

Derechos fundamentales en el paradigma del neoconstitucionalismo: un bosquejo

Jesús Cristian Aceves Medrano

• I. PRELIMINAR

En el horizonte del plano constitucional, una generalizada agenda de cambios se desencadenó tras la Segunda Guerra Mundial, donde el *statu quo* de las sociedades se vio profundamente marcado y la eventual incidencia de transformaciones en otras áreas del derecho no se hizo esperar. Los albores de una creciente tendencia se empezaban a vislumbrar. El espectro jurídico debía adoptar un nuevo paradigma que se orientara a una concepción más integradora del derecho, para de esta forma satisfacer una serie de exigencias en distintos rubros referente a la adjudicación e interpretación del derecho. En la otra mano, fue necesario procurar la no reincidencia de episodios tan sombríos como aquellos desatados por la guerra. Múltiples declaraciones de derechos humanos vieron la luz, consignadas desde la tarea de preservar el valor de la persona como un fin al cual se debía aspirar y concretar como consecuencia de una larga encrucijada, adoptadas y perpetuadas a través del tiempo y las diversas sociedades. Es así como surgen dos postulados que atrajeron una brillante atención dentro de la teoría jurídica contemporánea. En una cara de la moneda, el "matiz de derecho humanista" como estandarte de la defensa del valor del individuo mediante una constante lucha que conglomeraba aspectos heterogéneos y en la otra, una desarrollada fenomenología conocida como neoconstitucionalismo. *¿Es visible el reflejo de los derechos fundamentales en el espejo del neoconstitucionalismo? ¿Cómo se concilian los enunciados de una y otra esfera? ¿Es oportuna esta conciliación? ¿Es necesaria la misma?*

Alumno de la Licenciatura en
Derecho de la Universidad Au-
tónoma de Ciudad Juárez.

II. UNA APROXIMACIÓN A LA MATERIA: ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

*¿Representa acaso el
constitucionalismo la
mejor manifestación de
organización política?*

Son muy variadas las etiquetas y denominaciones que se le han brindado al paradigma en cuestión. Dentro del profundo juego que involucra la labor de otorgar un nombre a las cosas, algunos títulos llegan a ser más apropiados que otros. Pues qué es el lenguaje, sino una perenne lucha de conceptos encontrados que compiten, de maneras muy particulares, por convertirse en la fórmula predominante empleada por sus interlocutores. Podríamos referirnos a él bajo el rótulo de "nuevo constitucionalismo", o bien, sustituir la primera palabra, invertir el orden y llamarlo "constitucionalismo contemporáneo"; hay quienes optan por dejar la tradicional denominación de "constitucionalismo" a secas.

No obstante, considero preciso suscribir el término más extendido dentro de los confines de la tradición continental europea del derecho, y adherirnos al de "neoconstitucionalismo" en virtud de que los conceptos enunciados arriba podrían, en alguna u otra forma, liderar nuestra percepción hacia un camino de mal entendimiento. Como pensar que nos referimos a una rústica noción de constitucionalismo, cuando la realidad es que pretendemos aludir a una perspectiva mucho más amplia y ambiciosa.¹ En un primer contacto, y tomando como punto de partida el término "constitucionalismo", podremos usarlo para referirnos a una modalidad del esquema institucional que otorga configuración a una organización política. Atendiendo a una segunda línea, es empleado también para hablar de una teoría jurídica que describe las características fundamentales de tal modelo. Una tercera concepción nos indica el constitucionalismo como una ideología que sustenta la fórmula política mencionada arriba.²

¿Representa acaso el constitucionalismo la mejor manifestación de organización política? Sin entrar a una compleja discusión, es posible inferir que aunque devela una problemática aminorada en cuanto a atribuirle una definición, al moldearla como una forma de gobierno no está exenta de problemas y objeciones.³ Por otra parte, al atribuirle un

1 Ribeiro Moreira, Eduardo (2009, enero-diciembre). "Neoconstitutionalism and Theory of Interpretation". *Problema: anuario de filosofía y teoría del derecho*, año 3, núm. 3. México, p. 351.

2 Prieto Sanchís, Luis (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra, pp. 109 y 110.

3 Son recurrentes, por ejemplo, las objeciones democráticas o contramayoritarias, donde se parte de la crítica al sistema constitucional rígido y se considera una constitución democrática como aquella susceptible de ser abierta, para de esta forma representar la serie de alternativas políticas que subyace a su salvaguarda. Aguiló Regla, Josep (2010). "Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución". En: Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (comps.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, p. 254.

carácter ideológico es indudable que el constitucionalismo aporta pautas metodológicas y conceptuales que, en primera instancia, lo ubican como una especie óptima del Estado de derecho; una en la cual, por ejemplo, es posible establecer nexos de vinculación entre el derecho y la moral, y así proponer una subordinación de la voluntad respecto a la obligación que del derecho emana. De la mano con esta concepción anterior del constitucionalismo, y siguiendo la arista ideológica, tenemos a aquel que bien puede ser nombrado "constitucionalismo dogmático", tendiente a dar cuenta sobre el acto interpretativo y las labores esgrimidas por la ciencia y la Teoría del derecho, no solo de manera descriptiva sino también efectuando una tarea crítica.⁴

Es preciso señalar que el neoconstitucionalismo, como una variante del Estado de derecho, es resultado de la conciliación entre dos posturas constitucionalistas que, con frecuencia, han sido mostradas de una forma aislada entre sí. La primera de ellas consiste en entender a la Constitución como un conjunto de reglas de juego, que regula la competencia social y política. Un pacto que posibilita garantizar el valor autónomo del individuo, para permitir que sean ellos, dentro de un círculo determinado por la democracia y una relativa igualdad, quienes con libertad desarrollen su plan de vida y sean capaces de tomar decisiones colectivas trascendentales dentro de cada fase histórica. Aquí es donde se considera la Constitución como una entidad jurídicamente superior a los demás cuerpos normativos y se encomienda su garantía al más "neutral" de los poderes; a aquel que se presupone ha de mantenerse distante de las fricciones del debate político, es decir, al Poder Judicial.

La segunda tradición constitucional que tratamos estima la Constitución como la materialización de una sofisticada proyección política. Podemos aseverar que desde esta postura, la Constitución no se limita a instaurar reglas de juego, sino que asume un papel mucho más directamente activo, al condicionar potenciales decisiones colectivas. Busca ampliar su ejercicio hacia el pueblo, su titular indiscutible. De manera sintética, deducimos que, en el primer caso, la Constitución precisa quién, cómo y hasta dónde se manda, mientras que, en el segundo, se señala qué se debe mandar.⁵

Pues bien, el neoconstitucionalismo acoge elementos torales de estas dos concepciones: un marcado contenido normativo y una también notable garantía jurisdiccional en detrimento de la confianza depositada sobre el legislador. Podemos, entonces, en una condición reduccionista, manifestarlo así: una Constitución transformadora con la pretensión de ser condicionante y guía para las decisiones grupales, cuyo protagonismo estriba en la figura judicial y no en el Poder Legislativo.⁶

*Es preciso
señalar que el
neoconstitucionalismo,
como una variante
del Estado de
derecho, es resultado
de la conciliación
entre dos posturas
constitucionalistas que,
con frecuencia, han
sido mostradas de una
forma aislada entre sí.*

4 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 2, pp. 110 y 111.

5 *Ibidem*, pp. 113-115.

6 *Ídem*.

...el constitucionalismo se dirige a ser una ideología que limita el poder y el amparo de una gama de derechos fundamentales. Sin embargo, dentro del marco de la Teoría del derecho no es el constitucionalismo una teoría destacable, si tomamos en consideración que, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo anterior, el positivismo fue la propuesta teórica que gozó de hegemonía.

Al centrar el foco de análisis en la dimensión neoconstitucional, sus militantes la conciben como una doctrina correlativa al proceso de constitucionalización del derecho con la marca de superar las figuras dominantes del positivismo o iusnaturalismo. En una partición análoga a la distinción de tipos de positivismo efectuada por Norberto Bobbio, el también jurista italiano Paolo Comanducci propone una clasificación entre tres tipos de *neoconstitucionalismo*, con el fin de hacer notorias las discrepancias entre el constitucionalismo y el neoconstitucionalismo. Como ya fue enunciado en este trabajo, el constitucionalismo se dirige a ser una ideología que limita el poder y al amparo de una gama de derechos fundamentales. Sin embargo, dentro del marco de la Teoría del derecho no es el constitucionalismo una teoría destacable, si tomamos en consideración que, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo anterior, el positivismo fue la propuesta teórica que gozó de hegemonía.⁷ Es oportuno el señalamiento de Comanducci, al indicar que el neoconstitucionalismo no se detiene al explicitarse como una ideología o metodología, sino que, además, se proyecta como una teoría que pugna con la positivista, estableciendo así la siguiente nomenclatura: *neoconstitucionalismo ideológico*, *neoconstitucionalismo metodológico* y *neoconstitucionalismo teórico*.

III. LA TRIPARTICIÓN DEL PARADIGMA: NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO, IDEOLÓGICO Y METODOLÓGICO

Comencemos con la siguiente interrogante: ¿cómo opera el modelo teórico neoconstitucional? Al respecto, podemos señalar, en primer lugar, que tiene por intención describir los logros del vasto proceso de constitucionalización⁸ dentro de los grandes sistemas jurídicos con-

7 Comanducci, Paolo (2007). *Constitución y Teoría del derecho*. México: Fontamara, pp. 74-76,

8 De acuerdo a Riccardo Guastini, las principales condiciones que dan paso al complejo proceso de *constitucionalización* son las siguientes: en primer término, a) La existencia de una Constitución rígida, la cual incorpora y contiene

temporáneos. Tras ello, emerge un modelo de ordenamiento jurídico que entre muchos rasgos podemos enunciar como característicos los siguientes: una Constitución que ha sido llamada "invasora"; la positivización de una serie de derechos fundamentales; una óptica integradora del texto constitucional que no solo se compone de reglas, sino también de principios; además de la irrupción de peculiaridades específicas relativas a la interpretación y adjudicación de los mandatos constitucionales respecto a la misma labor en las demás áreas de la ley. Aporta la Teoría neoconstitucional algunas variantes novedosas en comparación a las tradicionales teorías iuspositivistas, que habían quedado insuficientes para dar cuenta de los cambios sufridos en los sistemas jurídicos actuales, ofreciendo una visión obsoleta y, en algunos casos, insostenible de su situación presente.

Esta teoría precisamente se orienta a establecer el papel de la Constitución en los sistemas jurídicos contemporáneos como su núcleo de análisis, independientemente de si se adopta un "modelo descriptivo de la Constitución como norma" o, por otro lado, un "modelo axiológico de la Constitución como norma".⁹ La Constitución desde luego que comparte una característica esencial con la ley, y ésta es la cualidad de ser un texto normativo y, como tal, un objeto susceptible a ser interpretado. De ahí que la literatura jurídica contemporánea y más específicamente la Teoría de la interpretación, se hayan inclinado por dilucidar la configuración específica que subyace al acto interpretativo de la Constitución, y la labor desarrollada por las cortes constitucionales.¹⁰

.....
 los derechos fundamentales; b) La garantía jurisdiccional de tal Constitución; c) La fuerza vinculante de la Constitución, es decir, un conjunto de normas más bien prescriptivas que programáticas; d) Una creciente *sobreinterpretación* de la Constitución, actividad de la cual es posible derivar principios implícitos; e) Una directa aplicación de las normas constitucionales, extendiendo tal aplicación a las relaciones entre particulares; f) Una interpretación adecuada de las leyes, la cual, señala el propio Guastini, no refiere sobre la interpretación constitucional, sino sobre la interpretación de la ley, eligiendo el juez la más óptima para cumplir un mandato constitucional; y G) La influencia de la Constitución en el marco del debate político. Guastini, Riccardo (2001). "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano". *Estudios de Teoría constitucional*. México: Fontamara.

9 Ambos modelos de análisis son consistentes en tanto que conciben la Constitución como un conjunto de normas jurídicas positivas conglomeradas en un documento, o bien, consuetudinarias y no escritas (piénsese en el sistema constitucional del Reino Unido), las cuales se tildan de fundamentales, además de que, confrontadas con otras reglas jurídicas, se consideran jerárquicamente superiores a ellas y fundantes del ordenamiento jurídico. La diferencia radica en que, al asumir una postura axiológica de la Constitución como norma, se toma la condición de que se tengan determinados contenidos, a los cuales se atribuye un valor especial. La Constitución representa, pues, un valor *per se*. Bien se puede decir que al apreciar la Constitución desde esta etiqueta, estaríamos en cierta forma abandonando una visión teórica neoconstitucional para incursionar en una perspectiva ideológica neoconstitucional.

10 Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 7, pp. 76-78.

...podemos señalar al neoconstitucionalismo metodológico como un punto de contrapartida al positivismo metodológico y conceptual, el cual sostiene la tesis de la distinción entre el derecho que es de aquel que debería ser.

Al mostrarse como una corriente ideológica, el neoconstitucionalismo difiere de la ideología constitucionalista, al priorizar la garantía de los derechos fundamentales, relegando a un segundo plano la limitación del poder estatal. Además de que no reduce su espectro de acción a describir los alcances de la constitucionalización, sino que "los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación". Se brinda, desde luego, una atención especial a los mecanismos institucionales de tutela orientados a garantizar los derechos fundamentales y cómo se condiciona la exigencia de que las actividades desplegadas por el Legislativo y el Judicial se encaminen a este objetivo. También, el neoconstitucionalismo ideológico, como sus exponentes afirman, se inclina a que puede existir un vínculo entre la moral y el derecho consistente en la obligación moral de acatar la Constitución y sus reglas derivadas. Por otra parte, al adoptar el modelo axiológico de la Constitución como norma, este tipo de neoconstitucionalismo expone una gran especificidad de la interpretación constitucional en relación con la ley, así como de su aplicación.¹¹

En un tercer escalafón podemos señalar al neoconstitucionalismo metodológico como un punto de contrapartida al positivismo metodológico y conceptual, el cual sostiene la tesis de la distinción entre el derecho que es de aquel que debería ser. Dentro de la misma podemos identificar dos puntos torales: la tesis referente a las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral, es decir, este enlace es totalmente contingente. Por otra parte, el neoconstitucionalismo metodológico prosigue, al menos en aspectos que involucran situaciones de derecho constitucionalizado, la tesis que concibe a tal conexión como necesaria, en la cual los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituyen el puente por el cual se transita entre la esfera del derecho y la de la moral.¹²

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO (NEO)CONSTITUCIONAL

El origen de los derechos fundamentales ciertamente es muy difuso y se ubica muy atrás en el tiempo. Algunas sentencias en torno a su existencia y declaración son más válidas que otras. Verbigracia, desde señalamientos de igualdad y libertad en la Biblia hasta máximas empleadas en el medievo, y posteriormente, el cuño ideológico de los grandes pensadores de la Teoría moderna del Estado. Sin embargo, es preciso identificar dos primordiales parteaguas en América y Europa, los cuales representaron la materialización de esta vasta ideología. En orden de aparición, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, que dio

11 *Ibidem*, pp. 78-80.

12 *Ibidem*, pp. 80 y 81.

paso a la *Virginia Bill of Rights*,¹³ y pocos años más tarde, con el foco de atención en Francia, nace la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, la cual agrupaba aquellos ideales que fundamentaron la Revolución Francesa, y que con una esencia impregnada por la corriente doctrinal del derecho natural, se consideraba a los derechos del hombre como universales y permanentemente válidos, en virtud de hallarse intrínsecamente depositados en la propia "naturaleza del hombre". Este amplio proceso de reconocimiento y garantía de los derechos humanos alcanza su punto crítico con un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Compuesto por treinta artículos, la Declaración Universal de Derechos Humanos acoge aquellos preceptos que han sido catalogados como básicos, que en aleación con los pactos internacionales de derechos humanos y sus respectivos protocolos constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Son innegables los profundos estragos desatados por la Segunda Guerra Mundial y las repercusiones que efectuó en diversas ramas de la vida humana. El derecho y su teorización no fueron ajenos a este impacto. El tópico referente a los derechos fundamentales es uno que alcanza notable atención dentro del margen del debate jurídico contemporáneo y en ese sentido, ha sido capaz de fundirse con otros temas de amplia relevancia. Por ejemplo, siguiendo la línea de Robert Alexy, los derechos humanos se vinculan al ámbito de la democracia mediante tres vías: una ingenua, una idealista y otra realista.¹⁴

Con base en la primera de estas concepciones, la forma ingenua postula la no existencia de conflictos entre la democracia y los derechos humanos, un contacto de perfecta coincidencia entre ambos frentes, lo cual supone, además, una conciliación sin límites para ambos conceptos, pues se parte de la débil idea de que solo puede haber conflictos entre el bien y el mal, y no entre el "bien y el bien". Esta perspectiva es totalmente ilusoria: percibir así al mundo, y sobre todo al derecho y a la política, es *ver de color rosa*. Pues la central falencia de esta propuesta es la exclusión de los conflictos surgidos de la limitación y la escasez. La

*...la forma ingenua
postula la no existencia
de conflictos entre
la democracia y los
derechos humanos...*

13 En su primer artículo consagra la famosa sentencia que versa: "todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados" (expresamente, el gozo de la vida, de la libertad, propiedad, felicidad y seguridad). El segundo artículo refiere a la defensa de la democracia con términos totalmente revolucionarios en la época, estableciendo la residencia del poder en el pueblo y la responsabilidad y servicio de los funcionarios del mismo. Interesantes también los artículos 3º (reforma o abolición de un gobierno, y resistencia y rebelión contra la opresión), 5º y 6º (deslinde entre poderes, periodicidad y frecuente elección de los mandatos) y el 13º (riesgo que representan los ejércitos permanentes para la vigencia de los derechos).

14 Alexy, Robert (2005). "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". En: Miguel Carbonell (comp.). *Neonconstitucionalismo(s)*. 2.ª edición. Madrid: Trotta, p. 37.

postura idealista, en cambio, sí se considera a estos aspectos, razón por la cual supone que dicha reconciliación no es posible en este mundo, sino en el constructo ideal de una sociedad perfectamente organizada. Una en la que, por ejemplo, tanto el pueblo como sus representantes no tienen interés alguno en lesionar los derechos fundamentales de todo ciudadano, sino todo lo contrario. Su salvaguarda se ciñe como una eficaz motivación política. Pero el valor adjudicado a los derechos fundamentales en este modelo, es solamente uno de carácter simbólico, una idílica figura que todos pretendemos, pero desprovista de una clara representación que permite aproximarnos a ella. Innecesario decir que, a pesar de su valor, es totalmente inalcanzable fuera del campo de los sueños. Como contrapeso de estas débiles tendencias, la propuesta que brinda la vía realista supone ser la más adecuada, la cual confronta la relación entre los derechos humanos y la democracia mediante dos proposiciones antitéticas entre sí; *a) Los derechos fundamentales son democráticos* y *b) Los derechos fundamentales son antidemocráticos*.

¿Qué razones hay en torno a concebir los derechos humanos como totalmente democráticos? Por una parte, propician el desarrollo y existencia de los individuos mediante la garantía de los derechos de libertad e igualdad, lo cual dota de capacidad y condiciones necesarias para perpetuar el proceso democrático, al proteger diversas libertades (expresión, reunión, asociación), así como derechos políticos (emisión de sufragios, a ser votado). En contraste, los derechos humanos son marcadamente antidemocráticos, al "desconfiar del proceso democrático". Por ejemplo, el sometimiento del Legislativo priva de decisión a la mayoría designada parlamentariamente.¹⁵ Esta singular dicotomía se opone a los postulados de quienes aseveran que es posible una doctrina aséptica sobre la cuestión. En un extremo ubíquense a aquellos que sostienen la ilimitación material de los procesos democráticos y en el otro, a aquellos que guardan un celoso escepticismo ante la democracia; que consideran que el orden está previamente establecido y el proceso, entonces, resulta un acto de simulación, por lo cual es necesario protegerlo aún más de lo que ya lo es, con derechos fundamentales y principios constitucionalmente consagrados.

Es precisamente gracias a la positivización y constitucionalización de un catálogo de derechos fundamentales, denominado *Bill of Rights*, que surge el argumento neoconstitucionalista, y se encomienda la aplicación de justicia que de esta carta emana a un órgano específicamente señalado para ello: el juez.¹⁶

Aquí se devela un modelo explicativo y descriptivo del derecho del Estado constitucional, que dentro de sus pilares argumentativos destaca la negación de la tesis iuspositivista, que propone la separación

¹⁵ Alexy, Robert, *ibidem*, p. 38.

¹⁶ Pozzolo, Susanna (2005). "Un constitucionalismo ambiguo". En: Miguel Carbonell (comp.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ª edición. Madrid: Trotta, p. 188.

Los ordenamientos jurídicos occidentales, y la manera en que fueron trastocados por la Segunda Guerra Mundial, pueden ser identificados como claros ejemplos del derecho constitucionalizado en virtud de que han receptado algunos elementos estructurales de esta noción.

conceptual entre el derecho y la moral. Aunado a esto, el neoconstitucionalismo aporta, además, un vigorizante modelo “axiológico-normativo”, el cual tiende a señalar (aunque se puede argumentar que de manera difusa) indicaciones sobre las cuales se debería edificar el derecho positivo. La efervescencia de este modelo reside en un aspecto peculiar, pues no requiere la construcción de un ideal jurídico con independencia del derecho que efectivamente exista, sino que se propone lo siguiente: tomar el contenido del derecho constitucional positivo y someterlo a una amplia proyección de carácter dinámico, evolutivo y expansivo, para de esta forma encaminar sus pasos hacia dicho ideal. Con más especificidad, el ideal jurídico se podría considerar transpolar al necesario desarrollo de los derechos fundamentales. Pero la línea a seguir, se aprecia muy poco nítida.¹⁷

Los ordenamientos jurídicos occidentales, y la manera en que fueron trastocados por la Segunda Guerra Mundial, pueden ser identificados como claros ejemplos del derecho constitucionalizado en virtud de que han receptado algunos elementos estructurales de esta noción. Podemos enunciar, por ejemplo, la adopción de novedosos “principios de justicia”, de derechos fundamentales (no solo aquellos de libertad, sino también sociales), que se han enfocado en imponer al Estado un cúmulo de labores de intervención en la sociedad y en otras ramas como la economía.

La creciente afluencia de constituciones rígidas en sincronía con la adherencia de los estados a las convenciones de derechos humanos, dentro del plano del derecho internacional, ha configurado una destacable transformación en el modelo paleo-positivista.¹⁸ Podemos referirnos a él como una segunda revolución en la naturaleza del derecho, que bien podría ser señalada como una alteración del positivismo clásico,

17 Indica Pozzolo que el neoconstitucionalismo aparenta estimar que la línea a seguir se encuentra ya claramente trazada (empleando el término “necesaria”) o immanente en el contenido de los derechos fundamentales, considerando ilusorio el hecho de poder obtener tal dirección evolutiva con base en una simple operación deductiva del propio texto constitucional, es decir, de la misma formulación textual de los derechos.

18 Ferrajoli, Luigi (2006). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 5.ª edición (trad.: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). Madrid: Trotta, p. 65.

El paradigma neoconstitucional se ha caracterizado por irrumpir de manera oportuna y trastocar, de manera colateral, los espacios correspondientes a la Teoría política, y de manera más directa, aunque a grandes rasgos, al derecho mismo.

en razón de la positivización de una gama de derechos fundamentales que fungen como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva. Identifica Ferrajoli que la columna de la primera revolución fue expresada mediante la aseveración de la omnipotencia legislativa, donde el *principio de mera legalidad* (también denominada *legalidad formal*) era el rector que nos servía como regla de reconocimiento de la existencia de una norma. La ampliación de esta condición bien podría estribar hoy en día en un *principio de estricta legalidad* (llamado también *legalidad sustancial*), dentro del cual es posible el sometimiento de la ley a cadenas determinadas por aquellos principios y derechos fundamentales residentes en las constituciones.¹⁹

Hoy en día es posible afirmar que los confines de un ordenamiento regido por una Constitución rígida son insuficientes para determinar la validez de una norma y atenerse a su génesis siguiendo los parámetros formales dispuestos para su producción, sino que es menester que sustancialmente sea compatible con los principios y los derechos fundamentales, constitucionalmente consagrados. Podemos hablar de un realce de la Constitución, una noción que ya era considerada siglos atrás y en donde se entiende a la misma como un conjunto de normas sustanciales, que se dirigen a ser garantes de la división de poderes y de los derechos fundamentales.²⁰

V. PROYECCIONES EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El paradigma neoconstitucional se ha caracterizado por irrumpir de manera oportuna y trastocar, de manera colateral, los espacios correspondientes a la Teoría política, y de manera más directa, aunque a grandes rasgos, al derecho mismo.

Destacable, por ejemplo, su oposición a las teorías hegemónicas del positivismo y a las inconsistencias del iusnaturalismo. En alguna forma ha conciliado al derecho con la moral y la política, entes que habían sido desvinculados en las nociones positivistas clásicas. Una expresión teórica integradora y útil, cuya virtud estriba en que no se separa de las políticas, decisiones colectivas, agentes morales y la sociedad misma. La ley reaparece como estandarte de la justicia, pero el concepto de justicia es mucho más sofisticado, resultado de una visión racional de las cosas. Fueron múltiples las secuelas plasmadas en diversas áreas de la Teoría jurídica. Por ejemplo, la **priorización** que ahora se le da a la noción de principios, que anteriormente había sufrido de constante relego, se traduce a una revaloración de la Teoría

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, *ibídem*, p. 66.

²⁰ Artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene constitución".

de la norma y de las fuentes, y qué decir del marco de la interpretación y la hermenéutica jurídica. En la Teoría de la interpretación clásica, se cuenta con una serie de reglas interpretativas, pero en caso de no haber tales para regular el caso concreto, el juez. Tras el neoconstitucionalismo se redefine la metodología constitucional, en donde se toman en cuenta conceptos alternos como el de derrotabilidad. Se considera, también, que toda interpretación es constitucional.²¹

La idea sobre la sociedad se fundamenta en su composición heterogénea y globalizada. La moral es ahora vista de forma constructivista, basada en condiciones y parámetros de la razón práctica y con pretensiones de corrección, la cual habrá de guiar el discurso legal. El Estado constitucional permite una atención especial a los poderes constituyentes y constituidos, a las reformas constitucionales y el rol que la corte y tribunales constitucionales desempeñan. En el fondo de todo esto, se entroniza una constante vigilancia de los derechos fundamentales. Asimismo, se brinda primacía no solo a los actos jurisprudenciales que las cortes constitucionales develan, sino también a los principios, los cuales sirven de complemento a la argumentación legal: la existencia de reglas políticas y criterios procedimentales legales.

VI. LOS RETOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Es indudable señalar la oportuna aparición del neoconstitucionalismo en el margen de la concepción del *Estado de derecho*. Una revitalizante propuesta que ha pretendido conciliar la razón con el ejercicio del poder social, para así aspirar a la protección de los derechos fundamentales.

No obstante, es inevitable que se deben señalar, de alguna u otra forma, los obstáculos que subsisten en el camino que se ha trazado el constitucionalismo y cómo éstos inciden en la eficacia que se ha pretendido; si bien, el neoconstitucionalismo ha irrumpido como una propuesta contra tales limitaciones, es preciso, bajo un ánimo superficial y somero, hacer mención de ellas.

21 Al partir de la visión *sobreinterpretativa* de la Constitución, la cual se puede ver como una interpretación neoconstitucional, se considera que toda interpretación es constitucional con base en las siguientes formas: a) De manera *directa*, cuando la decisión judicial se fundamenta en un principio o en cualquier precepto constitucional aplicable al caso. Es aquí donde la Constitución se actualiza; b) De manera *indirecta*, en dos hipótesis: la primera, de manera negativa, cuando en un juicio no hay mención alguna de la inconstitucionalidad de la decisión, es decir, ésta ha atravesado exitosamente los mecanismos legales y las normas constitucionales, y las bases de la decisión sobrevivieron. No es incompatible con la Constitución; y la segunda hipótesis ocurre (la interpretación es constitucional) atendiendo una perspectiva finalista (considero también preciso llamarla teleológica) en la cual toda decisión debe acatar la Constitución y guiarse por los objetivos que de ella emanan. Los fines inherentes a la Constitución deben marcar el rumbo de toda decisión. Ribeiro Moreira, Eduardo, *op. cit.*, nota 1.

El margen de la globalización, el escandaloso proceso financiero, la especulación que marca profundas incidencias en la estabilidad y qué decir del concepto y la tendencia progresiva de los derechos económicos, que rompen con el *axioma social* que en ellos se había depositado y, en cierta manera, se desprovee su carácter democrático. Las trabas fácticas ubican a muchas personas en una clase de ciudadanía alterna, subdesarrollada, donde se les excluye de un correcto ejercicio de sus derechos constitucionalmente consagrados, que son los parámetros que nutre el bienestar de los ciudadanos. Los procedimientos de crisis social construyen en su circunferencia un marcado desafío a superar: el de la desigualdad social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, Robert (2005). *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. En: Miguel Carbonell (comp.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.^a edición. Madrid: Trotta.
- Comanducci, Paolo (2007). *Constitución y Teoría del derecho*. México: Fontamara.
- Ferrajoli, Luigi (2006). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 5.^a edición (trad.: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). Madrid: Trotta.
- Guastini, Riccardo (2001). "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano". *Estudios de Teoría constitucional*. México: Fontamara.
- Pozzolo, Susanna (2005). "Un constitucionalismo ambiguo". En: Miguel Carbonell (comp.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.^a edición. Madrid: Trotta.
- Prieto Sanchís, Luis (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.
- Ribeiro Moreira, Eduardo (2009, enero-diciembre). "Neoconstitutionalism and Theory of Interpretation". *Problema: anuario de filosofía y Teoría del derecho*, año 3, núm. 3. México.
-

