

¡Del romanticismo al realismo mágico! Contenido y principales postulados de la tesis neoconstitucional europea y latinoamericana

From Romanticism to magical realism! Content and main principles of European and Latin American neoconstitutional thesis.

JOHANNES SAN MIGUEL

VÍCTOR GRANADOS BOZA

Universidad de Guayaquil, Ecuador

SUMARIO: I. Cuestión introductoria. II. Definición de neoconstitucionalismo. III. Caracteres del neoconstitucionalismo. IV. Re-conexión entre la norma y la moral. V. El texto constitucional como norma de aplicación directa. VI. Aplicación preeminente de la Constitución al Derecho Civil. VII. Sobre interpretación de la Constitución e interpretación conforme de la ley. VIII. Influencia política de la Constitución. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto la sistematización de los principales aspectos que caracterizan al neoconstitucionalismo. Para ello se responden preguntas básicas que aluden a la naturaleza, esencia y contenido de este paradigma de derecho constitucional. En razón de ello, se enumeran los aspectos que caracterizan al mismo a partir de las conocidas "condiciones de constitucionalización" de Guastini. Sin embargo, a nuestra consideración, algunas de ellas corresponden al paradigma previo y consecuentemente, no debe sostenerse que formen parte del modelo neoconstitucional. De igual forma, deben resaltarse otros caracteres, que no están incluidos de modo expreso ni tácito en las mencionadas condiciones de constitucionalización.

PALABRAS CLAVE: neoconstitucionalismo, derechos fundamentales, interpretación.

ABSTRACT: This article aims to systematize the main aspects characterizing new constitutionalism. We address basic questions regarding the nature, essence and content of this paradigm of constitutional law. We also list some features of new constitutionalism starting in the known "conditions of constitutionalization" by Guastini. However, we consider some of these conditions come from the previous paradigm, hence it should not be argued them as part of new constitutionalist movement. Similarly, it should be highlighted some other aspects, neither expressly nor tacitly included in the aforementioned conditions.

KEY WORDS: new constitutionalism, fundamental rights, interpretation.

I. CUESTIÓN INTRODUCTORIA

En la actualidad latinoamericana conviven un grupo de doctrinas, tesis y postulados, algunos con carácter paradigmático y otros con pretensión sistémica, en torno a la función e importancia de la Constitución en una sociedad moderna y su papel en el marco de las garantías a los derechos fundamentales. Uno de los más difundidos y poco conocidos es el llamado neoconstitucionalismo. Este surge como resultado de determinadas críticas al esquema constitucional basado en la iusfilosofía positivista de Kelsen y el Círculo de Viena dada la "incapacidad" de dicho modelo constitucional para evitar el Holocausto; así como por la emergencia y auge del paradigma del Estado social de derecho en los textos de la segunda posguerra como expresión normativa del diseño institucional de las democracias europeas occidentales basadas en el Estado de Bienestar erigidas a partir del Plan Marshall de reconstrucción.

El presente artículo tiene por objeto la descripción y sistematización de los principales aspectos que caracterizan al neoconstitucionalismo. Para ello se responden preguntas básicas que aluden a la naturaleza, esencia y contenido de este paradigma de derecho constitucional. En razón de ello, se enumeran los aspectos que caracterizan al mismo a partir de las conocidas "condiciones de constitucionalización" de Guastini, algunas de ellas corresponden a paradigmas previos y consecuentemente, no debe sostenerse que formen parte del modelo neoconstitucional. De igual forma, se resaltan otros caracteres, que no están incluidos de modo expreso ni tácito en las mencionadas condiciones de constitucionalización.

Dicho propósito descriptivo y sistematizador se justifica a partir de la indefinición doctrinal y las lecturas diversas y divergentes en términos ideológicos, filosóficos y de contexto histórico que se han realizado de los clásicos del tema y algunos de sus críticos, a saber: Comanducci, Guastini, Carbonell, García Amado, Prieto Sanchís, Atienza, Bernal Pulido, entre otros. La rápida expansión del pensamiento neoconstitucionalista en América Latina, motivado por una especie de paralelismo histórico entre el Holocausto nazi y las sangrientas dictaduras militares junto a las reiteradas violaciones a los derechos humanos, han originado una masa crítica de estudios académicos que crean mayor indefinición e incertidumbre sobre el tema, más que certezas. En razón de ello, a continuación se intenta una definición doctrinal de este fenómeno y una enumeración descriptiva y sistematizada de los caracteres que le resultan afines, como esfuerzo investigativo previo al establecimiento de las críticas que sin duda amerita y resultan pertinentes para este modelo constitucional.

II. DEFINICIÓN DE NEOCONSTITUCIONALISMO

Usualmente se alude al neoconstitucionalismo como un concepto de sentido unívoco cuando en realidad se trata de una categoría polisémica, que alude a distintos contenidos aunque en el discurso argumentativo del derecho pueda hacer referencia a una serie de aspectos más o menos bien definidos¹. En primer término, invita a la distinción entre

¹ Algunas de las aportaciones doctrinales que alertan sobre la polisemia derivada del vocablo neoconstitucionalismo son: COMANDUCCI, P, "Constitucionalismo": Problemas de Definición y Tipología", *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011, pp. 95-100; COMANDUCCI, P. *Hacia una Teoría Analítica del Derecho. Ensayos Escogidos* (edición de R. Escudero Alday), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 251-264; "Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado", *Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

constitucionalismo y neoconstitucionalismo, aludiendo básicamente a que el último es más novedoso que el primero.

En el marco de la distinción mencionada, debe hacerse notar que se trata esencialmente de un grupo de teorías y doctrinas surgidas de modo puntual, amorfo y diseminado por los autores de derecho público en Europa durante finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Corresponde a Comanducci y Guastini su sistematización en un agregado doctrinal independiente y con carta de identidad en relación al menos con las doctrinas del Estado legislativo de Derecho². No obstante, ellos mismos reconocen la indefinición epistemológica que genera el discurso neoconstitucional producto de varios movimientos y ademanes intelectuales a la sazón del surgimiento del nuevo paradigma constitucional. En primer término, sostienen los clásicos del tema, se identifica el neoconstitucionalismo con lo que han dado en llamar el constitucionalismo de reglas, frente al constitucionalismo de contrapoderes.

El constitucionalismo de reglas constituye un modelo o paradigma que propone la defensa de los derechos fundamentales por medios axiológicos, es decir, a través del ejercicio de las atribuciones de los órganos dispuestos en el texto constitucional por medio de la invocación directa de tales derechos previstos en el texto y sobre todo de lo que se conoce como su contenido esencial. En cambio, el constitucionalismo de contrapoderes constituye un modelo de diseño institucional del Estado en el cual la defensa de los derechos fundamentales se garantiza por medio del sistema de frenos y contrapesos entre las instituciones³.

En este sentido, los citados autores invitan a distinguir entre neoconstitucionalismo teórico, metodológico e ideológico, siendo especialmente relevantes para el tema que nos ocupa sobre todo el teórico y en segundo término el de carácter ideológico. El neoconstitucionalismo teórico resulta ser una nueva teoría del derecho a partir de varios presupuestos (positivización de derechos fundamentales, auge de la constitución de principios y reglas, distinción entre interpretación constitucional e interpretación legal, entre otros). Este esquema surge como alternativa al iuspositivismo teórico tradicional caracterizado por la centralidad del Estado, la ley positiva y el paradigma formal en la interpretación normativa⁴.

² En un apretado esfuerzo conceptual deben tomarse en cuenta como aportaciones, las tesis de Comanducci en el sentido de que el neo constitucionalismo designa un "modelo constitucional, o sea, un conjunto de mecanismos normativos e instituciones, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales". Al respecto, vid., COMANDUCCI, P. "Formas de (Neo) Constitucionalismo", *Isonomía*, num. 16, 2002, p. 89.

³ Al respecto, léanse las reflexiones de Comanducci sobre el Colegio de Éforos en la Constitución italiana de 1848, quienes no ejercían poder ejecutivo, legislativo o judicial y que resultaba incompatible con cualquier otro cargo público, destacándose además su membresía por un año, sin reelección inmediata, y dotado de la función de control de constitucionalidad de todos los actos de los poderes públicos.

Vid., *Ibidem*, p. 95.

⁴ El iuspositivismo teórico tradicional y el paradigma formal de la interpretación normativa se derivan del formalismo jurídico tanto en sus vertientes de la Escuela Exegética francesa de Portalis y Demolombe, la Jurisprudencia de Conceptos alemana o el Normativismo de Kelsen y la Escuela de Viena. Algunas de las tesis relevantes para el tema objeto de estudio las encontramos bajo análisis en BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991; DEL VECCHIO, G. *Los Principios Generales del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1971; FERRAJOLI, L. "La Teoría del Derecho en el Sistema

Por otra parte, el neoconstitucionalismo ideológico constituye un esquema de reflexión axiológica impulsado fundamentalmente por Alexy, Zagrebelsky y Dworkin, el cual fundamenta la expansión del propósito del texto constitucional más allá de la mera limitación del poder del Estado para darle mayor sentido y significado a su misión respecto de la eficacia y garantía de los derechos fundamentales. En este sentido, le conceden preeminencia a los conocidos como "mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales" y sostienen que la plena eficacia de dichos derechos en el ámbito constitucional exige una necesaria conexión entre derecho y moral, revitalizando de este modo el iusnaturalismo como vertiente superada de la filosofía del derecho⁵.

Sin duda, la citada vertiente ideológica también forma parte, junto a la teórica, del discurso neoconstitucionalista en América Latina. En cualquier caso, el contenido de esta variante conocida como ideológica ha sido objeto de críticas, en particular por Comanducci quien sostiene que una de las consecuencias peligrosas de dicha variante resulta del principio de ponderación⁶.

Definitivamente, se trata de un conjunto de ideas, teorías y postulados en torno a la función, contenido, alcance y sentido de la Constitución que intenta superar los avances que ya había logrado el Estado Social de derecho y su constitucionalismo social. En este sentido, con mayor o menor acierto, el neoconstitucionalismo ha sido comparado con el Estado constitucional y el movimiento por la constitucionalización del derecho. En cualquier caso, éste último forma parte del cuerpo doctrinal del paradigma neoconstitucional.

Dada la importancia del movimiento por la constitucionalización del derecho, resulta pertinente una breve alusión al mismo. Entre los autores dedicados al tema, Guastini ha sido de los más dedicados a darle contenido a esta categoría, entendiéndola como el resultado de un efecto de irradiación del texto constitucional al resto del ordenamiento

de Saberes Jurídicos". FERRAJOLI, L., MORESO, J.J., ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008 y PRIETO SANCHÍS, L. *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, D.F., 1997.

⁵ Para lograr sostener en términos teóricos e ideológicos la relevancia de las concepciones morales en torno a los derechos fundamentales, se fundamentan en la tesis de la "única respuesta correcta" de Dworkin para concluir que no existe múltiples interpretaciones judiciales posibles en torno al contenido, alcance y sentido de un derecho fundamental determinado, sino solamente una interpretación única y correcta cuales consistente con el contenido esencial de ese derecho, sin requerir su manifestación en derecho positivo. Como consecuencia, alegan que los derechos fundamentales están compuestos por reglas derivadas de una "moral objetiva" y por ello, pueden llegar a ser "totalmente determinados".

Sobre el tema, véanse los siguientes trabajos: ALEXY, R. *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003; ATIENZA, M. *Las Piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2004; ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil*, Trotta, Madrid, 1997 y DWORKIN, R. *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

⁶ Al respecto: "Me limitaré aquí, sin embargo, a argumentar solamente contra la que me parece una consecuencia peligrosa de tal ideología: la disminución del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de "ponderación" de los principios constitucionales y de la interpretación "moral" de la Constitución".

Vid., COMANDUCCI, op. Cit., p. 105.

De igual forma, el autor italiano ha sostenido un planteamiento crítico frente a la cuestión de la moral: "La tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral".

Vid., COMANDUCCI, op. Cit., p. 108.

jurídico⁷. Varios aspectos deben destacarse en el movimiento por la constitucionalización del derecho y consecuentemente forman parte del paradigma neoconstitucional.

En primer lugar, sostiene una necesaria extensión en la función del texto constitucional de modo que exceda el simple propósito de limitación del poder público para incluir la orientación de la actuación del poder público hacia la realización de los "valores constitucionales", incluyendo en ello el suministro de principios, reglas y directivas al legislador⁸. Vistas las cosas de modo ecuánime, dicho paradigma invita entonces a recurrir al texto constitucional como fuente formal directa de derecho, sobre todo en materia de derechos fundamentales. En este sentido, la constitucionalización del derecho busca que el Estado constituya instrumento al servicio de los derechos fundamentales y de los valores constitucionales.

A tono con lo anterior, Carbonell y Sánchez Gil consideran que el esfuerzo conceptual en torno al neoconstitucionalismo ha de estar encaminado a la distinción entre ordenamiento jurídico constitucionalizado y no constitucionalizado. El último es aquel que si bien pueda tener carácter normativo y admitir la aplicación del texto constitucional como norma, desde el punto de vista del contenido constituye únicamente un documento cuya eficacia solo opera en el ámbito de los excesos de la actividad del Estado pues constituye un "catálogo de restricciones de la actuación estatal"⁹.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico constitucionalizado es aquel en el que el texto no solo limita la actuación del poder estatal sino, y sobre todo, establece obligaciones positivas y de carácter prestacional a cargo del Estado y de los particulares, en favor de los titulares de derechos fundamentales. Para el desarrollo doctrinal de esta tesis, los autores han esgrimido y desarrollado, en el ámbito de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que se conoce como "contenido mínimo" de los derechos fundamentales¹⁰.

⁷ Sostiene Guastini: "[...] propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente) (sic), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales".

Vid., GUASTINI, R. *La "Constitucionalización" del Ordenamiento Jurídico: el Caso Italiano*, Trotta, Madrid, 2005, p. 49.

En igual sentido ha sostenido Comanducci: "Se trata de un proceso al término del cual el derecho es impregnado, saturado o embebido por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto graduado: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado"

Vid., COMANDUCCI, P. "Formas de (Neo) Constitucionalismo", *Isonomía*, num. 16, 2002, p. 95.

⁸ "La realización de los valores constitucionales incumbe en primer lugar al legislador, quien impulsa y determina este proceso; su situación resulta de suma importancia en los sistemas jurídicos romanistas como los de Europa continental y Latinoamérica, en que la ley ordinaria mantiene un papel estelar en el ordenamiento. A él toca adoptar decisiones políticas que tiendan a implementar efectivamente el proyecto constitucional en la vida social, atendiendo a las peculiaridades históricas y las situaciones particulares de cada ámbito jurídico".

Vid., COMANDUCCI, P. *Formas de (Neo) Constitucionalismo*, op. cit., p. 39.

⁹ Vid., CARBONELL, M.; SÁNCHEZ GIL, R. "¿Qué es la Constitucionalización del Derecho?", *Quid Iuris*, num. 15, 2011, pp. 33-55.

¹⁰ Vid., CARBONELL, M.; SÁNCHEZ GIL, R., op. cit., 2011.

III. CARACTERES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo constituye un conjunto agregado de ideas, teorías y doctrinas que se distinguen de los paradigmas anteriores por varios aspectos. El mayor esfuerzo de sistematización teórica de dichos aspectos distintivos se le ha de reconocer a Guastini y sus "condiciones de constitucionalización" cuales son: el carácter rígido de la Constitución contentiva de derechos fundamentales, la garantía jurisdiccional de la Constitución, el carácter preceptivo y de norma de aplicación directa, la "sobreinterpretación" de la Constitución y la interpretación conforme de la ley¹¹.

Justo es decir, en este contexto, que la constitucionalización del derecho excede el mero postulado kelseniano de la supremacía constitucional para incluir, además, las condiciones de constitucionalización de Guastini¹². En cualquier caso, dichas condiciones de constitucionalización por sí solas no agotan los caracteres del neoconstitucionalismo; de igual forma, algunas de ellas ya formaban parte de paradigmas anteriores. A nuestra consideración, los aspectos que definen el nuevo paradigma son: la re-conexión entre la norma y la moral, la fuerza vinculante de la Constitución y en relación con ello el carácter del texto constitucional como norma de aplicación directa, la "sobreinterpretación" de la Constitución y por último, la interpretación conforme de la ley.

IV. RE-CONEXIÓN ENTRE LA NORMA Y LA MORAL.

América Latina ha sido testigo de un fenómeno de expansión y centralidad de los derechos fundamentales, tanto a nivel teórico, normativo como sociológico –en los términos de Carbonell– que se ha desarrollado en un período muy breve en comparación con el criterio temporal europeo. En el ámbito tanto normativo como teórico, debe destacarse la preocupación latina por reforzar la distinción entre derechos humanos y derechos subjetivos¹³. A partir de lo anterior, se desarrolla la tesis de la reconexión entre norma y moral.

Una de las más importantes victorias del iuspositivismo frente al iusnaturalismo ha sido precisamente el destierro de la moral como fuente del derecho a la mera condición de fuente inspiradora, material e indirecta. En consecuencia, las concepciones morales no pueden formar parte esencial –aunque sí complementaria– del aparato argumentativo del juez al resolver el caso concreto, salvo que una disposición normativa incluya de modo expreso conceptos jurídicos indeterminados o esencialmente controvertidos, así como criterios o categorías expresadas gramaticalmente con textura abierta.

¹¹ Vid., GUASTINI, R. *La "Constitucionalización" del Ordenamiento Jurídico: el Caso Italiano*, op. cit.

¹² Vid., CARBONELL, M.; SÁNCHEZ GIL, R. op. cit.

¹³ Dicha distinción es el eco o reflejo de la distinción europea entre derechos fundamentales y no fundamentales, cuyo referente teórico más importante lo constituye el criterio de Ferrajoli, en razón del cual el derecho fundamental es aquel cuyo titular se define por su pertenencia a una clase determinada de personas: minoría étnica, personas de la tercera edad, mujeres, o incluso todo el género humano. A diferencia de ellos, los derechos no fundamentales son aquellos que corresponden a una persona en particular con exclusión de las demás, como es el caso de los derechos subjetivos asociados en la esfera privada: derecho de propiedad sobre un bien, derechos de crédito, etc. En igual sentido, Carbonell compara el criterio de distinción de Ferrajoli al criterio de distinción de Alexy que distingue entre derechos humanos y derechos subjetivos, y en el primer caso clasifica los derechos humanos absolutos y relativos en relación a su oponibilidad universal o únicamente hacia un grupo de personas o al Estado.

Al respecto, vid., CARBONELL, M. "Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales en América Latina: Apuntes para una Discusión", *Pensamiento Constitucional*, num. 14, 2010, p. 5.

El neoconstitucionalismo, por medio de la centralidad de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional, sostiene que los mismos tienen un contenido esencial no disponible por el legislador y cuya determinación es competencia de los tribunales ante un caso concreto. Comanducci sostiene que esta tesis plantea al menos tres problemas metodológicos en razón del tipo de norma moral seleccionada por el juez para dar fundamento a su decisión judicial.

Entre tales problemas debe mencionarse la selección de una norma moral objetiva verdadera, lo cual crea el problema en torno a la selección de una norma que el juez cree que es moral pero puede no serlo. Por otra parte, la selección de una norma moral objetiva racional, lo cual plantea el problema de la existencia de "varias y divergentes teorías morales, entre las cuales el juez debería elegir". Por último, la selección de una norma moral subjetiva lo cual equivale a revivir la Escuela Libre del Derecho o instaurar un fuero del albedrío¹⁴.

De este modo, el citado autor reconoce la inexistencia de una sociedad moralmente homogénea o más aún, de normas morales compartidas. No obstante, el paradigma neoconstitucional defiende que la determinación del contenido de un derecho fundamental no corresponde al legislador, sino que el propio contenido de dicho derecho determina límites a la actuación legislativa. En cualquier caso, la pretensión por parte del neoconstitucionalismo no parece radicar en la inclusión de la moral como catálogo en las fuentes formales del derecho sino más bien impedir o crear mecanismos institucionales que impidan la plena eficacia y garantía de los derechos fundamentales en su núcleo esencial¹⁵.

V. EL TEXTO CONSTITUCIONAL COMO NORMA DE APLICACIÓN DIRECTA.

El carácter de norma de aplicación directa del texto constitucional ha de entenderse en conjunción con su carácter vinculante y ambas constituyen condiciones de constitucionalización formuladas por Guastini. A pesar del hecho que puedan resultar

¹⁴ Al respecto y en sentido crítico, el propio Comanducci sostiene que: "[...] equivaldría a proponer dejar completamente en manos de los jueces el modo de fundar y justificar sus decisiones. El derecho legislativo (y constitucional) se convertiría, para el punto de vista del juez, en superfluo: el paso justificativo que consiste en fundar la decisión en la ley o es inútil (porque la ley es conforme a la norma moral) o bien está prohibido (porque la ley es contraria a la norma moral). La certeza del derecho quedaría confiada solamente a la conciencia moral de cada juez: dado que debería fundar sus decisiones sobre normas morales universales, debería entonces utilizar coherentemente estas normas para fundar sus propias decisiones futuras. Pero la coherencia en el tiempo de las decisiones de cada juez [...] no parece suficiente para garantizar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas [...] Dado que, *ceteris paribus*, la justificación de una decisión judicial basada sobre una norma moral elegida por el juez comporta un grado mayor de indeterminación del derecho respecto a otros tipos de justificación, no veo entonces razones para atribuir una preferencia generalizada a la justificación "moral" respecto a los otros tipos posibles [...] **Los jueces, de hecho, generalmente no poseen los instrumentos necesarios para precisar cuáles son las normas de la moral de un país**" (el subrayado es nuestro).

Vid., COMANDUCCI, P. "Formas de (Neo) Constitucionalismo", op. cit., p. 110, 111.

¹⁵ "Aún cuando el propio texto constitucional permita amplísimamente que el legislador ordinario –u otra autoridad– restrinja o "regule" un derecho fundamental u otro ámbito constitucional, esta libertad de configuración no llega al extremo de que las disposiciones relativas impidan de manera desproporcionada, haciéndolo nugatorio, el aprovechamiento del valor constitucional sustantivo de que se trate, es decir, su contenido esencial".

Vid., Ibid.

evidentes, lo cierto es que bajo el paradigma del Estado legislativo de derecho, el texto constitucional no era considerado como un texto normativo susceptible de aplicación a un caso concreto, sino un documento programático, contentivo de expresiones desiderativas de los redactores, vinculadas al papel del Estado y las libertades públicas del individuo. En este sentido, la Constitución tenía la función de limitar el poder del Estado por medio de instrucciones dirigidas al legislador para manifestar por medio de la ley, lo que se ha dado en llamar la "filosofía constitucional" o "valores constitucionales"¹⁶.

En el caso del Estado legislativo de derecho, las normas que confieren derechos de libertad son frecuentemente formuladas como normas de principio dado que junto a su enunciación formal contentiva de un derecho subjetivo, se incluye igualmente una remisión a la ley. Estas disposiciones constitucionales, no son susceptibles de aplicación directa por parte de los jueces hasta tanto no resulte promulgado un acto legislativo que consagre y desarrolle dicho derecho subjetivo.

El valor programático del texto constitucional se refuerza aún más bajo el paradigma del Estado social de derecho, dadas las características de exigibilidad y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, en los cuales se requiere mucho más que un pronunciamiento judicial conminando la mera abstención estatal. Lo anterior confirma el presupuesto sobre el cual operó el derecho constitucional hasta el surgimiento del paradigma neoconstitucional: las constituciones constituyen un programa de Estado que fija los criterios y prioridades de regulación cuya competencia exclusiva radica en el legislador como cuerpo deliberante en el que se desarrolla la dimensión política de dicho programa. En razón de ello, al juez le resulta técnicamente imposible la determinación del contenido, alcance y sentido de un derecho fundamental únicamente a partir del texto constitucional programático, pues no resulta ser el destinatario de dicha disposición. Solo puede hacerlo a partir de la interpretación del legislador como encarnación de la relación de representación política originada en el acto electoral y con un mandato expreso de dotar a la sociedad de legislación.

VI. APLICACIÓN PREEMINENTE DE LA CONSTITUCIÓN AL DERECHO CIVIL.

Uno de los aspectos más controversiales planteados por el paradigma neoconstitucional lo constituye la cuestión de su aplicación preeminente a las relaciones de derecho privado. Sea dicho que no suscribimos del todo dicha tesis y ello amerita un ámbito de reflexión mayor que excede los objetivos, alcance y espacio en este artículo¹⁷.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que se trata de un elemento adicional que Comanducci la analiza junto a la condición de aplicación directa pero que a nuestra consideración ha de evaluarse de modo independiente. Según esta condición, el

¹⁶ Sobre el tema, vid., CARBONELL, M.; SÁNCHEZ GIL, R. "¿Qué es la Constitucionalización del Derecho?", op. cit., pp. 33-55.

¹⁷ Para mayor extensión sobre el tema, consúltense los siguientes aportes: STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, pp. 1513; LEISNER, W. *Grundrechte und Privatrecht*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1960, pp. 306 y ss.; NIPPERDEY, H.C. "Grundrechte und Privatrecht", NIPPERDEY, H.C. *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1962, pp. 23 y sgte. Todos ellos han sido de algún modo analizados en la teoría constitucional de habla hispana: BILBAO UBILLOS, J.M. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

neoconstitucionalismo considera susceptible de superación la tesis por la cual el texto constitucional tiene por objeto de regulación la vida política del país, con lo cual está limitado a la regulación de las relaciones entre el ciudadano y el Estado, excluyendo las relaciones entre los propios ciudadanos entre sí. La condición de aplicación de la Constitución al derecho civil establece que el texto constitucional tiene preeminencia también sobre las relaciones entre sujetos de derecho privado.

Este postulado se enfrenta de modo directo a la tesis de la plenitud técnica de la codificación y el carácter innecesario de un referente normativo ajeno al derecho civil para completar sus normas. Como consecuencia de ello, el Código Civil deja de ser la norma referencial en los Estados de derecho romano-francés, en los cuales puede cambiar y de hecho cambia la Constitución cada tanto, pero el Código Civil se mantiene vigente e inmutable más allá de los traumas políticos. Dicha tesis no persigue atacar la santidad del Código Civil *per se*, sino que es una de las consecuencias técnicas que se derivan del carácter de norma de aplicación directa que se le atribuye al texto constitucional, cuya eficacia alcanza y sobrepasa la de las normas civiles que rigen para las relaciones de derecho privado¹⁸.

VII. SOBRE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN E INTERPRETACIÓN CONFORME DE LA LEY

Esta es de las más importantes tesis que enarbola el paradigma neoconstitucional y alude básicamente a las actitudes del intérprete del texto magno. Se trata de un criterio de interpretación del texto en razón del cual se le otorga un sentido más allá del previsto por el autor, estableciendo un criterio extensivo al significado literal del precepto para obtener normas implícitas eficaces con el propósito de colmar lagunas normativas.

Uno de los presupuestos de la sobreinterpretación radica en la distinción entre la interpretación legislativa y la constitucional. En el primer caso, el método de interpretación es literal y por argumento *a contrario*, en razón del cual existe un ámbito de la vida política cubierto expresamente por la norma constitucional y otro ámbito no cubierto. Éste último ámbito no amparado expresamente por la norma fundamental, ha de ser cubierto normativamente y de modo exclusivo por el ejercicio de la discrecionalidad política que se deriva de la actividad legislativa, la cual suple la ausencia de norma constitucional, a partir de la presunción por la cual el silencio constitucional debe entenderse como delegación implícita de potestad discrecional al legislativo para legislar sobre la materia.

En el caso de la sobreinterpretación constitucional, se utiliza el método extensivo en razón del cual, ningún caso o ámbito de la vida política del país queda fuera de la Constitución pues se somete a la solución que el juez constitucional aporte conforme al carácter extensivo de su interpretación de la norma. De esta manera, desaparecen las lagunas normativas al ser cubiertas por la interpretación extensiva y no queda ámbito para el ejercicio de la discrecionalidad política del legislador al no operar la presunción de silencio constitucional como delegación implícita de potestad discrecional para legislar. Como

¹⁸ Al respecto téngase en consideración la siguiente reflexión: "La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta en base a la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta". Vid., CARBONELL, M.; SÁNCHEZ GIL, R. op. cit., p. 55.

consecuencia jurídica negativa, desaparece la discrecionalidad política del legislador, a favor del juez constitucional en virtud de su facultad de interpretación extensiva del texto¹⁹.

La sobre interpretación constitucional persigue el propósito de establecer una garantía jurisdiccional cualificada a los derechos fundamentales por medio de la revisión de los actos legislativos, ejecutivos o de la administración pública en directa, implícita o presunta vulneración o satisfacción insuficiente de dichos derechos. En este sentido, se dota al ciudadano de medios jurisdiccionales para cuestionar actos de los poderes públicos que considere contradicen el sentido y significado de los derechos consagrados en la Constitución. De esta manera, la sobre interpretación tiene por consecuencia la "hiper regulación" constitucional: todo aspecto de la vida económica, política, social y humana está regulada por la Constitución, desde el momento en que está subsumida en cualquier posible o probable norma implícita que resulte de la interpretación inductivo-deductiva por el juez de las disposiciones constitucionales.

Los propios precursores del paradigma neoconstitucional, particularmente Comanducci, han sostenido por medio de varios ejemplos que la condición de sobreinterpretación de la Constitución, implica una modificación cualitativa de la naturaleza de la norma constitucional, la cual deja de ser estrictamente preceptual para ser un conjunto de principios del derecho con eficacia normativa. El tratamiento de la norma constitucional como disposiciones o preceptos obliga al intérprete al uso de los métodos y criterios de interpretación legislativos. En cambio, la consideración de dicha norma como principios del derecho, supone su interpretación en términos que excluye la posibilidad de lagunas constitucionales y con ello, de discrecionalidad política en el legislador.

Al respecto resulta particularmente elocuente Carbonell:

"Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos de -esto es, libres del- derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea solo una *political question*, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes" (Carbonell, M., Sánchez Gil, R.: 54, 55).

Comanducci por su parte lista varios ejemplos de sobre interpretación por la jurisdicción constitucional italiana a finales del siglo XX. Entre ellos deben destacarse:

- El artículo 2, que reconoce y garantiza derechos inviolables del hombre, ha sido interpretada en el sentido de que los derechos garantizados constitucionalmente son los dispuestos por la Constitución y "otros derechos subjetivos no precisados, que pueden ser generados por la evolución social y reconocidos por la jurisprudencia".
- En el propio artículo 2, el adjetivo "inviolable" implica que las normas contentivas de derechos fundamentales no pueden ser sometidas a revisión constitucional, pues son

¹⁹ Carbonell y Sánchez Gil sostienen que el fundamento de este postulado es en última instancia de carácter axiológico: "La sobreinterpretación constitucional deriva de la teoría axiológica de la Constitución. Al imponer la Ley Fundamental el cumplimiento de determinados fines y no solamente a establecer cotos a la acción estatal, convierte dichos objetivos en valores que califican la licitud de los elementos del ordenamiento".

Vid., CARBONELL, M., SÁNCHEZ GIL, R., op. cit., p. 36.

“principios esenciales del ordenamiento constitucional” no modificables a pesar de que el texto no disponga una prohibición expresa al respecto.

- En el artículo 5, el principio de unidad e indivisibilidad de la República ha sido interpretado en el sentido de que las regiones carecen de competencia legislativa en materia penal o civil.
- En el artículo 11, la admisión de “limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones”, ha sido interpretado como fundamento constitucional de los tratados constitutivos de la UE.

Este criterio de interpretación también persigue ejercer un control sobre la consistencia de las normas ordinarias no solo con el sentido literal del texto constitucional, sino y sobre todo con lo que se conoce como “axiología fundamental”²⁰. No obstante a ello, se plantean varios cuestionamientos incluso por los propios autores neoconstitucionales. Uno de tales cuestionamientos es el de la “asfixia política”, en el sentido de que la hiper regulación constitucional sustrae el debate político en la sociedad a un debate estrictamente jurídico pues elimina el margen de desenvolvimiento político de las ideologías representadas en las diferentes opciones políticas²¹.

En cuanto a la interpretación conforme de la ley, se trata de una condición por la cual de las posibles opciones interpretativas a la norma legislativa, el juez elevará a rango de decisión interpretativa en el caso concreto, aquella que de mejor manera armonice con el sentido y alcance del texto constitucional y conserve la eficacia de la ley. Esta condición establece que la jurisdicción constitucional genere una “única respuesta correcta” a partir de una disposición legislativa.

VIII. INFLUENCIA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN.

Los órganos de control de constitucionalidad, encargados de la interpretación del texto, pueden adoptar dos actitudes frente a las cuestiones políticas: la auto-restricción – *self-restraint*-, por medio del respeto a la discrecionalidad política del legislador; o, activista, pronunciándose sobre el carácter constitucional o no de los actos del Ejecutivo y Legislativo aun cuando no resulten claramente opuestos al texto constitucional, es decir, aun cuando se traten de actos que resultan del ejercicio de sus atribuciones

²⁰ Sobre el tema:

“Esto en un sentido revela que debe buscarse la relación que guarden las normas ordinarias con las fundamentales y determinarse como la establecen, dándose nuevas perspectivas al significado del texto constitucional, debido a que los elementos del ordenamiento jurídico no pueden ser indiferentes a la satisfacción de la axiología de la Ley Fundamental, que así tiene un efecto de irradiación a todos los ámbitos del derecho; y en sentido contrario, a que la operación jurídica ordinaria deba indagar y considerar las “líneas directrices” de la Constitución”.

Vid., CARBONELL, M., SÁNCHEZ GIL, R., op. cit., p. 36.

²¹ Hacemos patente nuestra discrepancia respecto de Carbonell, quien sostiene: “Lo anterior no significa ni implica que la Constitución asfixie el proceso político por saturación jurídica. Nada de eso. El marco de actuación de las autoridades sigue siendo muy amplio, pues las constituciones con frecuencia nos ofrecen solamente las grandes líneas de actuación, ciertamente vinculantes, pero no detalladas. Dentro de ellas hay márgenes prudentes para la puesta en marcha de programas políticos que pueden estar orientados por distintas ideologías. La Constitución, por citar un caso, no predetermina el modelo económico en todos sus detalles. El marco de actuación en ese campo es suficientemente amplio para que puedan sentirse cómodos gobiernos de izquierda, de centro y de derecha, y para que puedan materializar opciones programáticas por las que votaron los ciudadanos, en uno u otro sentido”.

Vid., CARBONELL, M., SÁNCHEZ GIL, R., op. cit. p. 37.

constitucionales. Los instrumentos argumentativos de la jurisdicción constitucional para su activismo judicial son: el principio de igualdad, el principio de razonabilidad en las distinciones y clasificaciones legislativas y el principio de ponderación de principios constitucionales²². Añadiríamos el principio de proporcionalidad, que permite declarar inconstitucional una ley bajo el argumento de que ha establecido medidas o soluciones que vulneran la proporcionalidad de medio a fin para el logro de una finalidad legítima, aun cuando la medida o solución dispuesta cae dentro del ámbito discrecional del órgano en cuestión conforme las competencias establecidas en la Constitución.

En este sentido, Carbonell establece la necesidad e importancia del abandono de la auto-restricción por parte de los jueces ante cuestiones políticas *-political questions-*, dado que "todos los espacios del quehacer público del Estado sean conducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional"²³.

IX. CONCLUSIONES

El paradigma neoconstitucional constituye, aún hoy, un importante ámbito de encuentros y desencuentros desde el punto de vista teórico y académico en América Latina. Los propios autores consagrados a su defensa detectan importantes puntos débiles, mientras que otros con visión crítica, no pueden negar el efecto refrescante que ha tenido la teoría neoconstitucional sobre los ambientes de reflexión y debate académico. En cualquier caso, la definición y características del postulado neoconstitucional siguen estando en el campo de lo controversial.

En razón de ello, se impone aún la reflexión en torno a los límites conceptuales, naturaleza, esencia y caracteres que definen este esquema paradigmático del derecho constitucional. En este sentido, debe observarse que la definición tiene una importante dificultad que radica en las semejanzas que guardan dichos postulados con otros paradigmas constitucionales como el del Estado social de Derecho. Por otra parte, queda aún pendiente el debate en torno a la identidad o diferencias entre el Estado constitucional, el ordenamiento jurídico constitucionalizado y el neoconstitucionalismo; cuestión aún no zanjada de modo suficiente como para generar consensos establecidos en la comunidad académica.

El neoconstitucionalismo supone una serie de modificaciones a la teoría y praxis constitucional dominantes. Tales modificaciones tienen que ver con el papel central que juegan los derechos fundamentales en el Estado, la proclamación de la existencia de un contenido esencial de los derechos fundamentales no disponible por el legislador, la jurisdicción constitucional legitimada para la sobreinterpretación del texto y para establecer una interpretación conforme de la ley vigente, por encima incluso de la intención del legislador. Estos y muchos otros aspectos constituyen los elementos relevantes del neoconstitucionalismo.

En función de aclarar los aspectos antes señalados, en el presente artículo se ha pretendido un acercamiento conceptual, sobre la naturaleza y caracteres de este esquema de pensamiento constitucional. De igual manera, se dejan establecidas algunas bases teóricas para una posterior reflexión, ya de carácter crítico.

²² Una interesante exposición sobre las ventajas y riesgos del principio de ponderación en el contexto neoconstitucional lo encontramos en ESTRADA-VELEZ, S. "La Ponderación o la Débil Frontera entre la Arbitrariedad y el Uso Legítimo de la Discrecionalidad", *Vniversitas*, num. 121, 2010, pp. 77-111.

²³ Vid., CARBONELL, M., SÁNCHEZ GIL, R., op. cit. p. 38.

X. BIBLIOGRAFÍA

- "Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado", *Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- ALEXY, R. *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- ATIENZA, M. *Las Piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2004.
- BILBAO UBILLOS, J.M. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991.
- CARBONELL, M. "Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales en América Latina: Apuntes para una Discusión", *Pensamiento Constitucional*, num. 14, 2010.
- CARBONELL, M.; SÁNCHEZ GIL, R. "¿Qué es la Constitucionalización del Derecho?", *Quid Iuris*, num. 15, 2011.
- COMANDUCCI, P, "'Constitucionalismo": Problemas de Definición y Tipología", *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011.
- COMANDUCCI, P. "Formas de (Neo) Constitucionalismo", *Isonomía*, num. 16, 2002.
- COMANDUCCI, P. *Hacia una Teoría Analítica del Derecho. Ensayos Escogidos* (edición de R. Escudero Alday), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.
- DEL VECCHIO, G. *Los Principios Generales del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1971.
- DWORKIN, R. *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- ESTRADA-VÉLEZ, S. "La Ponderación o la Débil Frontera entre la Arbitrariedad y el Uso Legítimo de la Discrecionalidad", *Vniversitas*, num. 121, 2010.
- FERRAJOLI, L. "La Teoría del Derecho en el Sistema de Saberes Jurídicos". FERRAJOLI, L., MORESO, J.J., ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.
- GUASTINI, R. *La "Constitucionalización" del Ordenamiento Jurídico: el Caso Italiano*, Trotta, Madrid, 2005.
- LEISNER, W. *Grundrechte und Privatrecht*. C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München, 1960.
- NIPPERDEY, H.C. "Grundrechte und Privatrecht", NIPPERDEY, H.C. *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1962.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, D.F., 1997
- STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988.
- ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil*, Trotta, Madrid, 1997.