

# NEOCONSTITUCIONALISMO

*Eduardo Aldunate*<sup>1 2</sup>

El neoconstitucionalismo es un término que se viene escuchando al menos los últimos cuarenta años, en el ámbito del estudio del derecho y, más precisamente, del derecho constitucional. No obstante su edad, no está del todo claro a qué se alude con esta voz. La presente exposición trata de presentar un panorama general de sus posibles significados, y una toma de posición respecto de algunos de sus contenidos.

La expresión neoconstitucionalismo parece usarse, sin mayor distinción, para aludir al menos a tres cosas distintas.

En primer lugar, el nombre que caracteriza a la evolución del diseño y de las praxis constitucional tras la segunda guerra mundial, inicialmente en algunos países de Europa continental (Italia, Alemania, Portugal, España) y para pasar posteriormente a Latinoamérica, y difundirse también hacia otros países europeos. En este sentido, el neoconstitucionalismo sería el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, en el espacio mencionado, y que presentaría las siguientes características: a) unas constituciones rígidas, con un concepto de rigidez que une, a la clásica distinción entre el poder legislativo y aquel encargado de reformar la constitución a través de procedimientos más exigentes que los necesarios para cambiar la ley, una garantía jurisdiccional de la supremacía de la constitución.

---

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas (1991) y actualmente profesor titular de derecho constitucional en la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en derecho por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad del Sarre, Alemania (1997)

<sup>2</sup> Trabajo presentado con fecha 15 de junio de 2009 en el ciclo de Coloquios de Justicia Constitucional, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

De este modo, o bien todos los tribunales, o bien un tribunal especializado en el control de constitucionalidad de las leyes, podrían declarar una ley inconstitucional y hacer primar, de este modo, la superior posición jerárquica de la Constitución; b) unas constituciones que se definen a sí mismas, o bien se empiezan a considerar por los tribunales y la doctrina, como textos con carácter normativo y derecho directamente aplicable (en contraste con la práctica y las ideas predominantes previas a la segunda guerra mundial en que, se sostiene, la constitución habría sido considerada como un conjunto de declaraciones políticas sin posible aplicación como derecho); c) unos catálogos de derechos fundamentales que, junto con otras disposiciones de la constitución, pasan a ser considerados valores, o bien principios, que, en diferentes grados dependiendo de la respectiva cultura jurídica y diseño institucional, no se limitan a regular la organización del poder, las relaciones entre los poderes públicos sino que “*irradian*” o se proyectan a todo el ordenamiento jurídico, de tal modo que ya no existen espacios jurídicos exentos de regulación constitucional, aun cuando ésta sea meramente directriz, (fenómeno conocido como constitucionalización del derecho) y por lo tanto; d) un efecto horizontal, o entre particulares, reconocido a los derechos fundamentales, que en el constitucionalismo anterior a la segunda guerra mundial se consideraba como preceptos dirigidos al ejercicio del poder, y que ahora empiezan a considerarse en los conflictos entre particulares, lo que lleva a e) un método específico propuesto para la aplicación de estos principios o valores (en especial plasmados en el catálogo de derechos fundamentales), aplicación para la cual no sería adecuado el método de subsunción que, se afirma, sería el propio del positivismo jurídico. Este método debiese dar razón del carácter moral, de justicia material, de los principios constitucionales, de modo tal de afirmar siempre su vigencia y validez y apreciar, solo en el caso concreto en que se produzca una colisión de valores o principios, a cuál de ellos debe darse, en ese caso, prevalencia.

Este método es el método de la ponderación y aplica, para apreciar comparativamente los principios en juego, la estructura del juicio de proporcionalidad desarrollado originalmente en el derecho administrativo. Este juicio de proporcionalidad implica analizar, en primer lugar, en qué medida la afectación de un derecho o principio es idónea para lograr un fin legítimo; en segundo lugar, establecido que se trata de una medida idónea, se debe examinar en qué grado la afectación es necesaria frente a otras posibilidades de acción

menos lesivas; y por último, se realiza un examen de proporcionalidad en sentido estricto, destinado a sopesar por una parte la afectación que sufre un principio o valor, y por otra, el beneficio o provecho que reporta para la finalidad perseguida, y a establecer la adecuación -o no adecuación- de esta relación entre gravamen y beneficio. Cabe agregar a todo lo dicho que, en el ámbito europeo, se cuenta dentro de los procesos asociados al neoconstitucionalismo la proliferación de fuentes del derecho que se da en el contexto de la integración europea, así como las relativas cuestiones a la subsistencia de un poder democrático dentro de un soberano que difunde sus facultades de decisión en las instituciones comunitarias.

En segundo lugar, el neoconstitucionalismo se usa de manera general e indeterminada para aludir a aquel conjunto de autores que se han ocupado de sentar las bases teóricas, o bien describir los hitos de la evolución que conduce a los rasgos descritos, o, en fin, acogerlos favorablemente (entendiéndolos como una suerte de avance del constitucionalismo), desarrollarlos y difundirlos en la comunidad científica. Para la elaboración teórica de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, como principios correlativos a los respectivos valores, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán iniciada con el fallo Lüth, y la propuesta de su manejo por la vía de la ponderación, debe mencionarse aquí a Robert Alexy y su trabajo *Teoría de los derechos fundamentales*. Esta teoría contiene también una toma de posición sobre la teoría de las normas y la distinción entre reglas (o normas) y principios, cuyo exponente más conspicuo -o al menos el que goza de mayor popularidad- parece ser Ronald Dworkin, principalmente en los capítulos II y III El Modelo de las Normas (1) y El Modelo de las Normas (2) de su obra *Los derechos en serio* (una traducción algo más literal del título, *Taking Rights seriously*, -Tomando en serio los derechos-, me parece que hubiese hecho más justicia a la semántica actitudinal de esta obra). La frecuente referencia, en este contexto, a *El derecho ductil* -obra de Gustavo Zagrebelsky- parece permitir su incorporación dentro de este grupo. Por otro lado, destaca Luigi Ferrajoli, quien dentro de los difusos contornos que adquiere el neoconstitucionalismo como movimiento, ha defendido que el modelo constitucional desarrollado tras la segunda guerra mundial puede describirse como un nuevo modelo de Estado, una versión avanzada y mejorada del Estado de Derecho. El Estado Constitucional de Derecho representaría esta nueva forma o tipo de Estado, impregnado por un énfasis en el garantismo -no solo a nivel penal, que es el

ámbito de mayor desarrollo por parte de este autor (*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*), sino que a través de todo el ordenamiento jurídico y la praxis institucional (*Derechos y garantías: la ley del más débil*).

El núcleo central del garantismo, en aquello que agrega al modelo del neoconstitucionalismo, es un concepto de garantía en virtud del cual la consagración de un derecho fundamental, sin su necesario desarrollo legislativo, no implica un mero vacío frente al cual preguntarse por el verdadero sentido protectorio de la respectiva disposición constitucional, sino que supone una omisión legislativa que, en su caso, puede ser colmada por la jurisdicción. En el ámbito latinoamericano puede mencionarse a Luis Prieto Sanchis y a Carlos Santiago Nino; y en general, como difusor de las obras y la discusión en torno al neoconstitucionalismo se destaca Miguel Carbonell, en *Neoconstitucionalismo(s), Teoría del Neoconstitucionalismo*, y una serie de seminarios y publicaciones. En general, puede adscribirse al constitucionalismo en este sentido tanto los autores, como la actitud que saluda la evolución institucional descrita en el primer sentido de la expresión, y promueve activamente su desarrollo y profundización.

En tercer lugar, bajo la etiqueta de neoconstitucionalismo pueden agruparse una serie de propuestas teóricas, elementos parciales de una teoría del derecho que se declara como superadora del positivismo. Estas propuestas implican, al menos en lo principal: a) el reencuentro del derecho y la moral en las disposiciones constitucionales que, siendo disposiciones de justicia material, o sea correspondiendo al ámbito de la moral, son ahora preceptos justiciables, como principios, en una dimensión jurídica y, por el efecto de irradiación de la Constitución, aplicables en todo el espectro del ordenamiento jurídico; b) una teoría de la constitución subyacente (en el sentido de que no se presenta como tal) en virtud del cual la constitución deja de ser el ordenamiento jurídico político fundamental, y pasa a ser el ordenamiento de referencia de todo el ordenamiento jurídico, configuradora no solo de las relaciones políticas, sino también de todas las relaciones sociales (efecto horizontal de los derechos fundamentales); c) una teoría de las normas que distingue entre normas o reglas, por un lado, y por otro lado, los principios, con requerimientos distintos en cuanto a su método de aplicación, lo que lleva a d) una teoría de la argumentación jurídica o, al menos, de la argumentación de la aplicación del derecho, que alza como instrumento fundamental el método de la ponderación arriba descrito.

Cuando se examina de manera general y somera los elementos presentes en el neoconstitucionalismo, éste parece realmente un desarrollo muy promisorio y favorable para el constitucionalismo. Quizás su mayor atractivo es que toca, al unísono, una serie de cuerdas que suenan agradables y evidentes al oído del sentido común. Parece que no necesita de demostración alguna lo bueno que resulta que un órgano especial controle la producción legislativa, no solo a la luz de ciertas reglas básicas del juego político, sino también a la luz de los principios constitucionales que plasman valores con los que todos podemos estar de acuerdo, como son los derechos fundamentales. Resulta del mismo modo comprensible que, si estos valores llegan a entrar en conflicto se les aprecie para cada caso prudencialmente, quedando intacta la afirmación general de su validez. Por último, parece también fuera de toda duda que si los derechos fundamentales que nos asegura la Constitución valen frente a la autoridad pública, debiesen valer también en las relaciones entre particulares. ¿Qué sentido tendría mi garantía a la libertad de prensa si es mi vecino, y no el estado, el que logra de manera efectiva impedir que los diarios que imprimo puedan ser distribuidos?

Esta apreciación positiva, esta satisfacción en torno a los desarrollos que destaca y valora favorablemente el neoconstitucionalismo está muy cerca de lo que podría llamarse una ingenua beatitud político-jurídica. En efecto, lo que está en juego tras la evolución institucional y la apreciación teórica que se puede asociar a esta etiqueta es el concepto y función de la constitución política y, más allá, la definición misma del rol de los ciudadanos en la configuración del orden jurídico, político y social.

La Constitución, en el sentido en que solemos aludir a ella, esto es, como un documento de carácter normativo en que se encuentra formulado de una vez la organización de los poderes públicos y el listado de derechos fundamentales es, ante todo, el instrumento a través del cual se dota al poder político de legitimidad. Las constituciones modernas no son en primera línea limitativas del poder; lo son consecuentemente, porque, antes que cualquier otra cosa, constituyen el poder, le otorgan una base de legitimidad racional legal en reemplazo de la legitimidad tradicional del *Ancien regime*. Sin embargo, no existe instrumento de carácter normativo que pueda pretender, con éxito, haber agotado el proceso político entendido como la permanente lucha por el poder en torno a la concreción de determinados valores y a creencias, y a la forma

de entender esos valores y creencias. La constitución solo puede pretender cumplir su rol legitimador si no obstaculiza o bloquea este flujo; allí donde las constituciones aparecen como un obstáculo para el proceso político, no es precisamente éste el que se detiene ante ellas, sino las propias cartas fundamentales las que ven mermada su normatividad, usualmente en favor de una despolitización del conflicto, que pasa a desarrollarse en el plano de la fuerza. Y esto implica que, para que una constitución cumpla su función, la definición de ciertos aspectos básicos, es tan importante como la conservación de amplios espacios remanentes, de maniobra y decisión del juego político que, en nuestros días, se entiende que debe ser llevado principalmente por las autoridades de legitimación democrática. El concepto de una constitución en la cual se encuentran ancladas, bajo la forma de principios, todas las posibles decisiones que puedan presentarse en el ordenamiento subconstitucional; en que los conflictos entre valores, *sub specie* derechos fundamentales, no son objeto del debate y la discusión pública por los representantes elegidos por el soberano político, sino que son decididos a través de un método ponderativo en que la razón o criterio para entregar a ciertos principios o valores mayor peso relativo que a otro, en cada caso concreto, no son explicitados ni sujetos a una disciplina argumental que se pueda vincular racionalmente a las fuentes del derecho hace, ciertamente, que la constitución sea omnipresente; pero al mismo tiempo empobrece sobremanera el proceso político. Si, de alguna manera, todas las cuestiones jurídicas están afectadas por los principios constitucionales, resulta de ello que no hay controversia o lucha política relevante sino es en el ámbito constitucional.

De este modo, la constitución se desnaturaliza: de intentar dar el marco para el desarrollo del proceso político, excluyendo del mismo las cuestiones fundamentales (que por lo mismo están en la constitución), ahora ella se transforma en el único nivel en que se deben y pueden dar las luchas políticas verdaderamente relevantes, disponibles para el soberano político; el proceso legislativo y en general, el proceso institucional subconstitucional, queda excluido de la movilización política ya que ¿para qué buscar en esta arena las victorias que posteriormente podrán ser anuladas en la sala de la respectiva corte constitucional?

Así visto, el auge del neoconstitucionalismo parece peligrosamente comprensible como un discurso que, revestido de las mejores galas terminológicas del

estado de derecho -un estado de derecho “enchulado”, diría el amante de los autos, o *reloaded*, el de la saga de Matrix: estado constitucional social y democrático de derecho -, con una atractiva pancarta anti-positivista, y cargado de referencias “valiosas” (a los valores contenidos en los derechos fundamentales y los principios constitucionales) deja tranquila la conciencia de una sociedad en que la participación política va en disminución, y en que el compromiso político del ciudadano tiende a cero. Con una expresión de complacencia y beatitud, el ciudadano, entendido como una calidad que se tiene, y no como un rol que se debe desempeñar en el sistema político (para que éste realmente pueda llamarse democrático), puede mirar contento al cuadro que pinta el neoconstitucionalista, en que la constitución es un valor, sus principios son valores, y en que la moral y la justicia dejan de ser un problema de su concierimiento en la medida en que están garantizados -incluso en caso de vacío u omisión- por jueces ponderados y ponderantes. Las mayorías parlamentarias pueden equivocarse, de cara a la constitución; pero no hay que temer; el error será corregido por los jueces constitucionales. *Es herrscht wieder Frieden im Land*, decía años atrás el poeta y cantautor Constantin Wecker: ésta podría ser la consigna del neoconstitucionalismo: la paz reina nuevamente en el país. Durante la discusión habida en el coloquio del 15 de Junio de 2009 en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales se plantearon diversas preguntas y observaciones, en especial relacionadas con mi crítica al neoconstitucionalismo, resumida en los párrafos precedentes. Quisiera cerrar este trabajo haciéndome cargo en particular de dos de ellas.

La primera observación reclamaba una toma de posición respecto del neoconstitucionalismo. Al respecto, tendría que hacer algunas precisiones. No puedo tomar posición si por neoconstitucionalismo se entiende la evolución de los regímenes constitucionales después de la segunda guerra mundial. Puedo considerarla más o menos conveniente desde un punto de vista político constitucional pero, en el plano científico, me parece que solo cabe constatarla. En segundo lugar, no puedo, tampoco, tomar posición respecto de las posturas teóricas e ideológicas que se puedan adscribir al neoconstitucionalismo, en bloque, por la sencilla razón de que no forman una unidad.

Así, puedo asumir una crítica a la distinción entre principios y reglas porque se encuentra anclada en premisas lingüísticas deficientes -que identifican la fórmula de texto con las entidades de significado normativo a las que se acce-

de tras un proceso de construcción intelectual-; puedo enfrentar la calificación de los derechos fundamentales como valores porque enerva toda función normativa de los textos sobre derechos fundamentales en el proceso de decisión jurisdiccional; puedo denunciar la ponderación como un método aparente porque si por método en la ciencia jurídica se entiende algún camino para contribuir a la argumentación en el plano intersubjetivo, ella -la ponderación- hace justamente lo contrario, al radicar el momento decisivo y decisorio del proceso de adjudicación en la opción -subjetiva- por atribuir mayor peso a un valor o principio que a otro, enfrentados que sean en un conflicto; etc. Lo que sí puedo hacer es apreciar que, en su conjunto, de bordes no del todo definidos, tanto en lo que toca a la evolución del diseño y praxis institucional post segunda guerra como en las posturas teóricas y materiales ideológicos involucrados, el neoconstitucionalismo modifica esencialmente el concepto de constitución, de constitución política a constitución jurídico-social. Con ello, priva a la constitución de su principal función, que es legitimar el poder (o, si se quiere decir de otro modo, despejar de la lucha política las cuestiones sobre legitimidad). Ello puede funcionar en tiempos de consenso real o aparente sobre las bases de la convivencia social; pero la historia muestra que esos consensos nunca son definitivos. En este sentido, el neoconstitucionalismo pareciese operar sobre una filosofía de la historia a la Fukuyama. Por su parte, traslada las cuestiones que están a disposición de la movilización política del plano legislativo al plano constitucional: si todo está *de alguna forma* resuelto en la constitución, la decisión parlamentaria a nivel de mayorías es una especie de infantil juego político que, a buenas cuentas, siempre podrá ser *corregido* constitucionalmente por la respectiva jurisdicción; el verdadero proceso político, la decisiones “*en serio*” de los poderes legitimados democráticamente solo pueden tomarse en el nivel constitucional. Y, en el caso de constituciones rígidas, esto implica que tales decisiones quedarán fuera del alcance de la mayoría; los verdaderos decisores serán aquella parte de la minoría que deba concurrir a aprobar la respectiva reforma.

La segunda observación defendía el método de la ponderación. Si no he entendido mal las explícitas descripciones que he encontrado de la aplicación de este método, por su intermedio se busca arribar a una solución en el caso de conflicto entre valores o principios constitucionales cuya validez no se encuentra en discusión. A diferencia de la colisión de reglas, donde se afirma que la solución necesariamente pasa por afirmar la validez de una y negar



la validez de la otra para el caso concreto, en la ponderación se afirma la validez de ambos principios o valores, antes y después del proceso de toma de decisión; solo que, para la situación en concreto, se otorga a uno de ellos un mayor peso relativo, atendidas las circunstancias del caso. La crítica a este método de ponderación puede ser desarrollada in extenso, como lo hace Juan Antonio García Amado en su contribución al libro *Derechos sociales y ponderación* coordinado por Robert Alexy. Mi opción en este caso es más breve, y pretende dar una imagen del problema que creo, es irresoluble para quienes defienden el método de la ponderación. Si por ponderación se entiende sopesar o apreciar el peso relativo de valores o principios en conflicto, puede recurrirse a la imagen de la balanza. En el punto de partida, se afirma que los valores o principios conservan la misma validez. Eso significaría que, en un primer momento, la balanza se encuentra equilibrada, teniendo en cada uno de sus platos a cada uno de los principios o valores en juego. Luego, se dice, la decisión se tomará por el mayor peso que en el caso concreto se asigne a cada uno de estos valores. Volviendo a la figura, el operador jurídico agrega, entonces, a uno de los platos, un peso adicional. La pregunta que creo se torna irresoluble es, en este punto, la siguiente ¿de dónde saca el operador jurídico dicho peso adicional? O, más precisamente ¿en qué ámbito argumentalmente sostenible en una dimensión intersubjetiva (y no como opción personal), y a partir de qué elementos jurídicos, el adjudicador opera aquí su caja de pesos adicionales para cada caso?