Nuevas teorías constitucionalistas y poder constituyente. ¿Armas de (re)emancipación en el contexto de la globalización neoliberal?

**New constitutional theories and constituent power.
Weapons of (re) emancipation in the
context of neoliberal globalization?**

*Lic. Bernardo José Toro Vera **

RESUMEN

Dentro del contexto de avance del esquema económico neoliberal, y tras la crisis global de 2007-2008, han quedado claro los efectos perniciosos de la ausencia de mecanismos efectivos de control estatal, especialmente con los derechos. En este contexto, algunas posturas críticas dentro del Derecho han pretendido reconfigurar el rol del constitucionalismo: el constitucionalismo popular, el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, acompañados de procesos constituyentes, han permitido discutir al clásico constitucionalismo, potenciando la efectividad y justiciabilidad de los derechos y la instalación de diversos mecanismos de democracia participativa. Este artículo pretende dar un panorama de estas corrientes, y una evaluación de su incidencia teórica y práctica.

PALABRAS CLAVE

Poder constituyente, neoconstitucionalismo, constitucionalismo popular, nuevo constitucionalismo latinoamericano.

ABSTRACT

Within the context of the advance of the neoliberal economic scheme, and after the global crisis of 2007-2008, the pernicious effects of the absence of effective mechanisms of state control, especially with rights, have become clear. In this context, some critical positions within the Law have tried to reconfigure the role of constitutionalism: popular constitutionalism, neo-constitutionalism and the new Latin American constitutionalism, accompanied by constituent processes, have allowed the classic constitutionalism to be discussed, enhancing the effectiveness and justiciability of the rights and the installation of diverse participatory democracy mechanisms. This article aims to give an overview of these currents, and an assessment of their theoretical and practical impact.

* UNAM / berjotorov@gmail.com

KEYWORDS

Constitutional power, neoconstitutionalism, popular constitutionalism, new Latin American constitutionalism.

Sumario

1. Introducción. 2. Embate globalizador neoliberal. 3. El poder constituyente. 4. El neoconstitucionalismo. 5. El constitucionalismo popular. 6. El nuevo constitucionalismo latinoamericano. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

Hacia 1975, el jurista chileno Eduardo Novoa Monreal escribió un libro de las claves en el pensamiento jurídico de avanzada: *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*¹. A través de las páginas que de forma pionera ayudó a publicar la mexicana Siglo XXI Editores, se hizo clara denuncia del carácter de clase que, tradicionalmente, ha tenido el Derecho.

Esta percepción ha sido bastante analizada desde la teoría marxiana, continuada por la tradición marxista, y se basa en los siguientes supuestos:

“1) el Derecho tiene un carácter clasista; 2) es un fenómeno histórico en el sentido de que es una realidad vinculada a ciertas formas de organización social; 3) desempeña un papel subordinado (al menos, relativamente subordinado) en relación con otros elementos del todo social; 4) tiene carácter ideológico. Junto a ello, los estudiosos marxistas del Derecho han asumido también: 5) una actitud de rechazo frente al modelo tradicional de ciencia jurídica; y 6) una actitud cuando menos de desconfianza o de sospecha frente a los «valores» que el Derecho realiza o debería realizar: la justicia o los derechos humanos”.²

En particular, esta relación se ha manifestado con un énfasis en el área del Derecho privado, lo que le da un rol fundamental al Derecho público, especialmente al constitucional. Indicó Novoa Monreal: “*En el Derecho político y, concretamente, en*

1 Novoa Monreal, Eduardo, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, México, Siglo XXI Editores, 1975.

2 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Marxismo y Filosofía del Derecho*, 1a. ed., México, Fontamara, 1993, p. 13.

la Constitución del Estado se contienen las bases de todo el Derecho en una nación”³. En su momento, indicó el Dr. Jorge Carpizo que *“El derecho constitucional, en sentido amplio, se identifica con el propio orden jurídico; es decir, es la totalidad de ese derecho, ya que la base y los principios generales y fundamentales de las otras disciplinas jurídicas se encuentran en él”*⁴.

El gran problema de su aplicación ha sido el papel formalista del Derecho que tradicionalmente ha caracterizado al Estado de Derecho, en sus diversas manifestaciones desde el triunfo de la revolución burguesa en Estados Unidos en 1776 y Francia en 1789. Como indicó en su momento el Dr. Óscar Correas

“Una norma siempre tiene la misma forma. Es sobre esta base que se asienta esta teoría y sobre la cual se monta su concepción de una ciencia jurídica que tendría por objeto el análisis de esas formas normativas. Dicho de otro modo la ciencia jurídica agota su objeto en el problema de la validez de las normas, sin llegar nunca al estudio de lo que Kelsen llama “eficacia” esto es, el problema de si los ciudadanos se conducen o no como lo establece la norma. Para los formalistas, el contenido de las normas, su eficacia, si es un tema legítimo, lo es para la sociología jurídica y no para la ciencia jurídica “pura”⁵.

Aunque la realización de las prácticas jurídicas se ha desglosado dentro de las vertientes relacionadas con las relaciones de poder determinadas en el contexto de la globalización capitalista (neoliberal), también se han dado prácticas de carácter rupturista en la aplicación de las normas jurídicas, en particular, y de la proposición del Derecho, en general. Esto pasa por el llamado “uso alternativo del Derecho”, que Modesto Saavedra ha definido como “una práctica político-jurídica específica que se inscribe en el seno de las formaciones sociales en crisis, cuyo sentido estriba en afianzar pasos, al nivel de la superestructura jurídica, en la solución emancipadora de las tensiones y contradicciones de dichas formaciones sociales”⁶. Es obvio, como hemos analizaremos, que nos encontramos en una etapa de largos y profundos conflictos en

3 Novoa Monreal, Eduardo, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, 6a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1983, p. 149.

4 Carpizo, Jorge, voz “Derecho constitucional”, en Carbonell, Miguel, (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, 1a. ed., México, UNAM/ Porrúa, 2002, p. 145.

5 Correas, Óscar *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno*, México, Fontamara, 2013, p. 20.

6 Saavedra, Modesto, *Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica*, 1a. ed., México, Fontamara, 1994, p. 11.

términos generales, nacionales y mundiales, lo que podemos graficar a propósito del modelo globalizador neoliberal.

2. Embate globalizador neoliberal

Desde el colapso del sistema soviético y el fin de la Guerra Fría (1989-1991), se pretendió imponer en el mundo una forma inusual de homogenización de la vida social, mundial y local, caracterizada por la globalización en dos sentidos conjuntos: el neoliberalismo como modelo económico dominante, y la democracia liberal burguesa como único modelo de organización estatal.

Aclaremos que la globalización económica no es ni novedosa, ni única, ni inevitable, ni irreversible. No es nueva, porque podemos situar sus inicios, por lo menos, con las grandes corrientes migratorias ocurridas durante el proceso de glaciación, entre 50 y 10 mil años atrás, pasando por la extensión de los grandes imperios de la antigüedad, la etapa de los descubrimientos de los siglos XV y XVI y la revolución industrial de los siglos XVIII y XIX⁷. No es única, porque tiene elementos que son diversos, desde el ámbito cultural hasta de los propios derechos humanos. Ni tampoco es irreversible e inevitable, porque tal pretensión implicaría el supuesto de las fatalidades históricas, que tan continuamente se han demostrado como fracasadas.

Sin embargo, hoy nos encontramos ante una globalización con claro signo económico, que es ante todo globalización de los mercados financieros y expansión del mercado internacional de bienes, servicios y trabajadores. Tal globalización económica neoliberal se singulariza por sus dimensiones depredadoras. El desarrollo de las relaciones económicas, políticas, sociales y culturales ha adquirido en las últimas décadas una dimensión que se eleva por encima de las fronteras entre los Estados e ignora las divisiones administrativas y políticas que se han establecido entre los pueblos. Transportadas por los medios de comunicación, por las nuevas tecnologías de la información, por las redes económicas y los flujos de personas, las acciones y decisiones de cada uno, por remotas que sean, pueden llegar a afectar la vida y el

7 Stolleis, Michael, “Trayectoria del Estado constitucional con la perspectiva de la globalización”, en Michael Stolleis *et al.*, *El Derecho constitucional en la Globalización*, México, Fontamara – Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2016, pp. 36-40. También *Atlas de la Globalización*, Buenos Aires, Le Monde Diplomatique, 2015, pp. 10-12 y 50-53.

destino de poblaciones lejanas en cualquier lugar de la geografía del planeta.

Nos encontramos ante una evidente economía transnacional que, en gran medida, escapa al control de los poderes de los Estados. Pero no se trata sólo de un fenómeno económico. Hay una globalización de las pautas culturales, una globalización de los efectos medioambientales, una globalización de las comunicaciones, y también una globalización de las inseguridades y las luchas.

En este sentido se ha comentado que:

“La creación de una aldea global como marco de referencia alternativo al del Estado supone, pura y simplemente, la sustitución de la lógica política democrática por la lógica económica de la globalización.

La ruptura del nexo fundamental Estado-nación-mercado, esto es, de la simetría entre el espacio político configurado por el Estado nacional y el espacio económico determinado por el mercado global, ha provocado una pérdida notable de la soberanía de los Estados en la determinación de sus políticas económicas”.⁸

De la mano del neoliberalismo tecnocrático, se pretende en la actualidad reducir todo el debate político a una mera discusión sobre cuestiones técnicas para obtener la máxima rentabilidad económica⁹.

Todo lo señalado ha implicado una intrusión, más allá de lo tradicional, en espacios que era considerados como propios de la actividad estatal, sobre todo después del desarrollo del siglo XX y el avance reivindicatorio, como referimos, de los derechos humanos. Manifestación clara de aquella intrusión ha sido el debilitamiento de la soberanía nacional, esto es el principio propio que consolidó al Estado moderno y contemporáneo, referido a su capacidad de mando exclusivo y excluyente, tanto a nivel intra (nacional) como extra (internacional).

En las últimas décadas, pareciera haberse impuesto la postura de que el Estado más tolerable era el Estado más pequeño posible, con lo que la estructura estatal y

8 Tajadura Tejada, Javier, “El ocaso de Wesfalia. Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 123 (enero-marzo), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 323-324.

9 Ruipérez Alamillo, Javier, “¿La Constitución en crisis? El Estado constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 120 (abril-junio), 2003 pp. 138-139.

sus funciones, especialmente el Estado de bienestar o de economía mixta comenzó a ser objeto de acciones que redujeron su participación en el ámbito de la producción y la prestación de bienes y servicios, y su capacidad reguladora¹⁰. La llamada *desregulación se convirtió en un programa de los actores económicos dominantes para desmontar el Estado de economía mixta; se impuso al Estado la abstención de intervenir como agente económico, y ello le llevó a transferir buena parte de sus activos al ámbito de los particulares, y al empequeñecimiento de su aparato administrativo*¹¹.

El actual panorama, caracterizado por el cambio jurídico mundial que implicó la reacción estadounidense ante el llamado '11-S' de 2001, los efectos de la globalización en su faceta económica neoliberal¹², los cuestionamientos y posterior reforma de la Comisión (actual Consejo) de Derechos Humanos de la ONU¹³, el conflicto desatado en Medio Oriente (especial resonancia el caso Siria) y Asia Pacífico (con principal foco en Corea del Norte), además de los lamentables signos mostrados por la administración Trump, parecieron enfatizar este retroceso. De igual forma, es menester llamar la atención a los nacionalismos de extrema derecha, que parecieran quedarse circunscritos a Europa (los casos del avance de la ultraderecha en Alemania, o del actual gobierno italiano son los más recientes), pero que tienen expresiones cercanas preocupantes, como es el caso del derrotado candidato de derecha en las recientes elecciones presidenciales costarricenses, con un claro discurso erosionador del Estado laico desde su postura abiertamente clerical conservadora; el actual candidato presidencial Jair Bolsonaro, ex militar, quien no ha tenido problema alguno en manifestar expresamente un discurso cargado de xenofobia y machismo, llegando incluso a señalar que, en caso de obtener la victoria, sacaría a Brasil de la ONU por ser un *"local de reunión de comunistas"*¹⁴; o el mismo Donald Trump, quien en la

10 Valadés, Diego, "Introducción: visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX", en Diego Valadés et al. (eds.) (2011), *Ideas e Instituciones Constitucionales en el Siglo XX*, México, UNAM/Siglo XXI Editores, 2011, pp. 17-18.

11 *Ídem* anterior.

12 Cuyas articulaciones discursivas hegemónicas parecieron romperse desde la crisis económica de 2008, a partir del estallido de la "burbuja Madoff".

13 Para una comprensión mayor de dicho proceso, así como de las reformas pendientes, en Katherine Short, "De la Comisión al Consejo: ¿las Naciones Unidas han logrado crear un órgano de derechos humanos confiable?", *Sur; Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 6, núm. 9, 2008, pp. 168 a 197.

14 "El candidato ultraderechista Jair Bolsonaro prometió sacar a Brasil de la ONU si gana las elecciones",

reunión de esta semana ante la Asamblea General de la ONU señaló “*Estados Unidos no brindará ningún apoyo al reconocimiento de la Corte Penal Internacional. En lo que respecta a Estados Unidos, la CPI no tiene jurisdicción, ni legitimidad, ni autoridad*”, pero sobre todo cuando reforzó “*rechazamos la ideología del globalismo y abrazamos la doctrina del patriotismo*”¹⁵, lo que hacen pensar en una nueva mutación del neoliberalismo hacia discursos locales muy parecidos a los que hace un siglo generaron tanto la Primera como la Segunda Guerra Mundial, y por tanto con los mismos niveles de peligro latente a los principios que sustenta el ADN trasunto en el constitucionalismo actual.

3. El poder constituyente

En el contexto señalado, estimamos que existe la necesidad de aclarar la existencia de vías alternativas que, en la comprensión de búsquedas de cómo enfrentar especialmente el actual contexto mundial (en esta híbrida relación entre la globalización neoliberal y la vuelta del capitalismo a los nacionalismos fascistas), permitan reconsiderar al Derecho constitucional.

Tal búsqueda pasa por comprender la esencia del tema constituyente. Si bien su tratamiento ya es de larga data, que podemos encontrar incluso en la Edad Media¹⁶, su configuración argumentativa se consolida para enero de 1789, cuando el monárquico Emmanuel J. Siéyès escribe su pequeño ensayo “El Tercer Estado”. En este documento, el francés estableció no sólo el fundamento que permitió abrir el proceso revolucionario, sino también las bases contemporáneas de la teoría constituyente.

La importancia del poder constituyente es esencial, pues el titular del poder constituyente es el titular de la soberanía. Así, poder constituyente y pueblo son

Infobae, 19 de agosto de 2018. Disponible en <https://bit.ly/2S9b4v2>

15 “Jactancia de Trump provoca risas y murmullos en la ONU”, México, *La Jornada*, 25 de septiembre de 2018. Disponible en <https://bit.ly/2ysuVNC>

16 Kalyvas, Andreas, “Poder constituyente: una breve historia conceptual”, en Bustamante, Gonzalo y Sazo, Diego (comps.), *Democracia y Poder Constituyente*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2016, especialmente pp. 27-48; Pisarello, Gerardo, *Procesos Constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014, sobre todo pp. 21-29; y Negri, Antonio, *El Poder Constituyente. Ensayos sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2015, especialmente pp. 71-196.

términos intercambiables, al ser este último el titular de la soberanía y, por tal, del fundamento del poder constituyente¹⁷.

Desde entonces, se han señalado elementos específicos que identifican a todo poder constituyente¹⁸:

Es original o inicial, por cuanto se autoimpulsa para actuar en el momento que él decide, además de ser fundador de un nuevo ordenamiento, revocando el anterior;

Es ilimitado, porque no se reporta a los límites establecidos por un ordenamiento jurídico anterior;

Es incondicionado, en cuanto a no estar formalmente determinado a un procedimiento prefijado; y,

Tiene su fundamento exclusivamente en su legitimidad democrática.

Esto determina al poder constituyente como un poder político extralegal, pues actúa antes de la legalidad que pretende fundar, dando origen a la Constitución política propiamente tal¹⁹.

Lo anterior le diferencia expresamente del llamado poder de reforma, por cuanto este último no es original (su fundamento se basa en una norma anterior, la constitucional ya fijada), no es condicionado (sus límites se encuentran específicamente establecidos en el texto constitucional), y no se autofundamenta sino que deriva de la propia Constitución²⁰. Igualmente, le diferencia de otros procesos de creación constitucional, como es el caso de la creación de textos legales vía “Asambleas Constitucionales”, que derivan su mandato de lo señalado por el propio poder legislativo, ya sea porque funciona tal asamblea paralelamente a la actividad normal (constituida) del legislativo, ya sea porque es el propio legislativo quien asume ciertas actividades constituyentes. Aquello, dice relación directa con el principio de (no) contradicción de la lógica formal: una cosa no puede ser y no ser, al mismo tiempo y en el mismo

17 Carpizo, Jorge, “El tribunal constitucional y el poder de reforma constitucional”, *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Año III, Núm. 5 (abril), México, 2010, p. 29.

18 Martín, Carlos de Cabo, “Capitalismo, democracia y poder constituyente”, en Rubén Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y Práctica del Poder Constituyente*, México, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 21; Ernani Contipelli, *Teoría de la Constitución y Bases de la Institucionalidad*, Santiago de Chile, RIL Editores, 2015, p. 34.

19 Salazar Ugarte, Pedro *La Democracia Constitucional. Una radiografía teórica*, México, 1a. ed., UNAM/Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 95.

20 *Ídem* anterior.

lugar; se es poder constituyente o poder constituido²¹.

Esa es una de las razones por la cual la llamada “Asamblea Constituyente de la Ciudad de México” no era tal. Primero, porque la soberanía radica en la Federación y no en las entidades que sólo tienen autonomía, por ende, carece del principal elemento que define al poder constituyente; bien señaló en su momento el Dr. Jorge Carpizo: “*Mientras, desde el punto de vista jurídico, soberanía es el poder supremo e ilimitado, autonomía implica un poder jurídico limitado; existe un espacio de actuación libre y, al mismo tiempo, un campo que jurídicamente no debe traspasarse. Las entidades jurídicas son autónomas, pero están limitadas por la Constitución del Estado federal*”²². Segundo, y como se sabe, estaba conformada, de acuerdo con lo establecido en el artículo séptimo transitorio de la reforma constitucional de enero de 2016²³, por una serie de miembros (40 de 100) nombrados tanto por el Ejecutivo federal²⁴, el Congreso de la Unión²⁵ y el Jefe de Gobierno del ex DF²⁶.

De ahí, también, la impropiedad de utilizar la nomenclatura “constituyente permanente” para referirse a la facultad reformadora de la Constitución del Congreso de la Unión.

Pero ¿cuál es el resultado del ejercicio del poder constituyente? Ya he señalado que es uno de los elementos claves el establecer, en la práctica, un texto que recoja los resultados del ejercicio constituyente, y ese es el texto constitucional, la Constitución Política. A partir de la entrada en vigencia de tal texto, cesa el carácter del poder constituyente, y empieza a funcionar el poder constituido.

Lo anterior, que puede parecer una expresión semántica, dice expresa relación

21 M. Copi, Irving y Cohen, Carl, Introducción a la Lógica, 1a. ed., México, Noriega-Limusa, 1995, pp. 367-369; García Máynez, Eduardo, *Introducción a la Lógica Jurídica*, México, Colofón, 2009, pp. 34-36; D.P. Gorski y, P. V. Tavants, *Lógica*, 2a. ed., México, Editorial Grijalbo, 1968, p. 309; Márquez Muro, Daniel, *Lógica*, 14a. ed., México, Editorial ECLALSA, 1990, pp. 215-217; Mateos Nava, Misaël, *Lógica para Inexpertos*, 21a. reimp., México, Edere, 2016, p. 35.

22 Carpizo, Jorge, voz “Entidades federativas”, en Carbonell, Miguel, (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, Op. Cit., p. 226.

23 *Decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016.

24 Seis miembros elegidos por el Presidente de la República.

25 14 miembros designados por la Cámara de Diputados y 14 designados por el Senado de la República.

26 6 miembros.

con la finalidad que se pretenda del texto constitucional: como ya ha cesado el carácter constituyente propiamente tal, el cómo se conciba el carácter constituido establece un prisma de realización con vocación mayor o menormente reformista y/o transformadora.

Dentro de los últimos años, se ha establecido un paradigma alternativo al desarrollo del tradicional Derecho constitucional. Apartado de la concepción positivista del Derecho, su característica esencial común se destaca en referir una crítica al modelo clásico constitucional, establecer ciertas prácticas diferenciadoras y más direccionadas a considerar el contenido que el propio texto constitucional y, a través de él, el Derecho proyecten; y, también el hecho de que no se trata de corrientes unitarias, sino que guardan diferentes subcorrientes dentro de sí.

Tales corrientes, que a continuación esbozo, son el neoconstitucionalismo, el constitucionalismo popular y el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

4. El neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo es, quizá, una de las corrientes más reconocidas dentro de las contemporáneas de esta área.

Como ha indicado una de sus principales impulsoras, Susanna Pozzolo, “[e]l término *“neoconstitucionalismo”* fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires el año de 1997”²⁷.

Volviendo a Pozzolo, el neoconstitucionalismo tiene *“una precisa prospectiva iusfilosófica que se caracteriza por ser constitucionalista (o sea, por insertarse en la corriente iusfilosófica dedicada a la formulación y predisposición de los límites jurídicos al poder político) y antipositivista”*²⁸, aunque aclara que trata *“de diferenciarse de la opuesta y más tradicional posición iusnaturalista”*²⁹.

27 Pozzolo, Susana, “Capítulo 10. Apuntes sobre “neoconstitucionalismo”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Núñez Vaquero, Álvaro (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1, México, UNAM, 2015, p. 363.

28 Pozzolo, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 188.

29 Pozzolo, Susana, “Capítulo 10. Apuntes sobre “neoconstitucionalismo”, *Op. Cit.*, p. 363.

Tiene su origen normativo jurídico en el Estado de bienestar europeo surgido de la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial (especialmente, en los textos constitucionales de Alemania, Italia, Francia, Portugal y España). Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos³⁰.

Ahora, como ha entendido Luis Prieto Sanchís, alude tanto a un modelo de organización jurídico-política o de Estado de Derecho, como al tipo de teoría del Derecho requerida para explicar dicho modelo, e incluso cabría hablar de una tercera acepción, el neoconstitucionalismo como ideología, para referirse a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de Derecho³¹.

De tal forma de actual formulación del constitucionalismo, surge el llamado Estado constitucional de Derecho, bajo el axioma de Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Volviendo a Ferrajoli, podemos caracterizar a este Estado constitucional de Derecho a través de cuatro manifestaciones: un nuevo parámetro de validez de las normas jurídicas, tanto desde su producción formal como de la coherencia de su contenido con los principios constitucionales; una visión epistemológica de la ciencia jurídica, tanto en su rol explicativo, como crítico y proyectivo de sus propios objetivos; la aplicación –vía jurisdiccional- de las diversas normas jurídicas desde el reconocimiento de su validez (y, ergo, constitucionalidad) a partir de la identificación de las antinomias y lagunas, y su superación mediante la aplicación de las garantías constitucionales existentes; y, finalmente, una

“subordinación de la ley a los principios constitucionales [que] equivale a introducir una dimen-

30 Carbonell, Miguel, voz “Neoconstitucionalismo”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 950.

31 Prieto Sanchís, Luis, voz “Neoconstitucionalismo”, en Carbonell Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, 1a. ed., México, UNAM/Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 420.

sión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que —como la experiencia enseña— podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.

Al mismo tiempo, el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el estado de derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positividad no sólo ya del ser del derecho, es decir de sus condiciones de «existencia», sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de «validez»³².

En resumen, bajo la locución neoconstitucionalismo se engloban a las tendencias doctrinarias que, más que rectificar en su esencia los principios y técnicas del constitucionalismo clásico, vienen a complementar y a dar adecuación histórica a los mismos, si bien ha demostrado una profundización hacia la realización de la parte dogmática de la Constitución, en cuanto a contenido y forma.

5. El constitucionalismo popular

El constitucionalismo popular es una corriente norteamericana relativamente nueva, representada principalmente por autores como Jeremy Waldron, Richard Parker, Larry Kramer, Mark Tushnet, Robert Post, Reva Siegel y Barry Friedman.

Para Larry Kramer, recogido por Robert Post, el constitucionalismo popular es un sistema en el que el pueblo asume un papel activo y constante sobre la interpretación y aplicación del Derecho constitucional³³.

32 Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 19.

33 Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo Democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013, p. 119.

Como el neoconstitucionalismo, surge de la crítica al tratamiento formalista del constitucionalismo estadounidense, basado en el fetichismo al texto constitucional y al principio de supremacía constitucional, al rol tradicionalmente conservador del Tribunal Supremo estadounidense, así como al manejo de los *precedentes como criterio obligatorio*. Aunque desde la segunda mitad del siglo pasado hubo una revolución en cuanto al reconocimiento de los derechos, vía una interpretación más amplia del contenido constitucional³⁴, la reciente coyuntura favorable a la administración Trump, en donde la designación de un inefable como Brett Kavanaugh sólo sirve de demostración de la recomposición hacia el ‘ala conservadora’ del máximo tribunal estadounidense, permite vislumbrar un posible retroceso en toda la lucha de derechos ya señalada³⁵.

Como ha señalado Ana Micaela Alterio³⁶,

“se podría decir que el constitucionalismo popular propicia: 1) Flexibilizar la constitución y excederla; 2) Desafiar la supremacía judicial —y en ciertos casos incluso impugnar cualquier forma de control judicial de constitucionalidad—; 3) La interpretación extrajudicial de la constitución; 4) La democratización y participación en las instituciones políticas y económicas; 5) La recuperación de la relación entre derecho y política”.

Señala Roberto Gargarella los principios fundamentales que establecen al constitucionalismo popular como una corriente singular³⁷:

“Desafiar la supremacía judicial, quitando la Constitución de las manos de los tribunales, vía recurrencia al «a toda forma de control judicial de constitucionalidad»;

Contra una «sensibilidad antipopular», que no sólo se daría en la elite del mundo jurídico estadounidense, sino también en el propio «progresismo» de inspiración reformista;

34 Epp, Charles E., *La Revolución de los Derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013, pp. 19-118.

35 "La Suprema Corte de Estados Unidos se desmorona", Santiago de Chile, *Diario Constitucional*, 03 de octubre de 2018. Disponible en <https://bit.ly/2IzzgIK>

36 Alterio, Ana Micaela, “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 8, México, UNAM, 2014, pp. 254-255.

37 Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The People Themselves*, de Larry Kramer”, 2006. Disponible en <https://bit.ly/2yupSMJ>

Interpretación extrajudicial, muy relacionada con las formas de desafío de la supremacía constitucional, pero recurriendo al papel activista de la propia ciudadanía;

Una relectura crítica sobre los efectos del control judicial, fuera del alcance formalista y meramente receptor de las resoluciones judiciales;

El Derecho fuera del Derecho, tratando de romper la tradición de los precedentes, e intentando insertar al Derecho a cada caso concreto y las realidades personales y humanas que hay detrás de cada uno; y,

Democracia y participación, resultante de los puntos anteriores, al retomar el concepto de «soberanía popular»”.

El elemento esencial a destacar en el constitucionalismo popular es el reencontro del Pueblo como sujeto realizador. A diferencia del neoconstitucionalismo, que continúa apegado al formalismo constitucional, el constitucionalismo popular nos invita a pensar otra vez sobre la amplia y profunda brecha que se advierte entre el Derecho y las comunidades sobre las cuales ese derecho se aplica.

Sin embargo, la gran falencia del constitucionalismo popular (o progresista) se da en que, contradictoriamente, consolida el proceso de fetichización del propio texto constitucional, como ha señalado en su momento Duncan Kennedy, destacado miembro de los Critical Legal Studies³⁸.

6. El nuevo constitucionalismo latinoamericano

Como su nombre indica, su base epistemológica está referida a América Latina. Por ende, lo primero que habría que señalar de esta corriente es su intento de empatar tanto la tradición constitucional continental, herencia de la conformación de los Estados latinoamericanos que nacieron siguiendo el modelo constitucional europeo; pero, también comprendiendo el carácter contrahegemónico y decolonizador que requiere abrir una etapa con rasgos diferenciadores de esta parte del globo.

Esto, quiero aclarar, le diferencia de fondo con las otras dos grandes corrientes alternativas del actual constitucionalismo. Sería fácil caer en la tentación referida a

38 Kennedy, Duncan, “El constitucionalismo norteamericano como una religión civil. Notas de un ateo”, en *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2010, pp. 126-144.

que sólo podemos identificar al nuevo constitucionalismo latinoamericano a propósito de los procesos constituyentes de las última dos décadas en nuestra región; acá, estimo, hay un propósito radical de ensayo/error para una construcción identitaria propia desde, particularmente, el ámbito constitucional latinoamericano.

Este proceso empieza

“Desde mediados de los años ochenta, y en especial a partir de los noventa, América Latina ha conocido un intenso período de cambios constitucionales, puesto que casi todos los países adoptaron nuevas Constituciones (como en los casos de Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Ecuador en 1998 y 2008, Perú en 1993, Venezuela en 1999 y Bolivia en 2009, entre otros) o bien introdujeron reformas muy importantes a sus Constituciones vigentes (como en el caso de la Argentina en 1994, México en 1992 o Costa Rica en 1989)”.³⁹

Gran parte de estos procesos, particularmente los suscitados desde Venezuela en 1999, estuvieron entroncados con el lapso de nueva oleada del progresismo en la región, que caracterizó a nuestra zona durante casi dos décadas. Igualmente, destaco que estos procesos, desde el señalado venezolano de 1999, se dieron nuevos textos constitucionales bajo la lógica ya argumentada de las asambleas constituyentes, con gran participación ciudadana, que se graficó no sólo en el proceso final de aprobación vía plebiscito o referéndum, sino también durante el propio proceso de creación del texto constitucional respectivo, por lo menos como discusión dentro de los movimientos sociales⁴⁰. Esto es lo que podemos considerar el “momento constituyente”, como un elemento que ayuda a darle al proceso constituyente su carácter legitimador y de participación popular y democrática.

Los elementos caracterizadores del nuevo constitucionalismo latinoamericano están determinados por, entre otros⁴¹:

39 Uprimmy, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, César, (ed.), *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, p. 109.

40 Villabella Armengol, Carlos Manuel, “El Derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: un cambio de paradigma”, en Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 62-65.

41 Villabella Armengol, Carlos Manuel, “El Derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: un cambio de paradigma”, *Op. Cit.*, pp. 66-75; y, Uprimmy, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *Op. Cit.*, pp. 111-128.

“Una alta carga de principios y presupuestos axiológicos, especialmente desde un proceso de reivindicación de la historia local y continental;
Reforzamiento del principio de supremacía constitucional, pero con la incorporación de los tratados de derechos humanos con rango constitucional, e incluso supraconstitucional;
Reconocimiento de las obligaciones sociales por parte del Estado, incluyendo su rol activo en la economía;
Configuración de un nuevo Estado de Derecho, pasando al Estado social de Derecho, e incluso a un Estado de derechos y libertades (Ecuador);
Extensión de los mecanismos de participación popular, vía consultas populares y referéndums revocatorios;
Reconocimiento de las diversidades locales, incluyendo las sexuales y de género, étnicas y culturales, y nacionales;
Reconocimiento de los derechos de la naturaleza como eje esencial, frente a las economías extractivas y la realidad primoexportadora de Latinoamérica”.

Sin embargo, en muchos casos prácticos se ha hecho una extensión del capitalismo estatal, la recurrencia a un paternalismo estatal que anula los procesos sociales, así como la ausencia de la creación de ciudadanía que sea capaz de renovar los cuadros de dirección política, así como una imposibilidad de transformación rupturista total con relación a las estructuras jurídico-capitalistas. Esto ha quedado palpable, lamentablemente, en los últimos dos años, con la pérdida en las urnas (o en las formalidades burguesas, vía los “golpes blandos”, como en Brasil, Paraguay y Honduras) y la ascensión al poder nuevamente de los grupos relacionados a la alta burguesía (en Argentina, Ecuador, Paraguay y Chile) o a los poderes fácticos militar-empresariales (como pareciera ser próximamente en Brasil).

7. Conclusiones

Como podemos resumir, se han dado procesos necesarios de revisión de la mirada tradicional-burguesa del Derecho, especialmente en el campo del Derecho constitucional y los derechos humanos. Durante casi tres décadas, este proceso ha, desde diversas ópticas, dado pasos relevantes en la reconfiguración teórica y práctica,

académica y normativo-jurídica, del Derecho, para posicionarlo en las necesidades populares básicas, lo que es preciso en momento de embates fuertes de las diversas formas del neoliberalismo, ya sea en su fase globalizante, ya con su vuelta a los fascismos.

Es evidente que se trata de un proceso que aún falta por cuajar, lo que se entiende después de largos siglos de reproducción automática y autómatas de una visión del Derecho estrechamente funcional al modelo económico imperante.

Sin embargo, podemos concluir que son “procesos abiertos”, que permiten establecer un punto de contención de esta oleada agresiva del capitalismo, así como elementos que pueden volver a potenciarse y complementarse en un futuro.

8. Bibliografía

- Alterio, Ana Micaela, “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 8, México, UNAM, 2014.
- Bustamante, Gonzalo y Sazo, Diego (comps.), *Democracia y Poder Constituyente*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- _____ (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Carpizo, Jorge, “El tribunal constitucional y el poder de reforma constitucional”, *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Año III, Núm. 5 (abril)*, México, 2010, p. 29.
- Correas, Oscar, *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno*, 2a. ed., México, Fontamara, 2013.
- Martínez Dalmau, Rubén (ed.), *Teoría y Práctica del Poder Constituyente*, México, Tirant Lo Blanch, 2014.
- Negri, Antonio, *El Poder Constituyente. Ensayos sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2015.
- Novoa Monreal, Eduardo, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, 6a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1983.
- Pisarello, Gerardo, *Procesos Constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014.
- Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo Democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- Rodríguez Garavito, César (ed.), *El Derecho en América Latina. Un mapa para el*

- pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.
- Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional. Una radiografía teórica*, México, 1a. ed., UNAM/Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Valadés, Diego *et al.* (eds.) (2011), *Ideas e Instituciones Constitucionales en el Siglo XX*, México, UNAM/Siglo XXI Editores, 2011.
- Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.