



El nuevo constitucionalismo en América Latina

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR
PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

El nuevo constitucionalismo en
América Latina



CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR
PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Dr. Édgar Zárate Zárate
VICEPRESIDENTE

Dra. Ruth Seni Pinoargote
Jueza

Dra. Nina Pacari Vega
Jueza

Dr. Alfonso Luz Yunes
Juez

Dr. Roberto Bhrunis Lemarie
Juez

Dr. Hernando Morales Vinueza
Juez

Dr. Patricio Herrera Betancourt
Juez

Dr. Manuel Viteri Olvera
Juez

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

Dra. Marcia Ramos Benalcázar
PROSECRETARIA

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR
PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

El nuevo constitucionalismo en
América Latina

Memorias del encuentro internacional *El nuevo
constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*



QUITO, 2010

© 2010, Corte Constitucional del Ecuador

Av. 12 de Octubre N16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez

Quito - Ecuador

<http://www.corteconstitucional.gov.ec>

Primera edición.

Cita sugerida: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo en América Latina. 1 ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010. 96 p.

ISBN (13): 978-9978-92-876-9

Derechos de autor: 033643

Cuidado de la edición: Ángel Oleas Gallo.

Corrección de estilo: Andrea Ávila Jácome

Transcripción de textos: Mónica Reyes, José Luis Espinosa y Alejandra Tapia

Diagramación y diseño: Sutti Arte&Comunicación

Impreso en Quito por Editora Nacional.

Junio de 2010

CONTENIDO

| | |
|---|----|
| Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Roberto Viciano y Rubén Martínez. | 9 |
| I. Una nueva categoría en el constitucionalismo | 13 |
| II. Neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo | 16 |
| III. El constitucionalismo necesario y los procesos constituyentes Latinoamericanos | 22 |
| IV. Características formales: los rasgos del nuevo constitucionalismo | 26 |
| V. Características materiales: los fundamentos del nuevo constitucionalismo | 34 |
| VI. Bibliografía | 38 |
| II. Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI. Miguel Carbonell | 45 |
| III. Neoconstitucionalismo y uso alternativo del derecho. José Antonio Martín Pallín | 57 |
| IV. Los derechos económicos y sociales en el nuevo constitucionalismo. Carlos Gaviria Díaz. | 67 |
| V. Mutaciones constitucionales: nuevo rol de la interpretación constitucional. Carlos Alberto López Cadena. | 81 |

PRESENTACIÓN:

**ASPECTOS GENERALES DEL
NUEVO CONSTITUCIONALISMO
LATINOAMERICANO**

**Roberto Viciano Pastor
Rubén Martínez Dalmau**

ROBERTO VICIANO PASTOR (Valencia, España, 1962) es doctor en Derecho, catedrático de Derecho Constitucional en la Universitat de València, titular de la cátedra Jean Monnet sobre Instituciones Comunitarias, y preside la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS).

RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU (Teulada, España, 1970) es doctor en Derecho, investigador en el Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración de la Universitat de València.

I. Una nueva categoría en el constitucionalismo

Si existe una disciplina en las ciencias jurídicas que parece contar, como cualidad intrínseca, con problemas para la innovación es, desde luego, el derecho constitucional. Se trata de un ámbito donde es difícil la innovación y la experimentación, más propias —y en muchos casos relativamente fácil— de otras disciplinas jurídicas. Seguramente la razón se encuentra en la íntima relación entre democracia, gobierno y derecho, fundamentos del constitucionalismo en general, y del derecho constitucional, entendido como la dimensión jurídica del constitucionalismo, en particular.

En efecto, cuando las innovaciones afectan a la legitimidad del poder público (democracia), al ejercicio de este poder (gobierno) o a la regulación jurídica de ambas cuestiones (Constitución)¹, son poco

¹ García Roca sintetiza bien la lectura tradicional de la esencia del constitucionalismo cuando afirma que “el problema del Derecho Constitucional es siempre el mismo, siglo tras siglo, desde nuestros precursores ilustrados: limitar al Príncipe, controlar el poder, para permitir la libertad política de los ciudadanos. O, en otras palabras, salvaguardar el Estado de Derecho para que, dentro de sus límites, operen la soberanía popular y el principio democrático” (2000: 70). Esta formulación pone de relieve una confusión bastante frecuente en la doctrina que debemos aclarar: el constitucionalismo no limita la soberanía popular sino a los representantes de la soberanía popular. Precisamente, la soberanía popular, ejercida directamente a través de la aprobación mediante consulta popular del texto constitucional, legitima democráticamente el Estado de Derecho, dando sentido a que la Constitución limite a quienes ejercen el gobierno designados por la soberanía popular. Respecto a la tensión entre democracia y constitucionalismo (cfr.

atractivos los procesos innovadores, en especial cuando el devenir histórico ha enseñado que no todo cambio en este campo ha sido para mejor² y los que lo han sido, no siempre han conseguido consolidarse.

Por ese motivo, la doctrina constitucional sigue siendo renuente a las modificaciones sustanciales del modelo constitucional, fundamentándose en categorías que supusieron un evidente avance en el contexto de la Europa de posguerra pero que hoy, por la natural evolución de la sociedad y por el acomodo institucional de quienes promovieron aquel progreso histórico, necesitan una urgente revisión.

Desde el punto de vista de los cambios conceptuales producidos en el constitucionalismo de inspiración europea, podemos determinar cuatro grandes modelos de constitucionalismo, que se corresponden con otros tantos momentos constituyentes³ y que responden a una determinada concepción del constitucionalismo:

- la progresiva construcción del constitucionalismo liberal-revolucionario durante las revoluciones burguesas del siglo XVIII;
- la reacción conservadora, desvirtuadora del constitucionalismo, fruto de la renovada coalición entre la clase burguesa y la aristocracia, que surgió con la reacción termidoriana en

Salazar Ugarte, 2006).

² Como ocurrió al inicio del constitucionalismo europeo, con la reacción conservadora a la propuesta liberal revolucionaria que desnaturalizó la identidad entre democracia y Constitución. Ya a mediados del siglo XIX, cuando se apreciaba la victoria del constitucionalismo conservador frente al revolucionario, Pi y Margall afirmaba de la Constitución francesa de 1793 que los jacobinos escribieron «una declaración de los derechos del hombre, que con sobrada razón se ha hecho famosa. Consignar nuestros derechos es consignar nuestra soberanía, y consignar la soberanía individual es consignar la de los pueblos (...). Los autores de nuestras constituciones no han dejado de seguir en esto las pisadas de aquellos revolucionarios, célebres para siempre en los fastos de la historia; mas con tan poco acierto y filosofía tan escasa, que no puedo menos que volver a descargar sobre ellos todo el peso de mi crítica» (1854: 158). Peces-Barba definirá esta desvirtuación conservadora del constitucionalismo de la siguiente manera: “Los sectores antimodernos, tradicionalistas y contrarrevolucionarios plantearán una alternativa de Constitución como un orden natural e histórico que condicione al Derecho que es sólo reflejo de ese orden previo” (2003: 5).

³ Para una visión sucinta de los momentos constituyentes: cfr. Viciano y Martínez (2005b: pp. 55-68).

la Revolución Francesa y se desarrolló durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX;

- la temporal recuperación del constitucionalismo democrático, durante las primeras décadas del siglo XX; y
- la aparición del constitucionalismo social, después de la Segunda Guerra Mundial, que entiende que no puede consolidarse un modelo democrático de Estado sin un pacto de redistribución de la riqueza entre las clases dominantes y las dominadas⁴.

Pero, desde hace unas décadas, ante el progresivo debilitamiento de un concepto fuerte de Constitución, el neoconstitucionalismo ha insistido en la diferenciación entre el concepto formal y material de Estado constitucional. La distinción estriba en entender que no es un Estado constitucional aquél que cuenta con un texto que se autodenomina Constitución (concepto formal⁵), sino el que cuenta con una Constitución en sentido propio (concepto material), es decir, fruto de la legitimidad democrática y que cuenta con instrumentos que garantizan la limitación del poder y la efectividad de los derechos contemplados en el texto constitucional.

Desde esta posición, el Estado constitucional es un concepto en constante construcción pues siempre debe estar luchando por hacer efectivos sus dos elementos fundamentales: el de legitimidad democrática y el de normatividad. Por lo tanto, la Constitución es la juridificación de las decisiones políticas fundamentales adoptadas por la soberanía popular, es el elemento de enlace entre política y derecho y el mecanismo de legitimación democrática de éste (Cfr. Favoreu, 1996). No basta, entonces, con la existencia de una Constitución,

⁴ Habermas, Jürgen, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”. *Daimon. Revista de Filosofía*, N° 15, 1997, pp. 25 y ss. Sobre la evolución desde el Estado liberal revolucionario hasta el Estado Social y Democrático de Derecho, de entre la amplia bibliografía al respecto, cfr. Häberle, Peter, *El estado constitucional*. UNAM, México, 2001.

⁵ Como frontalmente ha dicho Aguiló: cuando nos preguntamos qué es el Estado constitucional, “una respuesta fácil (pero inútil) consistiría en afirmar que (...) es aquel que cuenta con una Constitución” (2001: 450).

sino que el ordenamiento jurídico debe estar “impregnado” de las normas constitucionales.

Para ello, Guastini, un insigne representante del neoconstitucionalismo, determina siete condiciones de constitucionalización efectiva, lista que el autor entiende que puede no ser completa y presenta como una propuesta de inicio para el debate doctrinal, y que comprende: la rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la Constitución, su fuerza vinculante, la sobreinterpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme a la Constitución de las leyes, y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (2003: 50-57).

Pero esta reacción garantista, surgida en Europa ante el vaciamiento del concepto de Constitución en las últimas décadas del siglo XX, ha quedado reducida a una posición doctrinal de escasa influencia real en el contexto histórico y social en que apareció. Por el contrario, y a partir del inicio de la década de 1990, en América Latina, dichas teorías garantistas han sido asumidas por el nuevo constitucionalismo latinoamericano que, además, ha sumado una radical aplicación de la teoría democrática de la Constitución.

Desde este punto de vista, 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.

II. Neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo

Cabe, aquí, realizar algunas precisiones sobre tres conceptos utilizados hasta el momento: neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo, y nuevo constitucionalismo latinoamericano.

El estudio dialéctico del constitucionalismo desde su origen hasta el Estado social ha argumentado la perspectiva de un constitucionalismo en evolución: el constitucionalismo como corriente ideoló-

gica arrancarí­a con el radicalismo democrático, se realizarí­a durante las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, y evolucionarí­a hasta las constituciones del Estado Democrático y Social de Derecho, salvo el largo periodo involutivo conservador –al que ya se ha hecho referencia- apuntalado por el positivismo, que arrancó con el vuelco conservador del recién nacido constitucionalismo revolucionario y se prorrogó hasta las primeras constituciones democráticas durante la segunda década del siglo XX.

El **NEOCONSTITUCIONALISMO**, como explica Carbonell, pretende explicar este conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir a partir de la década de los setenta. Son constituciones “que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”. Se aluden como constituciones representativas la española de 1978 o la brasileña de 1988 (2007: 9 y 10). El neoconstitucionalismo desde ese punto de vista es una *teoría del Derecho* y no, propiamente, una *teoría de la Constitución*. Su fundamento es el análisis de la dimensión positiva de la Constitución, para lo cual no es necesario el análisis de la legitimidad democrática y de la fórmula a través de la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida.

De esa manera, el neoconstitucionalismo reivindica la reinterpretación desde la Constitución del Estado de Derecho. Como ha expresado Ferrajoli se debe distinguir entre “el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado Constitucional de Derecho (o Estado constitucional) producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias” (Ferrajoli, en Carbonell, *cit.* 2003: 13-29).

En definitiva, el neoconstitucionalismo pretende, sin ruptura, convertir al *Estado de Derecho* en el *Estado Constitucional de Derecho*. La presencia hegemónica de los principios como criterios de interpretación en el constitucionalismo ha sido, como afirma Sastre, la princi-

pal herramienta de ataque del neoconstitucionalismo al positivismo jurídico. “Estos principios, que aspiran a conceder unidad material al sistema jurídico aunque estén presididos por el pluralismo, han hecho inservibles las tesis mecanicistas de la interpretación, que era uno de los pilares del positivismo teórico” (1999: 145).

Por esta razón, el neoconstitucionalismo está caracterizado por una Constitución invasora, por la positivización de un extenso catálogo de derechos, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por la determinación de que la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales no puede ser la misma que la de las normas legales (Comanducci, 2003: 83). Se trata, en definitiva, de recuperar la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico y de fortalecer su presencia determinadora en el desarrollo e interpretación del mismo.

Por su parte, el **NUEVO CONSTITUCIONALISMO** asume las posiciones del neoconstitucionalismo sobre la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico pero su preocupación no es sólo la dimensión jurídica de la Constitución sino, en un primer orden, su legitimidad democrática. En efecto, si el constitucionalismo es el mecanismo por el que la ciudadanía determina y limita el poder público, el primer problema del constitucionalismo debe ser garantizar la traslación fiel de la voluntad del poder constituyente (del pueblo) y certificar que solo la soberanía popular, directamente ejercida, pueda determinar la generación o la alteración de las normas constitucionales.

Desde este punto de vista, el nuevo constitucionalismo recupera el origen radical-democrático del constitucionalismo jacobino, dotándolo de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la identidad entre voluntad popular y Constitución.

Por todo ello, el nuevo constitucionalismo busca analizar, en un primer momento, la *fundamentación* de la Constitución, es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza sólo puede ser extrajurídica. Posteriormente —como consecuencia de aquélla— interesa la *efectividad* de la Constitución, con particular referencia —y en ese punto se conecta con los postulados neoconstitucionalistas— a su normatividad.

Desde el axioma democrático, el fundamento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico sólo puede encontrarse en que la Constitución es fruto del mandato del poder constituyente, que reside en el pueblo, y refleja su voluntad. Por esa razón, el Estado constitucional sólo puede ser el Estado regido por una Constitución legitimada directamente por la ciudadanía, no por sus representantes. El neoconstitucionalismo es, en consecuencia, una *teoría del Derecho*, pero sólo subsidiariamente y en la medida en que la Constitución rige el resto del ordenamiento jurídico; mientras que el nuevo constitucionalismo es, principalmente, una *teoría (democrática) de la Constitución*.

El nuevo constitucionalismo va más allá y entiende que para que el Estado constitucional tenga vigencia efectiva no basta con la mera comprobación de que se ha seguido el procedimiento constituyente adecuado y que se han generado mecanismos que garantizan la efectividad y normatividad de la Constitución. El nuevo constitucionalismo defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir, que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, debe garantizar la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y económicos, debe establecer procedimientos de control de la constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y debe generar reglas limitativas del poder político pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía.

Ese nuevo constitucionalismo teórico ha encontrado su plasmación, con algunas dificultades, en los recientes procesos constituyentes llevados a cabo en Venezuela, Bolivia y Ecuador⁶. Al menos, en cuanto a la fundamentación de la Constitución. Está por verse

⁶ Al hablar de dificultades, nos referimos a la modificación del texto constitucional pactada entre el gobierno nacional y la oposición política boliviana. El texto fue redactado por la Asamblea Constituyente. Este hecho supuso una grave alteración del correcto procedimiento constituyente. Sin embargo, hay que poner de relieve que la crisis política generada por la dura confrontación de la oposición con el gobierno, seguramente impidió cualquier otra fórmula más respetuosa con la teoría democrática de la Constitución.

si también se consigue llevar a la práctica todo lo diseñado en esos textos constitucionales con respecto a su efectividad y normatividad. Aunque comienzan a percibirse distorsiones importantes que pueden volver a frustrar un intento de recuperación integral de una teoría democrática de la Constitución. Estos procesos con sus productos, las nuevas constituciones de América Latina, conforman el contenido del conocido como **NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO** (Viciano y Martínez, 2005b: 60).

No hay que perder de vista que este nuevo constitucionalismo latinoamericano, además de pretender garantizar un real control del poder por los ciudadanos busca, como afirman Gargarella y Courtis, responder a la pregunta —aunque no sea la única- de cómo se soluciona el problema de la desigualdad social (2009: 11). El hecho de que se trate de sociedades que no experimentaron el Estado social, induce a pensar que las luchas sociales fueron el fundamento de la aparición de ese nuevo constitucionalismo latinoamericano. Los recientes procesos constituyentes latinoamericanos, por lo tanto, pasan a ser procesos *necesarios* en el devenir de la historia (Viciano y Martínez, 2005: 61), como resultado directo de los conflictos sociales que aparecieron durante la aplicación de políticas neoliberales, particularmente durante la década de los ochenta, y de los movimientos populares que intentaron contrarrestarlos (cfr. Seoane, Taddei y Algranati, 2006: 227 y ss). Estos procesos sociales concretos donde se han plasmado, al menos parcialmente, los postulados del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo, han sido frecuentemente descalificados alegando que realmente encubren procesos neopopulistas⁷. Edwards, por ejemplo, afirma que, en relación con las nuevas constituciones latinoamericanas, “el neo-constitucionalismo acepta y promueve el uso recurrente de plebiscitos y referendos para poder avanzar en sus agendas políticas y sociales. Es decir, esta novel doctrina ha elevado una de las características fundamentales del populismo —el que el líder populista apele de manera directa a las masas para obtener sus objetivos- a nivel constitucional” (2009: 233).

⁷ Un ejemplo comparado entre el caso colombiano y el venezolano se encuentra en Patiño y Cardona (2009: 163-184).

Sin embargo, la posición tanto del neoconstitucionalismo como del nuevo constitucionalismo es la diametralmente opuesta a la que plantea este autor. Con independencia de la necesidad de revisar el concepto de *populismo*, que excede el objetivo del presente trabajo, lo cierto es que para estas corrientes el avance democrático se realiza *en el marco de la Constitución*, y no a través de la relación directa entre el líder y las masas. Es el gobierno el que está legitimado por el pueblo y no, desde luego, al contrario. El diseño del campo de acción jurídico-política, en cada caso, se establece a través de la Constitución, única norma directamente legitimada por el pueblo en uso de su exclusivo poder constituyente. De hecho, es en ese marco donde se circunscribe, por ejemplo, la activación del poder constituyente en Ecuador diez años después de aprobada la Constitución de 1998⁸ o, más recientemente, la derrota de la reforma constitucional promovida por Hugo Chávez en Venezuela en diciembre de 2007⁹. Tampoco acierta el autor con otros elementos, como la reelección indefinida, que nunca han sido defendidos por posiciones neoconstitucionalistas ni del nuevo constitucionalismo¹⁰.

⁸ La historia constitucional ecuatoriana, en buena medida, había sido más evolucionada que en el resto de América Latina por la temprana aprobación —y revisión— de la Constitución ecuatoriana de 1998, la cual incorporó una serie de avances que, si bien no fueron suficientes y exigieron una revisión total una década después, sí apuntaban hacia el nuevo constitucionalismo latinoamericano (cfr. Martínez, 2009: 37-41).

⁹ Derrota que pudo deberse a que, aunque se considerara necesaria la introducción de modificaciones en el texto para profundizar en el proceso de cambio, la forma y el fondo del proyecto no eran los oportunos. En su forma, la propuesta era mejorable técnicamente y de fondo, incorporaba elementos extremadamente complejos e impropios de un cambio de avanzada. Se trataba de un proyecto que no cumplía con las expectativas de profundización del cambio del modelo económico y social; aparecían muchos conceptos que, al menos en la propuesta de reforma, no estaban suficientemente concretados; no avanzó en las garantías de los derechos económicos y sociales, ni en los mecanismos concretos de transformación del modelo de producción. Por otra parte, el proyecto no sólo no profundizaba en la democracia participativa, sino que endurecía varias condiciones para su aplicación, lo cual suponía un grave error, en especial cuando la diferencia entre el proceso de cambio venezolano y otros procesos sociales ha sido justamente la legitimidad que proporciona la participación. Y, por último, se pudo haber apelado, y no se hizo, al mecanismo adecuado para la realización de los cambios: la asamblea constituyente (cfr. Viciano y Martínez, 2008: 102-132).

¹⁰ Afirma Edwards, citando a los autores del presente trabajo, que “quienes apoyan estas disposiciones argumentan que todo lo que han hecho es incorporar los deseos de las personas —el soberano último— a la Carta Magna del país. Además, han dicho que los sistemas parlamentarios, como los de los países europeos, per-

III. El constitucionalismo necesario y los procesos constituyentes latinoamericanos

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, que ha sido calificado como *constitucionalismo sin padres* (cfr. Martínez, 2008: 5-15), se diferencia respecto del constitucionalismo anterior, en el campo de la legitimidad, por la naturaleza de las asambleas constituyentes.

Desde las constituciones fundacionales latinoamericanas —que, por otro lado, fueron más cercanas al liberalismo conservador que al revolucionario— América Latina había carecido de procesos constituyentes ortodoxos —esto es, plenamente democráticos— y, en cambio, había experimentado en multitud de ocasiones procesos constituyentes conducidos exclusivamente por las élites y alejados de la naturaleza democrática propia del auténtico poder constituyente. La evolución posterior del constitucionalismo latinoamericano del siglo XX, anterior a las nuevas constituciones, se fundamentó en el nominalis-

miten que un partido o una coalición dada sea reelegida de manera ilimitada, y que mientras ese partido mantenga a su líder, él o ella puede seguir al mando del ejecutivo por un periodo ilimitado de tiempo”. Estos argumentos, afirma, no tienen en cuenta que en un sistema parlamentario es posible censurar al primer ministro, una opción que no consta en la Constitución venezolana, “donde los ministros pueden ser censurados, pero no el jefe del ejecutivo al mando de la nación” (2009: 236). La desinformación en este análisis es evidente, y trasluce la desconfianza conservadora hacia las decisiones democráticas. Los autores, en el trabajo citado por Edwards, se limitaron a explicar las condiciones en que se dio el debate sobre la reforma constitucional venezolana intentada en 2007, entre ellas la necesidad de comprender desde el marco comparado que la revocatoria del mandato del Jefe de Estado, presente en todas las constituciones latinoamericanas desde la venezolana de 1999 —y, de hecho, aplicada en Venezuela en 2004— fungía de *moción de censura* en un sistema presidencialista. En ningún momento defendieron la reelección ilimitada; es más, afirmaron, en relación con el proyecto de reforma constitucional, el peligro que suponía “el retroceso que se experimentaba en el concepto de democracia participativa, verdadero sustento del proceso de cambio en Venezuela desde 1998” (Viciano y Martínez, 2008: 124). Por otro lado, el referendo revocatorio, como el resto de mecanismos de participación previstos en la Constitución venezolana, no implican ningún tipo de previsión sobre la decisión del pueblo, como de hecho se demostró en el citado proceso fallido de reforma constitucional. Como afirma Salamanca, “la intervención política del ciudadano no está limitada por ningún tipo de orientación ideológica previa. Va más allá del sufragio, estableciéndose múltiples vías de injerencia en la cosa pública. En adelante, deberíamos ver al pueblo no sólo votando, sino decidiendo los asuntos públicos” (2004: 119).

mo constitucional y, con ello, en la falta de una presencia efectiva de la Constitución en el ordenamiento jurídico y en la sociedad.

En general, las constituciones del *viejo constitucionalismo* sólo cumplieron los objetivos que habían determinado las élites: la organización del poder del Estado y el mantenimiento, en algunos casos, de los elementos básicos de un sistema democrático formal.

Por razones directamente relacionadas con las necesidades sociales y la falta de salidas democráticas, y con precedentes en varios intentos constituyentes latinoamericanos que finalmente fallaron en su legitimidad, los nuevos procesos constituyentes latinoamericanos tuvieron su inicio en Colombia a principios de la década de los noventa, pero fruto de reivindicaciones sociales anteriores.

El proceso colombiano contó con las principales características del nuevo constitucionalismo en cuanto a la legitimidad de origen: respondió a una propuesta social y política, precedida de movilizaciones que demostraban el factor necesidad, y se articuló en una asamblea constituyente, plenamente democrática. Sin embargo, por tratarse de un primer momento de una nueva construcción teórica y práctica, el proceso careció del referéndum de ratificación popular que resulta el aspecto nuclear de legitimación de la Constitución. Ello no quiere decir que no se planteara esa posibilidad sino que no consiguió imponerse. De hecho, Angulo se retrotrae a mediados de la década de los ochenta, para determinar el momento en que comenzaron a aparecer en diferentes sectores de la opinión pública la necesidad (y, por lo tanto, la posibilidad) de convocar un referéndum para aprobar la Constitución (2002: 127 y ss).

La activación directa de la asamblea constituyente no estaba prevista, desde luego, en la Constitución colombiana de 1886, todavía vigente —con sus enmiendas— a las puertas del siglo XXI. En esas condiciones se produjo el movimiento de la séptima papeleta, a través del cual se invitaba “al electorado a pronunciarse sobre la convocatoria de una Asamblea constitucional para reformar la carta política, mediante la utilización de una papeleta de votación, entonces mecanismo utilizado, que debía ser introducida en las urnas en las elecciones del 11 de marzo de 1990” (Amador, 2005: 92). El resto es

bien conocido: el proceso constituyente colombiano que culminó con la Constitución de 1991.

El elemento de *necesidad* del proceso constituyente colombiano y la situación de emergencia en la que vivía el país se tradujeron en el Decreto Legislativo 1926, de 24 de agosto de 1990, que exponía que los hechos “demuestran a las claras que las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia a las que tienen que encarar (...). [Éstas] han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas, se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y de ataque no imaginadas siquiera hace pocos años, por lo que su rediseño resulta una medida necesaria para que las causas de perturbación no continúen agravándose”.

Finalmente, y a pesar de los obstáculos y de la apropiación por parte de sectores políticos tradicionales de buena parte del proceso¹¹, la Constitución colombiana de 1991 se reivindicó como un texto constitucional fuerte, capaz de cambiar de forma decisiva el devenir del país. No en vano, el proceso constituyente colombiano de 1990-1991 ha sido calificado como el inicio de verdadero constitucionalismo colombiano¹².

A la experiencia colombiana, después de la adulteración del procedimiento constituyente en el Perú fujimorista, le siguió la experiencia ecuatoriana de 1998, donde la falta de un referéndum final sobre el texto constitucional y especialmente, el conflicto entre la asamblea constituyente y los poderes constituidos, debilitaron la legitimidad de la nueva Constitución¹³, que tuvo que ser abrogada por un nuevo proceso constituyente diez años después.

¹¹ Lo que, en términos de Amador, convierte al proceso constituyente colombiano en *inacabado* (2005: 98 y ss).

¹² Cfr., en general, la obra de Angulo ya citada.

¹³ Para un análisis del proceso constituyente ecuatoriano y de la Constitución de 1998 cfr., en general, Viciano, Trujillo y Andrade (ed.), *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005 (edición ecuatoriana bajo el título *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005).

Donde puede afirmarse con rotundidad que se produjo el primer proceso constituyente conforme a los requisitos marcados por el nuevo constitucionalismo, rescatando la originaria teoría democrática de la Constitución, fue en Venezuela en 1999. En dicho proceso no sólo se dieron los elementos centrales de los procesos constituyentes ortodoxos —referéndum activador del proceso constituyente y referéndum de aprobación del texto constitucional incluidos—, sino que se vislumbraron con nitidez tanto la necesidad constituyente, manifestada en la crisis social y política de finales de los ochenta¹⁴ y la década de los noventa, como la exigencia de rigidez para la reforma del nuevo texto constitucional, que excluyó la posibilidad de que pudiese ser reformada por el poder constituido.

Una nueva fase, sin duda, de los procesos constituyentes latinoamericanos, caracterizada en particular por elementos formales de las constituciones, la conforman los dos procesos que tuvieron lugar como continuación de aquéllos: el ecuatoriano de 2007-2008, cuyo texto se caracteriza principalmente por la innovación en el catálogo de derechos y por la definición del Estado como Estado constitucional¹⁵; y el boliviano de 2006-2009, el más difícil de todos los habidos, y cuyo resultado, la Constitución boliviana de 2009, es seguramente uno de los ejemplos más rotundos de transformación institucional que se ha experimentado en los últimos tiempos, por cuanto avanza

¹⁴ Y cuya principal expresión fue la serie de protestas populares conocida como El Caracazo o Sacudón, (ocurridas en febrero de 1989, en contra del programa de ajustes macroeconómicos fondomonetaristas implementado por Carlos Andrés Pérez. El gobierno militarizó las ciudades y permitió que el Ejército usara armas de guerra para contener las manifestaciones. Más de trescientos civiles murieron. Los hechos recibieron la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Sobre los antecedentes, gestación y desarrollo del proceso constituyente venezolano: cfr. Viciano y Martínez, 2001 (edición venezolana de Vadell Hermanos, Caracas, 2001). Un resumen de los antecedentes del proceso puede encontrarse en Martínez Dalmau, Rubén, “De Punto Fijo a la constituyente. Los bolivarianos, entre la acción y la reacción”, en Torres, *Venezuela, a contracorriente... cit.* Respecto a la relación entre el proceso constituyente venezolano y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, cfr. Viciano y Martínez, “El proceso constituyente venezolano...” cit.; y, más recientemente, en Viciano y Martínez “El proceso constituyente venezolano de 1999: su significado jurídico y político”, en Ortiz y Oviedo (Eds.), *Refundación del Estado nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina*, Universidad Nacional de Colombia-Sede Medellín y Universidad de Nariño, Medellín, 2009.

¹⁵ Respecto al texto ecuatoriano: cfr. Ávila, Grijalva y Martínez 2008.

hacia el Estado plurinacional, la simbiosis entre los valores poscoloniales y los indígenas, y crea el primer Tribunal Constitucional elegido directamente por los ciudadanos¹⁶.

Cada una de las experiencias constituyentes mencionadas se conforma en sí misma como un modelo teórico-práctico diferente del resto de los procesos constituyentes. Pero todas ellas cuentan con un denominador común que es necesario resaltar: asumen la necesidad de legitimar la voluntad social de cambio mediante un intachable proceso constituyente de hechura democrática y, aunque los resultados son en buena medida desiguales, consiguen aprobar constituciones que apuntan, en definitiva, hacia el Estado constitucional. Teoría y práctica se unen, por lo tanto, en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

IV. Características formales: los rasgos del nuevo constitucionalismo

No sólo en el elemento *legitimidad* ofrecido por los procedimientos democráticos con que se construyeron los textos latinoamericanos se ha traducido la aparición del nuevo constitucionalismo. Como no podía ser de otra manera, la recuperación de la teoría clásica de los procesos constituyentes y de la verdadera naturaleza originaria y creadora del poder constituyente ha incidido en la forma y estructura de las nuevas constituciones latinoamericanas que, sin romper con el concepto racional-normativo de Constitución –texto escrito, ordenado y articulado–, sí se adentran en algunas especificidades que, en buena medida, recuperan varias de las preocupaciones –e incluso algunas soluciones– del constitucionalismo liberal-revolucionario; en particular, el fortalecimiento de su dimensión política. Esto es así por cuanto el elemento *necesidad* ha servido de detonante, en todos los casos, de un esfuerzo suplementario por la búsqueda de elementos útiles para el cambio planteado como objetivo del proceso constituyente. Utilidad entendida en dos sentidos: por un lado, como el ejercicio intelectual para incorporar en el texto constitucional nue-

¹⁶ Al respecto: cfr. Martínez, 2008; y Martínez, en Ortiz y Oviedo, 2009.

vos conceptos e instituciones que podrían coadyuvar a través de su aplicación en el cumplimiento de la Constitución y, en definitiva, en la mejora en la calidad y condiciones de vida de los ciudadanos.

Las innovaciones no sólo aparecen en su forma positiva, con la incorporación de rasgos propios, incomprensibles desde el prisma del constitucionalismo del Estado social; sino también en la negativa, por cuanto en ocasiones se niegan planteamientos tradicionales y desaparecen instituciones propias de la historia constitucional de cada país¹⁷.

Por lo tanto, uno de los primeros rasgos visibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano es la sustitución de la *continuidad* constitucional —sustento del *viejo* constitucionalismo, salvo en momentos de crisis institucionales y de superaciones de épocas autoritarias—, bajo el hilo conductor del poder de reforma de la Constitución en manos de los legislativos ordinarios, por la ruptura con el sistema anterior que, proveniente de los procesos constituyentes, se traduce en los nuevos textos¹⁸.

Pero, en otro sentido, la utilidad de las nuevas constituciones se manifiesta también en su dimensión simbólica, intrínsecamente no menos adecuada que la dimensión fáctica. El hecho de que los procesos constituyentes latinoamericanos hayan insistido en la diferencia entre el Estado por destruir y el Estado por construir, en la *ruptura democrática* con lo viejo, y en la apuesta por la democracia material sobre la formal se visualiza, de hecho, con incorporaciones en los textos de componentes diferenciadores que, en muchos casos, sirven únicamente como elemento simbólico de distinción del proceso ante el rechazo del pasado inmediatamente anterior y la esperanza del fu-

¹⁷ Otras, no obstante, se han mantenido, por el peso de la tradición histórica incluso sobre la capacidad innovadora de los procesos constituyentes. Es el ejemplo, en Venezuela, de la perduración de la forma descentralizada federal en el Estado, a pesar de que finalmente se optó por un parlamento de una sola cámara, lo que convierte al país en un único y extraño ejemplo de federación unicameral. Por otro lado, a pesar de las nuevas formas religiosas y de espiritualidad incorporadas en las constituciones, todas ellas invocan a Dios en el preámbulo.

¹⁸ Esta rebelión contra el pasado puede apreciarse principalmente en los preámbulos constitucionales que, como el boliviano, hacen referencia explícita a los sucesos acontecidos sobre los que se ha construido, y rechazan determinados aspectos anteriores en afirmaciones como: “Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal”.

turo a que dará pie el nuevo texto constitucional. Las redacciones de los textos constitucionales están plagadas, por esta razón, de referencias al mencionado lenguaje simbólico, que está relacionado con el fortalecimiento de la dimensión política de la Constitución –y, en este sentido, con la lectura particularizada que de ésta realizan los ciudadanos- más que con previsiones de efectos jurídicos¹⁹.

A todo ello cabe añadir que han sido cuatro las características formales que más han caracterizado al nuevo constitucionalismo: su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez). (cfr. Martínez Dalmau, *op. cit.*: 75 y ss).

La capacidad innovadora de los textos del nuevo constitucionalismo latinoamericano es esencial a su objetivo de cambio; Santos lo ha denominado *constitucionalismo experimental* (2007: 39). Ante la inhabilidad del viejo constitucionalismo para resolver problemas fundamentales de la sociedad, el nuevo constitucionalismo ha sido capaz de construir una nueva institucionalidad y determinadas características que, finalmente, cuentan como finalidad promover la integración social, crear un mayor bienestar y –posiblemente el rasgo más reconocible- establecer elementos de participación que legitimen el ejercicio de gobierno por parte del poder constituido. En este sentido, las constituciones se han apartado de modelos previos, característicos de los *transplantes o injertos* constitucionales anteriores (cfr. Gargarella y Curtis, *op. cit.*: 23-26) para, aprovechando el momento de firme actividad constituyente, repensar siquiera brevemente y con las limitaciones del momento político sobre la situación y buscar aquellas medidas que pudieran dar solución a sus problemas particulares.

En tanto que buena parte de estos problemas son comunes en Latinoamérica, muchas de sus soluciones se parecerán; otras, por el

¹⁹ Quizás el caso más representativo sea el cambio de la denominación República de Venezuela por República Bolivariana de Venezuela en 1999; o, más recientemente, la sustitución de la República de Bolivia” por el Estado Plurinacional de Bolivia.

contrario, sólo pueden comprenderse desde la perspectiva del lugar donde la Constitución se ha debatido, escrito y aprobado. Desde la aparición del referendo revocatorio en el caso colombiano²⁰, hasta la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en Ecuador, pasando por la superación venezolana de la tradicional división tripartita de los poderes, o la incorporación del concepto de plurinacionalidad en el caso boliviano, la originalidad y la pérdida del miedo a la invención están presentes en todos los nuevos textos latinoamericanos, sin excepción.

Al respecto, es fácil entender que las nuevas constituciones en esencia se fundamentan en principios que, tanto implícitos como explícitos, abundan en sus textos, en detrimento de las reglas que, aunque presentes, ocupan un lugar limitado a los casos concretos en que su presencia es necesaria para articular la voluntad constituyente.

El efecto jurídico de los principios, principalmente como criterios de interpretación, es incuestionable y, en determinadas ocasiones se hace referencia expresa a ellos al determinar el razonamiento vinculante de los tribunales constitucionales con base en el tenor literal del texto, o en la Constitución en su integridad²¹. El hecho de que las constituciones rijan sobre sociedades plurinacionales no obsta para que los principios clásicos convivan con nuevas fórmulas, simbióticas, que deben ser consideradas como verdaderas innovaciones del constitucionalismo²².

²⁰ Artículo 103 de la Constitución de Colombia de 1991. El referendo revocatorio para cargos públicos, aunque limitado, se incorporó por vez primera en América Latina en 1991, y se extendió en diversas reformas constitucionales, como la argentina o la peruana. Incorporó sus actuales connotaciones en la Constitución venezolana de 1999, donde se extendió a todos los cargos públicos electos, incluido el Presidente de la República (cfr. Ayala, 2004).

²¹ Artículo 196. II de la Constitución boliviana de 2009: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”; art. 427 de la Constitución ecuatoriana de 2008: “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”.

²² Un caso ejemplar es el del artículo 8 de la Constitución boliviana de 2009, que

Otro hecho fácilmente destacable es la *extensión* de las nuevas constituciones²³. Esta característica debe entenderse relacionada con otro de sus aspectos más relevantes: su *complejidad* (Viciano, en Salamanca y Viciano (coords.), 2004: 44 y 45).

Tanto la extensión como la complejidad del texto constitucional han sido expresamente buscadas por el constituyente, consciente de que ni el espacio físico ni la búsqueda a toda costa de la simplicidad textual podían levantarse como obstáculos a la redacción de un texto constitucional que debe ser capaz de dar respuestas a aquellas necesidades que el pueblo solicita a través del cambio de su Constitución. Sin llegar a ser códigos, las nuevas constituciones se rebelan contra la brevedad, tan aclamada desde la época nominalista y que, en buena medida, es una constante en el constitucionalismo en general, y en el norteamericano en particular.

Por su extensión, estas constituciones, en alguna medida, podrían ser consideradas herederas de la presencia tradicional de textos dilatados y prolíficos en el constitucionalismo latinoamericano clásico (Martínez, 2008: pp. 77 y ss). Pero, en estos tiempos, asimilan la necesidad de ejercer otra función mucho más importante que la prevalencia de la tradición: la permanencia de la voluntad del constituyente, que busca ser resguardada en la medida de lo posible para evitar su olvido o su abandono por parte de los poderes constituidos, una vez que la Constitución ingrese en su etapa de *normalidad*.

Con independencia de que la explicación política del hecho es clara —la necesidad de superar la falta de una verdadera relación entre voluntad constituyente y poder constituido en el constitucionalismo

junto con los principios de las naciones y pueblos indígenas citados en el primer párrafo (vid. *supra*) incorpora a continuación algunos de los principios clásicos del constitucionalismo, con otros de nueva construcción: “El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”.

²³ Aparte de otros elementos, como los preámbulos, disposiciones transitorias, o regímenes de transición anexos, la Constitución colombiana de 1991 cuenta con 380 artículos; la venezolana de 1999, 350 artículos; la ecuatoriana de 2008, 444 artículos; y, finalmente, la boliviana de 2009, 411 artículos.

latinoamericano anterior-, el planteamiento jurídico también lo es: extender el mandato lo suficiente como para que, en el ejercicio de sus funciones, el poder constituido respete las consideraciones del constituyente en detalle y con todas sus implicaciones.

En definitiva, la extensión considerable en el nuevo constitucionalismo latinoamericano se debe a la necesidad del poder constituyente de expresar claramente su voluntad, lo que técnicamente puede desembocar en una mayor cantidad de disposiciones, cuya existencia busca limitar las posibilidades de los poderes constituidos —en particular, el parlamento, que ejerce la función legislativa, y el Tribunal Constitucional, que desarrolla la máxima función interpretativa— de desarrollar o desentrañar el texto constitucional en sentido contrario a la que fue la voluntad del constituyente.

Como se ha aludido, las razones de la extensión de los textos constitucionales abarcan también las de su *complejidad*. No se trata de una complejidad en la lectura o en el vocabulario utilizado —al contrario, los esfuerzos por aligerar el contenido técnico, sin menoscabar su funcionalidad, son en algunos casos encomiables—, sino de una complejidad institucional que busca la superación de problemas concretos que han soportado los diferentes pueblos²⁴. Cuando, por ejemplo, la Constitución venezolana de 1999 incorpora un mecanismo complejo de coordinación de las políticas fiscales y monetarias a través del denominado acuerdo de políticas macroeconómicas (arts. 230 y ss.), o cuando la Constitución boliviana de 2009 establece la elección por sufragio universal de los miembros del órgano de gobierno de los jueces —Consejo de la Magistratura (art. 194)- o del Tribunal Constitucional Plurinacional (art. 198), están planteando esta complejidad institucional, cuya razón de existir podría indagar-

²⁴ Una cuestión diferente es el lenguaje de género utilizado en todas las nuevas constituciones latinoamericanas a partir de la venezolana de 1999. Además de la ruptura simbólica a la que se ha aludido, el uso —en algunos casos, como el boliviano, particularmente prolífico— del lenguaje de género tiene como objetivo visualizar el papel de la mujer, históricamente relegada también en América Latina tanto del ejercicio de gobierno como en su situación social, con independencia de las cláusulas materiales que procuran, por medio de instrumentos de discriminación positiva, incorporar medidas para conseguir la igualdad material entre los sexos. Respecto al papel de los grupos de mujeres en el uso del lenguaje de género en la Constitución venezolana (cfr. Ferrara-Bardile, 2000: 89-100).

se -sin mucho esfuerzo- en la trayectoria preconstitucional política, económica y social de esos países.

Esta complejidad técnica viene acompañada de una simplicidad lingüística debida a la voluntad de trascender el constitucionalismo de élites hacia un constitucionalismo popular. Los nuevos textos proponen, en este sentido, la utilización de un lenguaje asequible que ofrece facilidades para su comprensión en el marco de la complejidad mencionada anteriormente. Se trata, por lo tanto, de textos técnicamente complejos y semánticamente sencillos²⁵.

Por otro lado, los procesos de desarrollo constitucional han ido acompañados de iniciativas formativas, de acceso y de explicación sobre el nuevo texto constitucional.

Por último, ya se ha hecho referencia a la eliminación del conocido poder constituyente constituido, poder constituyente derivado, o poder de reforma; esto es, a la prohibición constitucional de que los poderes constituidos dispongan de la capacidad de reforma constitucional por ellos mismos.

Se trata de una fórmula que conserva en mayor medida la fuerte relación entre la modificación de la Constitución y la soberanía del pueblo, y que cuenta con su explicación política en el propio concepto de Constitución como fruto del poder constituyente y, complementando el argumento teórico, en la experiencia histórica de cambios constitucionales por los poderes constituidos propia del viejo constitucionalismo²⁶ y tan extendida en el constitucionalismo europeo.

²⁵ Por ejemplo, en el caso boliviano las acciones de garantía de los derechos no utilizan expresiones en latín, que son tan habituales en el lenguaje técnico jurídico; al conocido hábeas corpus se lo denomina acción de libertad, y al hábeas data, acción de protección de privacidad (título IV, artículos 109 y ss). La Constitución boliviana incorpora palabras en lenguas aymara, quechua o guaraní, con su correspondiente traducción a un lenguaje comprensible para todos. Un texto paradigmático es el del primer párrafo del artículo 8: “El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maracé (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”.

²⁶ La Constitución colombiana de 1991, al ser el primer intento de ruptura con el viejo constitucionalismo, aún está muy basada en los viejos principios dogmáticos y es la más tibia en este sentido porque deja paso a la reforma constitucional a través de los poderes constituidos (arts. 374 y ss), aunque por medio de un me-

La *rigidez constitucional*, entendida como se ha definido anteriormente, no busca la perdurabilidad de la Constitución, sino la modificación de ésta exclusivamente por el poder constituyente, esto es, el originario. Las condiciones con las que han nacido los nuevos textos constitucionales —entre ellas, principalmente, su capacidad innovadora, su amplitud y su complejidad— y, por otro lado, el hecho de que hayan provenido de una ruptura democrática y, por lo tanto, que su principal objetivo consistiera en levantar una nueva legitimidad jurídica sobre las cenizas de la anterior y no en la construcción de un proyecto definido de nuevo Estado, condicionan su existencia futura. Como afirma Santos, no es posible resolver problemas durante tanto tiempo pendientes en constituciones caracterizadas por la innovación; “algunas cuestiones van a tener que quedar abiertas, probablemente para otra constituyente” (Santos, *op. cit.*: 39). Es, en este sentido, como se puede hablar de un *constitucionalismo de transición* hacia un modelo definido de Estado que, sin ninguna duda, no se incorpora plenamente las nuevas constituciones²⁷. De hecho, el carácter de transitoriedad de los textos nacidos de los nuevos procesos constituyentes latinoamericanos se ha puesto de manifiesto tanto

canismo reforzado que protege de esta capacidad del legislativo a las principales cláusulas constitucionales; además, prevé la modificación por parte del pueblo vía referéndum o asamblea constituyente (cfr. Ramírez, 2005). Las constituciones venezolana de 1999 (arts. 342-346) y boliviana de 2009 (art. 411) han marginado completamente al poder constituyente constituido. Ecuador se encuentra a mitad camino: en la regulación de la enmienda constitucional (art. 441 de la Constitución de 2008), el poder de reforma de los órganos constituidos no quedó totalmente conjurado, y una parte de la Constitución —aquella que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución— puede ser modificada por el parlamento. Se trata de una de las sombras de la Constitución ecuatoriana, y un paso atrás respecto a los avances en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. La previsión es menos grave de lo que pudiera haber sido —y, en todo caso, una mejora sustancial respecto a la Constitución de 1998— porque, por una parte, sustrae del poder constituido la posibilidad de modificar aspectos sustanciales del texto y, por otra, incorpora la iniciativa popular para la propuesta de enmiendas y reformas constitucionales y para convocar al máximo exponente del cambio constitucional: la asamblea constituyente (al respecto, en general, Martínez, en Ávila, Grijalva y Martínez (ed.), *op. cit.*).

²⁷ La excepción, probablemente, es el caso ecuatoriano, que como hemos señalado ha experimentado su propia *transición* desde el texto de 1998 hasta el de 2008.

en la práctica²⁸ como, anteriormente, en la doctrina (cfr. Viciano y Martínez, 2005: 7-10).

V. Características materiales: los fundamentos del nuevo constitucionalismo

Junto con los rasgos propios de su *forma* constitucional, las nuevas constituciones latinoamericanas cuentan, asimismo, con un amplio abanico de características materiales comunes, en las cuales también ha incidido la dinámica constituyente: sus cimientos, por un lado, en la activación directa del poder constituyente para el avance de las sociedades y, por otro, en la necesidad de romper con sistemas anteriores propios del constitucionalismo débil.

En este sentido, la principal apuesta del nuevo constitucionalismo latinoamericano es en la búsqueda de instrumentos que recompongan la perdida (o nunca lograda) relación entre soberanía popular y gobierno. Lo que la Constitución colombiana de 1991 denomina “formas de participación democrática” (del título IV, capítulo 1), en el Ecuador de 1998 se denominó gobierno participativo (art. 1); en Venezuela y Bolivia recibe el nombre de democracia participativa (preámbulo y arts. 6, 18, 55, 62, entre otros, de la Constitución venezolana de 1999; art. 11 de la Constitución boliviana de 2009); y en el Ecuador de 2008, “participación en democracia” (título IV, capítulo primero, sección tercera). El denominador común es el mismo: establecer mecanismos de legitimidad y control sobre el poder constituido mediante, en muchos casos, nuevas formas de participación vinculantes. Este factor conecta directamente con la originalidad constitucional a la que se ha hecho referencia, necesaria en el ejercicio de innovación que han planteado las nuevas constituciones,

²⁸ Ejemplos son la convocatoria a Asamblea Constituyente en Ecuador, en 2007, y que tuvo como efecto la aprobación por referéndum de la Constitución de 2008; la propuesta de reforma constitucional en Venezuela, en diciembre de 2007, que no prosperó, y la enmienda constitucional aprobada al año siguiente; o las sucesivas llamadas a favor de una actualización de la Constitución colombiana, recurrentes en determinados sectores de ese país. Actualización que, hasta el momento, se ha realizado vía reforma constitucional.

y que constitucionaliza varios de los instrumentos de participación y las ansias democráticas del continente.

El compromiso constitucional de promover la participación a través de fórmulas directas no cuestiona la esencia del sistema de democracia representativa, ampliamente presente en todas las constituciones. La democracia participativa se configura como un complemento en la legitimidad y un avance en la democracia, pero no como una sustitución definitiva de la representación. Sin embargo, sí interrumpe la posición tradicional de los partidos políticos, que si bien se mantienen principalmente en el ámbito de los derechos políticos, su papel queda limitado por la acción directa del pueblo. Se trata, en definitiva, como ha afirmado Criado, de una absorción del Estado por lo colectivo: “se consagra constitucionalmente la escisión entre sociedad y Estado, y se reconstruyen escenarios y procedimientos para que la decisión del segundo sea influida por la primera, para reconstruir la unidad en la decisión, de manera que la voluntad única del Estado sea también voluntad de la sociedad por mecanismos distintos a los partidocráticos” (Criado en Salamanca y Viciano, 2004: 123).

El segundo aspecto más relevante es la profusa carta de derechos de las nuevas constituciones. A diferencia del constitucionalismo clásico, que se limita a establecer de forma genérica los derechos y no se preocupa por la individualización y colectivización —de acuerdo con cada caso— de los mismos, es fácil observar en los textos del nuevo constitucionalismo la identificación de grupos débiles (mujeres, niños y jóvenes, discapacitados, adultos mayores...) y una interpretación amplia de los beneficiarios de los derechos.

La recepción de los convenios internacionales de derechos humanos, la búsqueda de los criterios de interpretación más favorables

para las personas, o las acciones directas de amparo, acompañan a estas cartas de derechos constitucionales que, en algún caso, reconfiguran su significado y, con ello, su nomenclatura²⁹, y otorgan a los derechos sociales, ampliamente reconocidos, la máxima efectividad.

En relación con lo anterior, las nuevas constituciones plantean en mayor o menor medida, de acuerdo con su realidad social, la integración de sectores marginados históricamente, como es el caso de los pueblos indígenas. Si bien estos pueblos ya contaban con algunos de sus derechos reconocidos en los primeros ejemplos reales del nuevo constitucionalismo³⁰, el planteamiento más radical al respecto se ha producido en la Constitución boliviana de 2009, que establece un Estado plurinacional no sólo formalmente —a través de metaconceptos³¹—, sino materialmente, con el reconocimiento de la autonomía indígena (arts. 289 y ss), del pluralismo jurídico (art. 178), de un sistema de jurisdicción indígena sin relación de subordinación con la jurisdicción ordinaria³² (arts. 179.II, 192, 410) —jurisdicción ordinaria que Chivi (2010: 410) ha calificado de “pesada herencia colonial”—, de un amplio catálogo de derechos de los pueblos indígenas (arts. 30 y ss), de la elección a través de formas propias de sus representantes

²⁹ El caso más relevante y discutible es, sin duda, la sustitución de los conceptos *derechos fundamentales* y *derechos humanos* en la Constitución ecuatoriana de 2008 que se refiere, exclusivamente, a derechos (constitucionales), por entender, por un lado, que no existe prelación ni, por lo tanto, diferenciación entre derechos fundamentales y no fundamentales (v. gr., los derechos del buen vivir, en el Título II, que comprende los generalmente conocidos como derechos sociales, están dispuestos en orden alfabético); y, por otro, la extensión del sujeto de derechos a la naturaleza (“La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”, art. 10; derechos relacionados en los arts. 71 y ss) (cfr. Gudynas, 2009: 34-47).

³⁰ En Colombia, en 1991 se planteó la necesidad de representación directa indígena en el parlamento (art. 171), el reconocimiento de la jurisdicción indígena (art. 246), y de municipios y territorios indígenas (art. 286).

³¹ Como el de “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” (art. 1 de la Constitución boliviana de 2009), sin signos ortográficos entre los diferentes elementos de la definición, en un intento de demostrar semánticamente la creación de un concepto complejo (metaconcepto). En general, sobre el contenido de la expresión: cfr. Tapia (2007: 47-63). Otro ejemplo es el de “nación y pueblo indígena originario campesino” (art. 30, entre otros).

³² Aunque sí subordinada a la Constitución.

(art. 211), o de la creación de un Tribunal Constitucional Plurinacional con presencia en él de la jurisdicción indígena (art. 197).

Si la dimensión política es de suma relevancia en el nuevo constitucionalismo, también lo es la normatividad constitucional. Las nuevas constituciones huyen del nominalismo anterior y proclaman el carácter normativo y superior de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico. De hecho, a las medidas de acción directa de la Constitución, como la tutela o el amparo constitucional, se le añade un elemento revolucionador de la normatividad constitucional en América Latina, que había contado con algunos ensayos en las constituciones anteriores: el *control concentrado de la constitucionalidad*, uno de los elementos directamente implicados en la consolidación de la democracia³³. El paso de un sistema de control difuso, débil en cuanto a la protección de la Constitución, a la creación de fórmulas concentradas o, cuanto menos, mixtas³⁴, ha suscitado los consabidos problemas sobre el control democrático de los tribunales constitucionales, que en algunos casos se busca solucionar a través de criterios de interpretación constitucional previstos en el propio texto³⁵ y, en el caso boliviano, por medio de la ya mencionada elección directa de magistrados.

Por último, como no podía ser de otra manera, la necesidad de superar las desigualdades económicas y sociales y de plantear constitucionalmente el nuevo papel del Estado en la economía se traduce en amplios capítulos económicos. En efecto, las *constituciones económicas* en el nuevo constitucionalismo incorporan simbióticamente varios modelos económicos que van desde la iniciativa privada y la justicia redistributiva hasta la protección de la economía comunitaria, pero con un elemento común: la presencia del Estado, cuya participación se traduce en aspectos tan relevantes como la decisión pública sobre

³³ En general, cfr. Nohlen (2008: 117-141).

³⁴ Es el caso del sistema venezolano, donde el control último de constitucionalidad lo ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que se aplica preferentemente incluso sobre decisiones del Pleno del propio Tribunal (art. 266 de la Constitución venezolana de 1999), (cfr. Casal Hernández, 2000).

³⁵ Los ya citados artículos 196.II de la Constitución boliviana de 2009, y 427 de la Constitución ecuatoriana de 2008 (vid. supra).

los recursos naturales, o la regulación de la actividad financiera. Se trata, en definitiva, de una reivindicación de los movimientos sociales que dieron vida a los procesos constituyentes, y que cuenta con su traslación en la perspectiva de un desarrollo económico alternativo (en este sentido, Bizarro, 2009: 171 y ss). Al respecto, en el campo internacional, desde la primera de las nuevas constituciones es fácil apreciar una dinámica integradora radicalmente diferente a la prevista en las constituciones anteriores: el nuevo constitucionalismo latinoamericano plantea un compromiso con una determinada integración, la latinoamericana, más amplia que la puramente económica, que plantea posibilidades reales de integración de los pueblos y que, en definitiva, intenta compatibilizar la necesidad de integración con un concepto recuperado de soberanía (Cfr. Martínez, 2008: 92-93).

VI. Bibliografía

- Aguiló Regla, Josep (2001). "Sobre la Constitución del Estado constitucional", *Doxa* N°24, pp. 429-457.
- Angulo Bossa, Jaime (2002). *Gestación del constitucionalismo colombiano (1781-1991, doscientos años de proceso constituyente)*, Leyer, Bogotá.
- Amador Villaneda, Santiago (2005). "El camino de la Constitución de 1991: diario de la exclusión", en Mejía Quintana, Óscar (Dir.), *Poder constituyente, conflicto y Constitución en Colombia*. Universidad de los Andes, Bogotá.
- Ávila Santamaría, Ramiro; Grijalva Jiménez, Agustín; y Martínez Dalmáu, Rubén (eds.), (2008). *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Quito.
- Ayala Corao, Carlos (2004). *El referendo revocatorio. Una herramienta ciudadana de la democracia*, Los Libros de El Nacional, Caracas.
- Bizarro Barbosa, Leticia Cristina (2009). "Los procesos de las Asam-

- bleas Constituyentes de Bolivia, Ecuador y Venezuela: la institucionalización de otros paradigmas”, *Otra Economía*, vol. III , N° 4, pp. 155-176, Buenos Aires. En: <http://www.riless.org/otraeconomia/barbosa4.pdf>
- Carbonell, Miguel (2003). “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- Carbonell, Miguel (2007). “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en Carbonell, M. (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid.
- Casal Hernández, Jesús María (2000). *Constitución y justicia constitucional. Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.
- Chivi, Idón (2010) “El Órgano Judicial”, en AA.VV., *Miradas. Nuevo texto constitucional*, Vicepresidencia de la República-Universidad Mayor de San Andrés-IDEA Internacional, La Paz.
- Comanducci, Paolo (2003), “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- Criado, Marcos (2004). “La absorción del Estado por lo colectivo: el proyecto constitucional de sociedad civil en Venezuela” en Salamanca, Luis y Viciano Pastor, Roberto (eds.), *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos, Caracas.
- De Cabo de la Vega, Antonio (2006) “Las transformaciones institucionales”, en Torres López, Juan (coord.), *Venezuela, a contracorriente. Los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*, Icaria, Barcelona.
- Edwards, Sebastián (2009). *Populismo o mercados. El dilema de América Latina*, Norma, Bogotá.
- Favoreu, Louis (1996). “La constitutionalisation du droit”, en

AA.VV., *L'unité du droit. Mélanges en hommage a Roland Drago*, Economica, Paris.

Ferrajoli, Luigi (2003). "Pasado y futuro del Estado de Derecho", en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.

Ferrara-Bardile, Vittoria (septiembre 2000). "Uso no-sexista del lenguaje en la Constitución bolivariana de Venezuela", *Educere, Perspectiva de Género* N°10, pp. 89-100. En: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=35641012&iCveNum=4267>

García Roca, Javier (abril-junio 2000), "Del principio de la división de poderes". *Revista de Estudios Políticos* N° 108. En: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_108_043.pdf

Gargarella, Roberto y Courtis, Christian (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, CEPAL, Santiago de Chile.

Guastini, Riccardo (2003). "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano", en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.

Gudynas, Eduardo (abril 2009). "La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador", *Revista de Estudios Sociales* N°32, pp. 34-47. En: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=84674>

Martínez Dalmau, Rubén (2006). "De Punto Fijo a la constituyente. Los bolivarianos, entre la acción y la reacción", en Torres López, Juan (coord.), *Venezuela, a contracorriente. Los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*, Icaria, Barcelona.

Martínez Dalmau, Rubén (julio-diciembre 2008). "Asambleas constituintes e novo constitucionalismo en América Latina", *Tempo Exterior* 17, pp. 5-15. En: http://www.igadi.org/te/pdf/te_se17/te29_17_005_ruben_martinez_dalmau.pdf

Martínez Dalmau, Rubén (2008). *El proceso constituyente boliviano*

- (2006-2008) en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano, Enlace, La Paz.
- Martínez Dalmau, Rubén (2008). “La integración en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Tremolada Álvarez, Eric, *Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Martínez Dalmau, Rubén (2008). “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en Ávila Santamaría, Ramiro; Grijalva Jiménez, Agustín; y Martínez Dalmau, Rubén (Eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Quito.
- Martínez Dalmau, Rubén (marzo-abril 2009). “Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia”, *La Tendencia. Revista de Análisis Político* N° 9, pp. 37-41.
- Martínez Dalmau, Rubén (2009). “Heterodoxia y dificultades en el proceso constituyente boliviano (2006-2009)”, en Ortiz Jiménez, William y Oviedo Arévalo, Ricardo (Eds.), *Refundación del Estado nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina*, Universidad Nacional de Colombia-Sede Medellín y Universidad de Nariño, Medellín.
- Nohlen, Dieter (enero-junio 2008). “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 9, pp. 117-141. En: http://www.iidpc.org/revistas/9/pdf/131_155.pdf
- Patiño Aristizábal, Luis Guillermo, y Cardona Restrepo, Porfirio, “El neopopulismo: una aproximación al caso colombiano y venezolano”, *Estudios Políticos* N° 34, pp. 163-184. En: http://www.erevistas.csic.es/ficha_articulo.php?url=oai:ojs.aprendeenlinea.udea.edu.co:article/2812&oai_iden=oai_revista485
- Peces-Barba, Gregorio (enero-junio 2009). “La Constitución y la seguridad jurídica”, *Claves de la Razón Práctica* N° 138, diciembre 2003, pp. 4-8.

- Pi y Margall, Francisco (1854). *La reacción y la revolución. Estudios políticos y sociales*, M. Rivadeneyra, Madrid.
- Ramírez Cleves, Gonzalo (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Salamanca, Luis (2004). “La democracia directa en la Constitución venezolana de 1999”, en Salamanca, Luis y Viciano Pastor, Roberto (eds.), *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos, Caracas.
- Salazar Ugarte, Pedro (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Santos, Boaventura de Sousa (septiembre 2007). “La reinención del Estado y el Estado Plurinacional”, *OSPAL* N° 22.
- Sastre Ariza, Santiago (1999). *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid.
- Seoane, José; Taddei, Emilio; y Algranati, Clara (2006). “Las nuevas configuraciones de los movimientos populares en América Latina”, en Borón, Atilio y Lechini, Gladys (eds.), *Política y movimientos sociales en un mundo hegemónico. Lecciones desde África, Asia y América Latina*, Clacso, Buenos Aires.
- Tapia, Luis, “Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional”, en *OSAL* N°22, septiembre 2007, pp. 47-63.
- Viciano Pastor, Roberto (2004). “Caracterización general de la Constitución venezolana de 1999”, en Salamanca, Luis y Viciano Pastor, Roberto (coords.), *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos, Caracas.
- Viciano Pastor, Roberto; Trujillo, Julio César; y Andrade, Santiago (2005). *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén (2001). *Cambio*

político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000), Tirant lo Blanch, Valencia.

Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén (2005a). “Venezuela en transición, América Latina en transición”, en *Ágora-Revista de Ciencias Sociales* N° 13, pp. 7-10.

Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén (2005b), “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Ágora-Revista de Ciencias Sociales* N° 13.

Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén (2008). “Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional (2007)”, *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 14, N°2, pp. 102-132.

Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén (2009). “El proceso constituyente venezolano de 1999: su significado jurídico y político”, en Ortiz Jiménez, William y Oviedo Arévalo, Ricardo (Eds.), *Refundación del Estado nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina*, Universidad Nacional de Colombia-Sede Medellín y Universidad de Nariño, Medellín.

**LOS RETOS DEL
CONSTITUCIONALISMO EN EL
SIGLO XXI**

Miguel Carbonell

II

MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ (México, 1971) es investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y profesor de la facultad de Derecho de la misma Universidad. Es especialista en derecho constitucional y derechos fundamentales. Ha enfocado su trabajo en temas como derecho a la información, transparencia gubernamental, reforma del Estado, juicios orales, derecho a la no discriminación y políticas públicas sobre los derechos sociales. Es reconocido internacionalmente como conferencista, escritor y traductor. Actualmente, además, es miembro del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, reconocimiento que le otorgó, en 2009, el Senado mexicano. Publica una columna de opinión en el diario El Universal. Es autor de una treintena de libros y ha coordinado, o compilado, más de 38 publicaciones. La sala de juicios orales de la Universidad del Valle de México (campus Lomas Verdes) lleva su nombre, en reconocimiento a su trayectoria.

Hay un momento en la historia de los países en el que se genera una crisis profunda que da lugar a la creación de nuevos textos constitucionales. Las crisis son manifestaciones del malestar existente en la sociedad pero también son faros de esperanza en el derecho, en la justicia, en la posibilidad profunda de renovación jurídica e institucional y de construcción de sociedades nuevas basadas en el respeto a los derechos de todos.

Si revisamos la historia del constitucionalismo, vamos a encontrar varios paradigmas y tipos de respuestas sobre su surgimiento. Si tomamos como referencia a la cuna misma del Estado constitucional (Estados Unidos, 1787) veremos claramente que los padres fundadores (The Founding Fathers) querían establecer una nación independiente. Esa discusión de enorme riqueza todavía nos guía y por eso vale la pena recordar una idea de Thomas Jefferson que ha hecho fortuna a lo largo de los siglos: “Me parece en sí mismo evidente que los vivientes tienen la tierra en usufructo; y los muertos no tienen poder ni derechos sobre ella. La porción que ocupa un individuo deja de ser suya cuando él mismo ya no es, y revierte a la sociedad. Por razones análogas puede demostrarse que ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente: pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo. Son también dueños de sus propias personas y, por consiguiente, pueden gobernarlas como les plazca”.

Con la idea de que el mundo pertenece a los vivos y por ello la Constitución podía renovarse continuamente o que cada generación debiere tener su propio texto constitucional, Jefferson se enfrentó

a James Madison quien postulaba la necesidad de una Constitución eterna, estable: quería una Constitución escrita en piedra del otro lado del Atlántico. Sin embargo, prácticamente en las mismas coordenadas temporales, se produjo el gran proceso de emancipación francés que se plasmó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el 26 de agosto de 1789, y que significó una ruptura con el antiguo régimen.

Las constituciones recogen los grandes proyectos de una nación y en ello no hay recetas universales. Un exceso de rigorismo o de petrificación constitucional no es bueno. Una Constitución cada diez años, en cambio, pondría de manifiesto una profunda crisis del Estado, lo cual abonaría -todavía más- a la desconfianza respecto del derecho. En definitiva, cada Estado construye sus cambios, de acuerdo a sus necesidades.

En la Constitución del Ecuador, a pesar de que en algunas partes se observan pulsiones conservadoras -como la referencia a Dios en el preámbulo, que ciertamente en el constitucionalismo contemporáneo es extraño- existen normas que permiten el establecimiento de garantías: en el artículo 66 cuando se habla de derechos reproductivos, un buen juez garantista podría construir un esquema de trimestres¹ o de despenalización del aborto y de reconocimiento del derecho de las mujeres a decidir sobre su cuerpo.

Y en el derecho a la decisión sobre el propio cuerpo se incluye también la eutanasia. El buen vivir, esa forma usada por el constituyente ecuatoriano, tiene que ver también con el buen morir. En ese tema, la Corte Constitucional colombiana y otros tribunales ya han avanzado. En relación con los derechos fundamentales (la prohibición de la tortura, etc.) el alcance de la protección es absoluto.

¹ El esquema de trimestres fue construido Harold (Harry) Blackmun, el cual establece lo siguiente: durante el primer trimestre del embarazo, la mujer es absoluta y completamente libre de decidir si aborta o no; en el segundo trimestre es libre pero con acompañamiento médico: la mujer debe ir a una consulta para que le adviertan del grado de desarrollo del feto y del riesgo que corre la interrupción del embarazo, para que así ella pueda resolver si aborta o no (la libertad prevalece); y en el tercer trimestre el aborto queda prohibido salvo si la vida de la madre corre peligro.

Para una agenda del constitucionalismo progresista la autodeterminación respecto a la vida familiar es relevante. Se debe plantear el matrimonio homosexual, un tema que también está ausente en la Constitución ecuatoriana. El Estado, hoy en día, no puede meterse en las decisiones personales de sujetos adultos, quienes tienen el derecho de decidir con quién conviven y bajo qué régimen jurídico lo hacen. La voluntad y el deseo de casarse con una persona, sea del mismo sexo o no, es un ámbito que le pertenece a la autonomía personal.

El constitucionalismo democrático, el constitucionalismo progresista, el constitucionalismo del siglo XXI debe tener una fuerte aspiración cosmopolita. Un constitucionalismo encerrado en el Estado constitucional es un proto-constitucionalismo. Si el constitucionalismo se basa en valores universales tiene que transitar más allá de las fronteras y seguir la idea repetida por Ferrajoli sobre el constitucionalismo global: eso significa que en primer término debemos tomarnos en serio los tratados internacionales. Como dice Héctor Fix-Zamudio, los tratados internacionales son derecho nacional de fuente internacional, tan valiosos o más que el código penal o civil.

Asimismo, el estado constitucional contemporáneo es multicultural y tiene que dar acomodo a las diferentes cosmovisiones y formas de organización de la vida. ¿Cuál es el límite? Los derechos fundamentales y frente a ellos nadie puede argumentar a favor de sus acciones —por ejemplo- la tradición cultural. Si una cultura acostumbra a cortar el clítoris a las mujeres desde hace cinco mil años, se debe dejar claro que en ningún Estado democrático es tolerable un procedimiento de ese tipo. Los derechos humanos ponen el límite.

La Constitución ecuatoriana tiene una gran novedad: los derechos sin sujetos, derechos de la naturaleza o derechos de las generaciones futuras, los cuales plantean un reto de construcción conceptual de enormes dificultades porque nuestra matriz cognitiva —desde el siglo XIX— fueron los derechos fundamentales que son, antes que nada, derechos subjetivos.

Otro punto importante en la agenda de defensa del Estado constitucional es la defensa del Estado laico. La religión y las con-

vicciones religiosas ocupan un lugar muy importante en la vida de algunos de nosotros y —desde luego— tienen que ser respetadas por el Estado y por los particulares. Sin embargo, las convicciones de fe religiosa, la profesión de una religión no tiene que llevarse al debate público ni convertirse en política pública. El Estado constitucional tiene que ser laico. La separación entre Estado y religión, ya la perfiló Thomas Jefferson a finales del siglo XVIII y debe ser reivindicada con fuerza. Quizás este debate nos atañe más a los mexicanos porque la profesión de una religión está tomando cada vez mayor protagonismo en el debate público y eso es algo que veo con enorme reserva.

El constitucionalismo progresista no puede dejar al discurso conservador o de derecha el tema de la seguridad. Es un asunto quizás incómodo pero importantísimo. Me gusta mucho recordar el discurso a la nación que dio el 11 de enero de 1944 Franklin Delano Roosevelt, entonces presidente de los Estados Unidos. Roosevelt usaba silla de ruedas, esa mañana tenía gripe y hacía mucho frío en Washington, por lo que no pudo transitar los escasos kilómetros que separan la Casa Blanca del Capitolio, para dar su mensaje al Congreso sobre el Estado de la Unión. Decidió, entonces, dar su discurso por radio. La vigésimo octava de las treinta y una alocuciones radiales que pronunció entre el 12 de marzo de 1933 y el 12 de junio de 1944, a las que denominó fireside chats (conversaciones al calor del hogar), se convirtió en el discurso más importante del siglo XX, comparable sólo al de Gettysburg, dado por Abraham Lincoln en el siglo XIX. Roosevelt, el 11 de enero de 1944, propuso una segunda Carta de Derechos que incorpore los derechos sociales y establezca una nueva base de seguridad porque la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económicas: los hombres necesitados no son libres, dijo. Las personas que tienen hambre, las personas que no tienen empleo son la materia prima de la que están hechas las dictaduras.

Roosevelt cerró su gran discurso diciendo que se requería seguridad física (en alusión a los reclamos del pueblo norteamericano por los ataques sufridos en Pearl Harbor) pero, antes que ella, se

requería seguridad social y seguridad moral. Recuperando a Roosevelt, la seguridad física, social y moral tiene que formar parte de la agenda del constitucionalismo democrático.

En la actualidad es vital reivindicar el tema de la seguridad pública: la seguridad nacional es un campo fértil de excesos de poder y brutalidad hegemónica; la seguridad pública es un campo en donde si el constitucionalismo progresista no reacciona se puede perder la defensa de los derechos. Desde diciembre de 2006 hasta septiembre de 2009 hubo más de quince mil ejecuciones en México; la respuesta ha sido que el ejército patrulle las calles y los ciudadanos han respaldado sus acciones sin considerar las violaciones a la Constitución y a los derechos humanos: torturas, detenciones arbitrarias, abusos y allanamientos de domicilios. El constitucionalismo progresista no ha dicho nada frente al menosprecio a las garantías constitucionales que se han instaurado en la sociedad y no se puede guardar silencio en este tema.

Finalmente, hay que volver al inicio del constitucionalismo, a la idea del pensamiento ilustrado que consiste -como lo dijo Montesquieu- insuperablemente en dividir al poder para preservar la libertad. Por tanto, el constitucionalismo tiene que suponer siempre una valla, una defensa en contra de las tentaciones autoritarias que asoman por doquier y sobre todo en nuestra América Latina. Se debe tener un compromiso firme con la democracia, no con la democracia necesariamente plebiscitaria o lo que el nuevo discurso de la teoría norteamericana ha dado en llamar constitucionalismo popular. Me refiero a la democracia en sentido fuerte, a una democracia robusta, de contenidos, la cual -como dice Ferrajoli- tiene que tener un compromiso con la división efectiva del poder no nominal o formal, sino una división estricta, profunda, efectiva y compartida del poder, con una neutralización de los excesos.

Más allá de la división tripartita del poder, uno de los grandes avances del constitucionalismo contemporáneo es el surgimiento de órganos autónomos. Los bancos centrales o la figura del ombudsman o defensor del pueblo, son ejemplos positivos.

Sin embargo, no hay que olvidar que en la historia, no ha habido poderes buenos. No creo que ahora en América Latina tengamos que estar confiados en líderes mesiánicos o liderazgos carismáticos. Cualquier forma de poder autoritario, totalitario, ilegal es una forma que va en contra, que rompe la médula del constitucionalismo, y no existen argumentos válidos al respecto.

No hay poderes buenos. Es importantísimo recordar la idea de Bobbio sobre la superioridad del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres, en cuya disyuntiva el constitucionalismo es la teoría y la práctica de los límites del poder, que sólo encuentra su plena expresión en las constituciones que establecen límites formales y materiales al poder político, representados por la barrera que establecen los derechos fundamentales reconocidos y protegidos. Por tanto, siempre debe existir una resistencia absoluta a todos los excesos y una fundamentación de cualquier discurso público -al inicio, en medio y al final- con base en los derechos fundamentales.

La racionalidad de la ponderación tiene que empezar por los tribunales y luego se debe producir un acompañamiento doctrinal, en el que se intente armonizar las disposiciones que figuran en la carta constitucional. No seamos ingenuos: en un texto de 444 artículos, más 30 transitorios, y 30 disposiciones de régimen de transición, alguna contradicción habrá. Si lo hubiera escrito una sola persona encerrada en su estudio, a lo mejor no hubiere ninguna, pero en la escritura de las cartas fundamentales participan cientos de manos, son vistas por miles de ojos, y las contradicciones son lógicas. No hay que espantarse de eso. Lo importante es que opere bien la interpretación, para darle el mayor rendimiento normativo posible a la carta magna.

El artículo 23 de la Constitución francesa de 1793 establece que la garantía última de los derechos son los pueblos. Si no hay una opinión pública movilizadada, activa, crítica que acompañe los procesos de debate y deliberación en la sede de los órganos constitucionales, el Estado constitucional se vuelve extraordinariamente endeble. Si bien no hay poderes buenos, al tener un tribunal de última instancia, sólo la opinión pública académica y especializada que critique las decisiones tomadas puede modificar el curso de la jurisprudencia. En

México, las críticas a sentencias malísimas de la Corte Suprema han producido un viraje en su orientación jurisprudencial. El acompañamiento social es el gran reto y la educación social y especializada es la gran urgencia.

NEOCONSTITUCIONALISMO Y USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN

III

JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN (España, 1936)

es magistrado emérito de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha sido presidente de la Asociación pro Derechos Humanos de España, presidente de la Unión Progresista de Fiscales y portavoz de Jueces para la Democracia. Su actividad profesional ha ido en paralelo con su defensa de los derechos humanos: fue colaborador de Amnistía Internacional y de la Comisión Internacional de Juristas, en misiones de investigación sobre derechos humanos en Latinoamérica y Palestina. Además, es profesor universitario y publica de manera periódica numerosos artículos en varios medios de comunicación. En noviembre de 2006, dos centenares y medio de jueces, políticos y periodistas lo homenajearon con motivo de su jubilación, en donde ponderaron su “insobornable independencia” y su compromiso con los valores constitucionales en toda su trayectoria profesional. En la actualidad, su actividad sigue siendo incesante.

La tutela judicial efectiva. La motivación y el razonamiento de las decisiones. La opción no puede ser caprichosa y nadie puede poner su pretendido progresismo por encima de su capricho o someterla a su capricho y, por lo tanto, tomar una decisión inexplicable dentro del sistema de valores de la Constitución, al fin y al cabo tampoco es descubrir nada nuevo.

A esos recalcitrantes de la teoría marxista del uso alternativo del derecho, que desmistifican el carácter científico de la interpretación y aplicación del derecho en pro de un componente ideológico y político que responde a los intereses de una estructura económica, y así comprometen los principios de igualdad y seguridad jurídica, que son la esencia misma del derecho, les convendría saber que una sentencia vale lo que valen sus razonamientos, y por tanto el razonamiento o la motivación es el eje suscitador del debate.

Nos encontramos ante una judicialización de la política o politización de la justicia, como una consecuencia lógica de un sistema constitucional de contrapesos, y de la existencia de un poder judicial que, incuestionablemente, tiene que jugar un papel dada la tentación de los poderes políticos, que se creen legitimados para siempre, sin necesidad de dar explicaciones, por el hecho de una votación sucedida periódicamente cada cuatro o cada cinco años. Las reacciones incluso virulentas contra la pretensión de un juez de controlar el poder Ejecutivo, en cualquiera de sus ramas, son mucho peores cuando

un magistrado eleva el listón y se acerca a los poderes máximos del Estado. Un ejemplo claro es lo que sucede en Italia con Berlusconi: ha acudido también a la teoría marxista del uso alternativo del derecho, y por eso cuando el Tribunal Constitucional le ha levantado su inmunidad, ha dicho, a través de su abogado (que es quien hace el trabajo jurídico sucio), que todos los magistrados del Tribunal Constitucional italiano son comunistas. Con esa afirmación, lo explica todo. Esta es una posición muy lógica y muy repetida de quienes están en el poder: se resisten a ser controlados.

Por otro lado, hay que considerar que los jueces podemos tener, lo que los norteamericanos llaman, elasticismo judicial. Algunas veces es difícil mantener la distinción entre lo político y lo judicial. Los jueces cuando ponemos una sentencia hacemos política, política judicial. Somos un poder político del Estado; por tanto, no hay que rasgarse las vestiduras por hacer política. Pero tampoco podemos caer en el atavismo: las resoluciones están motivadas en hechos, no en opiniones ideológicas, sociológicas o psicológicas. Los hechos son muy tosudos, están en la realidad, y son lo que son. Volviendo a Italia, si Berlusconi pagó medio millón de euros para que un testigo no declarase en su contra, el juez no se puede convertir en un ideólogo: debe comprobar si el hecho es cierto, falso o dudoso, y actuar en consecuencia: darle una calificación jurídica, absolver o actuar con el beneficio de la duda, según corresponda, como lo manda el sistema. Esas son las reglas del juego. Por tanto, si actuamos así, siempre las políticas de un juez son políticas. Toda sentencia es política porque está dentro del poder judicial.

El derecho, en muchos casos, ha sido un factor transformador y en otros, un instrumento de preservación de los sistemas conservadores, por ejemplo en la vulneración de los derechos fundamentales: a la vida, la dignidad, la integridad, física y psíquica, como lo hemos visto muy gráficamente conculcados en Guantánamo. Ese derecho se ha utilizado o no se ha utilizado precisamente para mantener a ultranza el principio de seguridad, y se lo quiere hacer pasar como una teoría académica: la del derecho penal del enemigo, cuyo creador fue Carl Schmitt, quien la puso al servicio de Hitler. Entonces, lo de

ahora son burdas imitaciones. El derecho penal del enemigo es una postura artísticamente muy bien cubierta de resistencia del sistema a corregir sus propias cadencias y debilidades. La transformación de estos principios son el gran reto del siglo XXI. Y en eso va a tener un gran papel el derecho.

El sistema de producción de resoluciones constitucionales de los tribunales latinoamericanos tiene aportaciones realmente muy avanzadas e interesantes. La última sentencia de la corte colombiana sobre el aborto, la derogación de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, en Argentina, son monumentos jurídicos que tendrán que estudiar las nuevas generaciones. No he visto mayor calidad ni profundidad jurídica y ética en una resolución, que en esa sentencia de la corte argentina. Existen, en América Latina, puntos de referencia ejemplares, a niveles muy superiores al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Estrasburgo, como el moderno enfoque de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ubicada en San José de Costa Rica. Ahí se está produciendo una verdadera transformación y revolución y ésta es la guía por la que se tiene que orientar el constitucionalismo latinoamericano.

La Constitución ecuatoriana tiene la gran ventaja de ser casi modélica, derivada de la acumulación de materiales que ya estaban contrastados en otras constituciones. Sin embargo, tiene algo esencialmente individualizador y específico: todo lo que se refiere a la regulación dentro del texto constitucional, los principios constitucionales y los tratados internacionales de los derechos humanos suscritos por el Estado ecuatoriano.

Lo relativo al funcionamiento de las comunidades indígenas, que plantea una adaptación, una adecuación continúa, es una realidad social que tiene más de político que de jurídico. El ancestralismo no puede ser una bandera que justifique el inmovilismo. Hay que saber combinar sabiamente los valores de la tradición, del ancestralismo, con los valores de la Constitución. No hay que olvidar que el texto constitucional ecuatoriano hace referencia a la justicia y a los sistemas de organización indígenas, al tiempo que plasma en su texto -y sus

textos no son vanos- la supremacía de los valores constitucionales y de los tratados internacionales firmados por el Ecuador.

La Constitución se ha convertido en un derecho codificado pero modificado de forma difusa y no de forma concreta, que tiene en sí mismo el valor de ser la única garantía de los derechos humanos. Precisamente, la esencia del neoconstitucionalismo consiste y consistirá en el futuro -porque no creo que nadie, a pesar de los retos y desafíos del siglo XXI, dé por enterrado el neoconstitucionalismo- es desempeñar la función de garantizar los derechos fundamentales.

Los adoradores del iuspositivismo (o positivismo legal), del derecho penal del enemigo y de la doctrina de la seguridad nacional no deben estar inquietos ante la deriva que pueda tomar un sistema de fuentes constitucionalmente jerarquizado, que también es el ecuatoriano, porque están dentro de la Constitución.

Los jueces no tenemos probabilidad hacia la aventura, hacia lo desconocido o lo inseguro. No vamos a recorrer un camino desconocido e incógnito, que no sabemos adónde nos lleva ni adónde se dirige. La meta final está trazada con seguridad y certeza: sabemos que alguna vez podemos tropezar o tambalearnos en el camino, pero que nunca caeremos en el abismo de lo súbito, lo sorpresivo o lo inesperado. Como dice Antonio Machado, uno de mis poetas preferidos: se hace camino al andar.

Entiendo la democracia participativa en un doble sentido: en la toma de decisiones por parte de los poderes que tienen la facultad de decidir (fundamentalmente el Ejecutivo, o en el caso de España, los autonómicos locales), y la democracia participativa en la elaboración de las leyes, que es una totalmente distinta a la primera.

La democracia participativa en la relación o elaboración de las leyes tiene unos cauces perfectamente marcados y al salirse de ellos podría producirse un caos nada deseable.

El sistema de elaboración de la ley tiene que ajustarse a los parámetros y procedimientos establecidos dentro del funcionamiento de los diversos sistemas parlamentarios, con los posibles filtros que éstos puedan tener en algunos sistemas -referéndum por parte del jefe de Estado, por ejemplo-, la posible obstaculización, o la aceptación.

Después, aunque no tiene nada que ver con la democracia participativa, vendría el segundo estadio de filtro de control: la constitucionalidad de las leyes. A mi modo de ver no hay ningún inconveniente en dar entrada en el proceso de formación a instancias distintas de las del poder legislativo, pero con un valor meramente informativo o consultivo, que supoga un enriquecimiento del debate. La búsqueda de enriquecimiento para formar después la decisión, no me parece un obstáculo, es parte del respeto que se debe a la potestad del legislativo en sentido estricto.

Sin embargo, lo que enriquece mucho la democracia participativa es el llamamiento -por parte de los poderes decisorios- a conformar la decisión a la sociedad, a aquello que se denomina sociedad civil. Algunas leyes en debate tienen trascendencia social, otras poseen un carácter muy técnico. Imaginemos un debate sobre una Ley de Telecomunicaciones, en el que se discutirán temas como el sistema de banda ancha, extender el debate a todas las capas sociales, en temas como éste, es bastante complicado.

No obstante, hay debates de leyes en los que, por su naturaleza, sí se puede exigir y aconsejar la participación mayoritaria de los ciudadanos. Por ejemplo, en España se ha producido un boom inmobiliario con un desarrollo verdaderamente caótico, que nos ha llevado a un problema económico importante en la construcción de viviendas y planes urbanísticos. Pues bien, hay dos sistemas: uno que lleva necesariamente a la corrupción y que consiste en que los que detentan u ostentan el poder decidan, con actos debajo de la mesa y votaciones en que se venden favores, cuestiones de materia urbanística; y otro fuertemente participativo en donde se realizan asambleas públicas de ciudadanos, se presentan informes técnicos de peritos, arquitectos, urbanistas y ambientalistas para tomar una decisión, la cual no es válida si no se han cubierto todos esos estadios. Ninguna Constitución, y la del Ecuador menos todavía, pone obstáculos para que se impongan estas buenas costumbres, que —además— son de doble trayectoria: de los ciudadanos hacia el poder y del poder hacia los ciudadanos; los ciudadanos exigen claridad y transparencia al poder,

y el poder se somete a las decisiones razonadas, motivadas y discutidas de los ciudadanos.

En la Constitución de 2008, los ecuatorianos dicen: dejemos el pasado atrás. Ése es el lema que está en la carátula del texto constitucional. Hemos dejado el pasado atrás y queremos nunca más volverlo a pisar. Las posibles penurias del camino no deben hacernos desistir porque sabemos que estamos en buen camino. El Estado de derecho constitucional, de la Pachamama, es vital para la convivencia y el respeto a la dignidad de todas las personas.

**LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y
SOCIALES EN EL NUEVO
CONSTITUCIONALISMO
LATINOAMERICANO**

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

IV

Carlos Gaviria Díaz (Colombia, 1937) es abogado, magistrado, político y profesor universitario. Durante treinta años estuvo vinculado a la Universidad de Antioquia como profesor, decano y vicerrector. A finales de los 80 fue vicepresidente del Comité Regional por la defensa de los Derechos Humanos en Antioquia. Tras el asesinato por bandas paramilitares de varias personas cercanas, se exilió en Argentina. A su regreso a Colombia ocupó el cargo de magistrado de la Corte Constitucional entre 1993 y 2001, órgano del que fue presidente desde 1996. En esos años, su nombre adquirió la resonancia que hoy tiene. Sus sentencias contribuyeron a la pedagogía jurídica en un auditorio de alcance nacional. Dio lecciones de respeto a la autonomía personal, defensa de las minorías y énfasis en el principio de igualdad. Entre 2002 y 2006 fue senador y, como tal, impulsó proyectos de ley para favorecer la igualdad material de los ciudadanos, el trato equitativo a los grupos tradicionalmente discriminados y marginados (indígenas, mujeres, afrocolombianos y homosexuales), y la promoción de iniciativas destinadas a la búsqueda de la paz mediante la generación de empleo, el fortalecimiento de la educación y la cultura, y el reconocimiento del valor social del trabajo. De 2006 a 2009 fue el presidente del Polo Democrático Alternativo y candidato a la Presidencia de la República en 2006: ocupó el segundo lugar, tras Álvaro Uribe.

En este texto, las reflexiones tienen fuertes referencias a Colombia, mi país. Hago, además, algunas generalizaciones porque he advertido bastantes analogías entre el texto de la Constitución colombiana de 1991 y las constituciones latinoamericanas que se escribieron más o menos por la misma época.

Una Constitución, como lo ha señalado el profesor Carbonell, generalmente, es el producto de una crisis social. En Colombia, el caso fue más patético y evidente: entre 1989 y 1990 hubo una solicitud de un cambio constitucional. El pedido resultó un tanto sorprendente porque provenía de diferentes sectores de la opinión pública. En principio, se pedía reformar la carta magna de 1886, lo cual se intentó por la vía ordinaria (como legislación expedida por el Congreso) en el gobierno de Virgilio Barco pero se fracasó. No viene al caso analizar las circunstancias que impidieron que esa reforma constitucional tuviera éxito. Lo importante es que el clamor no cesó y alcanzó al siguiente presidente de Colombia. César Gaviria convocó a una Asamblea Nacional Constitucional usando métodos poco ortodoxos: dictó un decreto de excepción (estado de sitio, según la Constitución de 1886), para cumplir con el propósito reformista. El decreto extraordinario fue avalado por la Corte Suprema de Justicia que, en ese momento, ejercía el control de constitucionalidad.

La elección fue bastante estimulada por el movimiento estudiantil denominado “de la séptima papeleta”. La Asamblea Constitucional se erigió y empezó a sesionar. Lo que, en principio, fue un encargo para hacer ciertas reformas, se tornó en la expedición de una nueva carta magna.

La dinámica de los hechos fue arrolladora. A mí me parecía importante escuchar en ese tiempo, lo que se pedía para Colombia: la suscripción de un nuevo contrato social. Y la pregunta que surgía era obvia: ¿cuándo hemos suscrito un contrato social para que se diga que debíamos hacer uno nuevo? Hasta entonces, las reglas jurídicas y todas aquellas que rigen la conducta humana se mostraban idénticas para todos los colombianos, con el cometido de lograr una convivencia civilizada entre ciudadanos. El proceso de secularización que se debe celebrar como algo positivo, en mi país, fue profundamente negativo, porque se había impartido una educación dogmática y, por tanto, la moral que prevalecía era la propagada por la Iglesia Católica.

Cuando se dio la secularización la gente se quedó sin norte. Y, como decía Iván Karamazov, si no existen dios ni el diablo, entonces, todo está permitido. Se produjo una crisis terrible, no sólo en materia de reglas jurídicas y morales, sino también en normas aparentemente frívolas y superficiales: las del trato y la urbanidad, que -a simple vista- moldean la estética del comportamiento, pero que en realidad delatan a una persona como transgresora o portadora de valores o antivalores mucho más significativos. Ceder el asiento a una persona anciana, embrazada o con problemas de movilidad no sólo es un acto cortés sino también solidario. Esas reglas delatan valores centrales que son ordinariamente accesibles a través de las mismas.

La anomia fue insoportable y obedeció, a mi juicio, a la existencia de una sociedad de una heteronimia absoluta, cuyas reglas son impuestas de arriba hacia abajo: las reglas morales, dogmáticamente; las reglas jurídicas, por un Congreso que nada tenía que ver con los electores salvo en el momento mismo de la elección, o sea, se vivía una democracia representativa hueca; y las reglas sociales eran impuestas por las elites.

Creo que el constituyente de 1991 hizo un diagnóstico judicial de lo que ocurría en Colombia: una especie de estado de naturaleza. El diagnóstico fue acertado y la propuesta también: conformar una sociedad más democrática, que pase de lo meramente representativo a formas participativas o directas, con una tabla de derechos mucho más convincente que la anterior y donde se articulen derechos desconocidos en la historia del constitucionalismo colombiano: los económicos, sociales y culturales.

La propuesta contradecía y contravenía un hábito muy corriente en la mentalidad del país: la creencia de que hacía falta mano dura y firmeza. El constituyente colombiano, en cambio, hizo una conjetura distinta: creyó que nos faltaban democracia y vigencia real de los derechos. Su propuesta fue en ese sentido: una sociedad más democrática, con más derechos e instrumentos adecuados para hacerlos valer y que se materialicen. El resultado fue, a mi juicio, una buena Constitución.

El artículo 22, por ejemplo, planteaba una norma insólita, singular, que no creo que exista en ninguna otra Constitución del mundo: la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. O sea, que todas las disposiciones de la Constitución del 91 hay que leerlas como referidas a un propósito claro y detectado por el constituyente: la búsqueda de la paz. La paz se encuentra en caminos democráticos, con vigencia de derechos, con menos exclusión, con más igualdad.

Se conformó una sociedad pluriculturalista porque hasta entonces los indígenas era ciudadanos de segunda. Como magistrado de la Corte Constitucional, tuve el honor de redactar una sentencia que declaraba inconstitucional una ley de 1889, que trataba a los indígenas como salvajes y establecía que aquellos que se integren a la civilización debían ser catequizados por la Iglesia Católica. Cuando se afirma que la sociedad es multiculturalista y se reconoce, por ejemplo, a favor de las comunidades indígenas, derechos colectivos sobre el territorio, la posibilidad de administrar justicia con base en usos y costumbres específicos, y la autonomía de las autoridades tradicionales en la administración de justicia, se dan pasos significativos. Y en

esto no hay contradicción. El derecho es una situación ventajosa que se imputa a un sujeto, el cual puede estar constituido por un individuo o por un grupo. No es un exabrupto imputar consecuencias jurídicas, llamadas derechos subjetivos, a una persona individualmente considerada o a un grupo o sector.

La onstitución del 91 trató de conformar una sociedad muy distinta a la que teníamos. La Constitución de 1886 era absolutamente reduccionista, pretendía conformar una nacionalidad sobre la base de coincidencias y analogías, no de diferencias: que todos hablemos español, seamos católicos, tengamos una misma concepción de vida, una misma cosmovisión y apuntemos a las mismas finalidades. La Constitución de 1991, en cambio, propuso conformar la unidad nacional sobre la base de las diferencias: incorporó, como ya dije, en la ciudadanía de primera a grupos étnicos como las negritudes y los indígenas.

Además, entraron en vigencia una serie de derechos que estaban escritos pero que tenían significado meramente retórico. La Constitución del 91 implantó acciones como las de tutela (que han contribuido a la paz muchísimo más de lo que se piensa) que garantizaron que los derechos no iban a quedarse escritos sino que se iban a aplicar. Es muy corriente escribir textos maravillosos, puestos al día con los mejores derechos europeos o de otras latitudes, con la secreta esperanza de que se queden allí, no tengan fuerza, ni trasciendan a la realidad o la transformen. Por eso hubo grandes críticas a los jueces que tomaron en serio la potestad que les atribuyó la nueva Constitución y empezaron a dar vigencia a principios que ya formaban parte de la carta anterior pero que no tenían ninguna importancia, porque su capacidad de conformar la convivencia social era nula.

La Constitución del 91 incorporó los derechos económicos, sociales y culturales, que se han llamado de segunda, tercera y cuarta generación, cuya denominación considero inadecuada porque ha contribuido a que los llamados derechos de primera generación (los individuales) sean considerados de mejor categoría que los económicos, sociales y culturales.

Los derechos humanos fundamentan la dignidad humana, pero a lo largo de la historia se van generando distintos paradigmas al res-

pecto: si a fines del siglo XVIII, en la Revolución Francesa, uno se preguntaba por el trato digno que una persona debía recibir, se citaba la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. No creo, desde luego, que esa declaración contenga verdades universales absolutas, de la misma raigambre que las verdades matemáticas: el Teorema de Pitágoras vale hoy lo mismo que en el siglo VI a.C. ¿Hay verdades en lo moral, político o jurídico de esa misma índole? Los derechos se articulan con la historia; por lo tanto, lo que explica el surgimiento de nuevas tablas de derechos es, simplemente, la aparición de nuevos paradigmas de la dignidad humana que traducen nuevas ambiciones, necesidades y propósitos. Si a mediados del siglo XX nos preguntábamos ¿cuál debe ser el tratamiento digno que debe recibir una persona?, la respuesta ya era diferente. No bastaba con reconocer el derecho de libre expresión, la libertad de conciencia, la libertad de desplazamiento, el debido de proceso, el nullum crimen, nulla poena sine previa lege (ningún delito, ninguna pena sin ley previa), sino que se requería algo más. Se apuntaba a la satisfacción de ciertas necesidades, caso contrario las libertades o derechos de primera generación carecían de contenido. En eso consistían las críticas de Marx a las libertades burguesas. El Manifiesto Comunista es una obra que vale la pena releer porque hay anotaciones que ahora ya no corresponden a una perspectiva marxista sino al sentido común.

Hoy en día, no es posible afirmar que una persona tiene derechos cuando sus necesidades básicas están insatisfechas, tiene que vivir como esclavo, o alquilar su energía laboral. Para que las llamadas libertades de primera generación sean posibles y viables, no mera retórica, es necesaria la satisfacción de ciertas necesidades básicas. Y me parece que a ello atiende ese segundo paradigma de la dignidad humana que se concreta en los derechos económicos, sociales y culturales. El hecho de que se hayan incorporado al constitucionalismo colombiano es un avance significativo.

Pero, ¿qué ha ocurrido con esos derechos? Como ya lo dije, los textos que entre nosotros se elaboran con propósitos reguladores de la convivencia, muchas veces encierran la secreta esperanza de que se queden en el papel. Eso ha ocurrido con los derechos económicos,

sociales y culturales. Desde el comienzo se dijo que esos no son derechos. En Alemania, por ejemplo, no existen. Claro que la realidad alemana es bien diferente a la colombiana o latinoamericana. Cuando se incorpora al texto constitucional el derecho a la educación, la salud, el trabajo, la vivienda digna, simultáneamente se realiza un inventario, un escrutinio de carencias, que deben ser satisfechas en beneficio de los derechos de primera generación o que, dentro de la terminología que a mí me parece más adecuada, corresponden a un primer paradigma de la dignidad humana.

Voy a contar una anécdota personal. Muchas de las sentencias que redacté o que apoyé con entusiasmo en la Corte Constitucional estuvieron relacionadas con los derechos individuales, con la autonomía personal: por ejemplo, la despenalización del consumo de droga o del homicidio piadoso que -bajo determinadas circunstancias- hizo legítima la eutanasia activa. A partir de ello, mucha gente me preguntaba por qué pese a mi compromiso con las libertades individuales militaba en un partido de izquierda. Lo hacía porque tengo completamente claro que la autonomía personal es un texto vacío: no es posible que una persona se afirme como un sujeto con derecho al libre desarrollo de la personalidad si carece de lo esencial, si tiene limitaciones materiales que anulan el ejercicio de su autonomía.

La construcción de una sociedad con plena vigencia de las libertades y de los derechos individuales pasa por la construcción de una sociedad más igualitaria, menos inequitativa y discriminadora. A eso apuntan los derechos económicos, sociales y culturales. Por eso considero bienvenido el estado constitucional de derechos. Sin embargo, dada la jerarquización que los ubica como de “segunda generación”, no son considerados siquiera como tales. Cuando Álvaro Uribe, actual presidente de Colombia, ganó las primeras elecciones nombró como su ministro estrella de interior y de justicia a una persona que había escrito un panfleto en contra de la Constitución del 91. No era una crítica de un jurista contra un texto constitucional sino un panfleto, indigno de un profesional del derecho, en el que decía que esa Constitución debía ser despedazada y pisoteada porque había sido escrita por guerrilleros que todavía tenían las manos untadas de san-

gre. Si un presidente nombra como su ministro estrella a quien hace ese tipo de afirmaciones, queda claro el compromiso que tiene con el texto constitucional.

Desde el gobierno, se decía que los jueces colombianos enloquecieron porque tomaban en cuenta los derechos económicos y sociales como si fueran derechos, cuando eran simples metas propuestas para que el Estado las alcance en algún momento. ¿Había algún plazo? No. ¿Quién debía disponer que esas metas se cumplan? Nadie. Entonces, se había dictado un texto ejemplar con el ánimo de que no se cumpla. Se trataba de una impostura.

La Corte Constitucional empezó a hacer ejercicios hermenéuticos legítimos y necesarios en un momento como ése. Por ejemplo, se decía que el derecho a la salud no era exigible por vía de la tutela, entonces había que efectivizar los derechos fundamentales: la salud no lo es, pero la vida, sí. Entonces, cuando una persona se encuentra en un precario estado de salud, si no se le hace un tratamiento que no puede costearse se producirá su muerte. Por tanto, ordenar el tratamiento clínico o quirúrgico equivale a proteger el derecho a la vida. Esa conexión del derecho a la salud con el derecho a la vida lo hizo la corte y fue motivo de escándalo. “Los jueces estaban locos”, “el presupuesto se está desequilibrando”, “la corte está condenando gastos no previstos”, “se están tomando en cuenta derechos que no lo son y tutelándolos como derechos fundamentales”, fueron algunas de las afirmaciones que se hicieron. La corte fue blanco de toda suerte de críticas, especialmente, de los medios de comunicación que son adictos a mantener el orden de cosas.

En definitiva, la única rama del poder público que se hizo cargo de la Constitución de 1991 y la tomó en serio fue el poder jurisdiccional, con la Corte Constitucional a la cabeza. Me honro de haber pertenecido a ella porque logró avances significativos en materia jurisprudencial, no sólo en lo que se refiere a la autonomía personal, sino también en materia de derechos económicos, sociales y culturales; de derechos de los pueblos indígenas y de las negritudes. Ése era el propósito del constituyente: que esa sociedad democrática superara

las lacras de esa anomia que nos había sumido en una suerte de estado de naturaleza, como el que describía Hobbes.

El tema es, justamente, el de la tutela que en Latinoamérica tiene varios nombres: recurso de amparo, acción de amparo, o protección, como se denomina en Ecuador, pero todos apuntan a lo mismo. Cuando la corte concedía tutelas –incluso tímidas– para la protección del derecho a la educación o a la vivienda digna, se tenía en cuenta que el sentido de libertad y de derechos individuales era imposible sin las condiciones materiales, económicas y sociales que permitan que esos derechos sean una realidad. Y, por tanto, ponía de relieve el hecho de que en una sociedad nada sirve si la libertad, ese bien tanpreciado que es la libertad, es patrimonio de unos pocos. Cuando se trata de conformar una sociedad democrática, hay que atender a las libertades y derechos individuales y satisfacer las necesidades, sin las cuales, esas libertades y esos derechos no son posibles. La satisfacción de esas necesidades no es otra cosa que la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales. Cualquier práctica de la libertad fundamental, presupone que las condiciones físicas y materiales de una existencia humana están dadas.

La dificultad de saber cuáles son los derechos de la persona humana, inherentes, inajenables, se supera cuando en función de un consenso más o menos general o universal, esos derechos se positivizan y el operador jurídico los aplica invocando su razón y el texto constitucional que los positiviza. Una Constitución como la colombiana da lugar a construcciones del juez, a partir de su propia concepción de la justicia y de lo que es el bien común. Pero cuando el juez hace esa construcción, tiene como fundamento inmediato un texto positivo que lo autoriza a proceder de esa manera. La positivización ha sido un paso importante en la fundamentalización de los derechos.

En la Edad Media el problema ético estaba resuelto: había una cúspide que era Dios y, de ahí en adelante, los mandatos divinos venían descendiendo. Cuando irrumpe la secularización hay una fractura en el mundo axiológico y se crea un mundo de valores en disputa. En la Constitución la libertad, la igualdad, el bien común, el trabajo son derechos con igual peso. ¿Cómo pondera un juez? No

se trata de un ejercicio meramente intelectual dado que la decisión afectará a alguien concreto. El ejercicio de ponderación consiste en preguntarse: si le doy prioridad a la libertad, ¿en qué medida sacrifico la igualdad? Y viceversa.

Las constituciones latinoamericanas, en general, tienen ese mundo axiológico tan rico, pero esos valores no siempre conviven pacíficamente, sino que, muchas veces, se quieren excluir entre sí. Les cito un caso que puede ser típico de lo que es la proporcionalidad y la ponderación. Fui ponente de la Ley de Cuotas que le asignó a la mujer una tercera parte de los cargos de alta responsabilidad política. ¿Qué hay allí? Un ejercicio de proporcionalidad. ¿Por qué? Eso significa que los hombres van a tener menos acceso a esos mismos cargos y, en Colombia, la población femenina y la masculina son igualmente numerosas. Lo que parece completamente inequitativo se convierte en una acción afirmativa porque todos tienen acceso a la universidad, pero llegan infinitamente más hombres que mujeres. Entonces, sí existe proporcionalidad. Este tipo de resoluciones no se pueden reducir a fórmulas matemáticas ni se pueden dar reglas a priori. Cada juez tiene que enfrentar cada caso y ponderar de acuerdo a las circunstancias y hechos que le toca analizar.

**MUTACIONES CONSTITUCIONALES:
NUEVO ROL DE LA INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL**

CARLOS ALBERTO LÓPEZ CADENA



Carlos Alberto López Cadena Docente-investigador del departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Especialista en derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid. Magíster en derechos fundamentales y doctor en derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

En este texto, haré referencia a la interpretación constitucional, pero dentro de ella, a la interpretación de los derechos, porque es la que más problemas o dificultades puede generar. Para comenzar, se debe comprender que existen diferencias fuertes entre hermenéutica e interpretación, aunque normalmente se utilizan como sinónimos. La hermenéutica se encarga de las reglas, mientras que la interpretación extrae el sentido. Pero, ¿cuáles son las reglas que permiten extraer el sentido de las normas constitucionales y de los derechos? Para entender cómo se extrae el sentido con la hermenéutica, se debe precisar el hecho de que la interpretación no puede entenderse sin aceptar el principio de supremacía constitucional: la Constitución es la norma suprema, la norma de normas. A partir de esa definición se empieza a construir la interpretación.

Además del principio de supremacía existen dos pilares básicos: la fuerza normativa de la Constitución y la rigidez constitucional.

La fuerza normativa de la Constitución o fuerza normativa de los derechos da cuenta de que al interpretar, las normas tienen una aplicación directa que permite resolver un caso concreto. Por tanto, a más de ser eficaces, tienen que cumplirse y estar vigentes. Hay ciertas normas constitucionales que pueden perder su fuerza normativa, lo cual depende del paso del tiempo o de las contradicciones con el sistema.

La rigidez constitucional da cuenta de que existen mecanismos para transformar una Constitución: la única manera de hacer cambios profundos, trascendentales, es a través de los procedimientos que las mismas constituciones establecen. Por tanto, el principio de rigidez dice que todo lo que se puede hacer, de los límites hacia dentro, será interpretación. El límite a veces es resbaladizo y otras, no se puede entender bien, pero -de entrada- queda claro que desde la interpretación nunca se pueden generar reformas. Y eso es algo que en el constitucionalismo actual no se está reconociendo. Mi propuesta apunta a una teoría interpretativa, acorde a nuestros tiempos: progresista y normativa. Es decir, una teoría que proponga límites.

Cuando nos enfrentamos a la interpretación de los derechos constitucionales, lo primero que encontramos es que tienen una estructura normativa diferente, a la que el juez no se encuentra acostumbrado y, por tanto, tiene dificultades para interpretar. Las normas sobre derecho, en su mayoría, tienen una estructura abierta y abstracta, a la que hay que darle contenido, porque han sido construidas a partir de acuerdos mínimos entre diferentes fuerzas políticas. De ahí que la interpretación se convierta en un procedimiento especial con el cual se extrae el significado de esas normas. La doctrina crea diferentes técnicas modernas o posmodernas para obtener esos significados. Con esas técnicas opera el juez constitucional.

La polémica que surge es si la Constitución se debe interpretar de acuerdo con reglas tradicionales. Las primeras posturas nos decían: una cosa es la interpretación de la Constitución y otra, la interpretación del resto del ordenamiento jurídico. Ciertos autores sostienen que toda norma se debe interpretar de la misma manera que el sistema constitucional. Una postura más reciente postula que no existen dos sistemas jurídicos distintos: la fuerza normativa suprema de la Constitución es la que orienta el accionar de un operador jurídico. Es decir, antes de considerar una norma, se debe ver el sistema constitucional. Por tanto, los sistemas de interpretación del derecho deben partir de los sistemas de interpretación constitucional; es el sistema constitucional y sus técnicas (especialmente las relacionadas con derechos fundamentales) las que tienen que ser aplicadas en el

resto del ordenamiento. La cuestión es ¿cómo resolver casos con esas nuevas técnicas de interpretación? Además, no se debe dejar de considerar que los sistemas tradicionales, los métodos clásicos de interpretación (histórico-teleológico, sistemático, etc.), no han desaparecido, ni ahora nos encontramos en un sistema hermenéutico distinto. Lo cierto es que existe un fundamento importante a partir de esos modelos que ahora se encuentran adaptados a nuevas realidades.

En resumen, la situación actual es la siguiente: existen normas abiertas y abstractas con aplicación directa, que pretenden solucionar los problemas más vulnerables de la población, darle una vida digna e instaurar una convivencia pacífica. Los operadores jurídicos tienen que utilizar nuevas técnicas para extraer el sentido de las normas y poderlas aplicar en casos concretos.

La primera técnica usada para obtener el sentido de los derechos, incluso por una situación normativa constitucional, es la del contenido esencial, o teoría del núcleo. En Colombia se la ha desarrollado bastante porque —se argumenta— permite ver lo que los derechos contienen y establece el límite de los límites. El legislador podrá construir leyes pero siempre respetará ese reducto último que es el núcleo esencial intocable. Un intérprete lo primero que debe ver en una norma abierta y abstracta es su núcleo, para saber qué tienen dentro los derechos y cómo puede sacar el contenido y aplicarlo a un caso concreto.

El contrato social establece que cedemos una parte de nuestros derechos a la voluntad popular. El andamiaje del Estado se construye y vía legislador y leyes se devuelve la restricción de derechos para posibilitar la convivencia. Es decir, según la teoría del contrato social, los derechos son previos a la existencia del Estado. Los derechos no son otorgados por el Estado, éste sólo los plasma en normas. Según la teoría del núcleo, algo viene predeterminado y el legislador —al momento de hacer una ley— tiene que respetar el núcleo y trabajar en la periferia, donde sí puede dictar restricciones o ampliaciones.

Pero ¿cómo hago para determinar el núcleo? Hay dos técnicas para encontrar el contenido esencial. La primera es tomar la norma literalmente y anexarle el consenso existente entre los juristas y los grandes

pensadores al respecto. Esta técnica es subjetiva y complicada porque desde la literalidad no avanzo mucho, y —además— el pensamiento de los grandes viene marcado ideológicamente: los de izquierda tendrán una posición expansiva, y los de derecha una visión restrictiva.

La otra técnica es la de los intereses protegidos según la cual el núcleo se ha violado cuando el derecho se hace impracticable. Pero el problema es que el derecho es impracticable cuando ya se ha cargado el sistema constitucional y de derecho. En suma, encontrar el núcleo esencial es bien complicado. Colombia, que en principio aplicó esa teoría, la ha ido abandonando paulatinamente. A partir de 2001 se utiliza una teoría interpretativa sobre los derechos bastante diferente: el núcleo esencial es considerado relativo, con posibilidad de expansión y contracción, de acuerdo con el caso concreto. Los alemanes han desarrollado la teoría relativa del núcleo esencial porque en su Constitución consta la definición de la parte nuclear, y ahora le dan matices. El padre de esa postura de la teoría relativa del núcleo es Robert Alexy.

La teoría del núcleo ha sido dejada de lado por una técnica interpretativa (más que argumentativa): la técnica de ponderación considera que, para interpretar los derechos y saber cuál es su contenido, se debe utilizar una técnica de balanceo. La ponderación tiene ciertas cosas oscuras: por ejemplo, no ha podido desarrollar el tema de las cargas de la argumentación.

La ponderación como tal ya ha sido asumida (no hay que olvidar que los tribunales se dejan influir por teorías que —en su momento— resultan muy interesantes y provechosas), y con ella se establece que existen normas con la estructura de reglas, y también otros principios con una estructura abierta y abstracta —que según Robert Alexy— son la mayoría de los derechos fundamentales.

Se dice que la ponderación se aplica para casos difíciles. ¿Cuándo hay casos difíciles? Cuando existe una colisión entre dos derechos constitucionales. Sin embargo, los casos aparentemente fáciles son mucho más complicados. En Colombia, por ejemplo, existe una norma constitucional que establece que para ser concejal de un municipio se necesita tener la mayoría de edad (dieciocho años). Sin embargo, en una

comunidad indígena la mayoría de edad era otra y ahora tenemos un concejal de dieciséis años.

En otras teorías, la ponderación se aplica sólo para los derechos fundamentales. Sin embargo, el concepto de los derechos es abierto: no existe un catálogo que nos diga cuáles son. En Colombia dependen del momento histórico y de la conexión con la dignidad humana; es decir, puede haber derechos que hoy son fundamentales y mañana no. Veamos un caso. Una menor de dos años tiene que hacerse una transfusión de sangre porque su vida corre peligro. Sus padres son Testigos de Jehová y su religión prohíbe las transfusiones. La libertad de culto se enfrenta al derecho a la vida. Cuando hay conflictos entre derechos constitucionales no se puede expulsar el ordenamiento, por eso se los denomina mandatos de optimización porque tengo que sacarles el mayor provecho. Dependiendo del caso, un derecho se contrae y otro se expande; a medida que un derecho se afecta, otro se satisface.

De pronto notamos que el sistema de ponderación parte de una premisa que puede no ser tan cierta: presume que hay conflicto de derechos y –por tanto- hay dos partes por lo menos, pero puede no ser así. ¿Qué derecho tiene mayor peso? La decisión constitucional debe ir en ese sentido. Para establecerlo considero el peso concreto, el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas. El peso concreto es el cálculo que el operador jurídico hace de la situación concreta como tal, de cómo se afecta o satisface. El peso abstracto se calcula considerando la aproximación a la colectividad: se establece cuál de los dos principios en conflicto pesa más en la sociedad. La seguridad de las premisas empíricas considera los elementos fácticos del caso. Los derechos pueden empatar. De ser el caso, se debe pasar a las cargas de argumentación según la cual los derechos en conflicto que tengan conexión directa con la libertad o la igualdad desequilibran la balanza, pero también pesa el principio democrático. En general, los jueces realizan una aproximación teórica a la ponderación y no hay empates. Si los hubiere, acudir a las cargas de argumentación dificultaría la claridad de la técnica. Esta postura tiene problemas importantes de subjetivismo: el juez puede colocar los valores nu-

méricos a su antojo. Sin embargo, hay que recordar que toda teoría siempre tiene críticas y encierra peligros.

Otra tesis importante para saber cómo se pueden interpretar los derechos y extraer los contenidos de las normas abiertas y abstractas, para aplicarlas en casos concretos, es el positivismo con apertura a los hechos desarrollado por Carla Faralli¹. En esta tesis, no se aplica la ponderación sino una técnica que se denomina contenido normativo, la cual no considera a los derechos en colisión.

El positivismo axiológico de la ponderación postula que los derechos tienen elementos éticos y axiológicos, conectados directamente con la moral. La corrección moral establece que en caso de colisión de derechos, la norma injusta no debe obedecerse. En cambio, el contenido normativo establece que los derechos no entran en conflicto ni deben ser ponderados porque se debe encontrar su contenido normativo: un derecho no tiene axiología ni moral, sino realidad constitucional. ¿Qué es la realidad constitucional? Son todos los actos, hechos o elementos que podemos percibir en situaciones reales históricas de cada ámbito geográfico. Por tanto, para saber cuál es el contenido normativo de un derecho hay que aproximarse a la colectividad de la cual ese derecho pretende desplegar su fuerza normativa, captar el elemento constitutivo de ese derecho y, a partir de ahí, plasmarlo, encajarlo y desarrollar el caso concreto.

Este modelo está fuertemente fundado en el principio democrático. Recordemos que toda Constitución tiene una dialéctica: está formada por dos grandes fundamentos: el principio constitucional y el principio democrático. Esta tesis quiere evadir la subjetividad jurídica y, en su lugar, hacer una apertura de los despachos constitucionales a ese principio democrático y a esa colectividad para poder saber cuál es el contenido de los derechos. Sin embargo, y de ahí las críticas a este método, no todos los actos que ocurren en un Estado pueden ser realidades constitucionales. Por ejemplo,

¹ Carla Faralli es profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad de Bolonia. Como discípula del historiador y filósofo Guido Fassò (Bolonia, 1915-1974) completó, a su muerte, la Historia de la Filosofía del Derecho que él había iniciado. La obra de Fassò es relevante hasta la actualidad.

que la ciudadanía pida, vía movilización social, el cierre de un parlamento, es una realidad social.

Esta tesis podría ser adecuada al sistema latinoamericano por dos razones. Por un lado, al estar conectada perfectamente con las realidades vivientes, establece que los derechos fluctúan, de acuerdo con las realidades y el pluralismo que pueden existir allí, nos permite justificar y perfectamente diferenciar ciertas justificaciones entre los grupos que convivimos en un mismo país. Adicionalmente, nos permite ser fluctuantes, es decir que esa realidad que fluctúa, puede ser acogida por el derecho de una manera adecuada.

Por otro lado, es sumamente normativa: el andamiaje se puede mover, siempre y cuando respete los límites constitucionales. ¿Cuáles son esos límites? Se establecen desde una teoría lingüística de la Constitución, aquella que parte de los enunciados que se encuentran explicitados en una Carta Magna, pero que -a su vez- permite que tengan un contenido distinto, incluso opuesto, por el paso del tiempo.

Una teoría lingüística de la interpretación constitucional de los derechos permitiría, por ejemplo, en un debate sobre el matrimonio, establecer que es la unión de una pareja concertada mediante determinados ritos o formalidades legales, entendiéndose pareja como aquella conformada por un hombre y una mujer. Cinco años después se puede establecer que una pareja la conforman personas del mismo sexo o no. Veinte años después, que una pareja la conforman individuos de una misma especie o no (un toro con una vaca, o un hombre con una gallina, por ejemplo). El límite radica en que una pareja no la pueden establecer tres personas o una sola. La lingüística nos per-

mite tener cierta estructura normativa. Así lo plantean Hans Kelsen² y Herbert Hart³.

Haré un ejemplo considerando la Constitución ecuatoriana. El artículo 427 señala que “las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”. Este artículo permite una interpretación lingüística que cambia y se adapta en el tiempo. El artículo, en su segundo inciso, dicta que: “En caso de duda se interpretará en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la libertad del constituyente”. Seguramente con la teoría lingüística que se plasma en el artículo, nunca habrá que pasar al segundo inciso ni hacer uso del constituyente como una teoría originalista. La teoría lingüística permite llegar a esa característica, normativa pero abierta al cambio, en el sentido de que esos mismos elementos lingüísticos varían con el paso del tiempo.

² Hans Kelsen (1881-1973), Jurista, filósofo y político de origen judío. El canciller Karl Renner le encargó el diseño de nueva Constitución que es finalmente terminada en el año 1920. Dejó Alemania en 1933, una vez que se produjo la ascensión del nazismo, y Europa, en 1940, una vez que estalló la Segunda Guerra Mundial. Se refugió en Estados Unidos donde ejerció la docencia en Harvard y Berkeley. Kelsen defendió una visión positivista (o iuspositivista) que llamó Teoría Pura del Derecho: un análisis del derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, del cual excluyó cualquier idea de derecho natural.

³ H. L. A. Hart (1907-1992), es uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX. Con el comienzo de la Segunda Guerra Mundial, ingresó a trabajar en el Servicio de Inteligencia Británico (MI5) y una vez terminado el conflicto ingresó como académico a Oxford, donde había estudiado. Hart forma parte de la llamada jurisprudencia analítica, una corriente del positivismo para la cual el análisis del lenguaje resulta un elemento fundamental para una mejor comprensión del derecho.

