

LA IDEOLOGÍA NEOCONSTITUCIONAL Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO

Alejandro Ordóñez Maldonado

SUMARIO: *§ ¿Ocaso o eclipse del Estado? § El constitucionalismo después del Estado moderno. § Consecuencias.*

El tema del foro resulta muy atractivo, y es, tal vez, uno de los debates intelectuales de más calado suscitados en los últimos años. En la literatura jurídica encontramos las más disimiles posturas, desde quienes consideran el neo-constitucionalismo como un simple problema conceptual, –se trataría, dicen, simplemente de un nuevo rol que cumple la Constitución en el ordenamiento jurídico–, ésta dejó de ser marco para convertirse en fundamento, debiéndose constitucionalizar todo el derecho a partir de esta novedad. Pasando por quienes consideran que estamos ante una novedosa ideologización del derecho, poniéndolo al servicio de una especie de evangelio individualista en el que el hombre carece de límites sociales diferentes de su autonomía¹, expresada ésta mediante una democracia llamada inclusiva de la heterogeneidad interna o por quienes simplemente consideran que estamos ante una nueva forma de creación judicial del derecho en la que el juez no solo interpreta sino inclusive construye y justifica la norma ostentando poderes ilimitados e ilimitables, garantizadores de unos paradigmas globales. Algunos más pragmáticos reconocen en él, el derecho que más se adecua a la globalización; ésta requiere un derecho, y ése es el neoconstitucionalismo. En suma, subyacente a todas estas percepciones se encuentra una idea común: el neoconstitucionalismo es la filosofía jurídica de una nueva teoría del Estado.

¹Juan Fernando Segovia. Marcial Pons. Madrid 2004. "Derechos Humanos y constitucionalismo".

Para entender esta nueva concepción y los presupuestos políticos y filosóficos que la justificarían, recordemos que la concepción moderna del derecho convirtió a éste en un sistema de normas organizadas jerárquicamente y terminó por identificar el derecho con la ley, y así, ésta es expresión de la voluntad estatal; en resumen, el derecho se codifica, se estatiza, y el Estado termina siendo la fuente del derecho, o sea, existe un monopolio estatal del derecho. Acá el derecho constitucional cumple una función política transmite unos paradigmas liberales que fluyen de la Revolución Francesa, estableciendo un marco de funciones estatales y de garantías individuales desarrolladas por la ley. Es el Estado nacional que, mediante el ejercicio de su autoridad soberana, de la tridivisión de poderes y de la vigencia de un orden jurídico local, organiza las naciones.

§ ¿Ocaso o eclipse del Estado?

Pero hoy constatamos permanentemente la crisis innegable e irreversible de los Estados Nacionales y de su soberanía, nadie puede desconocer la pérdida de atribuciones y potestades que le eran típicas, tanto externas como internas, y al ordenamiento soberano legitimado para promover el bien común en un territorio determinado² le ha sucedido una multiplicidad de centros de poder que proveen a las necesidades de la vida común; incluso organismos políticos, empresariales y financieros capaces de imponerse de modo inmediato a las gentes desplazan a los Estados nacionales, y éstos cada vez más aparecen con funciones típicamente residuales.

Es el resquebrajamiento de los Estados nacionales en favor de la globalización parece esto como un imperativo por la necesidad de imponer lo que llaman sus apologetas "un mínimo ético universal", que no es otra cosa que la implementación de los paradigmas del multiculturalismo y la ideología de género, los cuales permitirán alcanzar –según los arquitectos de la globalización-niveles de prosperidad y gobernabilidad fácilmente estandarizables internacionalmente³.

² Pietro Giuseppe Grasso.

³ Artículos 9 y 93 de la Constitución Política.

Estamos presenciando dos procesos contradictorios que han determinado la crisis de la soberanía estatal de una parte la disolución de las soberanías internas, y, de la otra, la absolutización de la soberanía externa. Ello ha tenido dramáticas consecuencias en la jurisdicción, en la ciencia jurídica y en la democracia.

En el orden jurídico anota el conocido constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli:

"Hoy la jerarquía de fuentes de derecho fundado en la unidad, la coherencia y la plenitud de los ordenamientos estatales se encuentra totalmente invertida, presenciamos una superposición de fuentes y unos ordenamientos concurrentes que comportan el debilitamiento tanto del Estado como de los constitucionalismos nacionales provocado por el desplazamiento de funciones en organismos supranacionales y aconstitucionales que de hecho deciden sin responsabilidad política y sin límites constitucionales⁴. Hoy las fuentes periféricas priman frente a las nacionales. Cuando ingresan en los ordenamientos nacionales prevaleciendo sobre sus leyes, incluso sobre sus Constituciones, estas nuevas fuentes normativas amenazan con deformar la estructura constitucional de las democracias y con abrir espacios de poder neo-absolutista. Los Estados y sus ciudadanos son destinatarios no ya solo de su derecho interno sino, cada vez más, de una "espesísima red normativa planetaria", que regula las materias más disímiles. La adopción de decisiones relevantes no corresponde ya a los poderes estatales sino a poderes supraestatales, cuando no de otros Estados o, peor, a poderes económicos de mercado. Los organismos multilaterales declaran derechos que superan el marco moderno del constitucionalismo de Estado, obligando muchas veces a modificar sus normas internas. Es una auténtica homogenización, donde progresivamente desaparecen las singularidades nacionales".

"La democracia", según nos lo recuerda el profesor Ayuso en su última publicación,⁵ "ha quedado orillada debilitándose la relación entre

⁴ "Hipótesis para una democracia cosmopolita". Ferrajoli.

⁵ ¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización. Marcial Pons. Madrid. 2005.

pueblo y poder político. Los nuevos diseñadores del sistema jurídico global carecen de legitimación democrática o de vínculos constitucionales.

Gran parte de las normas vigentes en los distintos ordenamientos tienen origen extra –estatal, y entonces ¿es posible seguir hablando de un nexo indisoluble entre Estado y derecho positivo o, incluso, entre Estado y estado de derecho?

¿Cuál es, en síntesis, el futuro de la democracia política y del estado de derecho que sugiere la actual crisis del Estado nación, concebido como ordenamiento originario, unitario, autosuficiente e independiente?"

La unidad indisoluble entre Constitución y Estado, dogma del constitucionalismo, hoy aparece en entredicho, resultando inevitable la separación de estos dos conceptos otrora indisolubles; autores como Zagrevelsky, Nino y Ferrajoli, pontífices éstos de tal ideología, cada vez con más insistencia hablan de "Una Constitución sin Estado"⁶, en un mundo globalizado, complejo y postestatal, donde el derecho no procede de una sola fuente o pirámide, y las Constituciones nacionales terminan convirtiéndose en instrumentos marginales. Es la concepción misma de soberanía la que está en entredicho.

Parecen cumplirse las previsiones que Kelsen hiciera en "**El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional**": La supresión del principio de soberanía es una revolución cultural que hace falta; desde luego, para Kelsen el único soberano es el derecho internacional. El profesor Rodolfo Luis Vigo, en conferencia pronunciada con ocasión de los Actos organizados por la Corte Suprema de Justicia Colombiana al cumplirse los 150 años de su existencia hizo manifestaciones similares en su conferencia "Neoconstitucionalismo y la función judicial"; dijo en aquella oportunidad:

"La supresión o el debilitamiento del Estado, esto es clarísimo tanto en Ferrajoli, como en Zagrevelsky, que sostienen reiteradamente que no se debe hablar de soberanía o, mejor, que la única soberanía reside en la

⁶ Zagrevelsky, Ferrajoli, Peces Barba, Niño.

Constitución-ojo-, la idea de un Estado tal cual lo concebíamos en el siglo XIX y XX, que, de acuerdo con la doctrina Kelseniana, se expresaba mediante un ordenamiento jurídico que se identificaba con el Estado teniendo este un territorio como ámbito de validez espacial; éste era el ordenamiento jurídico estatal que progresivamente se diluye, el Estado nacional, así como los ordenamientos jurídicos locales terminan siendo un obstáculo, debiendo diluirse para dar paso al constitucionalismo global, que no es otra cosa que el sistema jurídico requerido por el nuevo orden mundial".

Los defensores de este nuevo orden jurídico global pretenden legitimarlo políticamente ante lo que ellos llaman "ausencia de garantías al interior de los Estados nacionales capaces de proteger los derechos fundamentales" fundándose en los paradigmas del estado constitucional de derecho ya diseñado por la carta de la ONU. De este modo, el derecho internacional se ha convertido en fuente de regulación y en criterio de legitimación y deslegitimación.

"El Estado está en un proceso de descomposición, de reinención o de reconstrucción, incluso dentro de los marcos transnacionales de integración"⁷.

"La superación del Estado de derecho en el panorama internacional es solo cuestión de tiempo; en el asunto del general Pinochet, cualesquiera que hayan sido la dosis de política, la rectitud de las motivaciones de los jueces y la justicia de la acusación, la idea de que el derecho de un Estado forma un bloque autosuficiente e impenetrable ha quedado herida"⁸.

Esta crisis del Estado y de la soberanía determinó la crisis del estado de derecho y, por ende, del estado de derecho fundado en la ley; con claros propósitos ideológicos, pero con mucho realismo, zagrevlsky anota: "El estado de derecho está poco menos que irreconocible a consecuencia del proceso de fragmentación, pulverización y trivialización de la ley, por tanto lo que hay en nuestros días no es un estado de derecho sino un estado constitucional. De manera similar el profesor de la

⁷ Juan Fernando Segovia. "Derechos Humanos y Constitucionalismo".

⁸ Antonio Carlos Pereira. "Rule of Law o Estado de Derecho", Editorial marcial Pons, Madrid 2003. página 105.

Universidad Santiago de Compostela Antonio Carlos Pereira, en su texto sobre "El **Rule Of Law o Estado de Derecho**", **afirma** que la superación del Estado acarrearía la superación del estado de derecho, porque estaba demasiado vinculado al derecho codificado, a la concepción del derecho como un ordenamiento piramidal, al territorialismo y los demás rasgos de la concepción estatista del derecho.

§ El Constitucionalismo después del Estado moderno

En esta época postestatal, postconstitucional y postlegal, las características de los sistemas jurídicos leídos a través de la ideología neoconstitucional serán las siguientes:

◆ **Su constitucionalización.** Eso quiere decir que la Constitución se juridiza, se convierte en una norma jurídica, completa y eficaz, y hasta los preámbulos son normas jurídicas operativas; es la aplicación directa de la Constitución así como la concentración del derecho en ella; la Constitución deja de ser un programa político dirigido al Congreso; por tanto, éste no la desarrolla; dicha labor la realizará el juez en sus decisiones. Las normas pierden significación, como decía zagrevelsky, se trivializan; el derecho deja de ser un sistema de normas para convertirse en un sistema de principios y valores constitucionales, los cuales, a propósito, nadie sabe exactamente qué son; al haber desaparecido los criterios objetivos para su determinación e interpretando las leyes a través de éstos, se termina por confundir con harta frecuencia lo jurídico, con lo ético y con lo político. Los principios y valores constitucionales se presentan como una nueva totalidad, es decir, se absolutizan apareciendo no solo como fundamento del ordenamiento jurídico sino de la misma vida social que no sería sino el desarrollo de ésta; se tiende a judicializarlo todo, desde la vida política hasta la vida social; vivimos una especie de judicialización universal: a veces, materias tan poco constitucionales como la concesión de un cupo a un curso de doctorado o la autorización de portar una moda en un centro educativo, podrían encontrar soluciones sin acudir a la Constitución; en otras oportunidades, se judicializan complicados problemas políticos pronunciándose el juez constitucional sobre la legitimidad de la deuda externa, o de una declaración de guerra o la inconveniencia de la dolarización; con frecuencia nos vemos abocados a la judicialización de la política o a la politización de la justicia, lo cual

ocasiona un inusitado activismo judicial⁹. Para justificar ese gobierno judicial se crea un control jurisdiccional constitucional **sustancial**, sin importar los límites funcionales señalados en las Constituciones.

◆ **Los jueces se convierten en señores del ordenamiento jurídico**¹⁰

La interpretación constitucional es totalmente libre, al establecer los jueces los contenidos del derecho sin límites objetivos, y definir incluso el catálogo de derechos y deberes; se convierten en señores no solo de sus Constituciones, sino inclusive de sus ordenamientos jurídicos que gobiernan con notable activismo reformándolos de facto aun careciendo de legitimidad para hacerlo; tal es muchas veces la función que cumple la variadísima clase de sentencias moduladas.

§ **Consecuencias**¹¹

- Irrelevancia y debilitamiento del poder legislativo: al carecer las normas de importancia se evaporan; lo relevante serían los principios y valores constitucionales.
- El derecho se hipermoraliza. La Constitución se leerá a través de la moral; ése, a propósito, es un reciente título de un conocido filósofo de derecho, R. Dworkin. El derecho resulta absorbido por la ética social, el derecho fija la moral social, cómo me debo comportar con el otro. "Ya no es una reflexión personal, saber cómo me comporto en la vida social; es la Constitución la que fija la moral social; el juez termina desplazando al político, al administrador, al sacerdote".
- Tal filosofía del derecho y del Estado termina debilitando la democracia: el juez en sus sentencias podrá rediseñar el Estado, y no se requerirán los poderes constituyentes porque los jueces constitucionales serán órganos constituyentes permanentes.

⁹ *Ibidem*, pág. 89.

¹⁰ *Ibidem*, página 77.

¹¹ "Neoconstitucionalismo y la función judicial", Rodolfo Luis Vigo. Comentarios a la Conferencia pronunciada con ocasión de los 150 años de la Corte Suprema de Justicia Colombiana.

- El juez constitucional termina absorbiendo al poder legislativo, al ejecutivo y, desde luego, a todas las jurisdicciones diferentes de la constitucional.
- Di Pietro: "La justicia constitucional es una pieza clave de la política constitucional", es la politización del poder judicial. Como de la Constitución surge una política, los jueces deben hacer esa política consistente en convertir en derechos subjetivos, los principios y valores constitucionales.
- **Estamos ante una nueva ideologización del derecho** que se impone ya no por vía de la ley sino de jurisprudencia; del fetichismo de la ley evolucionamos al fetichismo jurisprudencial, del legislador inerrante, coherente y justo pasamos a reconocerle los mismos atributos a la jurisprudencia.

En suma, el neo-constitucionalismo pretende:

- √ La superación del Estado.
- √ La separación de los conceptos de Estado y Constitución¹².
- √ La posibilidad de un imperio del derecho en el ámbito internacional.
- √ La sumisión del poder al derecho.
- √ Un gobierno débil y un derecho fuerte garantizador de libertades cada vez más amplias; incluso, plantean una progresiva disolución del Estado, pero las exigencias de seguridad en unas sociedades vulnerables como las nuestras se tornan problemáticas ante la dogmatización de las libertades sin limitaciones¹³...

¹² Editorial marcial Pons, Madrid 2005, página 68, "El problema del Constitucionalismo después del Estado Moderno".

¹³ Antonio Carlos Pereira. "Rule of Law o Estado de Derecho", Editorial Marcial Pons, Madrid 2003.