

## APUNTES CRÍTICOS SOBRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Guido Aguila Grados<sup>116</sup>

Sumario. I. INTRODUCCIÓN. II. NIVELES DE ANÁLISIS. 1. Análisis a nivel normativo. a. *Presentan un catálogo de Derechos Fundamentales.* b. *Son constituciones fuertemente materializadas.* 2. Análisis a nivel Jurisprudencial. a. Un notable desarrollo de la argumentación jurídica. b. La aparición de neologismos constitucionales y procesales. c. Una nueva forma activismo judicial. 3. Análisis a nivel teórico. III. CONCLUSIÓN

### I. INTRODUCCIÓN

Cada cierto tiempo quedamos atrapados en una red de ilusión cuando aparece un neologismo jurídico. Sin embargo, muy pocos se sostienen en el tiempo como un aporte al complejo y maravilloso universo de la ciencia jurídica. En la mayoría de casos son modas que se agotan en un suspiro. Levantan polvaredas de expectativas que son efímeras e intrascendentes. Casi siempre su aporte es mínimo. Pasa esa golondrina y sigue nevando.

Uno de los términos que asoma hoy con gran protagonismo es el de Neoconstitucionalismo. Este nombre ha hecho fortuna en los últimos años. 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 una etiqueta vistosa que cubre un viejo envase. Como postula Paolo Comanducci<sup>117</sup> 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? ¿No será sólo un nuevo ropaje que viste viejas instituciones? Tratar de encontrar una respuesta es el propósito de las siguientes líneas. El neoconstitucionalismo viene siendo estudiado en Europa y América. Su ruta virtuosa viene marcada de norte a sur. Miguel Carbonell en América y Prieto Sanchís en España son sus principales auspiciadores y difusores. Manuel Atienza se resiste a utilizar este término y prefiere hablar de postpositivismo. Luigi Ferrajoli también evita utilizar esta novísima nomenclatura. En el Perú ya se ha oído sobre esta institución y se han leído numerosos escritos. Pretendemos sumarnos a ellos.

¿De qué hablamos cuando mencionamos Neoconstitucionalismo? Sin mayor esfuerzo el nombre sugiere que estamos ante un nuevo paradigma constitucional. El sólo rótulo ejerce una presión en el

---

<sup>116</sup> Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Perú). Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España). Docente de Derecho Procesal Constitucional en la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cofundador y Codirector de la Escuela de Altos Estudios Jurídicos EGACAL.

<sup>117</sup> COMANDUCCI, Paolo. 'Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico', *Isonomía* 16 (2002) .

sentido de que algo ha cambiado en el espectro del constitucionalismo clásico. Es más, uno tiene aprensiones por escribir de todo aquello que haga más sana y robusta nuestra ciencia de estudio. Pero nos puede saltar la realidad mostrándonos que seguimos en la misma rémora. Igual, de la discusión brota la luz. Más allá de las posiciones encontradas siempre quedará un sedimento para futuros aportes. Gustavo Zagrebelsky<sup>118</sup> en el prefacio de su más reciente obra afirma: “*Más allá de las apariencias, la duda no es en absoluto contraria a la verdad. En cierto sentido implica su afirmación, un homenaje a la verdad*”. Nos soportaremos en esta frase para alcanzar nuestro propósito.

## II. NIVELES DE ANÁLISIS

Para entender el fenómeno que encierra este rótulo debemos tener presente tres niveles de análisis: el normativo, el jurisprudencial y el teórico. O si se prefiere, desde el texto expreso de las nuevas constituciones, desde las nuevas prácticas jurisprudenciales de los tribunales y cortes constitucionales y desde la nueva teoría general del Derecho. Analizaremos cada uno de estos tópicos para constatar si los cambios producidos pueden justificar el acuñar este término en el diccionario jurídico en general y en el constitucional y procesal en particular<sup>119</sup>. Pero principalmente si quedará en la historia del Derecho. A partir de este análisis tridimensional, estaremos en mejores condiciones de sugerir si estamos ante un fenómeno propio del siglo XXI o es una versión *remake* del constitucionalismo tradicional.

### 1. Análisis a nivel normativo

Terminada la Segunda Guerra Mundial el desarrollo constitucional atravesó tres momentos de inflexión hasta la actualidad y en cada uno de ellos surgieron constituciones paradigmáticas que encarnan este fenómeno que analizamos:

- a. **Los textos constitucionales de la segunda posguerra**
  - i. Constitución Italiana de 1947
  - ii. Constitución Alemana de 1949
  
- b. **Las constituciones de las transiciones democráticas en la Europa del sur**
  - i. Constitución Portuguesa de 1976
  - ii. Constitución Española de 1978
  
- c. **Las últimas constituciones de América Latina**
  - i. Constitución Brasileña de 1988
  - ii. Constitución Colombiana de 1991

En cada una de las constituciones señaladas –y por supuesto en muchas otras- se distinguen con nitidez las siguientes características:

---

<sup>118</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Editorial Trotta. Madrid. 2010.

<sup>119</sup> A raíz de este fenómeno el jurista brasileño Eduardo Cambi postula de manera paralela el desarrollo de un neoprocesalismo

### **a. Presentan un catálogo de Derechos Fundamentales**

En efecto, en las principales constituciones promulgadas después de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días se aprecia este denominador común: un capítulo o hasta un título del plexo constitucional que en su integridad está dedicado en exclusiva a los derechos fundamentales. La buena noticia es que aún con la Europa dolida y humeante por el holocausto del primer lustro de los años 40, fueron precisamente los países inicialmente responsables de la más sangrienta de las guerras los que colocaron al ciudadano por encima del Estado. Así, la Constitución Italiana de 1947 señala entre sus artículos 13º y 54º los derechos y deberes de los ciudadanos y en su artículo 139º afirma que no podrá ser objeto de reforma constitucional la forma republicana de gobierno. La Ley Fundamental para la República Alemana de 1949 titula su capítulo primero “De los derechos fundamentales” (“Die Grundrechte”) y se despacha con 19 artículos. Las ideas y postulados de Mussolini y Hitler se fosilizaron en mil quinientos días. Cifras de ciencia ficción. .

Hay más. En algunos casos, la parcela constitucional dedicada a los derechos fundamentales constituye el artículo más extenso de la norma. En el caso peruano el artículo segundo de la Constitución de 1993 tiene 24 incisos y el último de estos 8 numerales. Sólo es igualado en extensión con el artículo 118º, que regula las atribuciones del Presidente de la República en un país crónicamente presidencialista.

Posiblemente sea difícil encontrar algo que iguale el caso brasileño. Es preciso observar el artículo 5º de la Constitución de la República Federativa de Brasil -a riesgo de adormecer la lectura- para medir la dimensión de lo que señalamos:

*“Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:*

1. *El hombre y la mujer son iguales en derechos y obligaciones, en los términos de esta Constitución.*
2. *Nadie está obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de ley.*
3. *Nadie será sometido a tortura ni a trato inhumano o degradante.*
4. *Es libre la manifestación del pensamiento, quedando prohibido el anonimato.*
5. *Queda asegurado el derecho de respuesta, proporcional al agravio, además de la indemnización por daño material, moral o a la imagen.*
6. *Es inviolable la libertad de conciencia y de creencia, estado asegurado el libre ejercicio de los cultos religiosos y garantizada, en la forma de la ley, la protección de los locales de culto y sus liturgias.*
7. *Queda asegurada, en los términos de la ley, la prestación de asistencia religiosa en las entidades civiles y militares de internamiento colectivo.*
8. *Nadie será privado de derechos por motivo de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, salvo si las invocara para eximirse de obligación legal impuesta a todos y rebusase cumplir la prestación alternativa, fijada por ley.*
9. *Es libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, sin necesidad de censura o licencia.*
10. *Son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, asegurándose el derecho a indemnización por el daño material o moral derivado de su violación.*
11. *La casa es asilo inviolable del individuo, no pudiendo penetrar nadie en ella sin el consentimiento del morador, salvo en caso de flagrante delito o desastre, o para prestar socorro, o, durante el día, por determinación judicial.*

12. *Es inviolable el secreto de la correspondencia, de las comunicaciones telegráficas, de las informaciones y de las comunicaciones telefónicas, salvo, en el último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que la ley establezca para fines de investigación criminal o instrucción penal.*
13. *Es libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, cumpliendo las calificaciones profesionales que la ley establezca.*
14. *Queda garantizados a todos el acceso a la información y salvaguardado el secreto de las fuentes cuando sea necesario para el ejercicio profesional.*
15. *Es libre el desplazamiento en el territorio nacional en tiempo de paz, pudiendo cualquier persona, en los términos de la ley, entrar en él, permanecer o salir de él con sus bienes.*
16. *Todos pueden reunirse pacíficamente, sin armas, en locales abiertos al público, sin necesidad de autorización, siempre que no frustren otra reunión anteriormente convocada en el mismo local, exigiéndose sólo a viso previo a la autoridad competente.*
17. *Es plena la libertad de asociación para fines lícitos, prohibiéndose la de carácter paramilitar.*
18. *La creación de asociaciones y, en la forma de la ley, la de cooperativas no dependen de autorización, quedando prohibida la interferencia estatal en su funcionamiento.*
19. *Las asociaciones sólo podrán ser compulsivamente disueltas o ser suspendidas en sus actividades por decisión judicial, exigiéndose, en el primer caso, sentencia firme.*
20. *Nadie podrá ser obligado a asociarse o permanecer asociado.*
21. *Las entidades asociativas, cuando estén expresamente autorizadas, están legitimadas para representar a sus afiliados judicial o extrajudicialmente.*
22. *Se garantiza el derecho a la propiedad; XXIII la propiedad privada atenderá su función social; XXIV la ley establecerá el procedimiento para la expropiación por causa de necesidad o utilidad pública, o por interés social, mediante justa y previa indemnización en dinero, salvo los casos previstos en esta Constitución.*
23. *En caso de inminente peligro público, la autoridad competente podrá usar la propiedad particular asegurándose al propietario indemnización posterior, si hubiese daño.*
24. *La pequeña propiedad rural, así definida en la ley, siempre que sea trabajada por la familia, no será objeto de embargo por el pago de deudas derivadas de su actividad productiva, debiendo regular la ley los medios de financiar su desarrollo.*
25. *Pertenece a los autores el derecho exclusivo de utilización, publicación o reproducción de sus obras, siendo transmisible a los herederos por el tiempo que la ley determine.*
26. *La ley asegurará a los autores de inventos industriales el privilegio temporal para su utilización, así como la protección de las creaciones industriales, de la propiedad de marcas, de los nombres de empresas y de otros signos distintivos, teniendo en cuenta el interés social y el desarrollo económico del País.*
27. *Están asegurados, en los términos de la ley:*
  1. *La protección de las participaciones individuales en obras colectivas y de la reproducción de la imagen y voz humanas, incluso en las actividades deportivas.*
  2. *El derecho de los creadores, de los intérpretes y de las respectivas representaciones sindicales y asociativas de fiscalización del aprovechamiento económico de las obras que creasen o en las que participasen.*
28. *La ley asegurará a los autores de inventos industriales el privilegio temporal para su utilización, así como la protección de las creaciones industriales, de la propiedad de marcas, de los nombres de empresas y de otros signos distintivos, teniendo en cuenta el interés social y el desarrollo económico del País.*
29. *Se garantiza el derecho a la herencia.*
30. *La sucesión de los bienes de extranjeros situados en el País será regulada por la ley brasileña en beneficio del cónyuge o de los hijos brasileños siempre que no les sea más favorable la ley personal del 'de cujus'.*
31. *El Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor.*
32. *Todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán facilitados en el plazo señalado en la ley, bajo pena de responsabilidad ad, salvo aquellas cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado.*
33. *Quedan garantizados a todos, sin necesidad del pago de tasas:*
  1. *El derecho de petición ante los Poderes Públicos en defensa de derechos o contra la ilegalidad o el abuso de poder.*
  2. *La obtención de certificaciones en oficinas públicas para la defensa de derechos y el esclarecimiento de situaciones de interés personal.*
34. *La ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o la amenaza de derechos.*

35. *La ley no perjudicará los derechos adquiridos, los actos jurídicos perfectos ni la cosa juzgada.*
36. *No habrá juicios ni tribunales de excepción.*
37. *Se reconoce la institución del jurado, con la organización que la ley le dé, asegurándose:*
  1. *La plenitud de la defensa.*
  2. *El secreto de las votaciones.*
  3. *La superioridad de los veredictos.*
  4. *La competencia para el enjuiciamiento de los delitos dolosos contra la vida.*
38. *No hay delito sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal.*
39. *La ley penal no será retroactiva salvo para beneficiar al reo.*
40. *La ley castigará cualquier discriminación atentatoria contra los derechos y libertades fundamentales.*
41. *La práctica del racismo constituye delito no susceptible de fianza e imprescriptible, sujeto a penas de reclusión en los términos de la ley.*
42. *La ley considera delitos no afianzables y no susceptibles de indulto o amnistía la práctica de la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, el terrorismo y los definidos como delitos repugnantes, respondiendo de ellos los incitadores, los ejecutores y los que pudiendo evitarlos se abstuvieran.*
43. *Constituyen delito no afianzable e imprescindible las acciones de grupos armados, civiles o militares, contra el orden institucional y el Estado Democrático.*
44. *Ninguna pena trascenderá de la persona del condenado, pudiendo extenderse a los sucesores y ser ejecutadas contra ellos la obligación de reparar el daño y la decisión de privación de bienes, en los términos de la ley, hasta el límite del valor del patrimonio transmitido.*
45. *La ley regulará la individualización de la pena y adoptará, entre otras, las siguientes:*
  1. *privación o restricción de libertad.*
  2. *privación de bienes.*
  3. *multa.*
  4. *prestación social alternativa.*
  5. *suspensión o privación de derechos.*
46. *No habrá penas*
  1. *De muerte, salvo en caso de guerra declarada en los términos del art. 84, XIX.*
  2. *De carácter perpetuo.*
  3. *De trabajos forzados.*
  4. *De destierro.*
  5. *Cruels.*
47. *La pena será cumplida en establecimientos distintos, de acuerdo con la naturaleza del delito, la edad y el sexo del penado.*
48. *Esta asegurado a los presos el respeto a la integridad física y moral.*
49. *Se garantizarán las condiciones para que las condenadas puedan permanecer con sus hijos durante el período de lactancia.*
50. *Ningún brasileño será extraditado, salvo el naturalizado, en supuesto de delito común, practicado antes de la naturalización o de comprobada vinculación en tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, en la forma de la ley.*
51. *No se concederá la extradición de extranjeros por delitos políticos o de opinión.*
52. *Nadie será procesado ni condenado sino por autoridad competente.*
53. *Nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal.*
54. *Se garantiza a los litigantes, en el procedimiento judicial o administrativo, y a los acusados en general, un proceso contradictorio y amplia defensa con los medios y recursos inherentes a la misma.*
55. *Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos.*
56. *Nadie será considerado culpable hasta la firmeza de la sentencia penal condenatoria.*
57. *El identificado civilmente no será sometido a identificación criminal, salvo en las hipótesis previstas en ley.*
58. *Se admitirá la acción privada en los delitos de acción pública cuando ésta no fuera ejercida en el plazo legal.*
59. *La ley sólo podrá restringir la publicidad de los actos procesales cuando lo exigieran la defensa de la intimidad o el interés social.*
60. *Nadie será detenido sino en flagrante delito o por orden escrita y fundamentada de la autoridad judicial competente, salvo el de los casos de transgresión militar o delito propiamente militar, definidos en la ley.*

61. *La detención de cualquier persona y el lugar donde se encuentre serán comunicados inmediatamente al juez competente y a la familia del detenido o a la persona indicada por él.*
62. *El detenido será informado de sus derechos, entre ellos el de permanecer callado, asegurándose la asistencia de la familia y de abogado.*
63. *El detenido tiene derecho a la identificación de los responsables de su detención o de su interrogatorio policial.*
64. *La detención ilegal será inmediatamente levantada por la autoridad judicial.*
65. *Nadie será llevado a prisión, ni mantenido en ella, cuando la ley admitiere la libertad provisional, con o sin fianza.*
66. *No habrá prisión civil por deudas, salvo para los responsables por el incumplimiento voluntario e inexcusable de la obligación de alimentos y para los depositarios infieles.*
67. *Se concederá "habeas corpus" siempre que alguien sufriera o se creyera amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder.*
68. *Se concederá mandamiento de seguridad para proteger un derecho determinado y cierto, no amparado por "habeas corpus" o "habeas data" cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuese una autoridad o un agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público.*
69. *El mandamiento de seguridad colectivo puede ser imperado por:*
  1. *Un partido político con representación en el Congreso Nacional.*
  2. *Una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento desde hace un año por lo menos, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.*
70. *Se concederá "mandato de injuncao" siempre que por falta de norma reguladora se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.*
71. *Se concederá "habeas data":*
  1. *para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;*
  2. *para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo.*
72. *Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando el actor, salvo mala fe comprobada, exento de las costas judiciales y de los gastos de su incumbencia.*
73. *El Estado prestará asistencia jurídica íntegra y gratuita a los que demuestren insuficiencia de recursos.*
74. *El Estado indemnizará al condenado por error judicial así como al que permaneciere en prisión más allá del tiempo fijado en la sentencia.*
75. *Nadie será llevado a prisión, ni mantenido en ella, cuando la ley admitiere la libertad provisional, con o sin fianza.*
76. *Son gratuitas las acciones de "habeas corpus" y "habeas data" y, en la forma de la ley, los actos necesarios al ejercicio de la ciudadanía.*
  10. *Las normas definidoras de los derechos garantías fundamentales son de aplicación inmediata.*
  20. *Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte."*

¡Impresionante!. Hay que proponer un nuevo rubro a *Guinness World Record*. Y esta tendencia no parece encontrar límites. El undécimo artículo de la Constitución de la República del Ecuador (2008) desarrolla una suerte de mini teoría de derechos fundamentales, algo impensado hasta hace una década en que esto era reservado a la jurisprudencia de las cortes y tribunales constitucionales, pero nunca se pensó en encontrarlo positivizado:

*“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

1. *Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.*
2. *Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.*

*Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.*

*El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.*

3. *Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*

*Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.*

*Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.*

4. *Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.*
5. *En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.*
6. *Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.*
7. *El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.*
8. *El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.*
9. *El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”.*

¡Sorprendente! Ni Julio Verne en versión de jurista lo habría imaginado.

Convengamos que al menos en el texto expreso de las Constituciones existe una diferencia nítida respecto a las cartas del amanecer del constitucionalismo. La redacción pasa por una positivización marcada de los derechos fundamentales y algo más. En este aspecto, hemos pasado de la búsqueda incansable por la positivización de los derechos fundamentales a una sobrerregulación de los mismos.

#### **b. Son constituciones fuertemente materializadas**

Las actuales constituciones no se limitan solamente a la división de poderes y la distribución de competencias de los diferentes órganos estatales, sino que inciden en el diseño de las sociedades de

manera detallada. En otras palabras, ya no son solo “constituciones políticas”, como reza el epitafio de cualquier texto constitucional oficial, sino que ahora son –he aquí la novedad– “constituciones jurídicas”. Y esta materialización, a diferencia de los catálogos de derechos fundamentales, no se encuentra señalada de manera expresa por la naturaleza tan particular de las normas constitucionales. La mayoría de los mandatos constitucionales –por naturaleza– son incompletos e imprecisos. No podría ser de otra forma: la imprecisión y generalidad de la normatividad constitucional siempre estuvo presente en todas las constituciones o reformas constitucionales de los Estados. En tal sentido, las constituciones distan mucho de asemejarse a un código.

Estas normas abiertas se concretan mediante la interpretación constitucional. No debe sorprender entonces que –en el caso peruano, por lo menos– la principal fuente de Derecho Constitucional sea la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya que se le ha encomendado ser el supremo intérprete de la *norma normarum*. Es que ahora, con la simple enunciación de derechos, no alcanza. Si no se materializan en una interpretación que las haga concreta o en una ley de desarrollo constitucional, serán meras declaraciones y loables propósitos que navegarán en la estratósfera del Derecho, muy distantes de sus destinatarios.

Un par de botones de muestra en el caso de la Constitución peruana.

El artículo 27° sobre la protección del trabajador frente al despido arbitrario se limita sólo a remitir a una ley de desarrollo constitucional:

*“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.*

Aún cuando la ley correspondiente señala que la protección adecuada es la indemnización, el Tribunal Constitucional peruano aclaró que esa es sólo la forma resarcitoria de protección y que el término “adecuada” también se extiende a la protección “restitutoria”, por lo que aumentó –vía jurisprudencia– los alcances de esta norma a la reposición del trabajador despedido de manera arbitraria.

El artículo 142° establece que

*“No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.”*

El supremo intérprete de la Constitución ha señalado en reiterada jurisprudencia que la norma constitucional no puede interpretarse de manera literal y ha añadido que, contrario al texto expreso constitucional, sí pueden ser revisables en tanto vulneren derechos fundamentales. Incluso lo ha señalado en precedentes vinculantes como para ponerle candado a lo decidido. Y podríamos seguir con la enumeración. Pero esto será abordado en otro trabajo.

En resumen, normativamente se ha dado un giro de 180° respecto a la estructura constitucional y, con ello, su rol en la vida jurídica de los Estados. Es el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho. Y esto es mucho más que una mutación de denominaciones. Significa que el gravicentro del Estado ha cambiado: la ley con minúsculas ha cedido su lugar a la Ley con mayúsculas, como diría nuestro maestro Adolfo Alvarado Velloso<sup>120</sup>. Lejos queda el modelo

---

<sup>120</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Adaptado a la Legislación peruana por Guido Aguila Grados. Lima. Editorial San Marcos. 2011. Presentación.



establecido en el *bill of rights* y en las primeras diez enmiendas. O en la Constitución de la Francia revolucionaria Y los tiempos no son casuales. La Segunda Guerra Mundial –el mayor acontecimiento de la historia– trajo consecuencias que salpicaron a todos los campos del conocimiento. El Derecho no fue ajeno ni indiferente a ellos. Fue un protagonista comprometido. Mientras duró el luto por la Guerra del 39', de manera paralela se gestaba una nueva criatura: el Estado Constitucional de Derecho, que es el hábitat ideal, el que ofrece las mejores condiciones de presión y temperatura, para el Neoconstitucionalismo.

Este fenómeno no reconoce fronteras. Es como una flor silvestre que crece en cualquier terreno. María José Añón, en la introducción de su importante ensayo DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO CONSTITUCIONAL, afirmaba:

*“La Constitución de 1978 hizo nacer en nuestro sistema jurídico-político un nuevo modelo de organización que con el tiempo ha sido llamado Estado constitucional de Derecho. El legislador constitucional proyectó de esta manera una nueva legitimidad y diseño de poder y de Derecho cuya plasmación en la realidad cotidiana necesitó importantes transformaciones tanto en la mentalidad y cultura jurídica, cuanto de la actividad de los operadores jurídicos. El objetivo radical de este proceso no fue sino el impulso básico del constitucionalismo, esto es, la imposición de límites y vínculos al poder y la garantía de derechos fundamentales”.*

Apuntes concordantes y similares los encontramos en todas las democracias sanas del mundo.

## **2. Análisis a nivel Jurisprudencial**

De manera paralela a las nuevas constituciones se vienen desarrollando nuevas prácticas jurisprudenciales. Es una relación de causa a efecto. Una conlleva a la otra, necesariamente. Ante constituciones materializadas cae por gravedad una jurisprudencia diferente de las cortes y tribunales constitucionales. Pedro Grández Castro grafica el presente jurisprudencial peruano de la siguiente manera:

*“La adscripción de significados a la Constitución, la solución de conflictos entre derechos fundamentales de un mismo rango, el control del poder público y privado a través del Derecho, ponen al Tribunal Constitucional en un lugar expectante a los ojos del ciudadano común”.*

Y continúa:

*“(…) De un tiempo a esta parte, quizá como nunca antes en el Perú, un tribunal jurisdiccional ha dicho el Derecho<sup>121</sup>”.*

En efecto, es una jurisprudencia que se parece muy poco a lo que se trabajaba en el paradigma del constitucionalismo clásico. La mayor incidencia de esta transformación se da en dos aspectos:

### **a. Un notable desarrollo de la argumentación jurídica**

En este nuevo escenario en el que un órgano jurisdiccional crea Derecho a través de su jurisprudencia, se requiere de una legitimación distinta a la de los otros poderes. Mientras el Ejecutivo y el Legislativo son por antonomasia los poderes legisferantes y, por el sólo hecho de serlos, su legitimidad para normar es intrínseca (poder por el poder), en el caso jurisdiccional la legitimidad no es natural, es adquirida. Y esa legitimidad de creatividad normativa se logra con las buenas razones de sus decisiones

---

<sup>121</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*. Editorial Palestra. Lima. 2010.

(poder por la razón). La argumentación jurídica ha encontrado en esta responsabilidad su principal resorte de desarrollo. Aunque siempre se encontrarán gruesas sombras en algunas sentencias de los diversos tribunales constitucionales del mundo, en la ecuación final el saldo es positivo. Aunque siempre se espera que el margen de error llegue a ser despreciable.

En sede nacional la jurisprudencia trascendente del Tribunal Constitucional puede sistematizarse en tres tipos: los precedentes constitucionales vinculantes, las sentencias normativas o manipulativas y la doctrina jurisprudencial. Esto ha cambiado el diagrama de la jurisprudencia nacional. Y aunque no llega a tener el prestigio de la jurisprudencia constitucional colombiana, ha desarrollado uno a uno los derechos fundamentales que el texto constitucional sólo enumera y ha desarrollado en concreto conceptos abstractos que antes navegaban en la nebulosa de la generalidad. Un ejemplo de la exuberante doctrina jurisprudencial desarrollada: si bien el concepto del control difuso de constitucionalidad de las normas es conocido por todos los hombres y mujeres de Derecho en la Sentencia 02132-2008-PA/TC, caso Rosa Felícita Elizabeth Martínez García, el Tribunal Constitucional peruano hizo precisiones importantes respecto a los criterios para aplicar el control difuso de constitucionalidad de normas legales:

- A) Verificación de la existencia de una norma autoaplicativa o que el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional.*
- B) Relevancia del control de la ley respecto de la solución del caso.*
- C) Identificación de un perjuicio ocasionado por la ley.*
- D) Verificación de la inexistencia de pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad de la ley objeto de control.*
- E) Búsqueda de otro sentido interpretativo que pueda salvar la disposición acusada de inconstitucionalidad.*
- F) Verificación de que la norma a inaplicarse resulta evidentemente incompatible con la Constitución y declaración de inaplicación de ésta al caso concreto.”*

Desarrolla estos criterios –cada uno con una motivación sólida y contundente- porque precisamente en esa sentencia realiza el control difuso del artículo 2001º, inciso 4, del Código Civil, el que finalmente termina siendo declarado inconstitucional e inaplicable para el caso concreto. Si hacemos una estadística de este tipo de resoluciones instructivas obtendríamos números casi insólitos.

## **b. La aparición de neologismos constitucionales y procesales**

Con la argumentación jurídica para los procesos constitucionales han llegado las técnicas interpretativas propias de los derechos fundamentales. Esto ha obligado a una nueva edición de los clásicos diccionarios de Derecho Constitucional y Derecho Procesal. Estos términos son tan frescos como el de Neoconstitucionalismo: ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, principio *pro homine*, bloque de constitucionalidad, eficacia horizontal de derechos fundamentales, efecto irradiación de los derechos fundamentales, maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, autonomía procesal, *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing*, *overruling*, reconversión de procesos, estado de cosas inconstitucional, suplencia de la queja deficiente y siguen firmas. Si bien se filtran algunos conceptos que ya habían adquirido mayoría de edad, en estos tiempos lograron reconocimiento, consolidación y difusión.

Todo este sofisticado instrumental y arsenal argumentativo no existía en el constitucionalismo clásico. Otro síntoma que adelanta el diagnóstico.

### c. Una nueva forma activismo judicial

No es necesario recurrir a un lente más grueso para advertir que la realidad jurisdiccional es otra. A contramano de los jueces ordinarios que trabajan con normas reglas, los jueces constitucionales laboran con valores superiores del ordenamiento, como los denomina la Constitución Española. Y esto coloca al juez constitucional dos o tres escalones por encima del juez ordinario. Aunque por extensión todos son jueces constitucionales, por todo lo señalado hasta ahora se evidencia una prelación de los tribunales constitucionales sobre la justicia ordinaria.

Jürgen Habermas afirma que la moral ha migrado al Derecho. Genial definición del representante de la Escuela Crítica de Frankfort para explicar que el derecho se ha constitucionalizado. En este nuevo escenario se configura un reto intelectual importante para los jueces. Y es que con este modelo de Constitución invasora los jueces ocupan un lugar central en el Estado Constitucional de Derecho. Los juzgadores tienen el rol de protagonistas excluyentes del modelo neoconstitucional.

Sin duda alguna, este nuevo modelo exige una garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, lo que conlleva a una explosión de la actividad judicial, esto es, una sobredosis de activismo judicial. He aquí que se encienden las alarmas por la proximidad de un campo minado. Los Tribunales Constitucionales en el mundo tienen un riesgo implícito: no existe órgano de control alguno para ellos. Algo insostenible con uno de los pilares basales del constitucionalismo: el control de pesos y contrapesos. Quedamos entonces librados a la capacidad de autolimitación de los tribunales y cortes constitucionales.

Los ejemplos de este activismo judicial son numerosos y se producen en todas partes. Y esta práctica es atemporal y sin fronteras:

- El Tribunal Constitucional Federal alemán ordena la disolución de partidos neonazis.
- La Corte Constitucional italiana hace exigibles algunos derechos sociales de la Constitución de 1947.
- La Corte Constitucional colombiana, vía acción de tutela, ha ordenado la impartición de justicia en las comunidades indígenas.
- Un Tribunal en Brasil ordenó la entrega de medicamentos a la de gente que no podía pagar por ellos.

En el Perú, uno de los primeros fallos en este sentido se dio el 20 de abril de 2004 en el caso Azanca Alelhi Meza García (STC 2945-2003-AA/TC), en el que la mencionada demandante solicita:

*“(…) que se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA, 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.

*Afirma que desde la fecha en que fue diagnosticada de tener VIH (1996), el Estado no ha cumplido con otorgarle un tratamiento integral, recetándole únicamente medicinas para tratamientos menores; que al no contar, en modo alguno, con los recursos económicos necesarios para afrontar el alto costo del tratamiento de esta enfermedad, la cual se está agravando al habersele detectado cáncer de tiroides, impetra al Estado que cumpla su obligación de atender la salud de la población en general, tal como se les provee a los enfermos de tuberculosis, fiebre amarilla y otras enfermedades, en consonancia con el principio de respeto a la dignidad de la persona, a la protección de sus derechos a la vida y la salud, así como su derecho a una atención médica integral para la enfermedad de VIH/SIDA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N.º 26626”.*

Cuando en otro tiempo se hubiera pensado en que materialmente sería imposible darle la razón a la recurrente por el carácter programático del derecho a la salud, el órgano encargado del control concentrado de constitucionalidad de las leyes argumentó:

*“(...) La defensa del Estado, en su escrito de fecha 13 de abril del 2004, sostiene que la undécima disposición final y transitoria que señala: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”, debe observar el principio de legalidad presupuestaria del gasto público, por lo que el Estado no podría atender lo solicitado por la recurrente, ya que se trata de un gasto no presupuestado.*

*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.*

*Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, olvidando su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, con fines de lograr una máxima atención a la protección de los derechos de los ciudadanos.*

*(..) Lo declarado en la undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas.*

*(..) En consecuencia, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud, per se, consideramos necesario analizar la actuación del Estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión.”*

Para finalmente resolver:

- “(…) 1. Declarar **FUNDADA** la acción de amparo.
2. 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.
  3. Exhorta a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N.° 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.
  4. Ordena que la dirección del hospital tratante dé cuenta a este Tribunal, cada 6 meses, de la forma como viene realizándose el tratamiento de la recurrente.

Han transcurrido más de siete años de esta sentencia y aunque hay un frondoso racimo de casos similares, este sigue siendo el ejemplo paradigmático en aulas universitarias por ser precursora, y porque toca fibras muy sensibles.

Aún así, no es infundado el temor de que en nombre de los derechos fundamentales se perpetren excesos y yerros que erosionen el neonato Estado Constitucional de Derecho. Es fácil disfrazar la carencia de razón y argumentación con el pomposo cartel de “en favor de los derechos fundamentales”. Los intereses políticos y de poder constituyen el principal agente patológico de tribunales cuyos miembros son elegidos por el poder político. Si hemos tenido un oscurantismo procesal por un activismo que levantaba las banderas de la justicia y la verdad, podemos estar ante una versión en 3D y doblada en lenguaje de derechos fundamentales.

### 3. Análisis a nivel teórico

Otra arista saliente del neoconstitucionalismo es el novedoso desarrollo teórico que conlleva. El Estado Constitucional requiere de una nueva teoría del Derecho y esa es, precisamente, el neoconstitucionalismo.

Si líneas arriba hemos anotado la terminología que ha arrastrado este fenómeno, ahora pasemos lista a los pensadores que han formateado la teoría jurídica en los últimos tiempos. Si antes los nombres de filósofos del Derecho sonaban exóticos, raros y adormecedores, hoy son más familiares a los oídos y reconocibles por un mayor número de gente ligada al Derecho. En Europa están Ronald Dworkin, Robert Alexy, Norberto Bobbio, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Alfonso García Figueroa, Luis Roberto Barroso, Luigi Ferrajoli, Ricardo Guastini, Paolo Comanducci, Manuel Atienza, José Juan Moreso, entre muchos otros. En América figuran Carlos Santiago Nino, Roberto Gargarella, Miguel Carbonell y Carlos Bernal Pulido como los más representativos. Los desaparecidos han dejado una estela teórica sólida. Los contemporáneos robustecen la literatura especializada sobre el tema de marras permanentemente. Los debates y contraposiciones de ideas se hacen con un nivel de análisis y tolerancia superlativo. La nueva teoría jurídica no está hecha aún. No conjuga con el verbo en tiempo pretérito sino más bien con el gerundio.