

CAPÍTULO 53

SOBRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Pedro SALAZAR UGARTE*

I.

Es difícil ofrecer al lector un ensayo original sobre un concepto tan estudiado como lo es el concepto de “Constitución”. Por lo mismo, lo que ofreceré en las páginas que siguen son solamente algunas claves para entender el significado que tiene esta noción en el siglo XXI. Para ello reconstruiré algunos modelos, debates y tendencias relacionadas con la idea de Constitución desde una perspectiva jurídica y política. Lo que propongo, entonces, es ofrecer algunas nociones del concepto “Constitución” vigentes en la actualidad y un elenco de tópicos y problemas contemporáneos relacionados con el mismo. Mi propósito es ofrecer a los lectores un mapa, delineado desde la teoría política y la teoría del derecho, para orientarse en los debates sobre la Constitución y comprender el núcleo de significado del concepto, su sentido moderno y algunos desarrollos contemporáneos.

II.

Entendida en su sentido más general, la Constitución es un marco normativo orientado a la organización de los poderes de un estado. De hecho, en su acepción primigenia, según recuerda Michelangelo Bovero, en una analogía con la ciencia médica, el término alude a la estructura del organismo político estatal.¹ Así que la Constitución es el ordenamiento de las magistraturas y de los poderes de un estado cualquiera. Desde esta pers-

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Bovero, Michelangelo, Prefacio al libro de Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, México, 2006, pp. 16-24.

pectiva –axiológicamente neutral– todos los estados tienen una Constitución. A esto es a lo que se refiere Elías Díaz cuando sostiene que, en sentido estricto, todos los estados son estados jurídicos.² La organización del poder político requiere de una estructuración que suele adquirir expresión jurídica mediante un conjunto de normas –que pueden estar o no escritas– y que comúnmente llamamos Constitución.

No todos los estados tienen una Constitución escrita ni en todos se organizan los poderes de la misma manera. La organización de los poderes puede expresarse en múltiples disposiciones –que no necesariamente tienen un origen legislativo sino que pueden tener un origen jurisprudencial e incluso provenir de la costumbre o la tradición y que, en su conjunto, dan forma a la Constitución del estado–. Un ejemplo clásico de Constitución no escrita es la que históricamente ha existido y ordenado el funcionamiento del estado en Inglaterra. Por lo que hace a la forma en la que se organizan los poderes, como la historia enseña, es posible encontrar muy diversas modalidades: monarquías absolutas, monarquías parlamentarias, sultanatos, estados totalitarios, democracias presidenciales, democracias parlamentarias, etcétera. En cada caso la organización de las magistraturas se articula de manera significativamente distinta. Esto significa que el poder político se *constituye* de diferente manera.

Nótese que, en el ámbito de la Constitución, la relación entre el poder y el derecho es muy estrecha. Se trata de las dos caras de una misma moneda, como sentencia la afortunada metáfora de Norberto Bobbio. Es la organización de los poderes la que da forma a la Constitución y ésta última, entonces, no es otra cosa que la expresión normativa de dicha articulación. De hecho, en la modernidad, si seguimos las premisas de la teoría contractualista –producto del pensamiento IUSNATURALISTA moderno– la Constitución normativa viene a ser la expresión del pacto político en el que el estado sustenta su legitimidad. El *pactum subjectionis* ideado por Hobbes y que puede ser precedido por un *pactum societatis*, como proponía Locke, o constituir una suerte de contrato social a favor de la voluntad general, como teorizó Rousseau, desde el punto de vista de la teoría constitucional, adquiere expresión en lo que llamamos “la Constitución del estado”. En esa medida es en la Constitución en donde se expresa y reside el acuerdo político fundante o fundacional que legitima a la entidad estatal. En este modelo teóri-

² Aunque, una vez abandonada la neutralidad axiológica, él mismo sostiene que “no todos los estados jurídicos son estados de derecho”. Cfr. Díaz, Elías, *Estado de derecho y democracia*, Taurus, Madrid, 1998.

co, el estado mismo es una entidad artificial que emerge de una decisión política —precisamente el contrato o pacto social— pero existen distintas maneras de organizar a los poderes una vez que han sido constituidos. Por ejemplo, sabemos que Hobbes promovía un estado absoluto, Locke un estado liberal y Rousseau un estado democrático.

Desde otros paradigmas teóricos también orientados a explicar la existencia de los estados las cosas son distintas.³ Los modelos organicistas, por ejemplo, niegan la celebración —teórica o fáctica— de un contrato mediante el cual se crea el artificio estatal y, por lo mismo, ubican a la Constitución en otra dimensión. Desde esta perspectiva, la organización de las magistraturas emerge como el resultado de la organización de otras entidades comunitarias previas que componen o constituyen a la sociedad. Estas tradiciones reproducen el modelo teórico aristotélico según el cual el estado es la evolución de otras formas de organización social que tienen su origen en la naturaleza humana: desde la familia, la aldea y así sucesivamente se llega hasta esa entidad más compleja y articulada que llamamos estado. La Constitución del estado, entonces, no reside en una decisión política sino que es el resultado natural de la evolución social. Ciertamente es posible la existencia de un documento normativo en el que se plasme la forma en la que se organizan y articulan los poderes públicos —un documento constitucional—, pero éste no es la expresión de un momento político fundacional.

Una buena clave de lectura para entrever las diferencias entre estas aproximaciones puede ser la conocida distinción de Constantino Mortati, entre una Constitución formal o normativa y otra Constitución material que se define y expresa en clave sociológica.⁴ La Constitución normativa es el documento constitucional, producto de un pacto o acuerdo político, en el que están plasmadas las normas que rigen la convivencia en una colectividad compleja que llamamos estado. La Constitución material, en cambio, se compone por los actores y los comportamientos reales de los mismos que organizan y definen *efectivamente* a un estado. La Constitución material, entonces, se define e identifica en clave sociopolítica y, en una cierta medida, anticipa, precede y condiciona a la Constitución formal.

³ Cfr., Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

⁴ Cfr. Mortati, Constantino, *La constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

III.

En la modernidad el concepto de Constitución adquirió un significado preciso referido a un contenido determinado. Ello al menos en el contexto occidental. La definición de ese concepto de Constitución quedó plasmada en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”. La relevancia de esta definición requiere que nos detengamos en la misma.

Se trata de una concepción de Constitución que corresponde a una teoría política específica: el liberalismo. La idea de los derechos (humanos o individuales) como elemento fundamental del documento constitucional pueden rastrearse, al menos, desde las tesis de John Locke que, para muchos, es el padre del liberalismo moderno. Y la tesis de que los derechos naturales son anteriores al estado pero se conservan –ahora con forma jurídica– cuando éste surge y constituyen límites a los poderes del mismo es una idea que caracteriza al liberalismo político. De hecho, es lícito afirmar que esta teoría política es la precursora de la teoría jurídica conocida como constitucionalismo que estudia, precisamente, a las constituciones modernas en las que los derechos de las personas se encuentran recogidos. Cuántos y cuáles son esos derechos es un tema que está abierto a discusión y que ha encontrado respuestas distintas en los diferentes documentos constitucionales. Algunas constituciones modernas solamente contienen un catálogo mínimo de libertades básicas (personal, de pensamiento, de asociación, de reunión); otras también incorporan derechos políticos (votar, ser votados, asociarse y reunirse para fines políticos y; otras más también contemplan algunos derechos sociales (trabajo, salud, vivienda, educación). Pero lo cierto es que las constituciones modernas –las “constituciones del constitucionalismo”– contienen invariablemente un catálogo de derechos humanos o fundamentales.

El otro elemento de la definición que ofrece el artículo 16 de la Declaración francesa también es de estirpe netamente liberal: la separación de los poderes. Se trata de una medida técnica –que también puede rastrearse en la obra de Locke y, posteriormente, en la de Montesquieu– y que tiene como finalidad limitar al poder político. Al diferenciar y separar al poder legislativo, del judicial y del ejecutivo se busca evitar concentraciones de poder político que puedan lesionar a los derechos (en particular a las liber-

tades) de las personas. Esta separación primigenia y básica ha sido objeto de múltiples y diversos desarrollos pero su idea originaria sigue siendo la misma: el poder debe dividirse para generar las condiciones que hagan posible a la libertad. Existen múltiples estudios que ofrecen diferentes expresiones de este principio –e incluso diferencian entre la separación y la división de los poderes– pero en todos ellos se mantiene firme la premisa anterior.

La institución de la separación de los poderes puede adquirir diferentes modalidades pero es la base de dos principios fundamentales del constitucionalismo moderno: el principio de legalidad y el principio de imparcialidad. El primero impone a todas las autoridades del estado a actuar bajo el sometimiento de las normas jurídicas –*sub lege*– y a través de las mismas –*per leges*– y, en esa medida, coloca al poder legislativo (que tiene la potestad de crear dichas normas) en una posición de primacía sobre los otros dos poderes. El principio de imparcialidad en cambio se orienta hacia la necesaria independencia e imparcialidad del poder judicial como garante último de esa legalidad. De alguna manera es lícito sostener que la garantía de ambos principios es una característica prototípica de las constituciones modernas.

En las constituciones contemporáneas existen múltiples mecanismos orientados a imponer límites y vínculos al poder y, sobre todo en la actualidad, los mismos trascienden por mucho a la mera separación de los tres poderes tradicionales. En particular existen cortes o tribunales constitucionales que revisan los actos de los tres poderes (legislativo, judicial y ejecutivo) para garantizar que los mismos se ajusten a la Constitución y, en esa medida, controlan y limitan su actuación. También es común encontrar organismos autónomos de garantía de algunos derechos específicos –por ejemplo agencias orientas a proteger los datos personales de las personas o su derecho de acceso a la información– o instituciones de garantía no jurisdiccionales como los llamados *Ombudsman* pero, en todo caso, la finalidad básica sigue siendo la que imaginó Montesquieu en el siglo XVIII: evitar la concentración del poder y ofrecer tutela a los derechos de las personas.

IV.

El modelo liberal de Constitución se consolidó en buena parte del mundo en la primera mitad del siglo XX pero adquirió una fuerza renovada después de la II Guerra Mundial. A las constituciones de posguerra se les conoció como las “constituciones largas” por la cantidad de derechos que recogían y por la diversidad de mecanismos institucionales de garantía

contemplados. Se trata de las constituciones del “Modelo Democrático Constitucional” que emergieron primero en los estados derrotados después de la guerra (Alemania, Japón e Italia) y que, posteriormente, poco a poco, y conforme los regímenes autoritarios cayeron y se verificaron transiciones democráticas se adoptaron en otros países europeos y latinoamericanos. De esta manera, a partir de la segunda mitad del siglo XX pero en particular en las últimas tres décadas de esa centuria, un modelo específico de Constitución se afirmó como el paradigma de referencia en Occidente. Se trató de una Constitución liberal pero también con elementos democráticos y, aunque parezca paradójico, socialistas. Algunos denominaron al modelo de estado que las adoptó como “Estado Social y Democrático de Derecho” que nosotros llamaremos simplemente Modelo Democrático Constitucional. A continuación se delinearán algunas de sus características fundamentales.

Lo primero que conviene tener presente es que detrás del modelo democrático constitucional descansa la noción de Constitución liberal que ha sido mencionada en el apartado anterior. Junto con las instituciones orientadas a la limitación de los poderes propias del constitucionalismo liberal, en los documentos constitucionales de posguerra, adquirieron plena carta de identidad los institutos que hacen posible a la democracia política y los que están orientados al control de constitucionalidad de las leyes. De hecho, la democracia constitucional se erige sobre las bases de una concepción procedimental de la democracia y se refuerza con instituciones orientadas a la justicia constitucional. Por eso es lícito sostener que los precursores teóricos del modelo son autores liberal democráticos como Hans Kelsen y Norberto Bobbio.⁵ Pero, además, junto a los derechos de libertad y a los derechos políticos, en algunos estados más que en otros pero como quiera que sea con una tendencia creciente, se incorporaron algunos derechos sociales.

La democracia constitucional como modelo de organización política persigue dos objetivos analíticamente distintos: *limitar* al poder político y *distribuirlo* entre los ciudadanos sobre la base de una garantía efectiva de los derechos fundamentales de los individuos que integran a la colectividad política. En este sentido es un modelo mucho complejo que apuesta por una combinación de instituciones que están orientadas hacia la garantía de

⁵ Sobre este modelo me permito remitir a mi libro *La democracia constitucional. Una radiografía teórica, op. cit.* También vease el compendio editado por Jon Elster y Rune Slagstad, *Constitucionalismo y Democracia*, FCE, México, 1999 [1988]. Asimismo, la obra de Luigi Ferrajoli (en particular: *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007).

los derechos de las personas pero también supone su participación en esta tarea. En tanto titulares de derechos, las personas y los ciudadanos deben ser los protagonistas de la vida social y no meros electores del gobierno. Ello exige su participación en diversas sedes (no solo en las instituciones de gobierno o de representación) y una actitud de vigilancia y seguimiento constante a las tareas de los gestores de la vida colectiva. Para ello existen mecanismos e instituciones orientados a la participación ciudadana y a la rendición de cuentas permanentes por parte de los poderes públicos. Desde esta perspectiva –para retomar a Mortati– parece atinado sostener que la Constitución formal del modelo democrático constitucional requiere de una Constitución material específica en la que los titulares de los derechos son actores relevantes.

El diseño institucional de la democracia constitucional es complejo. Dentro de sus instituciones prototípicas destacan las siguientes:

Una Constitución –en la mayoría de los casos escrita– que es la norma suprema del ordenamiento y cuyo contenido está protegido mediante la garantía de la rigidez. En principio debe ser un documento claro y accesible en el que se recogen los derechos de las personas pero también se diseña el aparato del poder estatal. Dicho diseño –la organización de las magistraturas– obedece al principio de la separación de los poderes y coloca al poder legislativo en una posición de prioridad sobre los poderes ejecutivo y judicial.

El contenido nuclear de esa Constitución –siguiendo la definición propuesta por el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789– son los derechos fundamentales de las personas. Como ya se ha adelantado algunas constituciones contienen más derechos que otras pero, como característica del modelo, en general se reconocen junto a las libertades clásicas (personal, de pensamiento, reunión y asociación), los derechos políticos y algunos derechos sociales (a la educación, al trabajo, a la salud, básicamente). En muchas constituciones contemporáneas esos derechos están recogidos mediante principios abstractos (dignidad, libertad, igualdad, felicidad, etc.) que son susceptible de interpretaciones controvertidas.

Si bien la separación de los poderes es en sí misma una garantía para los derechos, en las democracias constitucionales contemporáneas existen una multiplicidad de instituciones que tienen la misma finalidad. Desde institutos avocados a garantizar la transparencia en la gestión gubernamental hasta figuras como los *Ombudsman* que tienen la finalidad específica de brindar una protección no jurisdiccional a los derechos de las personas. El dato a subrayar es que el reconocimiento de los derechos suele estar acompañado por un conjunto amplio de garantías de los mismos.

Como garantía del contenido constitucional en su conjunto (pero sobre todo de los derechos fundamentales) se contempla, además de la separación de los poderes y de otros mecanismos judiciales y no jurisdiccionales de protección, la existencia de jueces encargados de la delicada función de ejercer el "control de constitucionalidad de las leyes". Se trata de los Tribunales o Cortes constitucionales. Esta institución es fundamental en el Modelo Democrático Constitucional aunque, como diversos estudiosos han denunciado, sea una institución con talante elitista que controla al poder de las mayorías políticas. De ahí que se diga que estos tribunales o cortes constitucionales son poderes contramayoritarios (véase, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD)

Lo anterior supone que, en la democracia constitucional, se ha abandonado un principio que caracterizaba al "estado legislativo de derecho" —que, a decir de Luigi Ferrajoli, era el paradigma que precedía al estado constitucional— y que se basaba en la soberanía del legislador. En la democracia constitucional las mayorías políticas —por más amplias que estas sean— están sometidas a la Constitución y sus decisiones son susceptibles de revisión y control de constitucionalidad. De ello depende que los derechos fundamentales sean verdaderas "cartas de triunfo" —para parafrasear a Dworkin— frente al poder político de las mayorías y de los gobiernos. Por eso la relación entre los derechos fundamentales (protegidos y garantizados constitucionalmente) y la democracia no está exenta de tensiones: los derechos son precondiciones y condiciones para la democracia y, al mismo tiempo, constituyen limitaciones al poder democrático. En la democracia constitucional no existen poderes absolutos. Para Ferrajoli, por ejemplo, los derechos son la dimensión sustancial de la democracia. Para otros autores, como Garzón Valdés los derechos constituyen un "coto vedado" para las decisiones democráticas.⁶

⁶ El autor que mejor y más ha desarrollado estas tesis en los últimos años es Luigi Ferrajoli. Sus tesis completas en mérito se encuentran en su obra reciente: Ferrajoli, Luigi., *Principia Iuris. Teoría del Derecho e della Democrazia*, op. cit. Para Ferrajoli los derechos son la dimensión sustancial de la democracia. Para otro autor como Michelangelo Bovero, los derechos son un límite al poder democrático pero no forman parte del sistema democrático salvo como precondiciones (los derechos sociales) y condiciones (los derechos de libertad y políticos) del mismo (Cfr. Bovero, Michelangelo. *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, op. cit.; Michelangelo Bovero y Luigi Ferrajoli, *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*, en Colección "Temas para la democracia", Conferencias Magistrales, 13, Instituto Federal Electoral, 2001, México).

El elemento democrático del modelo –la forma de gobierno– se expresa en los que Norberto Bobbio llamaba “universales procedimentales” de la democracia y que se expresan en las reglas siguientes: a) todos los ciudadanos mayores de edad sin distinciones deben gozar de derechos políticos; b) el voto de los ciudadanos debe tener un peso igual; c) todos los titulares de derechos políticos deben ser libres de votar siguiendo a sus propias opiniones; d) los ciudadanos también deben ser libres en el sentido de que deben estar en condiciones de escoger entre soluciones diferentes, es decir entre partidos que tengan programas distintos y alternativos; e) tanto para la elección, como para las decisiones colectivas, debe valer la regla de mayoría numérica; f) ninguna decisión adoptada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, en particular el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones.⁷

Además, el diseño institucional en su conjunto se articula sobre la base de principios normativos que tienen una dimensión axiológica: la equidad social, la igualdad política, la libertad (negativa y positiva), el pluralismo, la tolerancia, etcétera. Estos principios –que exigen un estudio monográfico independiente– operan como presupuestos teóricos del modelo pero también como ideales a perseguir.

El modelo democrático constitucional funciona sobre la base de un equilibrio entre el constitucionalismo y la democracia que se expresa fundamentalmente en este elenco de instituciones. El elemento constitucional juega un papel muy relevante porque impone límites y vínculos a las decisiones de los órganos de gobierno democráticos con la finalidad de colocar a los derechos fundamentales en el centro de la acción estatal. Desde esta perspectiva, para los promotores de la democracia constitucional, “la democracia sólo es justificable si se somete a restricciones constitucionales”⁸ y los derechos humanos o fundamentales son el eje orientador de todas las políticas públicas. La Constitución, entonces, ya no solo es la organización de las magistraturas sino, sobre todo, el instrumento mediante el que se reconocen y se protegen los derechos fundamentales de todas las personas.

⁷ Cfr., Bobbio, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, p. X.

⁸ Garzón Valdés, Ernesto, "Restricciones de la democracia representativa", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federa*, p. 132.

V.

A partir de la adopción en sede política de este modelo de Constitución en diferentes estados occidentales emergieron paradigmas teóricos avocados a su estudio. Algunos de esos paradigmas, dadas las particularidades del modelo democráticos constitucional, abandonan la perspectiva descriptiva propia del POSITIVISMO JURÍDICO clásico y adquieren un enfoque también prescriptivo. Esto significa que no se limitan al estudio de lo que *es* el derecho vigente sino que se proponen incidir en lo que *debe ser* el ordenamiento constitucional. Ese es el caso del llamado “NEOCONSTITUCIONALISMO”. Se trata de una de las corrientes teóricas más influyentes en el debate teórico contemporáneo en materia constitucional por lo que es pertinente recuperar algunos de sus rasgos característicos. De hecho, su análisis es relevante para comprender el significado y los alcances del concepto de Constitución en el siglo XXI. Esto es así, precisamente, porque aunque una cosa sea la Constitución y otra el modelo teórico con el que se le estudia, en el neoconstitucionalismo –dado el carácter prescriptivo de algunas de sus versiones-, se propone una conexión entre ambas dimensiones.

Es importante tener presente cuál es el modelo de Constitución que estudia el neoconstitucionalismo. Se trata de un documento normativo –preferentemente escrito– que tiene un rango de supremacía sobre las demás normas del ordenamiento jurídico estatal y, en esa medida, condiciona la validez formal y material de todas las normas inferiores o secundarias del estado en el que tiene vigencia. En su dimensión sustantiva es un documento normativo robusto que contiene un amplio catálogo de derechos (humanos o fundamentales se según cada tiempo histórico y tradición teórica) que están recogidos con fórmulas abstractas y abiertas (y, por ende, son susceptibles de interpretación en sede, sobre todo judicial) y que constituye el elemento central del documento y, por medio del mismo, del ordenamiento en su conjunto. Dentro de sus normas, la Constitución que estudia el neoconstitucionalismo, también contempla a las instituciones, reglas, principios y derechos que dan forma a la democracia política. Asimismo contiene un catálogo –más o menos amplio– de derechos sociales. Finalmente mantiene firme la tesis de la separación de los poderes e incorpora, junto con otros mecanismos e instituciones de garantía de los derechos, mecanismos de control de constitucionalidad sobre leyes. De hecho, la justicia constitucional, es una de las instituciones que merece mayor atención por parte de los autores que se adscriben a esa corriente teórica.

En realidad, el neoconstitucionalismo no es una teoría en cuanto tal sino que es la categoría conceptual –inventada por los miembros de la escuela genovesa⁹– con la que se denomina a un conjunto de concepciones teóricas orientadas a estudiar el fenómeno constitucional antes descrito. Dichas concepciones no son idénticas pero tienen presupuestos y propuestas similares que permiten considerarlas como parte de una misma aproximación teórica. Por ello, cuando se habla del neoconstitucionalismo es menester subrayar lo que las teorías que abarca ese concepto tienen aspectos en común pero también que se trata de concepciones diferentes. Eso es claro si pensamos en algunos de los autores que suelen listarse, no sin cierta arbitrariedad, bajo esa denominación: desde Ronald Dworkin hasta Gustavo Zagrebelsky, pasando por Carlos S. Nino y Robert Alexy, hasta algunas voces en América Latina como Miguel Carbonell o Carlos Bernal Pulido. Esto es así porque, como he advertido, el neoconstitucionalismo, es una noción creada por los miembros de una escuela del pensamiento para dar nombre y agrupar la obra de un conjunto de teóricos (con los que, dicho sea de paso, los genoveses sostienen fuertes diferencias). De esta manera, probablemente, autores como Dworkin o Alexy no sepan que sus teorías se consideran neoconstitucionalistas en el ámbito de la doctrina constitucional italo/española/latinoamericana, como tampoco lo supo Carlos Nino que falleció antes de que el término se acuñara.¹⁰ Este hecho no le resta pertinencia al uso del membrete “neoconstitucionalismo” pero nos exige utilizarlo con mesura (salvo en aquellos casos en los que algún estudioso, voluntariamente, decida identificarlo con su teoría).

El conjunto de aproximaciones teóricas que se reúnen bajo esta categoría están centradas en el estudio de las constituciones largas y su rasgo común compartido más destacado es la promoción de una agenda robusta de derechos fundamentales. En esa medida, las teorías neoconstitucionalistas, tienen en común una idea de lo que sería una sociedad justa pero no despliegan, propiamente, una teoría del poder. Se trata de teorías fundamentalmente jurídicas que, como ya se ha adelantado, tienen un carácter prescriptivo. Si bien, el neoconstitucionalismo puede aceptar, siguiendo al positivismo jurídico, que el Derecho –en particular el constitucional– es un hecho social no acepta que éste pueda albergar cualquier contenido. Al

⁹ Esta es una tesis sostenida por Paolo Comanducci. Véase, además, la entrada NEO-CONSTITUCIONALISMO.

¹⁰ Sobre la obra y el pensamiento de Carlos Santiago Nino, *Cfr.* Rosenkrantz, Carlos, y Vigo, Roberto, *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Fontamara, México, 2008.

menos no en el plano del discurso justificatorio en el que “los derechos humanos pueden entrar... sólo cuando son concebidos como derechos morales, es decir, como derechos no derivados de hechos sino de principios morales ideales”.¹¹

Estas premisas permiten distinguir el plano de la identificación del derecho del que corresponde a la justificación del mismo pero, en este último ámbito, suponen que sólo los ordenamientos que tienen ciertas características y albergan un determinado contenido pueden entrar en el molde del constitucionalismo.¹² Desde esta perspectiva, para el neoconstitucionalismo, solamente existe un modelo “legítimo” de Constitución: aquella que recoge valores políticos y morales determinados en fórmula de derechos humanos o fundamentales. De hecho, para teóricos como Dworkin, Nino, Zagrebelsky y Alexy, por ejemplo, ciertas normas jurídicas no sólo son hechos sino también son valores (caso típico de los principios constitucionales) y, por ello, las teorías de estos autores se alejan irremediabilmente del núcleo duro del iuspositivismo. Esto es así porque, dichos valores suponen, en mayor o menor medida, la incorporación de la moral al derecho. He ahí la dimensión prescriptiva del paradigma neoconstitucional. Ciertamente, entre los autores que consideramos neoconstitucionalistas, existen diversas posturas en este tema: no es lo mismo, por ejemplo, la pretensión de validez del derecho que explica la vinculación entre la moral y el derecho en la obra de Ernesto Garzón Valdés o la postura frente al tema desde el liberalismo igualitario de Rodolfo Vázquez que el iusnaturalismo abierto de Gustavo Zagrebelsky o la confusión entre derecho y justicia que suponen algunas tesis de Robert Alexy. Pero, en todos los casos y este es el punto a tener en cuenta, estos autores se colocan del lado de la frontera de quienes sostienen que entre la moral y el derecho (para que éste se justifique) existe un vínculo, aunque sea mínimo, ineludible.

Para reforzar el argumento resulta útil identificar algunas de las tesis centrales que, según los creadores del concepto, caracterizan al pensa-

¹¹ Nino, Carlos S., *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 38.

¹² En esta misma dirección se desprende la atinada y severa crítica de Ferrajoli al neoconstitucionalismo por incurrir en una suerte de objetivismo y cognitivismo moral similar al que adquiere su expresión más acabada en la moral católica. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011, pp. 15-53.

miento neoconstitucionalista.¹³ Para Susana Pozzolo, por ejemplo, el neoconstitucionalismo se caracteriza precisamente por ser, a la vez, constitucionalista y antipositivista.¹⁴ Para defender la constitucionalización de los derechos fundamentales (de un *Bill of Rights*), el neoconstitucionalismo, nos explica Pozzolo, abandona la tesis positivista de la separación conceptual entre derecho y moral. Y, en paralelo, propone un modelo axiológico-normativo para el desarrollo del derecho real: “una proyección evolutiva, expansiva y necesaria, del contenido del derecho constitucional positivo”.¹⁵ De ahí se desprende una tesis de fondo que constituye una bandera del pensamiento neoconstitucional: aunque sea posible constatar la existencia fáctica de ordenamientos jurídicos que no respetan las coordenadas de contenido delineadas por esta máxima, solamente pueden considerarse como ordenamientos constitucionales *en sentido estricto* aquellos que recogen un catálogo de derechos fundamentales que son la positivización de una cierta moral. En este caso, ni los derechos fundamentales pueden ser cualquier derecho; ni las constituciones pueden tener cualquier contenido. Al menos no –dirían los teóricos del neoconstitucionalismo– si pretendemos que tengan legitimidad o justificación

Un tema en el que el neoconstitucionalismo asume una postura particular es el de la interpretación constitucional que nos conduce al ámbito de la actuación judicial. En este ámbito el neoconstitucionalismo asume una postura relativamente abierta ante el tema de la discrecionalidad judicial. Un autor prototípico como Ronald Dworkin, por ejemplo, reconoce que en algunos casos –si bien atendiendo a principios como la ‘supremacía legislativa’ o la doctrina del precedente– los jueces pueden estar autorizados, directamente, para “cambiar una regla legal existente”.¹⁶ Y, aunque este autor no se inclina por la discrecionalidad judicial en sentido fuerte, promueve una noción de activismo judicial que se encuentra estrechamente vinculada con la noción de “derechos morales”: el activismo judicial, sostiene Dworkin:

¹³ Aunque ya lo he advertido, vale la pena reiterarlo: son muchas las dificultades y simplificaciones que conlleva hablar del neoconstitucionalismo como si se tratara de una teoría uniforme cuando en realidad existen diversas teorías que, por algunas características comunes, adscribimos al neoconstitucionalismo.

¹⁴ Pozzolo, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 187-210.

¹⁵ *Ibidem*, p. 188.

¹⁶ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977, pp. 37 y 38.

...presupone cierta objetividad de principios morales; en particular presupone que los ciudadanos tienen algunos derechos morales frente al Estado (...) sólo de esta manera el activismo judicial se justifica sobre la base de algo más que las preferencias personales del juez.¹⁷

Por su parte, Robert Alexy ha sostenido lo siguiente:

La principal particularidad de la interpretación constitucional deriva de sus tres extremos arriba señalados: máximo rango, máxima fuerza jurídica y máxima importancia de su contenido. Quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales –esto es, en la práctica, quien logre que sea adoptada por el Tribunal Constitucional Federal–, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política... En este sentido cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales. El árbitro de esta lucha no es sin embargo el pueblo, sino el Tribunal Constitucional Federal.¹⁸

Como puede observarse, la clave que abre la puerta al activismo y a la vez pretende restringir la DISCRECIONALIDAD, no es solamente el rango normativo de los derechos fundamentales sino, sobre todo, el reconocimiento de la existencia de ciertos derechos morales que dotan de contenido a dichas normas. De ahí que ante el tema de la llamada “dificultad contramayoritaria” –que cuestiona la legitimidad de los jueces para revisar y corregir las decisiones de las mayorías parlamentarias– los promotores del neoconstitucionalismo se coloquen del lado de la justicia constitucional. Ya sea mediante la propuesta de principios o técnicas de interpretación constitucionales especiales –ponderación, proporcionalidad, etcétera– o a través de argumentos que reivindican la legitimidad democrática indirecta de la justicia constitucional, los autores del neoconstitucionalismo, defienden que los jueces constitucionales sean y deban ser los guardianes últimos de la Constitución.

De esta manera la Constitución del neoconstitucionalismo –que, como hemos dicho, es el modelo presente en buena parte de los estados occidentales– es una Constitución normativa que irradia con su contenido al resto del ordenamiento jurídico y ello conlleva una fuerte intervención judicial. En esa medida el contenido de la Constitución no solo se encuentra en el

¹⁷ Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p 138.

¹⁸ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales y estado constitucional de derecho” en Carbonell, M., Salazar, P., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

texto del documento normativo que lleva ese nombre sino también en las interpretaciones que están contenidas en las sentencias judiciales.

VI.

En los últimos años del siglo XX y la primera década del siglo XXI surgió en América Latina un fenómeno constitucional que merece mención aparte. Se trata del “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. La constitución de este fenómeno contiene algunos elementos similares a la constitución del Modelo Democrático Constitucional pero también algunos rasgos particulares. Se trata de un documento escrito y supremo que permea todo el ordenamiento jurídico y condiciona la validez formal y material de todas las normas inferiores o secundarias del estado en el que tiene vigencia. En su dimensión sustantiva es un documento robusto que contiene un muy amplio catálogo de derechos (naturales, humanos o fundamentales se según cada tiempo histórico y tradición teórica) que están recogidos con fórmulas abstractas y abiertas. Ese catálogo de derechos incorpora tradiciones filosóficas diversas y es particularmente sensible con las tradiciones históricas de los países en los que tiene vigencia. En particular incorpora y protege un amplio catálogo de derechos colectivos de grupos, comunidades o pueblos indígenas u originarios. Desde el punto de vista político, si bien contempla a las instituciones, reglas, principios y derechos que dan forma a la democracia política y mantiene firme la tesis de la separación de los poderes, privilegia la tesis de la soberanía popular sin ataduras o límites institucionales y, por lo mismo, decanta en clave político/popular la conformación y funcionamiento de las instituciones de control jurisdiccional.

El “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” (NCL), en realidad, es la denominación con la que han sido bautizados los procesos constituyentes y el resultado de los mismos de algunos países de América Latina en los últimos años del siglo XX y las primera década del siglo XXI. Para algunos autores, como Rodrigo Uprimny, de hecho, es posible englobar con ese membrete a los cambios constitucionales que tuvieron lugar desde los años ochenta y que abarcan a países como Brasil (1988), Costa Rica (1989), Colombia (1991), México (1992),¹⁹ Paraguay (1992), Perú (1993), hasta Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia (2009) porque existen rasgos

¹⁹ La referencia proviene del texto de Uprimny pero no queda claro a qué reforma constitucional mexicana alude.

...que son comunes a muchos procesos constitucionales latinoamericanos recientes, (y que) confieren a los ordenamientos actuales cierto aire de familia. Es posible entonces hablar de un constitucionalismo latinoamericano actual que tiene rasgos distintivos frente a otros constitucionalismos del mundo contemporáneo o frente a los ordenamientos de la región en el pasado.²⁰

Sin embargo, desde mi perspectiva, el “aire de familia” que identifica Uprimny es demasiado tenue entre todos esos procesos y cambios constitucionales. Las constituciones que él conjuga son, a lo sumo, primas lejanas. En algunos casos se trata de constituciones que han sido objeto de reformas profundas, en otros de textos con modificaciones parciales y en otros más del resultado de verdaderos procesos constituyentes; además, si observamos el contenido y la lógica de las modificaciones, es posible encontrar diferencias relevantes desde el punto de vista ideológico y político. El propio Uprimny reconoce, por ejemplo, las dificultades para tratar en un mismo conjunto a la Constitución neoliberal peruana de 1993 y a la Constitución socialista venezolana de 1999. Por lo mismo, en el mismo texto el propio Uprimny sostiene que:

Existen entonces importantes diversidades nacionales, por lo cual podría pensarse que hay dos tendencias básicas de mutaciones constitucionales nacionales en la región: en algunos casos estaríamos en presencia de constitucionalismos verdaderamente nuevos y transformadores, mientras que en otros países las reformas o las nuevas Constituciones habrían operado esencialmente como mecanismos de relegitimación de los órdenes sociales y políticos existentes, que siguen siendo desiguales y excluyentes.²¹

Sin entrar en esa discusión –que el mismo Uprimny reconoce como compleja y poco explorada– en este apartado asumiré que la denominación de NCL –para resultar analíticamente útil– debe constreñirse a determinadas constituciones que comparten un conjunto de rasgos marcados y que tienen una orientación o pretensión política particular que algunos autores han calificado como “trasformadora”.²² Me refiero en concreto a los procesos constituyentes y a los textos constitucionales de Venezuela de

²⁰ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones Constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos” en Rodríguez Garavito, César, (coordinador), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el Siglo XXI*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2011, p. 126.

²¹ *Ibidem*, p. 128.

²² Como recuerda Uprimny, el adjetivo es de Boaventura, *Cfr.*, Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Plural Editores, La Paz, 2010.

1999, de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009. En esta misma tesitura, según Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau²³ –autores a los que haré referencia por ser promotores y defensores de este fenómeno–, el NCL, de hecho, es un movimiento constitucional posterior y distinto al que caracterizó al constitucionalismo de posguerra y que acompañó a las olas democratizadoras en Occidente que impactaron en algunos países de la región latinoamericana (México, Argentina, Uruguay, Colombia, por mencionar solamente algunos). Sobre esta base posemos afirmar que algunas constituciones de la región están inspiradas en el Modelo Democrático Constitucional –que ya conocemos y tiene un origen europeo– y no orientadas por el NCL.

En efecto, según Viciano y Martínez, el NCL no correspondería al fenómeno constitucional que ha sido estudiado por los neoconstitucionalistas²⁴ y que sería, como sabemos, precisamente, el Modelo Democrático Constitucional. Para estos autores, aunque las tesis del neoconstitucionalismo “han sido asumidas por el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, este último “ha sumado una radical aplicación de la teoría democrática de la Constitución”.²⁵ Lo cual implica una diferencia en el plano teórico pero también en el plano práctico porque las constituciones del NCL, a diferencia de las constituciones del constitucionalismo democrático, son producto de procesos populares y adoptan instituciones propias de corte populista.²⁶ Con sus palabras, en el NCL

²³ *Cfr.*, Viciano, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en AA.VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, pp. 9-43. Ellos hablan de cuatro grandes modelos de constitucionalismo que provienen de cuatro momentos constituyentes y preceden al NCL: a) liberal-revolucionario de las revoluciones burguesas del XVIII; b) reacción conservadora de la burguesía y la aristocracia (S. XIX y parte del XX); c) recuperación del constitucionalismo democrático (primeras décadas del XX); d) aparición del constitucionalismo social de posguerra.

²⁴ Sobre el llamado neoconstitucionalismo, *cfr.*, Carbonell, M. (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2006; Carbonell M. (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007; Carbonell, M., García Jaramillo, L., *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010.

²⁵ Viciano y Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 4.

²⁶ Me refiero a institutos como los Poderes Constituyentes Originarios, los Mecanismos de Democracia Directa, la elección popular de las Cortes Constitucionales. Viciano y Martínez no necesariamente estarían de acuerdo con esta última sentencia

...se supera el concepto de Constitución como limitadora del poder (constituido) y se avanza en la definición de la Constitución como fórmula democrática donde el poder constituyente —la soberanía popular— expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado pero también de la propia sociedad.²⁷

De esta manera, Viciano y Martínez, proponen distinguir entre el “neo-constitucionalismo”²⁸ (que, para ellos, es una teoría del derecho que estudia al Modelo Democrático Constitucional), el “nuevo constitucionalismo” (que, nos dicen, es una teoría *democrática* de la Constitución) y “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (que es la manifestación de éste último en algunos países de América Latina). La clave de la distinción —para estos autores— sería que el nuevo NCL centra su preocupación en la “legitimidad democrática de la Constitución” recuperando “el origen radical-democrático del constitucionalismo jacobino, dotándolo de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la identidad entre voluntad popular y Constitución”.²⁹ Y, para intentar sortear la confusión de planos entre teoría y realidad constitucional que aqueja a sus premisas, los propios autores sostienen que el NCL surge “en el extrarradio de la Academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho Constitucional”.³⁰ Desde esta perspectiva, el NCL sería más un fenómeno constitucional que una teoría de la Constitución.

Conviene detenerse para realizar algunas aclaraciones. El neoconstitucionalismo como ya sabemos es una categoría que reúne a un conjunto de concepciones sobre el derecho constitucional y que están inspiradas en los ordenamientos modelados sobre las bases del Modelo Democrático Constitucional de posguerra. Éste último es un fenómeno constitucional con las características que ya conocemos. De esta manera, el neoconstitucionalismo, en principio, dado que se trata de una aproximación teórica, también

²⁷ *Ibidem*, p. 16. Una reconstrucción de los diferentes procesos constituyentes así como un conjunto de visiones críticas sobre los mismos puede consultarse en: Serna de la Garza, José Martíá., *Procesos Constituyentes Contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, IJ-UNAM, México, 2009.

²⁸ Cabe advertir que Viciano y Martínez utilizan el concepto sin mayor precisión.

²⁹ Viciano y Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 18.

³⁰ Viciano, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente constitucional sistematizada?”, ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México, 2010, p. 5. Disponible Online en <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/245.pdf>.

puede servir para analizar el NCL. De la misma manera que, tanto las constituciones de posguerra como las del NCL, pueden ser estudiadas, por ejemplo, desde la perspectiva de la teoría garantista.³¹ Así las cosas podemos sostener que, en cuanto teorías, el neoconstitucionalismo y el garantismo son comparables; así como en tanto modelos constitucionales con expresión institucional en la realidad lo son el Modelo Democrático Constitucional y el NCL.

Lo que Viciano y Martínez Dalmau llaman “nuevo constitucionalismo” –sin referencia a la región latinoamericana– vendría ser una categoría conceptual propuesta por ellos para dar cuenta de un movimiento que incorpora premisas de la democracia radical a la teoría constitucional y que, en todo caso, se asemeja al populismo constitucional de origen antifederalista norteamericano. También en este caso se trataría de un modelo teórico que tienen expresión –con modalidades distintas– en algunas realidades constitucionales. Así las cosas podemos comparar las teorías –neoconstitucionalismo, garantismo, nuevo constitucionalismo– y utilizarlas para estudiar fenómenos constitucionales –la Constitución “x”, “y” o “z”– pero, en principio, conviene distinguir las teorías de los fenómenos existentes. Éstos últimos a su vez, dependiendo de su diseño y contenido, responden o se asemejan a modelos o prototipos ideales como lo son el Modelo Democrático Constitucional o el NCL.

Para Viciano y Martínez el movimiento del NCL comenzó con el proceso constituyente de Colombia (1990-1991), maduró con el proceso constituyente ecuatoriano de 1998 pero sólo se perfeccionó cuando se aprobaron las primeras constituciones mediante “referéndum de ratificación popular que resulta ser el aspecto nuclear de la legitimación de la Constitución”.³² Por lo mismo fue la Constitución venezolana de 1999 la primera que conjugó los elementos necesarios y suficientes para materializar el NCL: una *necesidad* constituyente producto de una crisis social y política, un referéndum activador del proceso constituyente, un referéndum de aprobación del texto constitucional y un producto constitucional que quedaría protegido contra eventuales reformas a cargo de los poderes constituidos. La Constitución del NCL –al margen de su contenido normativo– es, desde esta perspectiva, un documento político con una legitimidad fuertemente democrática y que sólo puede ser modificado de manera sustantiva por la asamblea popular constituyente.

³¹ Se trata de la teoría propuesta y elaborada originalmente por Luigi Ferrajoli.

³² Viciano y Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 23.

La Constitución ecuatoriana de 2008 fue la segunda expresión de ese movimiento. Ese documento se distinguió por incorporar un catálogo muy amplio de derechos fundamentales redactados con fórmulas abiertas y abstractas. Poco después la Constitución boliviana de 2009, de alguna manera perfeccionó al NCL porque, además de los elementos contenidos en las dos constituciones anteriores, por un lado, reconoció el carácter plurinacional y postcolonial del Estado y, como una reafirmación del énfasis popular del fenómeno, sancionó la elección democrática y popular de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional. De esta manera quedaron definidos los rasgos formales fundamentales del NCL: legitimidad democrática de la Constitución (que es un elemento extra o pre constitucional), reconocimiento amplio de derechos (con la declarada intención para combatir la desigualdad y la exclusión social) y predominio absoluto del poder constituyente sobre los poderes constituidos.

Las tres constituciones del NCL –venezolana, ecuatoriana y boliviana– no son idénticas (como tampoco lo son las que corresponden al Modelo democrático Constitucional) pero, según Viciano y Martínez, tienen un “denominador común” que sería la “necesidad de legitimar la voluntad social de cambio mediante un intachable proceso constituyente de hechura democrática”.³³ Con ello –subrayan estos autores– se privilegia la dimensión política de la Constitución. Lo cual constituye un elemento externo y anterior al documento constitucional. Podemos decir, entonces, que uno de los rasgos que ofrece identidad al NCL se agota en la aprobación del documento y, por lo mismo, constituye un elemento que puede ser valorado con consideraciones de índole política o ideológica pero no mediante consideraciones de teoría constitucional. El poder constituyente es un elemento clave del constitucionalismo pero se ubica en la vertiente del poder antes que en la del derecho. Viciano y Martínez identifican un momento político que, desde su perspectiva, está íntimamente asociado con el NCL pero que no forma parte de los documentos constitucionales sino que es anterior a los mismos. Algo distinto sucede con los rastros institucionales –por llamarlos de alguna manera– que ese movimiento político deja plasmados en las constituciones, por ejemplo, mediante distintos mecanismos de participación ciudadana. Las disposiciones que contemplan esos mecanismos sí pueden ser objeto de una valoración –además de política– propiamente

³³ Viciano y Martínez, “Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente constitucional sistematizada?”, p. 13.

constitucional. Pero el verdadero rasgo distintivo del NCL sería, entonces, la legitimidad democrática de la Constitución que lo conecta con la tradición jacobina y que se expresa mediante instituciones de participación constitucionalizadas. Si la génesis del constitucionalismo liberal se encuentra en la obra de John Locke y la del constitucionalismo conservador en la obra de Edmund Burke o de Jeremy Bentham, el padre intelectual del constitucionalismo popular sería Jean Jacques Rousseau.

En síntesis –según estos autores– las constituciones del NCL rompen políticamente con la tradición constitucional predominante en occidente y se distinguen por cuatro rasgos formales: su originalidad; su amplitud (tienen un articulado extenso); su complejidad (aunque tienen un lenguaje asequible y simbólico son técnicamente complejas); y su pronunciada rigidez (para garantizar el predominio del poder constituyente soberano sobre los poderes constituidos). Con esta caracterización es posible sostener que el NCL es un fenómeno de reconstitucionalización, hasta ahora propio de tres países de América Latina, que experimentaron crisis políticas y sociales relevantes que provocaron lo que Viciano y Martínez llaman una “necesidad constituyente”, que se tradujo en la aprobación de documentos constitucionales con características comunes entre sí y diferentes a las de otras constituciones occidentales dentro de las que se cuentan diversas constituciones latinoamericanas. En ese sentido y por esas razones es un fenómeno que conviene tener presente cuando se estudia el concepto de Constitución.

Las constituciones del Modelo Democrático Constitucional no son producto –al menos no necesariamente– de procesos constituyentes de hechura democrática; tampoco reservan a ese poder constituyente la potestad de custodiar el contenido de la Constitución porque se trata de una función que corresponde sobre todo a los Tribunales o Cortes Constitucionales. Y, si pensamos en el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, tenemos que tanto las constituciones del Modelo Democrático Constitucional como las del NCL contemplan amplios catálogos de derechos de libertad, políticos y sociales pero éstas últimas –como veremos– incluyen otros muchos derechos que tienen su origen en tradiciones muy diversas. De hecho, las constituciones del NCL, comparten una vocación social que se traduce en el reconocimiento de derechos orientados hacia el combate a la exclusión y la desigualdad y amplios capítulos económicos para garantizar la participación del Estado en las decisiones públicas “sobre los recursos naturales o la regulación de la actividad financiera”³⁴ que

³⁴ *Ibidem*, p. 23.

no necesariamente están presentes en las constituciones del Modelo Democrático Constitucional.

Desde el punto de vista formal, las constituciones del Modelo Democrático Constitucional suelen ser significativamente más breves que las constituciones del NCL y menos abigarradas. Si miramos los principios que recogen, el catálogo de derechos que contienen y las atribuciones que otorgan al estado las NCL, en realidad, son complejas, intrincadas y contradictorias. Recogen las libertades negativas y los mecanismos judiciales de protección que maduraron en la tradición liberal occidental y los conjugan con otro catálogo amplísimo de derechos que provienen de las más diversas tradiciones (desde la democracia hasta el indigenismo pasando por el socialismo). Al mismo tiempo otorgan al estado poderes amplísimos para intervenir en la vida social, política y económica de la comunidad. Desde el punto de vista de sus génesis ideológica se trata de constituciones ambiguas. Este es un rasgo problemático porque conlleva aporías y contradicciones.

Viciano y Martínez, en efecto, sostienen que, además de la originalidad, a las constituciones del NCL las caracteriza la amplitud y la complejidad. Ambas cosas son ciertas. La Constitución ecuatoriana tienen 444 artículos, la boliviana 411 y la venezolana 350. Ello sin contar las disposiciones transitorias. Muchos de esos artículos además son sumamente extensos y contienen una gran cantidad de incisos (el artículo 66 de la Constitución de Ecuador, perteneciente al capítulo de los derechos de libertad, por ejemplo, contiene 29 incisos algunos de ellos con sus propios subincisos). Según ambos autores la extensión de los textos se debe a una decisión estratégica por parte de los poderes constituyentes: la de “expresar claramente su voluntad” e imponerla a los poderes constituidos.³⁵ En contrapartida —explican— se adoptó la decisión de utilizar un lenguaje simbólico con la finalidad de acercar el texto a sus destinatarios. Ese lenguaje serviría para aligerar la extensión constitucional y para contrarrestar la complejidad técnica de los documentos (que reside sobre todo en su parte orgánica).

Como sabemos a partir de la metáfora bobbiana de las dos caras de una moneda, las constituciones, además de un sentido jurídico también tienen una dimensión política. Esa es la dimensión que Roberto Gargarella rescata del NCL. Pero lo hace subrayando aspectos distintos de los que valoran

³⁵ Cfr. Viciano y Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 31.

Viciano y Martínez. Para Gargarella, no es la dimensión democrática radical la que merece llamar la atención sino la vocación incluyente del proyecto materializado por el NCL. Según su lectura de este proceso, mientras las constituciones latinoamericanas del S. XIX miraban hacia la Constitución, elitista y liberal, de los EEUU y las reformas a las mismas en los años 80 del XX tuvieron como una de sus finalidades “combatir o morigerar el hiperpresidencialismo que se identificaba como causa fundamental de la inestabilidad política de las jóvenes democracias regionales”,³⁶ ahora, con el NCL, se busca dotar a las constituciones de un significado social que sirva para combatir la “marginación político-social de los grupos”³⁷ más débiles. Esto –subraya el propio Gargarella– es particularmente notable en el caso de los indígenas bolivianos.

VII.

Muchas de las constituciones vigentes en la segunda década del siglo XXI son constituciones abiertas al derecho internacional. Ello en particular en materia de los derechos humanos. Esto significa, al menos, dos cosas: que el contenido de las constituciones no se limita a lo que se encuentra consignado en su texto y deducen los jueces constitucionales a partir de la interpretación del mismo sino que también incluye a las normas de origen internacional –al menos y sobre todo– en materia de derechos humanos ratificados por los respectivos estados. Esto ha dado lugar a que en el lenguaje constitucional contemporáneo se utilice el concepto de “bloque de constitucionalidad” para referir al conjunto de normas que se encuentran en la cúspide de los ordenamientos jurídicos estatales.

El concepto “bloque de constitucionalidad” fue la idea con la que el jurista Louis Favoreu bautizó la decisión del Consejo Constitucional de Francia que decretó que la norma suprema de ese país contendría a la Constitución de 1958, a su preámbulo y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y que ahora se utiliza en los países en los que se han incorporado en el nivel más alto del ordenamiento jurídico –que tradicionalmente correspondía sólo a la Constitución– los tratados internacionales de derechos humanos e incluso a las opiniones y decisiones

³⁶ Gargarella, Roberto y Cortois, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas interrogantes*, Santiago de Chile, Cepal-Naciones Unidas, p. 10.

³⁷ *Idem.*

de comisiones y cortes supranacionales. En su dimensión sustantiva el bloque es un conjunto robusto que contiene un muy amplio catálogo de derechos (naturales, humanos o fundamentales se según cada tiempo histórico y tradición teórica) que están recogidos con fórmulas abstractas y abiertas. Asimismo, inevitablemente, incorpora tradiciones filosóficas diversas y es sensible a las diferentes tradiciones históricas y, por lo mismo, incorpora y protege un amplio catálogo de derechos colectivos de grupos, comunidades o pueblos indígenas u originarios. El bloque impacta los mecanismos de control que sirven para determinar la validez de las normas secundarias de los diferentes ordenamientos porque amplía la base sobre la que se ejerce dicho control e incorpora la idea del control de convencionalidad.

Recordemos que el control de convencionalidad es un mecanismo mediante el cual una autoridad se cerciora de que las normas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos prevalezcan sobre las normas inferiores que las contradicen y, en consecuencia, éstas últimas no son aplicadas. En América Latina, por ejemplo, es un control que ejerce la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) al decidir los casos que le corresponde atender y, en términos generales, equivale al ejercicio que llevan a cabo las Cortes o Tribunales Constitucionales cuando realiza el control de constitucionalidad. La diferencia reside en que la CIDH no puede inaplicar directamente una disposición estatal sino que debe hacerlo a través de las autoridades nacionales correspondientes. Pero, en todo caso, el efecto es el mismo: se decreta la inaplicación de la disposición o de la norma en cuestión (por considerarse incompatible con el tratado o con la Constitución).

Al realizar el “control de convencionalidad” los jueces deben echar mano de dos criterios orientadores: un principio de armonización y un principio *pro persona*.³⁸ El primero es un imperativo técnico que supone que los principios y normas jurídicas en materia de derechos deben integrarse de manera armónica procurando brindar la mayor protección posible. Esta es la tarea que sólo pueden realizar los jueces e implica que, en algunos casos, prevalecerá la norma de origen internacional sobre la de origen nacional y, en otros, en cambio, imperará el criterio contrario porque ahora la jerarquía normativa es una jerarquía sustantiva o de contenidos.

³⁸ Cfr. Ferrer, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, op. cit., pp. 339-429.

Estos conceptos, bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad –que están recogidos, incluso textualmente, en constituciones del Modelo Democrático constitucional y del NCL– desafían a las teorías tradicionales sobre la supremacía constitucional inspiradas típicamente en la obra de Hans Kelsen. Es conocida la imagen kelseniana de los ordenamientos con estructura piramidal jerárquicamente organizada por grados o niveles de validez en cuya cúspide se encuentra la Constitución. Según esta acreditada teoría –como condición para su validez– todas las normas jurídicas inferiores a la Constitución deben ajustar su contenido al texto de la misma. Además deben ser creadas observando un procedimiento de creación constitucionalmente autorizado.

Estas premisas entran en crisis en los textos constitucionales que incorporan la idea del “bloque de constitucionalidad” porque, dejando a salvo el requisito formal relativo al procedimiento de creación, en la dimensión sustantiva o material, lo que ahora cuenta para sancionar la validez de las normas ya no es la jerarquía piramidal “a grados” sino, como acabamos de advertir, una especie de “jerarquía por contenidos”. Ese es el sentido de lo que se conoce como principio “pro persona” y que está implícito en las disposiciones antes reproducidas: la norma que debe prevalecer es la que ofrece mayor protección aunque se encuentre contenida en una disposición que, en principio, se ubica por debajo de la Constitución (por ejemplo, en un Tratado Internacional).

Es necesario distinguir entre el problema de la validez y el problema de las aporías o contradicciones normativas. En el primer caso lo que importa es que las normas secundarias se creen con apego a los procedimientos establecidos y que su contenido respete los límites que impone la norma jerárquicamente superior (ya sea por rango o por contenido). En los hechos, muchas disposiciones y normas jurídicas se crean sobre la base de una presunción de validez que les alcanza para surtir efectos jurídicos. En este ámbito, el tema del “bloque de constitucionalidad” no resulta especialmente problemático porque, en principio, la Constitución puede seguirse considerando el parámetro último de validez normativa. Pero las cosas cambian cuando se enfrentan casos de aporías normativas.

En los casos de las aporías o contradicciones normativas existen algunos principios que sirven para superar las contradicciones (por ejemplo, típicamente “ley posterior prevalece sobre la ley anterior”). Hasta ahora, uno de esos principios ha sido, precisamente, el principio de jerarquía por rango, que indica que la ley superior prevalece sobre la de rango inferior. En la teoría piramidal kelseniana ese principio permitía identificar a la Constitución como parámetro último de descarte. Pero las cosas no son tan fáciles

en los ordenamientos fundados en el “bloque de constitucionalidad” y el principio “pro persona”. En esos contextos, los intérpretes y/o aplicadores jurídicos deben privilegiar las disposiciones o normas que, más allá de su ubicación en la estructura del ordenamiento, en virtud de su contenido, brinden mayor protección a los derechos humanos o fundamentales. Dichas disposiciones no necesariamente se encontrarán en el texto constitucional.

VIII.

Las transformaciones mundiales durante la primera década del siglo XXI imponen retos importantes a la teoría constitucional y a los modelos de Constitución imperantes. La globalización y el predominio del poder económico sobre el poder político dentro y fuera de los estados nacionales conllevan desafíos para la manera en la que se organizan los poderes públicos y, sobre todo, para la agenda de los derechos fundamentales. De ahí que algunos autores, retomando la vieja idea de estirpe liberal proyectada por Kant, propongan la adopción de una Constitución mundial. Al día de hoy ese fenómeno no existe pero las razones y los problemas que conducen a imaginarlo tienen indiscutible presencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales y estado constitucional de derecho” en Carbonell, M. y Salazar, P., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*.
- BOBBIO, Norberto y BOVERO, Michelangelo, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- BOBBIO, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984.
- BOVERO, Michelangelo, Prefacio al libro de Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.
- CARBONELL Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.
- CARBONELL, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2006.
- CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010.

- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y democracia*, Taurus, Madrid, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977.
- ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y Democracia*, FCE, México, 1999 [1988].
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011.
- , *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- , *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*, en Colección “Temas para la democracia”, Conferencias Magistrales, 13, Instituto Federal Electoral, 2001, México.
- FERRER, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*.
- GARGARELLA, Roberto y CORTOIS, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, Cepal-Naciones Unidas.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Restricciones de la democracia representativa”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federa*.
- MORTATI, Constantino, *La constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- NINO, Carlos S., *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- POZZOLO, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2006.
- ROSENKRANTZ, Carlos, y VIGO, Roberto, *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Fontamara, México, 2008.
- SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, México, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Plural Editores, La Paz, 2010.
- SERNA DE LA GARZA, José María., *Procesos Constituyentes Contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, IJ-UNAM, México, 2009.
- UPRIMNY, Rodrigo, “Las transformaciones Constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos” en Rodríguez Garavito, César, (coordinador), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el Siglo XXI*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2011.

VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en AA.VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010.

VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente constitucional sistematizada?”, ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México, 2010, p. 5. Disponible Online en <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>.