El neoconstitucionalismo: anatomía de un fenómeno jurídico

Material de lectura · Sesión 8 — Dr. Alejandro Lozano Díez

I. Un fenómeno antes que una teoría

Conviene desplazar de entrada una confusión frecuente: el neoconstitucionalismo no es, en primer término, una doctrina que alguien haya fundado, sino una transformación institucional que ocurrió en el mundo real y a la que después se buscó nombre. El fenómeno tiene fecha y geografía. Nace de la promulgación de constituciones escritas, rígidas, dotadas de declaraciones de derechos y resguardadas por un control jurisdiccional de constitucionalidad: primero en Alemania e Italia tras la segunda posguerra, luego en el sur de Europa con la caída de las dictaduras ibéricas y griega en los años setenta, más tarde en la Europa del Este después de 1989 y, en paralelo, en la América Latina que regresaba a la democracia. Lo que ese arco institucional comparte no es una bandera teórica, sino un dato: la Constitución dejó de ser un programa político dirigido al legislador para convertirse en norma jurídica directamente aplicable, vinculante y omnipresente.

De esa mutación se siguen rasgos que ustedes practican a diario sin necesidad de etiqueta: el valor normativo inmediato de las disposiciones constitucionales, la aplicación directa de la Constitución y la interpretación conforme de toda la legislación a la luz de la norma suprema. El neoconstitucionalismo, en su capa más sólida, es la teorización de ese hecho consumado. Por eso el propio Moreso, positivista y crítico del rótulo, admite que la expresión evoca una cultura jurídica realmente existente (Moreso 2019). El fenómeno precede y excede al nombre.

II. La paradoja del bautizo: una etiqueta nacida entre sus críticos

El nombre, en cambio, arrastra una historia incómoda que no conviene ocultar a un auditorio experto. La palabra «neoconstitucionalismo» no la acuñaron sus partidarios, sino sus adversarios. Comenzó a circular en los seminarios del entonces *Dipartimento Giovanni Tarello* de la Universidad de Génova —cuna del positivismo analítico italiano— y la introdujo Susanna Pozzolo en una ponencia al Congreso mundial de la IVR de 1997, publicada al año siguiente (Pozzolo 1998) y desarrollada en su tesis doctoral de 2001. El ambiente era hostil; el término nació como instrumento de crítica. De ahí que Moreso abra sus diez tesis declarando que «neoconstitucionalismo» es el nombre de un espantapájaros: una versión acaso algo

distorsionada, que no coincide con la doctrina exacta de ninguno de los autores a los que suele atribuirse (Moreso 2019).

La paradoja se redondea cuando se advierte, con García Figueroa, que casi nadie se declara neoconstitucionalista de viva voz; que los autores que suministraron sus tesis seminales —Dworkin, Alexy, Nino, Zagrebelsky— jamás se pusieron el rótulo; y que el vocablo prosperó sobre todo entre los adversarios del movimiento que designa (García Figueroa 2011). El neoconstitucionalismo es, en este sentido, un *meme* jurídico afortunado: una etiqueta que cobró cuerpo a fuerza de ser repetida. Y cobró cuerpo, sobre todo, en nuestra orilla. Fue la compilación *Neoconstitucionalismo(s)* de Carbonell (2003) la que lo consolidó en el mundo iberoamericano, con esa «(s)» entre paréntesis que confiesa desde el título la pluralidad irreductible de la cosa nombrada. Génova lo inventó para enjaular a un adversario; México, Bogotá y São Paulo lo adoptaron como tótem.

III. El corazón conceptual: principios, ponderación y lectura moral

¿Qué afirma, despojado del rótulo, este conjunto de tesis? Pozzolo lo reconstruyó como una posición a la vez constitucionalista y antipositivista (Pozzolo 1998). En el plano de las normas, distingue reglas de principios: las reglas operan con la lógica del «todo o nada» y se aplican por subsunción; los principios, en la conocida fórmula de Alexy, son *mandatos de optimización* que ordenan realizar algo en la mayor medida posible y se aplican por ponderación. Cuando dos principios constitucionales colisionan, el juez no descarta uno, sino que establece, para el caso concreto, cuál precede, mediante el test de proporcionalidad —idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto—, cuya «ley de la ponderación» exige que el beneficio en un derecho justifique el sacrificio impuesto al otro.

A esa maquinaria interpretativa se añade una tesis sustantiva más honda: la conexión entre derecho y moral. Para el neoconstitucionalismo, la Constitución es, en buena medida, moral positivizada, y atribuir significado a sus principios obliga a una *lectura moral* del derecho, en el sentido de Dworkin. Ahí reside la verdadera línea divisoria con el positivismo, que defiende la separación conceptual entre lo jurídico y lo justo. Conviene, eso sí, no homogeneizar: Comanducci distingue un neoconstitucionalismo teórico —que describe los nuevos ordenamientos—, uno ideológico —que los celebra y prescribe— y uno metodológico —que sostiene la conexión necesaria entre derecho y moral—. No todo el que suscribe el primero acepta el tercero.

IV. Las tensiones vivas

Presentar el neoconstitucionalismo sin sus críticas sería ofrecer la caricatura inversa. La objeción más articulada proviene del garantismo de Luigi Ferrajoli, constitucionalista y a la

vez rigurosamente positivista: en su distinción entre «constitucionalismo principialista» y «constitucionalismo garantista» (Ferrajoli 2011) advierte que la conexión derecho-moral y el gobierno de los principios abren la puerta a un constitucionalismo ético y a una discrecionalidad judicial difícil de contener. En la práctica latinoamericana esa advertencia tiene rostro: Lenio Streck ha denunciado el *panprincipialismo* —la creación jurisprudencial desbocada de principios— como degeneración del modelo.

A ello se suma la objeción contramayoritaria, que Moreso coloca en el centro de su crítica (Moreso 2019): si la Constitución impone límites sustantivos que un tribunal no electo puede oponer a la mayoría parlamentaria, ¿cómo se justifica ese poder en una democracia? El neoconstitucionalismo responde que hay derechos que las mayorías no pueden decidir; el garantismo teme que se desplace en exceso el poder hacia el juez, hurtando al legislador su deber de deliberar. Conviene, por último, resistir la tentación del binario: entre el positivismo estricto de Ferrajoli y el no-positivismo principialista de Alexy o Dworkin hay posiciones intermedias —la de Prieto Sanchís, por ejemplo, un positivista que no renuncia a los principios ni a la ponderación—. El campo es un degradado, no dos trincheras.

V. En clave latinoamericana —y para el juez electoral

No es casual que el neoconstitucionalismo haya echado raíces más hondas en el área italo-iberoamericana que en su Génova natal. El constitucionalismo de la posguerra encontró aquí ordenamientos jóvenes, ávidos de cimentar la democracia recuperada sobre catálogos robustos de derechos. En México, la reforma constitucional de 2011, el control de convencionalidad y el principio *pro persona* son, en rigor, la gramática cotidiana del modelo. Ustedes no estudian el neoconstitucionalismo: lo operan.

De hecho, la mejor jurisprudencia de este Tribunal es neoconstitucionalismo en acción. Cuando la Sala Superior, en el caso de las llamadas «Juanitas» (*SUP-JDC-12624/2011*), no leyó la cuota de género a la letra sino conforme a su finalidad —exigiendo que propietario y suplente fueran del mismo género para cerrar el fraude—, hizo precisamente lo que el modelo describe: hacer prevalecer el principio sobre el texto mediante una interpretación teleológica y *pro persona*. De ahí una advertencia final, más metodológica que doctrinal: llamar a algo «neoconstitucionalismo» no es describirlo desde fuera, sino tomar partido dentro de una disputa todavía abierta. Quien lo bautiza ya ha decidido si construye muros o tiende puentes; a ustedes, que juzgan con esas herramientas, les toca saber cuál de los dos gestos están realizando —y por qué—.

Para profundizar

Pozzolo, S. (1998), «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional», *Doxa* 21-II. · Moreso, J. J. (2019), «Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico)», *i-Latina* 1. · García Figueroa, A. (2011), «Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar», *Doxa* 34. · Carbonell, M. (ed.) (2003), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta. · Ferrajoli, L. (2011), «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *Doxa* 34. · Prieto Sanchís, L. (2001), «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», *AFDUAM* 5.