo. Hesse destaca los cambios en la representación parlamentaria como consecuencia de la irrupción del movimiento obrero, los partidos de masas y la supresión del voto censitario[56]. La expansión que han comportado las reformas constitucionales en los países de la región hacia una mayor posibilidad de participación democrática, ha determinado cambios en el discurso jurídico que abonan el terreno para la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo. Si bien los contenidos del estado social existían como tal desde la segunda postguerra cuando convergieron con las formas propias del estado constitucional, lo importante en este punto es la necesidad de elevar a rango constitucional los principios que comportan las provisiones constitucionales para trasformar el modelo de Estado hacia otro con un sistema político-administrativo mucho más complejo, lo cual estuvo en parte fundamental motivado por un compromiso entre fuerzas políticas para evitar la revolución o la vuelta al fascismo. En Alemania por ejemplo se consagró al inicio mismo de la Constitución, la dignidad humana como derecho inalienable y clausula inmodificable.

En Europa a principios del siglo pasado se dejó atrás el modelo de Estado liberal para darle cabida al Estado de bienestar en respuesta a las demandas de movimientos sociales, y con el antecedente del nacimiento de la seguridad social en la Alemania de Bismarck, con las leyes de seguro de enfermedad (1883), seguro contra accidentes de trabajo (1884) y seguro contra la invalidez y la vejez (1889); las revoluciones rusa y mexicana, y del *New Deal* de Roosevelt en los Estados Unidos. La inclusión de la fórmula del estado social en la Ley Fundamental de Bonn dará testimonio del consenso existente en torno a este modelo y su importancia para la refundación política de Alemania, e igual tendencia se aprecia en la incorporación, más o menos generosa, de contenidos sociales en las constituciones promulgadas en la segunda mitad del siglo XX[57].

En virtud de un modelo constitucional como el anterior, sin contenidos dogmáticos con fuerza normativa como los derechos fundamentales, no se

[56] Konrad Hesse, "Concepto y cualidad de la Constitución", en: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 1992, pp. 10 - 11.

[57] La convergencia histórica entre estado constitucional y estado social que permitirá restablecer la legitimidad de los estados europeos tras el final de la Guerra, no supone una fusión entre ambos modelos.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

presentaría el fenómeno de la constitucionalización del derecho ni la expansión de los contenidos constitucionales materiales. El exmagistrado del tribunal constitucional sudafricano, Albie Sachs reconoce que "Hay una creciente aceptación en todo el mundo de que ciertos valores fundamentales de naturaleza universal deben atravesar y envolver toda actividad gubernamental, incluido el mobiliario (*furnishing*) de las condiciones básicas para que todos puedan tener una vida digna". A su juicio, la jurisprudencia del siglo XXI se enfocará cada vez más en los derechos socio-económicos.

VI. Caracterización

El uso vertiginoso del concepto en la terminología iusfilosófica y constitucional extendió su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas[58]. Conviene por tanto procurar una mayor claridad a partir de una caracterización que permita mostrar qué objetivo condujo al acuño del concepto y qué objeto identifica. Además de conservar los principios del Estado de Derecho –introduciendo modificaciones en algunos casos para su mejor implementación– como la separación de poderes, los importancia de los pesos y contrapesos institucionales y el principio de legalidad, el neoconstitucionalismo representa como modelo el final de un largo camino hacia el gobierno del derecho en lugar del gobierno del poder, es decir, el fin del enfrentamiento entre el Derecho del Estado y el Estado de Derecho.

Una mayor claridad expositiva y un mayor rigor descriptivo permitirán avanzar hacia una consideración real de los límites y las potencialidades de sus doctrinas medulares, como la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales y las renovadas consideraciones de la jurisprudencia como fuente del derecho. Podemos no obstante reconstruir sus tesis medulares para observar un canon neoconstitucional que transversaliza la práctica, la concepción y la enseñanza del derecho. En tres grupos se pueden reunir las tesis medulares del neoconstitucionalismo.

1. *Constitución*

Se reconoce un tipo de Estado y un modelo de organización jurídico-política con alto contenido ideológico, en la medida en que se adoptan el

[58] Susanna Pozzolo, "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución". *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

modelo axiológico de Constitución y el modelo ideológico del Estado Social, o constitucional, de Derecho.

i. El neoconstitucionalismo constituye una "nueva cultura jurídica". Se incorporan a las constituciones principios morales. La constitución está cargada de un valor intrínseco: es un valor en sí.[59]
ii. Además de normas orgánicas que establecen los parámetros básicos de los organismos del Estado y la organización del poder público, las nuevas constituciones consagran numerosas normas de carácter dogmático que garantizan los derechos de los ciudadanos frente al Estado y los poderes privados. El contenido de la constitución es sustantivo.
iii. Como novedad determinante se cuenta el que las constituciones contemporáneas contienen un catálogo de derechos que no sólo está integrado por los clásicos de libertad, sino también por derechos sociales.
iv. En tanto norma jurídica la constitución posee un atributo hasta ahora atribuible a las normas legislativas, a saber, la fuerza normativa superior en el sistema, en tanto se trata no ya de una norma para validar o invalidar la adscripción de otras normas de inferior jerarquía como pertenecientes al sistema jurídico. La constitución es una norma jurídica propiamente cuyos mandatos son obligatorios e impositivos, en lugar que meramente declarativos o programáticos.
v. Mediante la aplicación directa de la constitución por su fuerza normativa y a partir de la fuerza vinculante de los derechos, se constituye en un esquema para orientar la actuación de todas las ramas del poder público. Las normas dogmáticas determinan aquello que a las normas orgánicas les está permitido hacer, así como qué es lo que deben hacer.
vi. Además de imponer límites al legislador respecto de cómo realizar los trámites de los proyectos de ley y de reforma constitucional, amplían las exigencias a todos los poderes del poder público y los órganos de control, por lo cual asistimos a un tránsito de la forma de concebir a la Constitución como un límite al orden jurídico, hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales[60].

---

[59] Mario Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*. Bolonia, Il Mulino, 1994, p. 14.

[60] Josep Aguiló, "Sobre la Constitución en el Estado Constitucional", en: *Doxa* No. 24, Alicante, 2001, pp. 454 y 456; "Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución", en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.). *El canon neoconstitucional*. *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

vii. La Constitución condiciona además de las fuentes del derecho (legislación, jurisprudencia y doctrina), la acción de los actores políticos. Un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución "invasiva"[61]. El orden valorativo que representan las provisiones iusfundamentales no sólo vale para todos los ámbitos del derecho, sino que también proporciona directrices e impulsos para la legislación[62].

viii. La Constitución se interpreta sistemáticamente en vez que de manera aislada en sus disposiciones. Los jueces asumen en su actividad que el sentido de las provisiones iusfundamentales se extrae concibiendo a la Constitución como un todo, en lugar que como una agregación de normas que se interpretan una por caso. Se articulan directamente en la interpretación para resolver un caso diversas disposiciones jurídicas con principios fundamentales (Estado social de derecho) y tesis doctrinarias (efectividad de los derechos sociales, por ejemplo).

ix. La normativa se debe interpretar conforme a los mandatos constitucionales. Cuando hay una disyuntiva interpretativa donde ambas opciones son admisibles, se debe optar por aquella favorable a algún mandato constitucional.

x. La Constitución debe ser rígida, es decir, debe tener altas exigencias para su propia reforma.

xi. Las nuevas constituciones comportan una nueva perspectiva sobre la nacionalidad, ya que los textos constitucionales tendían a homogeneizar a las personas según criterios determinados. Actualmente, no sólo se elimina la homogeneización vía normatividad, sino que se reivindica el pluralismo como uno de los caracteres propios y distintivos de la identidad civil latinoamericana.

xii. Las constituciones promulgadas en las últimas décadas en los países latinoamericanos, no organizan exclusivamente el Estado en sus organismos, funciones y competencias, sino que también reflejan un descontento con la situación actual de sus sociedades, por lo cual consagran normativamente un tipo de sociedad a la que se aspira mediante la inclusión de numerosas disposiciones-provisiones de rea-

[61] Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*. México D.F., IIJ-UNAM – Fontamara, 3ra ed., 2007.

[62] El punto central del sistema valorativo objetivo lo constituye el derecho general a la personalidad y la dignidad humana. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 1997, pp. 507 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

lización progresiva. En este sentido, las constituciones latinoamericanas contemporáneas son "aspiracionales"[63].

xiii. Además de reglas, las constituciones están integradas por principios, los cuales se representan conspicuamente en las provisiones contenidas en los derechos fundamentales. De forma conjunta con las normas que organizan los poderes públicos, las constituciones democráticas contemporáneas contienen otra clase de normas, aquellas que tanto limitan como encauzan el poder estatal: los derechos fundamentales[64].

xiv. Las tesis sobre el valor normativo de la constitución y la fuerza vinculante de los derechos, así como la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, comportan dos ideas: la constitución no está dirigida solamente a las autoridades públicas, es decir rige también las relaciones entre particulares, y todos los jueces pueden aplicar la Constitución. La Constitución influencia de forma determinante las relaciones políticas.

2. *Derechos*

i. Los derechos fundamentales constituyen en el paradigma neoconstitucional la principal muestra de la densidad normativa de la constitución y, a su vez, son la categoría que permite distinguir entre dos paradigmas: el positivista o kelseniano y el neoconstitucional.

ii. Los derechos fundamentales existen como parte del derecho positivo, es decir, tienen valor normativo pleno en lugar de ser normas programáticas que serán eventualmente desarrolladas por el legislativo. Como las disposiciones de los derechos fundamentales delimitan su contenido, son el principal elemento de la estructura de estos derechos[65]. A partir de la institucionalización de los derechos en la Constitución, existen en el mundo jurídico, lo cual adquiere actualmente preponderancia respecto de su fundamentación moral.

---

[63] Mauricio García Villegas, "El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", en: Mauricio García Villegas – César Rodríguez – Rodrigo Uprimny, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia.* Bogotá, Norma, 2006.

[64] Robert Alexy, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.). *El canon neoconstitucional*. *op. cit.*

[65] Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2da ed., 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

iii. Se producen múltiples mundos constitucionalmente posibles como consecuencia de la naturaleza normativa de la constitución y de su contenido sustantivo (amplio catálogo de derechos y principios que vincula como eje del análisis constitucional). El lenguaje en el que se expresan los derechos es indeterminado, o de "textura abierta"[66].

iv. La transformación del constitucionalismo secundó en un primer momento una vigencia vertical de los derechos fundamentales, la cual concentraba el efecto normativo de los derechos sólo en las acciones entre los entes públicos y los ciudadanos. Además del efecto de irradiación, los derechos fundamentales tienen eficacia horizontal o hacia particulares.

v. La tesis de la irradiación de los derechos fundamentales al ordenamiento es correlativa a la tesis de la constitucionalización del derecho. La fuerza expansiva de los derechos y la labor judicial de garantizar la integridad de la Constitución, hacen que las prescripciones contenidas en los derechos irradien todas las normas.

vi. Respecto del efecto de irradiación de los derechos fundamentales y la constitucionalización del derecho, los derechos fundamentales influyen todo el derecho en las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, pero también cuando regulan las relaciones jurídicas entre los particulares. Constituyen una pauta para todos los organismos que aplican el derecho[67].

vii. Los derechos sociales en tanto normas fundamentales son justiciables judicialmente. Ya no están necesariamente sujetos a leyes que los garanticen y desarrollen.

viii. El aumento del número y el tipo de derechos en las constituciones contemporáneas, vía reforma al texto o vía desarrollo jurisprudencial, ha estado acompañado por la creación de mecanismos judiciales para propender por su efectiva garantía. La más significativa invención procesal es el recurso de amparo (o, como se denominó en Colombia, acción de tutela). Como mecanismo autónomo para la protección de los derechos, la tutela ha propendido en parte fundamental por la garantía de la eficacia real de los postulados progresistas de la Constitución.

---

[66] Hart L. A. Hart, "The Open Texture of Law", en: *The Concept of Law.* Oxford University Press, 2da ed., 1994.

[67] Konrad Hesse, "Significado de los derechos fundamentales", en: Ernst Benda – Weber Maihofer – Hans-Jochen Vogel – Konrad Hesse – Wolfgang Heyde (eds.). *Manual de derecho constitucional.* Barcelona, Marcial Pons, 1996, p. 93.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

ix. Los derechos fundamentales tienen un "contenido esencial", es decir, si bien por no ser absolutos ceden y se restringen en casos concretos, hay un límite a la restricción que se gradúa desde su conformidad constitucional y a partir del examen de proporcionalidad.

x. Como además de reglas los sistemas jurídicos contienen principios, adicionalmente a la subsunción como mecanismo metodológico para la aplicación del derecho, hay que contar con otro mecanismo para aplicar los principios. Este mecanismo es la ponderación que, como forma de argumentación, permite construir una jerarquía relativa de los principios respecto del caso concreto.

xi. En el contexto más general de la ponderación, el principio de proporcionalidad es un examen para controlar las restricciones en derechos fundamentales que descalifica las intervenciones que suponen un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los mismos. Controla la actividad de los poderes públicos que incide en la órbita de tales derechos. Es una herramienta de interpretación y argumentación constitucional orientada a establecer el contenido definitivo de los derechos fundamentales que resulta vinculante.

xii. Valen tanto para el juez como para el legislador las razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias que suministra una Constitución sustantiva[68]. En los casos en los cuales la constitución habla con muchas voces, los tribunales tienen que desplegar el significado normativo implícito en los derechos para determinar su contenido prescriptivo y resolver así la nueva situación que se somete ante la composición jurisdiccional.

3. *Poder judicial y jurisprudencia*

i. El poder judicial es poder político porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución *Política*. En 1848 el constitucionalista chileno, José Victorino Lastarria, afirmaba que como todos los demás poderes, el poder judicial es un verdadero poder político del Estado[69].

ii. El poder judicial es entonces un verdadero poder público del Estado porque el derecho aumentó el ámbito de sus competencias en la me-

[68] Luis Prieto Sanchís, "El constitucionalismo de los derechos", en: Miguel Carbonell (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. *op. cit.*

[69] José V. Lastarria, *Elementos de derecho constitucional*, 1848. Agradezco esta referencia a Jorge Contesse.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

dida en que sobre todos los poderes puede recaer el control jurisdiccional. El rol judicial consiste en la interpretación peor también en la creación y en el desarrollo del derecho, así como en la protección de la Constitución.

iii. A la renovación en las prácticas jurisprudenciales, incluso más que a la consagración constitucional de los derechos, se debe su aplicación efectiva. La consagración de los derechos es un presupuesto de su efectividad, pero la garantía en sí misma es deudora del rol comprometido con los derechos de los jueces constitucionales.

iv. La jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley, sino la ley en los derechos. En Colombia bajo la Constitución anterior, de 1886, las normas sobre derechos tenían un valor meramente programático, razón por la cual los derechos sólo valían en el ámbito de la ley[70], pero hoy por el contrario las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos.

v. Desde el constitucionalismo del estado de derecho, la jurisprudencia denotaba fundamentalmente un conjunto de decisiones judiciales reiteradas tomadas con antelación y sin carácter obligatorio para casos futuros. En la actualidad se ha involucrado decisivamente en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general del derecho y su relación con la justicia y la moral, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares.

vi. La jurisprudencia ha pasado a ejercer una notable influencia en las formas tradicionales de comprender el derecho. Se ha constituido en muchos casos en fuente primaria de la conciencia jurídica, es decir, en la principal fuente de la manera como se comprende el derecho en el ámbito académico y profesional.

vii. Como factor determinante de la labor judicial, la jurisprudencia ha instituido las técnicas interpretativas propias de los desarrollos dogmáticos transnacionales recientes de la concepción y, fundamentalmente, la aplicación de los derechos constitucionales en procura de maximizar sus efectos normativos y reducir las arbitrariedades al momento de su concreción, tales como principalmente el juicio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad.

viii. Las transformaciones en la forma de concebir el derecho a las que procura responder el neoconstitucionalismo, tienen que ver también

[70] En Colombia el legislador de entonces ordenó incluir la carta de derechos de la Constitución al inicio del Código Civil.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

con la hasta ahora inédita posibilidad de que hayan normas formalmente válidas pero sustancialmente inválidas. Es decir, el concepto "Constitución" entendido desde una concepción lógico-jurídica no admite la invalidación de normas ante casos concretos, pero en ciertos casos los jueces deben omitir la estricta aplicación de reglas porque se generarían efectos inconstitucionales en tanto se violentarían principios fundamentales.

ix. La labor de los tribunales y jueces constitucionales que se defiende desde las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo, respecto de la garantía jurisdiccional de la Constitución, se relaciona con la admisibilidad de la declaratoria de nulidad de leyes porque resultan violatorias de algún principio constitucional.

x. Es democrática la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes y de las reformas constitucionales, porque contemporáneamente democracia no sólo significa mayorías (es decir, fue superada por su propia historia la idea de gobierno o poder del pueblo), sino también respeto a los derechos minoritarios. Ofende a la concepción neoconstitucionalista el argumento según el cual una decisión mayoritaria es, de forma necesaria, genuinamente democrática[71].

VII. Neoconstitucionalismo, constitucionalismo aspiracional y constitucionalismo democrático

Las características medulares del neoconstitucionalismo han tenido eco efectivo en diversos sistemas jurídicos iberoamericanos. Constituciones promulgadas en las dos últimas décadas, además de limitadoras del accionar de las ramas del poder público, son esquemas para orientar su actuación; tienen fuerza normativa y un catálogo amplio de derechos fundamentales y sociales. Las constituciones con amplios catálogos de derechos y eficaces mecanismos judiciales para su protección, han sido el marco normativo para la amplia judicialización de la política que en los últimos años ha acontecido en América Latina, sobre todo en países como Colombia, Brasil y Costa Rica.

[71] Hay una tensión inevitable entre el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales, en tanto aspiraciones irrenunciables y valiosas. Los mecanismos contra-mayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos como aquellos que aseguran la autonomía individual. Consúltese, Juan Carlos Bayón, "Democracia y derechos", en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.). *El canon neoconstitucional*. *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Se crearon instituciones encargadas de vigilar la correspondencia de las leyes con la norma superior y, fundamentalmente, de propender a la realización de los derechos. Otras características se relacionan con la interpretación y aplicación del derecho, con el descenso de la ley del sitial que tradicionalmente ocupaba en el podio de las fuentes del derecho, el papel del juez constitucional en la creación y desarrollo del derecho, la legitimidad de la justicia constitucional, la relación entre el derecho y la sociedad, el carácter vinculante de los principios, los procesos de constitucionalización y su correlativo efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la estructura del derecho ordinario, así como la consideración de la fundamentalidad de los derechos sociales y la búsqueda de su justiciabilidad judicial. De forma conjunta con las normas que organizan los poderes públicos, las constituciones democráticas contemporáneas contienen otra clase de normas, aquellas que tanto limitan como encauzan el poder estatal: los derechos fundamentales[72].

El neoconstitucionalismo ha tenido influjo sobre todo en los países en los cuales el descontento con las situaciones del presente han cambiado la concepción misma que históricamente se tenía de Constitución, pues de una fundamentalmente orgánica que organiza las instituciones del poder público en sus funciones y competencias, ha habido una transformación hacia otra que consagra un proyecto de país. Por esta razón las constituciones del neoconstitucionalismo se destacan, entre otras características, la consagración de un amplio catálogo de derechos mediante la precisión de derechos de libertad y la inclusión de derechos sociales, el reconocimiento de las diferencias sociales, políticas y culturales, y la apertura hacia la participación democrática y el carácter pluralista de las sociedades.

El concepto "constitucionalismo aspiracional"[73] tiene poder explicativo para nuestro cometido. Este concepto articula la constitución con el progreso. Contiene un catálogo de ilusiones que consagran un proyecto de país a largo plazo futuro. En este sentido, prospera en contextos donde existe inconformidad con el presente y una fuerte creencia en las posibilidades de un futuro mejor. Por su cometido igualitario y por el principio de efectividad real de las normas, en lugar de meramente programática, para el neoconstitucionalismo lo importante es procurar la efectividad fáctica, y no

[72] Robert Alexy, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. *op. cit.*

[73] Mauricio García Villegas, "Constitucionalismo aspiracional", en: *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, política y humanidades*. Número monográfico: "Colombia: pasado, presente y futuro". Año 15, No. 29 (enero – julio) 2013.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

sólo jurídica, de la normativa constitucional, tal como aquella que consagra principios y derechos

Debido a la relación fácilmente identificable entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo aspiracional, la creación y el desarrollo del derecho exige mucho más que la labor del Congreso expidiendo leyes y de la Corte Constitucional estableciendo subreglas jurisprudenciales. Primero un fuerte compromiso de los movimientos sociales, la opinión pública y, en general, las fuerzas políticas que apoyaron la promulgación de la constitución o que apoyan su aplicación efectiva.

La disociación entre un constitucionalismo aspiracional y una realidad marcada por la pobreza, la desigualdad, el déficit en la realización de derechos y los problemas de representatividad política real del grueso de la población, solo se puede reducir al promover la aplicación efectiva de las provisiones constitucionales de una forma concertada entre los organismos públicos y las instituciones. La amenaza que se cierne sobre la posibilidad de realizar un verdadero cambio social desde el constitucionalismo, de conseguir mayores grados de justicia social desde el derecho, puede enfrentarse con amplios y sólidos apoyos políticos a la Constitución y los tribunales encargados de resguardar su integridad y supremacía, pues sin un compromiso social por sus instituciones se corre el flagrante riesgo de que sean neutralizadas por mayorías y de que sufran reformas que alteren su real naturaleza de realización de los derechos.

La relación entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo democrático se establece debido al principal desafío del neoconstitucionalismo[74], como es la utilización del amplio catálogo de derechos y principios constitucionales por parte del poder judicial y en particular de la jurisdicción ordinaria en su uso en todo proceso, debido en parte al carácter vinculante de los derechos y a la fuerza normativa de la constitución. Mucho puede lograrse sin duda con una buena Constitución, pero poco puede alcanzarse realmente sin la política. En los sistemas jurídicos constitucionalizados, las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también que el diálogo constitucional sea fluido y constante. Quienes suscriben y defienden el neoconstitucionalismo en el marco de países con constituciones aspiracionales, deben suscribir el cambio en la metáfora sobre la democracia que propone Obama, que no es una casa que hay que construir sino una conversación que hay que mantener. Los consensos locales, la percepción de la opinión pública, las tendencias de los movimientos políticos y las organizaciones civiles deben considerarse también cuando se ponderan los principios en la interpretación de

[74] Así identifica Prieto Sanchís el principal desafío del neoconstitucionalismo frente al Estado legislativo de derecho. Véase su libro, *El constitucionalismo de los derechos*. *op. cit.*, cap. I.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

los casos difíciles. Es necesario que el texto constitucional se conciba como un proceso falible, abierto, en construcción[75]. Un proceso que debe ser refrendado popularmente con el apoyo y la crítica.

El neoconstitucionalismo en el marco de países con constituciones aspiracionales exige un cambio en la cultura política relativo a la forma de realizar el cometido de las provisiones constitucionales, que no sólo reafirme un fetichismo al convertir cualquier aspiración social en norma jurídica sino al concientizar al pueblo que el logro de los fines constitucionales comporta la consolidación de los procesos políticos. El neoconstitucionalismo debe adoptar entonces una forma de constitucionalismo democrático conforme ha sido defendido por una fuerte tendencia que desde el año 2000 surgió como contrapeso al proyecto republicano de influenciar desde varios frentes la configuración del significado del derecho constitucional con un fuerte contenido conservador.

Al constitucionalismo democrático le interesa, tanto cuestionar que los tribunales encargados de los asuntos constitucionales se hayan atribuido ciertas facultades que originalmente no les fueron conferidas, como proponer un tipo de rol judicial que, si bien esté orientado por el progresismo, sea sobre todo consciente de que el significado de la constitución y en general del derecho constitucional se configura a partir de diversas interacciones: el gobierno, el congreso, el tribunal que conoce los asuntos constitucionales, las reivindicaciones de los movimientos sociales y los partidos políticos, tienen conjuntamente la responsabilidad, no solo de hacer cumplir las normas constitucionales, sino también de contribuir a configurar el significado del derecho constitucional. El constitucionalismo contemporáneo debe ser sensible o receptivo a estas instancias porque de esta interacción depende, en últimas, su legitimidad. En los sistemas jurídicos constitucionalizados las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también que este diálogo sea fluido y constante.

En países como Colombia donde muchas veces pareciera que la tensión entre el constitucionalismo (los derechos y valores) y la democracia (las mayorías) se resuelve en sede exclusivamente judicial tiene particular importancia este punto que reivindica el constitucionalismo democrático, pues pareciera que los magistrados de las altas cortes han monopolizado la interpretación constitucional y que, entonces, el progreso social se puede alcanzar ante la sede judicial y sin responder a la movilización política[76].

---

[75] Véase, Jürgen Habermas, "La soberanía popular como procedimiento", en: *Revista Foro*, No. 12, Bogotá, 1990; así como *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998.

[76] Robert Post – Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático*. ed. acad. y trad., Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas