

## ¿HACIA UN (NEO) NEOCONSTITUCIONALISMO?

### *TOWARDS A (NEO) NEOCONSTITUTIONALISM?*

**Guido Aguila Grados<sup>1</sup>**

**INDICE:** I. Algo está pasando desde hace algún tiempo; II. Línea de tiempo del constitucionalismo; a. El Constitucionalismo Liberal o Primer Constitucionalismo; b. El Constitucionalismo social o Segundo Constitucionalismo; c. El neoconstitucionalismo o tercer constitucionalismo; III. El neoconstitucionalismo; a. La Constitucionalización del Derecho; b. Transformaciones en la literatura constitucional; IV. Una etapa diferente: el (neo) neoconstitucionalismo; V. Consideraciones Finales; VI. Bibliografía.

### **RESUMEN**

La historia constitucional reconoce hasta el momento tres etapas marcadas desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días. La última etapa, comprendida entre la segunda postguerra y nuestros días, es denominada neoconstitucionalismo, un fenómeno que ha seguido la ruta de siempre del Derecho Constitucional: desde Europa o Norteamérica hacia Latinoamérica. Sin embargo, en la última década los textos constitucionales de algunos países andinos se han salido del molde europeo y han virado sus concepciones originales para crear sus propias instituciones, como los pueblos indígenas, la tierra y la cultura andina.

**Palabras Claves:** Constitucionalismo Liberal; Constitucionalismo Social; Estado Legal de Derecho; Estado Constitucional de Derecho; Jurisprudencia Constitucional; Cortes o Tribunales Constitucionales; Neoconstitucionalismo; (Neo) Neoconstitucionalismo.

### **ABSTRACT**

So far, the history constitutional recognizes three stages marked since the late eighteenth century to the present. The last stage, located between the second postwar period and the present day, is called neoconstitucionalism, a

---

<sup>1</sup> Doctorando en Ciencia Jurídica en la Universidad del Valle de Itajaí (UNIVALI); Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina); Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Perú); Codirector de la Escuela de Altos Estudios Jurídicos EGACAL; Docente de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

phenomenon that has followed the traditional route of constitutional law: from Europe (or North America) to Latin America. However, in the last decade the constitutions of some Andean countries have left the European mold and have veered their original conceptions to create their own institutions, such as indigenous peoples, land and Andean culture.

**Keywords:** Liberal Constitutionalism; Social Constitutionalism; Rule of Law; State Constitutional Law; Constitutional Case Law; Constitutional Courts; Neoconstitutionalism; (Neo) neoconstitutionalism.

## **I. ALGO ESTÁ PASANDO DESDE HACE ALGÚN TIEMPO**

En la Alemania Federal de 1958, Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, incitaba el boicot a una película cuyo director era Veit Harlan, cineasta que había mantenido relaciones con el régimen nazi en el pasado. La productora y la distribuidora de la película obtuvieron, en la jurisdicción ordinaria, decisión favorable a la cesación de dicha conducta, por considerar que violaba el artículo 826º del Código Civil (BGB):

“Quien, de manera atentatoria a las buenas costumbres, daña a alguien está obligado a la reparación de los daños causados”.

No obstante, el Tribunal Constitucional Federal reformó la sentencia **en nombre del derecho fundamental a la libertad de expresión, que debería influenciar la interpretación del Código Civil**. Al respecto, señaló que:

(...)

**6. El derecho fundamental del Art. 5 de la Ley Fundamental protege no sólo la expresión de una opinión como tal, sino también, los efectos espirituales que se producen a través de la expresión de una opinión.**

**7. La expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicot, no viola necesariamente las buenas costumbres en el sentido del §826 BGB; puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de opinión al ponderar todas las circunstancias del caso (...).**

Y abunda en argumentos:

La idea de que la expresión de una opinión se tenga que proteger sólo como derecho fundamental, pero no por el efecto que causa sobre otros, y que persigue o conlleva, se debe rechazar. El significado de la expresión de una opinión debe partir de su "efecto espiritual sobre el entorno" (Häntzschel, *ibid.*, p. 655). Por consiguiente, los juicios de valor, que tienen por objeto causar un efecto espiritual, y que principalmente, buscan convencer a otros, se encuentran protegidos por el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental; **la protección del derecho fundamental se relaciona en primer lugar, con las opiniones propias de quien las expresa, que se expresan en un juicio de valor, mediante el cual se busca causar un efecto sobre otros. Una separación entre expresiones (protegidas) y efectos de la expresión (no protegidos) no tendría sentido. La expresión de una opinión, así entendida, esto es, en su puro efecto espiritual, es como tal, libre;** pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico, protegido legalmente, de un tercero, cuya protección prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa intervención por el hecho de que se dé a través de la expresión de una opinión. Se requiere, por consiguiente, una "ponderación de los bienes jurídicos". El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los intereses de superior rango de un tercero, y que puedan resultar violados con el ejercicio de la libertad de opinión.

La existencia de tales intereses supremos en cabeza de un tercero se debe establecer con base en todas las circunstancias del caso [...].

**El Tribunal priorizó la protección al derecho fundamental a la libertad de expresión del demandante por sobre una norma regulada en el BGB.**

Una década más tarde, la Corte Constitucional italiana, en la sentencia 126/1968 señaló que:

El principio de que el marido pueda violar impunemente la obligación de fidelidad conyugal, mientras la mujer debe ser castigada –más o menos severamente– se remonta a tiempos remotos en los cuales la mujer, considerada incluso jurídicamente incapaz y privada de muchos derechos, se encontraba en estado de sujeción frente a la potestad

marital. Desde entonces mucho ha cambiado en la vida social.

En la misma línea jurisprudencial, en la Sentencia 127/1968, la misma Corte indicó que:

“(...) invalidó el artículo del Código Civil que trataba de manera distinta el adulterio del marido y de la esposa.

El realizado por la esposa siempre sería causa suficiente para la disolución de la unión conyugal, en cambio el hecho por el marido solamente sería la sencilla hipótesis de “injuria grave a la mujer”.

De tal forma, **considerando el perjuicio en contra de las mujeres ocasionado por el Código Civil, la Corte decidió invalidarlo, salvaguardando el derecho a la igualdad del hombre y la mujer**, particularmente en este caso, que deviene por la comisión del adulterio de uno de los dos en perjuicio del otro.

Estas decisiones de Tribunales y Cortes Constitucionales por sobre el texto expreso de la ley, no sólo han sido monopolio de la justicia constitucional europea. Se iniciaron en el viejo continente, mas se han expandido por todo el orbe. Sin embargo, ha sido, como casi siempre, seguido de manera febril por el Derecho latinoamericano. La costumbre o manía de extrapolar instituciones y recepcionar figuras jurídicas ajenas a nuestra idiosincrasia y realidad, para bien o para mal, ha formado parte desde siempre de nuestra cultura forense.

En la última década del siglo pasado, la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense se pronunció sobre los comportamientos en contra de las personas privadas de su libertad, o de aquellas que están siendo investigadas por la comisión presunta de un delito. Ello, con respecto a **la protección de la dignidad del ser humano**.

Sobre esa base, la Sala Constitucional de Costa Rica afirmó

“(...) Ha considerado como un **comportamiento degradante** y en detrimento de la dignidad de la persona las prácticas de las autoridades **jurisdiccionales de**

**extraer el semen necesario para la realización de pruebas periciales por medio de prácticas masturbatorias”.**

Al respecto, la Sala Constitucional ha determinado con relación a las condiciones de los detenidos que

“el tener a seres humanos en total hacinamiento, sin las mínimas condiciones de higiene y en lugares sucios, húmedos, oscuros, con poca ventilación, no puede ser otra cosa que un castigo y **un trato degradante contrario a la dignidad humana**”.

Cuando aún la realidad y el mundo del celuloide nos presenta películas en que se aprecia el desprecio absoluto por las condiciones carcelarias en esta parte del continente americano o imágenes en pantalla chica y grande de que en Norteamérica se siguen utilizando medios degradantes e inhumanos para obtener información o “llegar a la verdad”, los diferentes extractos jurisprudenciales mostrados permiten apreciar que se reivindica la dignidad humana contra las prácticas otrora comunes en la persecución penal, sea en sede policial, fiscal, judicial o de ejecución penal. Y sin la existencia de una norma que establezca límites a este desborde del poder punitivo estatal, se invoca la Norma Fundamental para privilegiar el principio-derecho de dignidad del ser humano.

En los tres casos mencionados encontramos un hilo conductor común. **La prevalencia de un principio alojado en el texto constitucional sobre una regla instalada en la norma legal.** Pero no es la prevalencia clásica que se observa en la jerarquía normativa, es una prevalencia en la aplicación a un caso concreto. Esto se produce en dos formas,

a) la desautorización de lo regulado expresamente por el legislador invocando un derecho fundamental indeterminado reconocido constitucionalmente y,

b) regulando jurisprudencialmente los vacíos que ha dejado la incuria legislativa. Al no ser casos exóticos ni aislados, estamos convencidos de que podemos concluir que estamos ante una metamorfosis del Derecho.

Y es que, en la vida en general, cuando se reconocen cambios y transformaciones en un statu quo imperante, advertimos rápidamente que estamos ante los síntomas de que algo está pasando. El advenimiento de un nuevo fenómeno es inminente y hasta contemporáneo. En el Derecho esta regla es inexorable. Producto del estudio y análisis de esos síntomas es que podemos diagnosticar qué es lo que está pasando en el organismo jurídico de esta parte del mundo. Nuestro país no ha sido ajeno a este cambio de piel en el mundo del ordenamiento jurídico.

En la sentencia 0728-2008-PHC/TC, El Tribunal Constitucional peruano declaró fundado el hábeas corpus interpuesto por Giuliana Flor de María Llamuja Hilares contra la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, que la condenaba por el delito de parricidio a veinte años de penaprivativa de libertad y ordenó que se expida una nueva sentencia de acuerdo a lo que argumentó en el fundamento 34º:

“(…) El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional.

En ese sentido, si bien el dictado de una sentencia condenatoria per se no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para su adopción. La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional”.

Antes de ello, en la ratio decidendi de la sentencia el Tribunal Constitucional advirtió que la Sala Penal Suprema cuestionada había violado el derecho fundamental a la motivación de resoluciones (falta de corrección lógica, falta de

coherencia narrativa y falta de justificación externa) y el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Una situación similar y muy recurrente se observa en la sentencia 00037-2012-PA/TC del 25 de enero del 2012 en que declaró nula la sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú por la misma razón: una indebida motivación de resoluciones.

“(…) A juicio del Tribunal Constitucional, tal razonamiento vulnera el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en un doble sentido: en primer lugar, porque los argumentos brindados por la Sala Civil Permanente están insuficientemente motivados, pues no resuelven con un mínimo de solvencia la causal de casación formulada en su momento por la parte demandante; y en segundo lugar, porque incurre en un supuesto de motivación incongruente, al momento de enunciar un argumento *ultra petita* que no había sido invocado por el demandante”.

En este caso el fallo de la justicia ordinaria había favorecido a la empresa Telefónica Móviles S.A. en la controversia contra el banco Scotiabank Perú S.A.A. sobre las entidades legitimadas para realizar la ejecución coactiva. Y podemos sumar decenas de casos similares. El Perú es uno de los escoltas que lleva las banderas en este viraje del Derecho teórico y aplicativo en nuestro subcontinente.

## **II. LÍNEA DE TIEMPO DEL CONSTITUCIONALISMO**

Esta recurrente casuística que nos muestra la derrotabilidad de la norma legal ante los enunciados constitucionales que consagran derechos fundamentales expresos e implícitos nos dicen que estamos ante un nuevo momento del constitucionalismo. En la línea de tiempo del constitucionalismo nos encontramos ante un nuevo eslabón, no hay duda. No decimos si mejor o peor. Solo que distinto e intenso. Demos una mirada hacia atrás para demostrar que estas mutaciones presentan características muy distintas a sus etapas antecesoras.

## **a. El Constitucionalismo Liberal o Primer Constitucionalismo**

El primer constitucionalismo (que el recientemente desaparecido PECES-BARBA denomina "Etapa de Positivización" (1995: 154)<sup>2</sup>) se dio con el amanecer de las primeras constituciones a fines del siglo XVIII (Constitución de EEUU y Constitución de Francia, en 1787 y 1791, respectivamente) y que tuvieron como estandarte a las revoluciones americana y francesa, que aunque distintas en naturaleza se asemejan en propósitos. El verbo rector de estos movimientos que tatuaron la historia de la humanidad fue ¡Libertad! Por ello, la doctrina lo ha denominado **constitucionalismo liberal**, debido a esa búsqueda indetenible por lograr la abstención y limitar a un Estado Absoluto, vertical y castrante de los derechos del individuo. No es casualidad que la mayoría de himnos nacionales de las emergentes repúblicas latinoamericanas de inicios del siglo XIX consagren la libertad como el sueño nacional. Algo similar ocurrió en otras partes del mundo. La caída del domino español tuvo características muy marcadas en lo libertario. Habían sido casi tres centurias de un dominio excluyente y utilitario al extremo que la libertad tenía –en aquel tiempo- mayor valor que la vida misma. El caso peruano constituye un paradigma de lo afirmado. El coro del himno nacional inca reza:

Somos libres, seámoslo siempre  
Y antes niegue sus luces el sol  
Que faltemos al voto solemne  
Que la patria al eterno elevó

En tono menos poético sería: Prefiero morir antes que incumplir mi promesa de ser libre. Y no es coincidencia que el coro del himno boliviano tenga una intención similar:

De la Patria el alto nombre  
en glorioso esplendor conservemos  
Y, en sus aras, de nuevo juremos:  
¡Morir antes que esclavos vivir!

---

<sup>2</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1999). "*Curso de Derechos Fundamentales Teoría General.*" Editorial Boletín Oficial del Estado. Madrid, pp. 154.



La séptima estrofa del himno nacional colombiano también pone en alto relieve la trascendencia de la libertad:

La trompa victoriosa  
Que en Ayacucho truena  
En cada triunfo crece  
Su formidable son.  
En su expansivo empuje  
La libertad se estrena,  
Del cielo Americano  
Formando un pabellón

Y podríamos continuar encontrando a la libertad como el denominador común de los anhelos de las nuevas repúblicas de la América española. Sin embargo, no hay que olvidar que las raíces son norteamericanas y europeas. Así, el documento más representativo de la Revolución Francesa y documento precursor de los Derechos Humanos fue la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" del 26 de agosto de 1789. Además, sirvió de prólogo a la Constitución de 1791, la primera de Francia y la segunda del mundo. Su influencia en América fue posible por la primera traducción al español del prócer colombiano Antonio Nariño. La manifestación de esta influencia está en que en tres de los diecisiete artículos que constan menciona la palabra libertad y jamás hace mención alguna del término vida.

Esta enumeración de derechos que caracteriza al modelo francés será otra marca registrada de este primer momento constitucional: la positivización de los derechos fundamentales, que junto con la separación de poderes y la soberanía registral forman la trilogía que aportaron estos años.

## **b. El Constitucionalismo social o Segundo Constitucionalismo**

La segunda estación del constitucionalismo –que el mismo constitucionalista español denomina "Etapa de generalización"- se da a inicios del Siglo XX con la Revolución Mexicana y el fin de la Primera Gran Guerra. Las Constituciones paradigmáticas serían la de Querétaro (1917) y la de Weimar (1919). La

Constitución mexicana fue un producto revolucionario y por ello inaugura el Estado Social de Derecho bajo premisas como la limitación de la propiedad privada, la exaltación de derechos laborales y un intervencionismo estatal en la economía. Por su parte, la Constitución alemana que se firma sobre la Europa aún humeante se erige como la primera carta política del mundo que hace alusión a disposiciones relacionadas con los derechos sociales asistenciales y de salud. Aunque en sincronismo temporal, una norma constitucional fue ajena a la otra, pero con coincidencias que anunciaban una nueva era constitucional.

Sin embargo, contra todo lo que podía pensarse, esta segunda edad del constitucionalismo no fue una ruptura traumática ni un cambio diametral respecto al constitucionalismo clásico. Si por un lado, en esta coyuntura histórica, se dio el advenimiento del reconocimiento de los denominados derechos sociales económicos y culturales, por el otro se produjo la prolongación de los derechos políticos de un siglo atrás. BIDART (1989: 331)<sup>3</sup> afirma la exigencia de una línea de continuidad en la positivización, aunque con desafíos más complejos:

“(...) Pero una cosa es clara: así como el constitucionalismo clásico inscribió sus derechos en la normativa constitucional, el constitucionalismo social en ella a los suyos. Y ambos pusieron énfasis en la escritura, por el apego a la letra de los textos. Y hay una diferencia: al primer constitucionalismo le fue más fácil que al segundo trasladar desde la letra a la realidad sus libertades y derechos, porque fundamentalmente unas y otros se satisfacían con la omisión del daño o violación; pero al constitucionalismo social se le suma una ardua exigencia: la de que sus derechos socioeconómicos escritos en sus normas sean realmente accesibles y disfrutables en un Estado de bienestar, para lo cual la escritura es harto insuficiente, porque hacen falta políticas efectivas que permitan cumplir las obligaciones de dar y de hacer en favor de aquellos mismo derechos (...)”.

Así, se trocó la abstención por la prestación estatal. De la búsqueda de libertad, el centro de gravedad viró hacia la igualdad. Además del individuo, importaba el grupo social. Según PECES-BARBA, fue el reconocimiento de dos derechos

---

<sup>3</sup> BIDART CAMPOS, Germán J (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos.* Editorial Astrea. Buenos Aires, p. 331

fundamentales lo que determinó este giro del Constitucionalismo liberal al social: el derecho de asociación y el sufragio universal. El primero cambia el paradigma del asociacionismo. De uno estamental o gremial que partía de lo colectivo para llegar al individuo, por uno que se inicia en el individuo y se proyecta al colectivo. Sindicatos y partidos políticos reemplazarán en el escenario a los gremios y grupos estamentales. El segundo, que jubila al voto censitario y permite la formación de órganos públicos representativos de todas las ideologías y sectores sociales. Sin embargo, son reformas las que se producen, no revoluciones. BIDART (1989: 331)<sup>4</sup> afirma que el segundo constitucionalismo no altera ni desfigura al segundo. Más bien hay una solución de continuidad. Quién sabe si detrás de la vieja denominación de “generaciones” de derechos se oculte esta suerte de sangre heredada del constitucionalismo liberal.

Con todo, este constitucionalismo social ha pasado por etapas. En un comienzo, el Estado era el único sujeto pasivo de exigencia de derechos fundamentales y luego se extendió hacia los particulares. Asimismo, su promedio de vida ha sido variable según las circunstancias socioeconómicas y políticas de los Estados. Aunque su primer síntoma de extinción se haya dado prematuramente con la segunda posguerra. Es el fin de la segunda guerra mundial que, sobre la Europa y Japón aún en escombros, siente un tiempo de advenimiento a un nuevo modelo de constitucionalismo.

### **c. El Neoconstitucionalismo o Tercer Constitucionalismo**

Se advierte el advenimiento de esta nueva etapa por las características propias y diferentes a las etapas anteriores. Por ello la insistencia en nombre de pila: “neoconstitucionalismo (nuevo constitucionalismo)” a pesar de que no goza de aceptación general<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> BIDART CAMPOS, Germán J (1989). *Ob. Cit.* P. 331.

<sup>5</sup> Hay quienes no solo están en desacuerdo con la denominación de Neoconstitucionalismo, sino la consideran interesada. El profesor Jorge Portocarrero Quispe señala que es un término “para poder vender libros” (clase inaugural del Curso de Argumentación Jurídica en la Pontificia Universidad Católica del Perú en el verano del 2013).

¿Cuáles son esas características tan distintas que asoman? Proponemos enumerar los trastornos más visibles respecto al Constitucionalismo del Estado Legal de Derecho:

- a) El protagonismo cada vez mayor de las Cortes y Tribunales Constitucionales en el mundo y la trascendencia de sus decisiones, es una postal reciente pero intensa en América Latina;
- b) El debilitamiento del paradigma de legalidad es evidente. La ley que hasta hace un cuarto de siglo era el centro del sistema planetario jurídico y parámetro de validez de normas, ha pasado a ser hoy el objeto de control de la constitucionalidad;
- c) El culto a la ley ha sido reemplazado por el culto a la jurisprudencia constitucional;
- d) El mito del carácter pétreo y la santidad de la cosa juzgada ha caído ante la posibilidad de su cuestionamiento en sede constitucional;
- e) Una nueva teoría del Derecho basada en principios y ponderación ha jubilado a la tradicional basada en reglas y subsunción;
- f) El número de mutaciones constitucionales que se dan por interpretación ha superado el número e importancia de reformas constitucionales que da el Poder Legislativo disfrazado de Poder Constituyente.

El diagnóstico cae por ley de gravedad: algo pasa en el constitucionalismo de hoy. Ya no es el mismo. Mantiene sus raíces pero hay una marcada metamorfosis en el tallo, flores y frutos. Sería la tercera edad de la historia constitucional. Y, como los diferentes casos presentados en el inicio de estas líneas, no es potestad de Europa, es patrimonio universal. No se equivocó el fundador de la Universidad Carlos III de Madrid, cuando la bautizó como la "Etapa de la Internacionalización".

### **III. EL NEOCONSTITUCIONALISMO**

Una de las formas en que se la ha llamado a este fenómeno es Neoconstitucionalismo. Dejemos que uno de sus autores nos hable sobre ella:

“(…) es una etiqueta que, a fines de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la Escuela Genovesa de Teoría del Derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) han empezado a usar, como forma de clasificar, para criticarlas, algunas tendencias postpositivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí”

confiesa COMANDUCCI (2012)<sup>6</sup>. Y parece una nomenclatura sugerida por algún gurú del marketing, pues su éxito es innegable. No obstante, está muy lejos de tener una aceptación unánime. Aunque aparece con gran solvencia y crédito no nos animamos a priori a extenderle un cheque en blanco. Y es que los conceptos vanguardistas en el Derecho no siempre han sido tales, sino que muchas veces se tratan de un ropaje vistoso que cubre una anatomía vieja y decadente. El mismo COMANDUCCI (2002: 90-112)<sup>7</sup> afirma que esta nueva concepción del Derecho despierta siempre una interrogante fundada sobre su real naturaleza. La duda es siempre la antesala de su estudio. Los temores surgen inmediatamente. ¿Es realmente una nueva institución que asoma ante los nuevos desafíos del Derecho? ¿O será la natural evolución del constitucionalismo de la segunda posguerra sobredimensionado por el arsenal de información con el que contamos hoy?

Al respecto, CARBONELL (2003: 9)<sup>8</sup> afirma que el constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. Por ello, no es coincidencia que este fenómeno en estudio comenzara a tener protagonismo histórico luego del cambio radical que se dio en los ordenamientos jurídicos de Europa tras la Segunda Guerra Mundial (se empezaron a formar y desarrollar Tribunales Constitucionales en países que conforman el viejo continente). El cambio que se vivió fue sumamente notorio en países como Alemania, Italia y Francia; posteriormente, Portugal y España, esto por la sanción que recibieron

---

<sup>6</sup> COMANDUCCI, Paolo: “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” en <http://umet.edu.ec/blogs/blog-derecho/wp-content/uploads/2012/02/NEOCONSTITUCIONALISMO3.pdf>

<sup>7</sup> COMANDUCCI, Paolo (2002). “*Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico.*” En Revista de Teoría y Filosofía del Derecho Nº 16. Editorial Isonomía. Alicante, pp. 90-112.

<sup>8</sup> CARBONELL, Miguel (2003). “*Neoconstitucionalismo(s).*” Editorial Trotta. Madrid, p. 9.

las constituciones de la postguerra. El final de la guerra que enlutó al mundo entre 1939 y 1945 significó un nuevo comienzo para el constitucionalismo europeo. Sería el tercer momento del constitucionalismo.

El neoconstitucionalismo, entonces, es un fenómeno de origen estrictamente europeo. La Constitución percibida solo como una norma jurídica, ahora adquiere ropaje de norma jurídica y, como tal, vinculante desde el preámbulo hasta la última disposición final y transitoria. Y con ello, cambiaba el centro de gravedad del Derecho occidental. Sin embargo, este nuevo modelo constitucional fue monopolio del viejo continente durante casi medio siglo. Fue recién que en la última década del siglo pasado que este fenómeno desembarcó en América Latina. Brasil con su Constitución de 1988 y Colombia con su Carta Política de 1991 comandan la nave que tendría más tarde otros tripulantes como Costa Rica, Chile, México, Perú y otros países de esta región, aunque con distinta intensidad. Esta variante de impacto en nuestros países ha generado que se hable de neoconstitucionalismo (s). Esto último no ha tenido mayor aceptación pues, como toda ola vanguardista en la historia, tiene diferente recepción en cada país por razones infinitas. Esta nueva concepción de la Constitución también se desarrolló en otros puntos del mapamundi: Sudáfrica, Turquía y la India; incluso hasta en países ex comunistas, como Hungría. Aunque el eurocentrismo se mantiene hasta nuestros días, la expansión ha sido importante.

Es esta sobredosis de constitucionalismo lo que explica la gran importancia que tiene ahora los Tribunales Constitucionales como entes creados por la Constitución para asegurar la supremacía de ésta. Su superposición por sobre los poderes clásicos. Así, cada vez es más frecuente ver a la jurisdicción constitucional enmendando la plana del ejecutivo ordenando políticas públicas o declarando inconstitucional cada vez con más frecuencia los productos normativos de los órganos legisferantes o, por último, anulando sentencias de la justicia constitucional con argumentos constitucionales.

De esta forma, el neoconstitucionalismo ha dejado dos productos que son consecuencia de estas transformaciones:

## **a. La Constitucionalización del Derecho**

Respecto al languidecer del paradigma de la legalidad, este no solo encuentra su causa en un marcado ocio legislativo, sino que ante esta inacción se fortalece la jurisprudencia constitucional que a través del control difuso ha desafectado normas legales del ordenamiento jurídico y mediante la doctrina jurisprudencial ha llenado importantes lagunas y vacíos legales. Cada vez es más común el cambio de letanía en los tribunales. Esto es el clásico "mi pretensión se ampara en la norma que al pie de la letra dice..." por el de "La Corte Constitucional (o Tribunal Constitucional según sea el caso) sobre este tema ha referido...". A esta práctica se le ha dado el nombre de Constitucionalización del Derecho y significa el giro de culto, el cambio de religión forense. De la ley a la Constitución. O como dice Alvarado Velloso en sus magistrales clases, el tránsito de la ley (con minúsculas) a la Ley (con mayúsculas).

Esta vez el padre de la nomenclatura es el jurista italiano GUASTINI (2003: 56-71)<sup>9</sup>, quien señala siete condiciones que permiten reconocer la constitucionalización de un determinado sistema jurídico:

- 1) Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales;
- 2) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional;
- 3) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas "programáticas" sino "preceptivas";
- 4) La "sobreinterpretación" de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos;
- 5) La aplicación directa de las normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares;
- 6) La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores;

---

<sup>9</sup> Guastini, Riccardo (2003), "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano", en Neoconstitucionalismo (s). Editorial Trota. Madrid, pp. 56 - 71.

### 7) Influencia de la Constitución en el debate político.

Por otro lado, si el primer constitucionalismo trajo el reconocimiento de derechos fundamentales y el segundo reguló su protección, este tercer momento procura su eficacia. En efecto, la eficacia de los derechos fundamentales es consustancial a que la norma constitucional deje de ser solo política, esto es, retórica y declarativa y, más bien, se exija un nuevo paradigma constitucional. Solo con una Constitución Jurídica que vincule a los poderes públicos (eficacia horizontal) y a los ciudadanos (eficacia horizontal) es posible alcanzar este propósito.

Esto explica que las constituciones del neoconstitucionalismo enumeren un elenco detallado y minucioso de derechos fundamentales de las personas y grupos sociales, así como también el establecimiento de mecanismos de defensa en caso de vulneración de estos derechos. El desafío actual es lograr su eficacia. Aunque para ello deba rebasar los parámetros de la Teoría General del Proceso y romper con instituciones centenarias como la cosa juzgada o la congruencia procesal. Aquí ya se encienden las alarmas. La justicia constitucional occidental ha recurrido al denominado **principio de autonomía procesal** para tener licencia de exceder la norma procesal con la sola justificación de que este acto obedece a la búsqueda de una eficacia de los derechos fundamentales. ¿Por qué nuestra desconfianza? Porque en la historia se repiten episodios en que realizaban los más execrables crímenes en nombre de fines nobles. En todo caso, nos deja una gruesa sombra de duda que solo puede ser aclarada en cada país. No hay receta universal. La realidad social, económica, moral y jurídica difiere de un Estado a otro sin importar proximidades o lejanías.

En el Perú, la jurisprudencia constitucional ha llenado el cartón en lo referido a la constitucionalización del Derecho. Aunque no siempre su argumentación ha tenido un final feliz. En el Derecho Civil, la STC 09332-2006-PA/TC, caso Reynaldo Armando Shols Pérez, se reconoce jurisprudencialmente dos nuevos tipos de familia no contemplados en el Código Civil: las "monopaternales" y las "reconstituidas", "familiastras" o "ensambladas". Se establece que en estas últimas, los hijos de uno se reputan hijos del otro para todo lo que les favorezca. Y esta indeterminación desdibuja el sano propósito de protección familiar. De



cualquier forma, con este fallo, se cayeron bibliotecas enteras de Derecho de Familia.

En el Derecho Administrativo, la STC 03741-2004-AA/TC, caso Ramón Hernando Salazar Yarlénque, crea el Control Difuso Administrativo y se establece que los precedentes constitucionales tienen eficacia erga omnes absoluta, vinculando a todos los ciudadanos y todos los poderes estatales. Esta revolucionaria decisión que amplía el control difuso a la Administración Pública, tiene una argumentación que se sostiene con saliva: se justifica el control difuso de la administración pública porque al igual que la jurisdicción "ambas se deben a la Constitución". Merecía más músculo el ejercicio argumentativo.

En el Derecho Procesal Penal, la STC 03509-2009-PHC/TC, caso Walter Gaspar Chacón Málaga, excluye al procesado del proceso penal por haberse vulnerado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Esta razón no está contemplada en la normatividad correspondiente, en un ámbito en que el principio de legalidad no es negociable.

## **b. Transformaciones en la literatura constitucional**

Lo que no admite dudas es que estos cambios no son menores. Provocó un giro de 180° en el corazón mismo del Derecho: su Teoría General. Antes, los derechos fundamentales valían en la medida en que eran reconocidos por las leyes; hoy, las leyes y normas jurídicas valen en la medida en que se respete el contenido esencial de los derechos fundamentales. La cultura jurídica se transformó y prioriza la protección y eficacia de estos derechos mínimos de todo ser humano a las normas y deberes jurídicos. Y como los derechos fundamentales son indeterminados en su positivización, esto genera que el juez intérprete se situó por encima del legislador originario. Al respecto, la literatura neoconstitucionalista no se ha dado en triple vía:

a) En las propias constituciones, como la de Alemania, que aún tambaleante por el holocausto nazi y la derrota, tenía que reinventarse pronto y bien. Lo mismo que Italia, su partner en estas horas aciagas. Después de sendas dictaduras como la de "O Estado Novo y Francisco Franco", Portugal (1976) y España (1978) multiplicaron derechos fundamentales reconocidos y sumaron tribunales constitucionales en el mundo. A finales de los años 80, Brasil consagra su emblemático artículo 5º de su Constitución con 77 incisos dedicados a enumerar derechos fundamentales. La plantilla de lo que es una Constitución ha cambiado sustancialmente.

b) En la doctrina, a través de autores como el recientemente desaparecido Ronald Dworkin y sus "Derechos en serio"; Robert Alexy con su "Teoría de los Derechos Fundamentales", con epílogo y test de ponderación incluidos; Alfonso García Figueroa a través de "Neoconstitucionalismo y Derrotabilidad". Se suman al elenco los aportes de Carlos Santiago Nino, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís y Luigi Ferrajoli. A esta lista le sumamos los trabajos recopiladores de doctrina y debate de Miguel Carbonell. Todos estos autores han sumado casi de manera invisible pero con contundencia de ariete que en la nueva Teoría del Derecho se adopte la dicotomía de principios y normas. Esto es, el desplazamiento de la subsunción por la ponderación, la superposición de la argumentación a la tópica y la prevalencia de la razonabilidad sobre la racionalidad.

c) En la jurisprudencia, que presenta casos tan emblemáticos como sorprendentes. Los casos narrados en las primeras líneas de esta reflexión son solo la punta de un inmenso iceberg de un arsenal de argumentaciones en sentencias que desbordan los parámetros del proceso ordinario. No hay país que se precie de ser un Estado Constitucional de Derecho y que no haya tenido esta jurisprudencia Neoconstitucionalista. El Perú tuvo dos casos pioneros en este ámbito:

i. La STC 1124-2001 del 11 de julio de 200, caso Sindicato de Trabajadores de Telefónica y Febratel, en la que los recurrentes interponen acción de amparo contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A., con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, en virtud de la aplicación de un Plan de Despido Masivo elaborado por la

Gerencia de Recursos Humanos de la primera de las demandadas.

En su argumentación, el Tribunal Constitucional peruano menciona los efectos inter privados de los derechos constitucionales y analiza, desde la Constitución, el segundo párrafo del artículo 34º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, que establecía que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación.

Concluye que dicha disposición es incompatible con la Constitución, ya que vulnera el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional, ya que uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido, salvo por causa justa. Luego, realizando el control difuso en el proceso constitucional de amparo, declara fundada la demanda y señala la incompatibilidad del artículo 34º, segundo párrafo, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR.

- ii. La STC 2945-2003 del 20 de abril de 2004, caso Azanca Alhelí Meza García. La recurrente interpone proceso de amparo contra el Ministerio de Salud, solicitando que se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA desde 1996, la que deberá consistir en: a) la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, que deberá efectuarse a través del programa del hospital Dos de Mayo, y b) la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiera.

En su resolución, el Tribunal Constitucional cuestiona el que los denominados derechos fundamentales programáticos tengan eficacia mediata a contraposición de la eficacia inmediata de los conocidos como derechos civiles y políticos.

"(...) De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la

administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente”.

Invoca, igualmente, los principios de solidaridad y dignidad de la persona humana para luego apuntar hacia las políticas públicas y su compromiso con el derecho a la salud y su relación inseparable con el derecho a la vida. Por ello, interpreta la undécima disposición final y transitoria de la Constitución peruana de 1993

“(…)Al respecto, este Tribunal considera que aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos”.

La parte resolutive de la sentencia no se conforma con declarar fundada la demanda sino que: a) Ordena que se considere a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, lo que incluirá la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante y bajo su responsabilidad; b) Exhorta a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley N.º 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA; c) Ordena que la dirección del hospital tratante dé cuenta al Tribunal Constitucional, cada 6 meses, de la forma como viene realizándose el tratamiento de la recurrente.

Esta sentencia se convirtió en leyenda al saberse que después de su expedición, la favorecida ya tenía algunos días de fallecida. A pesar de ello, sirvió para casos similares inmediatamente futuros, como el caso José Luis Correa Condori, STC 2016-2004-AA/TC.

Las transformaciones enumeradas son consecuencia del tránsito del Estado Legal de Derecho (o simplemente Estado de Derecho) hacia un Estado Constitucional de Derecho. Esta nueva concepción es lo que quiere expresar el controvertido rótulo de Neoconstitucionalismo. Hay quienes señalan que lo mencionado no

tiene nada de "neo". Tienen razón en parte. Ciertos aspectos del fenómeno neoconstitucionalista no representan una mayor novedad para los sistemas inspirados en el modelo constitucional norteamericano, donde muchas de las notas y características que menciona Guastini ya se daban, aunque con matices diferentes, desde mucho tiempo atrás, casi desde sus inicios. Sin embargo, su pertenencia al sistema anglo-sajón lo mantuvo a distancia de Europa continental y América Latina. En todo caso, lo nuevo se expresa en dos tópicos:

- a) Es novedad para los países que pertenecemos al ámbito del Derecho Romano-Germánico.
- b) Por primera vez, estas manifestaciones se presentan de manera simultánea y de forma tan intensa.

#### **IV. UNA ETAPA DIFERENTE: EL (NEO) NEOCONSTITUCIONALISMO**

Hasta ahora, el neoconstitucionalismo en América ha sido un reflejo de lo ocurrido en el continente de la cultura grecorromana. Una réplica que con los medios de comunicación e información se hace más evidente. En efecto, las cortes y tribunales constitucionales desde el golfo de México hasta la Patagonia han consultado febrilmente la jurisprudencia supranacional y de otros países para justificar sus decisiones. Las lagunas y vacíos normativos que el legislador latinoamericano no ha sabido cubrir, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de ir subsanando. Por un lado, los fallos de la justicia constitucional de nuestros países se soportan en lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, a su vez, se referencia muchas veces en los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y por otro, las diversas jurisdicciones constitucionales latinoamericanas continúan el derrotero de lo marcado en Norteamérica y Europa (Suprema Corte Norteamericana, Tribunal Constitucional Español, Corte Constitucional Italiana y Tribunal Constitucional Federal Alemán), cuando no de América Latina misma, en especial de países cuya justicia

constitucional ha tenido un desarrollo más vigoroso respecto a los derechos fundamentales, como es el caso de la Corte Constitucional colombiana.

Esta técnica de utilizar doctrina y jurisprudencia de juristas y tribunales extranjeros es lo que se conoce como crossconstitucionalismo, esto es, constitucionalismo cruzado. Por un lado, enriquece la argumentación con directrices y razonamientos que se suponen universales al tratarse de derechos fundamentales, mientras que por otro hay un riesgo de que se apliquen políticas públicas y razonamientos ajenos a la realidad de cada país. La semilla no crece siempre igual. Depende de las condiciones de presión y temperatura, de la fertilidad del terreno y de las condiciones varias. En todo caso, queda el debate abierto. De lo que no deja duda es que la raíz más profunda de todo el neoconstitucionalismo, hasta lo visto es Europa y, en distinta intensidad, EEUU.

Más allá del Amparo como creación del Derecho mexicano y el “Estado de cosas inconstitucional”, cortesía de la jurisprudencia constitucional colombiana en su búsqueda por una eficacia de los procesos constitucionales, América Latina no tiene muchas medallas de originalidad jurídica que mostrar. Por ello, queremos poner control + **N**, control + K y control + S, en lo que LANDA (2010: 30)<sup>10</sup> ha denominado el Neoconstitucionalismo Andino:

“(…)Pero también va surgiendo el neoconstitucionalismo andino –básicamente en Venezuela, Ecuador y Bolivia-, como una forma distinta de concebir la justicia constitucional caracterizada por que se busca superar el conflicto entre el principio democrático del cual emana la legitimidad de las nuevas asambleas o congresos con el principio de supremacía constitucional, por cuanto la legitimidad de los jueces constitucionales no es suficiente para convertirse en árbitros que decidan las cuestiones centrales en estos países que atraviesan procesos políticos de refundación de Estados.

El actual decano de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú ha puesto una pica en Flandes. Cesar Landa ha advertido que este neoconstitucionalismo que se produce alrededor de la columna vertebral de los

---

<sup>10</sup> LANDA ARROYO, César (2010). “*Tribunales Constitucionales Latinoamericanos y perspectivas actuales*” en “Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional”. Editorial Presencia, p. 30.

Andes no es igual al europeo. Al menos no se remite a algún caso similar. La refundación de gran parte de los Estados bolivarianos no es similar a la que tuvieron Italia y Alemania en los cincuenta, ni Portugal ni España en los setenta. No es solo un giro de modelo político. Es mucho más que eso: es el volver hacia sus raíces autóctonas y la reivindicación de su cultura precolombina. El caso más genuino lo representa Bolivia con la Constitución promulgada en febrero de 2009 y que no oculta su intención de apartarse de modelos occidentales de sus anteriores dieciséis textos constitucionales:

"Es impresionante lo que estamos haciendo: de la rebelión de nuestros antepasados a la revolución democrática y cultural, a la refundación de Bolivia y a la reconciliación entre originarios milenarios y originarios contemporáneos"

Esto fue enfatizado por Evo Morales en su discurso de promulgación. Por otro lado, mientras que los preámbulos constitucionales siempre fueron considerados como dispensables para concentrar la importancia de las constituciones en sus partes dogmáticas y orgánicas, el preámbulo de este texto de este país mediterráneo resume lo transformador de su contenido:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y

redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal.

Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.

Pero no es sólo en el prefacio constitucional que la Constitucional boliviana muestra este viraje en sus propósitos y objetivos constitucionales, lo hace en temas tan sensibles y disímiles como los referidos al Estado o al Tribunal Constitucional y a la hoja de coca:

“(…) Artículo 1º

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

(…) Artículo 197º

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de



plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino (...).

Artículo 198º

Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”.

Artículo 384º

El Estado protege a la coca originaria y ancestral como patrimonio cultural, recurso natural renovable de la biodiversidad de Bolivia, y como factor de cohesión social; en su estado natural no es estupefaciente. La revalorización, producción, comercialización e industrialización se regirá mediante la ley.

Y no es que el país altiplánico represente una isla en este sentido. Forma parte de un archipiélago del que también forma parte Ecuador. En efecto, el país que está en el centro del mapamundi tiene expresas manifestaciones a este fenómeno en su texto constitucional del 2008, como cuando en su capítulo séptimo reconoce los derechos de la naturaleza:

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Asimismo, el artículo 11º desarrolla una suerte de miniteoría de los derechos fundamentales y el capítulo segunda está dedicado a los derechos del buen vivir. Además, la Constitución venezolana que es de 1999 dedica la totalidad el Capítulo VIII a los Derechos de los Pueblos Indígenas y sus artículos distan de ser meras declarativas retóricas:

“(…) Artículo 121º

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.

Artículo 125º

Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley”.

Entonces, ante estas evidencias caen las interrogantes por ley de gravedad:

¿Estamos sólo ante una moda indigenista propia de un gobierno con un nuevo modelo político y económico? ¿Decir Estado Constitucional de Derecho en lenguaje boliviano se traduce como Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario? Si la respuesta es positiva, sería uno más de los “neoconstitucionalismo(s)” que se han dado en el mundo occidental. Una versión andina, como señala el expresidente del Tribunal Constitucional peruano. Y, entonces, seguiríamos navegando en el mismo mar del postpositivismo, solo que con características autóctonas. Nos mantendríamos en el tercer constitucionalismo.

Por el contrario, si la respuesta es negativa, entonces hay humo blanco en El Vaticano. Y nosotros nos decantamos por este grupo. Estaríamos ante un cuarto constitucionalismo, lo que PECES-BARBA, apoyándose en BOBBIO, denomina “Etapa de especificación o concreción” de los derechos fundamentales, pero orientado hacia algo desconocido en Europa: el reconocimiento indígena, el reclamo sobre la mediterraneidad, la autonomía y la organización territorial y la administración de la tierra y el latifundio. Una suerte de “(neo) neoconstitucionalismo” para mantener el hilo nominal europeo. Para hacer más

evidente el contraste y que este redundante "neo" advierta que esta parte de América no solo es un sitio de recepción del Derecho, sino que en la segunda década del siglo XXI asoma con atrevimiento como un sitio que puede parir un Derecho auténtico en el sentido de que es capaz de construir su propio modelo constitucional.

## **V. CONSIDERACIONES FINALES**

1. Más allá del consenso sobre su nomenclatura, el neoconstitucionalismo es una realidad que, con distinta intensidad, se ha instalado principalmente en las democracias de Europa y América. Sólo EE.U.U puede escapar al punto de partida en la segunda mitad del siglo XX. Su singular origen hace que se reconozcan muchas de las manifestaciones neoconstitucionalistas desde los inicios como Estado.

2. El neoconstitucionalismo sería el tercer momento en la línea del tiempo del constitucionalismo moderno. Cada una de las tres etapas va adherida a acontecimientos históricos que tatuaron al mundo con sus consecuencias. Fueron puntos de inflexión que movieron las capas tectónicas del mundo jurídico de aquella época.

3. El neoconstitucionalismo ha seguido la ruta de españoles y portugueses durante la conquista: de Europa a Centro y Sudamérica. En Latinoamérica se instala tardíamente si nuestro referente es la segunda postguerra. Brasil y Colombia marcaron el derrotero para el resto de países. La jurisprudencia de las Cortes y Tribunales Constitucionales de esta parte del mundo demuestran lo afirmado.

4. Sin embargo, las Constituciones de Ecuador y Bolivia, principalmente, asoman con inédita originalidad. Ambos países se apartan de la influencia europea y se miran a sí mismos para lograr lo que en dos siglos de vida republicana les ha sido esquivo: su identidad como nación. Creemos que no solo es el mismo neoconstitucionalismo en versión andina. Estas líneas pretenden ser el inicio de

un largo debate. En todo caso, este (neo) neoconstitucionalismo está en formación. Sus textos constitucionales han cumplido su labor. Ahora el desafío es para las instituciones de cada país. Que la letra se haga realidad. Que la tinta se convierta en acción. Por último, tendrán que demostrar que son constituciones capaces de sobrevivir a su creador e ideología política. A su momento de apogeo. Si en sus horas políticas oscuras y de perigeo se mantiene enhiestas estas proclamas reconocidas en las constituciones, entonces será realidad este nuevo fenómeno que planteamos. Y el título, el encabezado de estas líneas, perderá los signos de interrogación. De lo contrario, sería una ilusión óptica, un espejismo, producto de las altas temperaturas constitucionales de estos días.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán J (1989). **Teoría General de los Derechos Humanos**. Editorial Astrea. Buenos Aires.

CARBONELL, Miguel (2003). **Neoconstitucionalismo(s)**. Editorial Trotta. Madrid.

COMANDUCCI, Paolo (2002). **Formas de (neo) constitucionalismo**: un análisis metateórico. Editorial Isonomía N° 16.

COMANDUCCI, Paolo. **Constitucionalización y Neoconstitucionalismo**. En <http://umet.edu.ec/blogs/blog-derecho/wp-content/uploads/2012/02/NEOCONSTITUCIONALISMO3.pdf>

Guastini, Riccardo (2003). **La constitucionalización del ordenamiento**: el caso italiano, en Neoconstitucionalismo (s). Editorial Trotta. Madrid.

LANDA ARROYO, César (2010). Tribunales Constitucionales Latinoamericanos y perspectivas actuales. En: **Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional**. Editorial Presencia.

GRADOS, Guido Aguila. ¿Hacia un (neo) neoconstitucionalismo?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1999). **Curso de Derechos Fundamentales Teoría General**. Editorial Boletín Oficial del Estado. Madrid.