

LA IDEOLOGÍA NEOCONSTITUCIONALISTA Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO

POR

ALEJANDRO ORDOÑEZ

1. Introducción

El tema del foro resulta muy atractivo, tal vez es uno de los debates intelectuales de más calado suscitados en los últimos años. En la literatura jurídica encontramos las más disímiles 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, esta 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 a su autonomía (1), 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 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 éste es el neo constitucionalismo. En suma, subyacente a todas estas percepciones se encuentra una idea común, el neoconstitucionalismo es la filosofía jurídica de una nueva teoría de Estado.

(1) Juan Fernando Segovia, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

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 terminándose por identificar el derecho a la ley, siendo ésta expresión de la voluntad estatal, en resumen el derecho se codifica, se estatiza, el Estado termina siendo la fuente del derecho, en resumen 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.

2. ¿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, al ordenamiento soberano legitimado para promover el bien común en un territorio determinado (2), 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 desplazando por supuesto a los Estados nacionales, estos cada vez aparecen con funciones típicamente residuales.

Es el resquebrajamiento de los Estados nacionales en favor de la globalización apareciendo 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–

(2) Pietro Giuseppe Grasso, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

niveles de prosperidad y gobernabilidad fácilmente estandarizables internacionalmente (3).

Estamos presenciando dos procesos contradictorios que han determinado la crisis de la soberanía estatal: de una parte la disolución de las soberanías internas y por el otro 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 constitucionales” (4).

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 supra-estatales, 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.

(3) Artículos 9 y 93 de la Constitución política colombiana.

(4) *Hipótesis para una democracia cosmopolita*.

La democracia según nos lo recuerda el profesor Ayuso en una de sus últimas publicaciones (5) ha quedado orillada debilitándose la relación entre 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, entonces ¿es posible seguir hablando de un nexo indisoluble entre Estado y derecho positivo o incluso entre Estado y Estado de derecho? ¿Cual 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 Zagrebelsky, Nino y Ferrajoli, pontífices estos de tal ideología, cada vez con más insistencia hablan de “una constitución sin Estado”, en un mundo globalizado, complejo y pos-estatal donde el derecho no procede de una sola fuente o pirámide, las constituciones nacionales terminan convirtiéndose en instrumentos marginales. Es la misma concepción 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 que 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, “Neoconstitucionalismo y la función judicial”, dijo:

“La supresión o el debilitamiento del Estado, esto es clarísimo tanto en Ferrajoli, como en Zagrebelsky, sostienen reiteradamente que no se debe hablar de soberanía o mejor que la única soberanía reside en la constitución-ojo-, la idea de un Estado tal cual lo concebíamos en el siglo XIX y XX que de

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

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, este 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” (6).

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).

Y es que “la superación del Estado de derecho en el panorama internacional es solo cuestión de tiempo en el asunto del general Pinochet, cualesquiera que haya 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 determino 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 Zagrebelsky 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

(6) “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.

(7) Juan Fernando Segovia, *Derechos Humanos y Constitucionalismo*, cit.

(8) Antonio Carlos Pereira, *Rule of Law o Estado de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pag. 105.

no es un Estado de derecho sino un Estado constitucional”. De manera similar el profesor de la Universidad Santiago de Compostela Antonio Carlos Pereira, en su texto sobre *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.

3. El constitucionalismo después del Estado moderno.

En esta época pos-estatal, pos-constitucional y pos-legal las características de los sistemas jurídicos leídos a través de la ideología neoconstitucional serán las siguientes:

a) Su constitucionalización. Eso quiere decir que la constitución se juridiza, se convierte en una norma jurídica, completa y eficaz, 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 este no lo desarrolla, dicha labor la realizara el juez en sus decisiones. Las normas pierden significación como decía Zagrebelsky 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 que son, al haber desaparecido los criterios objetivos para su determinación e interpretando las leyes a través de estos, 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 de 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 educati-

vo que 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 avocados a la judicialización de la política o a la politización de la justicia lo cual ocasiona un inusitado activismo judicial (9). Para justificar ese gobierno judicial se crea un control jurisdiccional constitucional sustancial sin importar los límites funcionales señalados en las constituciones.

b) La conversión de los jueces en señores del ordenamiento jurídico (10). La interpretación constitucional es totalmente libre, al establecer el juez los contenidos del derecho carecen de límites objetivos, definiendo incluso el catálogo de derechos y deberes, convirtiéndose en señores no solo de sus constituciones sino de sus ordenamientos jurídicos que gobiernan con notable activismo reformándolo de facto aún careciendo de legitimidad para hacerlo, es muchas veces la función que cumplen la variadísima clase de sentencias moduladas.

4. Consecuencias.

– 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, ese 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, como me debo comportar con el otro. “Ya no es una reflexión personal, el juez termina no solo 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, no

(9) *Ibidem*, pág. 89.

(10) *Ibidem*, pag. 77.

se requerirán los poderes constituyentes porque los jueces constitucionales serán órganos constituyentes permanentes.

– El juez constitucional termina absorbiendo el poder legislativo, al ejecutivo y desde luego a todas las jurisdicciones diferentes a la constitucional.

– Di Pietro ha dicho que “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 constitución (11).
- 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 limitaciones (12).

(11) Pietro Giuseppe Grasso, *op. cit.*, pág. 68.

(12) Antonio Carlos Pereira, *Rule of Law o Estado de derecho*.