

Neoconstitucionalismo(s)

Compilado por Miguel Carbonell
Editorial Trotta

Por Laura Morales Lozano*

Bajo una edición de Miguel Carbonell⁽¹⁾ y con el sello de Editorial Trotta, se presenta esta interesante obra integrada por ensayos de los autores europeos contemporáneos que han aportado un nuevo auge a la ciencia del derecho, que aún no sea estudiado por completo en nuestro país.

Luigi Ferrajoli⁽²⁾ en su ensayo *Pasado y Futuro del Estado de Derecho* hace un análisis integral del Estado de Derecho y su aplicación, partiendo de dos modelos normativos diferentes

El modelo del Estado Legislativo de Derecho y el modelo del Estado Constitucional de Derecho.

La crisis de los modelos es manifiesta. El primero se caracteriza por un monopolio estatal de la

producción jurídica, mientras que el segundo por la subordinación de la legalidad a la constitución rígida. La crisis se manifiesta en formas de regresión a un derecho jurisprudencial de tipo premoderno: por un lado, el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción y, por otro, la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes, así como la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes.

Según Ferrajoli, el futuro del Estado de Derecho se basa en la refundación de la legalidad ordinaria, es decir, en la *protección de las garantías de los derechos sociales, y en la dimensión constitución del Estado de Derecho*, esto es, buscar la integración jurídica e institucional

* Investigadora del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias

(1) Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

(2) Profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría General del derecho en la Universidad de Camerino, Italia. Autor de los siguientes libros: *Derecho y razón; Teoría del garantismo penal: Derechos y garantías. La ley más débil*, y junto con otros autores de *Los fundamentos de los derechos fundamentales*.

que complemente la integración económica y política lo que generaría el desarrollo de un constitucionalismo sin Estado.

El ensayo *Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático* de Robert Alexy⁽³⁾, está basado en el desarrollo de los derechos fundamentales en el sistema jurídico alemán. Alexy describe las características de los derechos fundamentales en cuatro puntos: máximo rango (regulado en la constitución), máxima fuerza jurídica (las leyes sólo en el marco de los derechos fundamentales), máxima importancia del objeto (se decide acerca de la estructura básica de la sociedad), y máximo grado de indeterminación (es la interpretación basada en los tres rangos anteriores).

Hace un estudio sobre la relación de los derechos humanos y la democracia, señalando que puede ser concebida desde tres puntos de vista: una relación ingenua, en la que no existen conflictos entre derechos humanos y democracia; una relación idealista, en donde se plantea el ideal de una sociedad bien ordenada para la reconciliación entre los derechos humanos y la democracia; y por último, una visión realista en donde se

confrontan dos posturas: la democracia y la antidemocracia de los derechos humanos. Los primeros, porque aseguran los derechos consagrados en el ordenamiento máximo, y los segundos porque desconfían del proceso democrático.

El punto central es lograr la interpretación de los derechos humanos y la relación con la democracia de una forma equilibrada. Por lo tanto, se debe interpretar los derechos fundamentales de modo que protejan lo que todos los ciudadanos consideran tan importante que no pueda ser confiado a la mayoría parlamentaria simple.

Según el autor, esta concepción es falsa, porque estaríamos defendiendo una concepción moral y éstas son diferentes a grado sumo, por lo tanto los derechos fundamentales no pueden basarse simplemente en las concepciones morales de los ciudadanos.

La clave para la reconciliación del principio democrático con los derechos fundamentales es un tribunal constitucional que intente responder seriamente. Éste no pretenderá situar su concepción en

(3) Profesor en la Universidad de Kiel, Alemania. Autor de los libros: *Teoría de los derechos fundamentales* y *Teoría de la argumentación jurídica*.

contra de la del legislador, sino que más bien aspirará a una representación argumentativa de los ciudadanos por oposición a su representación política en el Parlamento. Cuando triunfa la representación argumentativa, triunfa la reconciliación.

En resumen, Alexy señala que es necesario “ampliar la contraposición empleada hasta el momento entre derechos fundamentales y democracia al trío formado por derechos fundamentales, control de constitucionalidad y legislación parlamentaria” y para ejemplificar esta afirmación desarrolla un caso resuelto por el Tribunal Constitucional sobre el impuesto sobre el patrimonio.

El artículo de Ricardo Agustín⁽⁴⁾ *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el Caso Italiano*, es uno de los de mayor importancia en esta obra. Guastini, de un modo muy didáctico, nos enseña los principios de constitucionalización de un ordenamiento jurídico que sirven de base para el entendimiento de los demás ensayos.

Por constitucionalización del ordenamiento jurídico el autor propone “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales.”

A lo largo del ensayo desarrolla las que el considera “condiciones de Constitucionalización”, dividiéndolas en siete puntos: constitución rígida; garantía jurisdiccional de la constitución; fuerza vinculante de la constitución; sobreinterpretación de la constitución; aplicación directa de las normas constitucionales; la interpretación conforme a las leyes; y la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas, este último punto dividido en el contenido de la constitución, la postura de los jueces en general y del Tribunal Constitucional en especial, así como la postura de los jueces y los actores políticos.

Como su nombre lo indica el ensayo *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico* de Paolo Comanducci⁽⁵⁾ contiene un estudio detallado sobre las formas del constitucionalismo moderno, basado en las tres dicotomías que señala el autor.

(4) Profesor de Derecho Constitucional y Teoría General del Derecho en la Universidad de Génova, Italia. Autor de los libros: *Estudios sobre teoría constitucional* y *Estudios sobre la interpretación jurídica*.

(5) Profesor de Teoría del Derecho en la Universidad de Génova, Italia. Autor de los libros: *Assagi de metaetica due. Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*.

La primera dicotomía puede presentarse de dos modos distintos. En primer lugar, como un constitucionalismo en sentido amplio (creación de cualquier constitución) y un constitucionalismo en sentido estricto (creación de un específico tipo de constitución), en segundo en sentido fuerte (constitucionalismo solo para limitar el poder existente) y en sentido débil (garantiza los derechos y libertades fundamentales).

La segunda dicotomía es la referente al constitucionalismo de los contrapoderes (sistema institucional de *check and balances*) y al constitucionalismo de las reglas (prioridad cronológica y axiológica de las libertades individuales).

La tercera dicotomía es la existente entre constitucionalismo reformista (requiere al poder existente a conceder o pactar la promulgación de una constitución). El constitucionalismo revolucionario (es la ideología que propone destruir el poder existente y/o requiere al nuevo poder revolucionario otorgarse una Constitución.)

Comanducci divide al neoconstitucionalismo en teórico, ideológico y metodológico, y señala que esta

división es la que determina las diferencias entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. Hace una crítica de esta división y, basado en las teorías de otros autores, argumenta sus puntos de vista a favor y en contra de esta división.

José Juan Moreso⁽⁶⁾, en su ensayo *Conflictos entre Principios Constitucionales* realiza su estudio en la distinción entre los conceptos de subsunción y ponderación, basado en las teorías de Guastini y Alexy, pretendiendo demostrar que la ponderación no se contrapone a la subsunción.

Moreso señala: “La ponderación consiste en la articulación de ese conjunto de propiedades relevantes, en la explicación de las condiciones de aplicación que previamente eran sólo implícitas. Una vez realizada esta tarea, la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos. Si la aplicación del Derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales, entonces por razones conceptuales no ha aplicación del Derecho sin subsunción.”

(6) Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra. Es autor de: *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo. La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución. Normas jurídicas y estructura del derecho y Orden jurídico y sistema jurídico.*

El ensayo denominado *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, de Luis Prieto Sanchís⁽⁷⁾, es un análisis filosófico de lo que ha representado la evolución del constitucionalismo y de los cambios que se pretenden con él.

Señala que “Como tipo de Estado de Derecho el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales: una de fuerte contenido normativo y la otra de garantía jurisdiccional, y por lo tanto, el dilema que viene a resolver el constitucionalismo es el de constituciones garantizadas sin contenido normativo o constituciones con más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas”.

Según Prieto Sanchís, el constitucionalismo está impulsando una nueva teoría del Derecho que implica más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y por

(7) Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha. Autor de *Constitucionalismo y positivismo. Ley, principios, derechos*.

(8) Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-la Mancha. Autor del libro *Principios y positivismo jurídico*.

constatación de la convergencia de un iusnaturalismo débil con un positivismo débil. El punto de encuentro de ambas direcciones se halla en el proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos o en la materialización de la regla del conocimiento del sistema.

García Figueroa señala “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico no se ha limitado a transformar el Derecho, sino que se predica también del estilo de pensamiento de juristas y teóricos del Derecho.” La Constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al constitucionalismo.

El éxito actual del nuevo paradigma constitucionalista se explica:

Desde un punto de vista jurídico, ofrece una cobertura más amplia de los rasgos propios de los sistemas jurídicos constitucionalizados. Adopta como elemento central de su concepción del Derecho el aspecto material y el aspecto estructural y funcional de la Constitucionalización de los ordenamientos jurídicos.

Desde un punto de vista histórico, en la situación actual la fuerza reactiva del argumento de los principios asociados al constitucionalismo es superior a la del argumento de la injusticia.

Desde un punto de vista sociopolítico, el constitucionalismo respondería mejor a las necesidades de sociedades política y culturalmente plurales.

El trabajo de Sussana Pozzolo⁽⁹⁾ *Un Constitucionalismo Ambiguo*, destaca la relación que existe entre el constitucionalismo y el iuspositivismo, y la ambigüedad entre las teorías en las que está basado.

Pozzolo define al Neoconstitucionalismo como una precisa perspectiva iusfilosófica que se caracteriza por ser constitucionalista (o sea, por insertarse en la corriente iusfilosófica dedicada a la formulación y predisposición de los límites jurídicos al poder político y antipositivista). Tiene por objeto específico el análisis de los modernos ordenamientos constitucionales y democráticos de Occidente.

(9) Profesora de Teoría del Derecho en la Universidad de Génova, Italia. Autora del libro *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*.

El neoconstitucionalismo propone un cierto modelo teórico para la explicación y descripción del Derecho del Estado constitucional, caracterizado por negar la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre Derecho y moral. El neoconstitucionalismo, en fin, propone también un modelo axiológico-normativo bajo cuyas líneas debería de desarrollarse el Derecho real.

El neoconstitucionalismo afirma que existe una incompatibilidad entre positivismo jurídico y Derecho del Estado constitucional.

Y concluye diciendo: “Lo que parece dividir a neoconstitucionalistas y positivistas es la concepción de la Constitución, documento lleno de valores para unos y documento jurídico para otros.”

Juan Carlos Bayón⁽¹⁰⁾ en su ensayo *Derechos, Democracia y Constitución* realiza un análisis de las reglas de democracia en interacción con las normas y su forma de aprobación, haciendo principal énfasis en las mayorías.

Estipula que la regla de decisión por mayoría reforzada es tan falible como cualquier otra regla de decisión colectiva, y carece además de la calidad moral como procedimiento justo que posee la regla de decisión por mayoría no cualificada. No parece fácil justificar por qué el funcionamiento de ésta debería estar sujeto a límites sólo modificables y quizá fijados a través de aquélla.

Para justificar el constitucionalismo como diseño institucional se dice usualmente que la mayoría puede decidir oprimir a la minoría; que para conjurar ese peligro, su poder debe estar limitado, y que para que esos límites no carezcan de valor, no puede ser ella misma quien los trace. Pero entonces, la cuestión es quién y como se supone que debe trazarlos.

La Ciencia Jurídica ante el *Neoconstitucionalismo* de Santiago Sastre Ariza⁽¹¹⁾ hace notar la necesidad de crear una nueva teoría jurídica ante la aparición del neoconstitucionalismo; señala que es necesario articular un diseño que permita conjugar la labor jurisdiccional y la función de legislador.

(10) Profesor de Filosofía del derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Autor del libro *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*.

(11) Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha. Autor del libro *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*.

Con el neoconstitucionalismo se pone de manifiesto el amplio margen de poder con que cuentan los jueces, pero ya no se trata sólo de evidenciar que el vigilante tiene un auténtico poder, sino que se debate quién debe ser el vigilante no vigilado que ponga punto final al edificio jurídico del Estado constitucional de Derecho. Así como también el hecho de que la presencia de principios y derechos en la Constitución ha puesto la plasmación jurídica de pautas que tiene indudablemente un carácter moral, por lo tanto, la incorporación de elementos del iusnaturalismo.

Las innovaciones que el neoconstitucionalismo ha ocasionado en el Derecho y, por tanto, también en la manera de afrontar su estudio, permiten que se pueda afirmar que estamos en presencia de un nuevo paradigma que se podría denominar paradigma constitucionalista del Derecho.

Mauro Barbieris⁽¹²⁾ en *Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral*, basa su monografía en dos puntos primordiales.

El primero es en relación con el término neoconstitucionalismo, en el cual pretende establecer una posición que supera las posturas

del positivismo jurídico y del iusnaturalismo y se relaciona más con el constitucionalismo y la constitucionalización del Derecho. En segundo lugar realiza un estudio profundo de la teoría de Carlos Nino en cuanto a la democracia y a la dimensión moral del Derecho.

El libro pretende mostrarnos un panorama amplio de los cambios presentados en el constitucionalismo contemporáneo aplicado a casos concretos, principalmente en Alemania e Italia. Se analiza al neoconstitucionalismo desde un punto de vista teórico, ideológico y metodológico, confrontando los aspectos del iuspostivismo y del iusnaturalismo, señalando los puntos de convergencia de ambas teorías que integran al neoconstitucionalismo.

A lo largo de la obra se percibe una clara tendencia respecto de los derechos fundamentales y la procuración de los derechos sociales, así como a buscar que el neoconstitucionalismo rompa los esquemas legalistas y se oriente más a la garantía jurídica, encaminando la aplicación de la ley a la interpretación de los jueces y no a la obra del poder legislativo.

(12) Profesor de Teoría y Filosofía del derecho en las Universidades de Génova y Trieste, Italia. Autor, entre otros libros de *Libertá*.

En el plano teórico jurídico surge la inquietud de los autores de determinar un nuevo paradigma jurídico denominado “neoconstitucionalismo” que permita al Derecho interactuar con la evolución continua del Estado.