

Ej
Ensayos jurídicos

José Ignacio Núñez Leiva

Jurisdicción constitucional:
las implicancias del
neoconstitucionalismo

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Co-ediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: LAS IMPLICANCIAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

© José Ignacio Núñez Leiva

2019 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 402 96 66

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° 303259

ISBN 978-956-9959-51-6

Primera edición, mayo de 2019

DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

Para Murphy y X-23

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	V
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. “LA LEY SUPREMA DE ESTA TIERRA”.....	7
1. PROEMIO.....	9
2. PROLEGÓMENOS: CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO, UN PUZZLE PARA ARMAR (O PARA DESARMAR).....	11
3. CONSTITUCIONALISMO Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: TRES NORTES PARA UNA MISMA BRÚJULA.....	14
3.1. La codificación del derecho público.....	15
<i>A) Ilustración y codificación</i>	15
3.2. La doctrina (o ideología) política: constitución y estado de derecho.....	26
3.3. El Constitucionalismo como artefacto político y vehículo de la soberanía popular.....	30
CAPÍTULO II. “SUPRANORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL”.....	33
1. LA CAUSA PENDIENTE.....	36
1.1. El valor supremo de los contenidos constitucionales.....	37
1.2. Un especial valor cimentado en una particular racionalidad.....	39
1.3. La jerarquía del órgano productor de la norma: ¿el huevo o la gallina? ...	42
1.4. La norma aplicable en caso de conflicto.....	43
1.5. Las caras de la supremacía <i>ex post</i>	44
1.6. El deber de acatamiento como <i>imperativo simbólico</i>	48
1.7. La especialidad derogatoria.....	49
1.8. ¿Y Kelsen?.....	50

1.9. La supremacía como <i>principia iuris (tantum)</i>	52
1.10. Algunas ideas sobre los mecanismos de eficacia	54
2. NUESTRAS REFLEXIONES Y CRÍTICAS EN TORNO AL PROBLEMA.....	55

CAPÍTULO III. CONSTITUCIONALISMO: AUNQUE MULTIDIMENSIONAL, MÁS POLÍTICO QUE JURÍDICO.....

1. PROEMIO.....	65
2. EL CONSTITUCIONALISMO REVOLUCIONARIO: ¿UN ANTECEDENTE DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?	66
2.1. ¿Qué entenderemos por <i>constitucionalismo</i> ?.....	67
3. EMANCIPACIONES CONSTITUCIONALIZADAS: ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA Y FRANCIA	70
3.1. La Constitución y el constitucionalismo en la Revolución de Estados Unidos de Norteamérica: la opción de enjaular al Leviatán.....	71
3.2. La constitución y el constitucionalismo en la Revolución francesa: la soberanía popular nos protegerá del Leviatán.....	81
4. CONCLUSIONES PRELIMINARES	91

CAPÍTULO IV. NEOCONSTITUCIONALISMO: AUNQUE MULTIDIMENSIONAL, MÁS JURÍDICO QUE POLÍTICO (PERO SIN DEJAR DE SER POLÍTICO).....

1. RECAPITULACIÓN Y PRESENTACIÓN	95
2. DIMENSIONES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO.....	97
3. EL SUSTRATO NEOCONSTITUCIONALISTA.....	98
3.1. ¿Neoconstitución?	98
3.2. Una constitución rígida y garantizada jurisdiccionalmente.....	100
3.3. La victoria de las constituciones explícitamente axiológicas	103
3.4. Principios y lagunas: del efecto irradiación hasta la insoportable gravedad constitucional.....	112
3.5. El rol de la ciencia jurídica en una pluralidad de mundos constitucionalmente posibles	117
3.6. ¿El tercero imparcial?.....	121
4. MERAS REFLEXIONES SOBRE LOS FACTORES (NEOCONSTITUCIONALISTAS) COMBINADOS	123
4.1. Acerca de la Doctrina del Estado Justo	124
4.2. Notas sobre la tendencia no positivista inserta en el neoconstitucionalismo	126

CAPÍTULO V. NEOCONSTITUCIONALISMO Y GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN. ESPECULACIONES EN TORNO A LOS GUARDIANES DE LA CONSTITUCIÓN.....	133
1. PROEMIO.....	135
2. RECAPITULACIÓN PREVIA AL AVANCE.....	138
3. EL “OLVIDO” FRANCÉS RESPECTO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.....	139
4. BRUTUS Y LA RESISTENCIA ANTIFEDERALISTA CONTRA LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL HEGEMÓNICA.....	142
5. EL CAMINO DE LA SUPREMA CORTE ESTADOUNIDENSE HACIA <i>MARBURY VS. MADISON</i>	148
6. ¿QUIÉN NO DEBE SER EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN?.....	152
6.1. SCHMITT y su concepto de derecho.....	153
6.2. SCHMITT y su concepto de constitución.....	159
6.3. ¿Y el Guardián? ¡No a la aristocracia de toga!.....	160
6.4. KELSEN y el derecho.....	162
6.5. KELSEN y la constitución.....	163
6.6. KELSEN y los guardianes de la constitución.....	165
 CAPÍTULO VI. MODELOS DE GUARDIANES DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.....	 169
1. VARIABLES E INVARIABLES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.....	171
2. EL ÓRGANO “JURISDICCIONAL” COMPETENTE.....	173
3. LA OPORTUNIDAD DEL CONTROL.....	176
4. LA MODALIDAD DE CONTROL.....	178
5. LA MODALIDAD DE ACCESO AL CONTROL.....	181
6. LOS PLAZOS PARA EL CONTROL.....	183
7. LA ADMISIBILIDAD DEL CONTROL.....	183
8. LA COLEGIALIDAD DEL ÓRGANO.....	184
9. EL NOMBRAMIENTOS DE LOS INTEGRANTES DEL ÓRGANO CON JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.....	185
10. LA INICIATIVA PARA LA REALIZACIÓN DEL CONTROL.....	188
11. EL PARÁMETRO DE CONTROL.....	188
12. EL RÉGIMEN DE EFICACIA DE LA NORMA INVALIDADA.....	192

13. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA	199
14. RECAPITULANDO.....	201
CONCLUSIONES.....	203
BIBLIOGRAFÍA.....	213

PRÓLOGO

Agradezco al profesor y distinguido exalumno, José Ignacio NÚÑEZ Leiva, la invitación a prologar este libro, resultado de su tesis doctoral en la Universidad Castilla-La Mancha, dedicado –por primera vez, de manera sistemática y completa, en nuestra doctrina constitucional– a examinar el neoconstitucionalismo, vinculándolo con la jurisdicción constitucional.

La obra del profesor NÚÑEZ, cuya investigación fue dirigida por dos notables figuras del constitucionalismo, Luis Fernando PRIETO SANCHÍS y Alfonso GARCÍA FIGUEROA, lo cual ya es denotativo de la exigencia y el esfuerzo que subyace en la obra, busca, en seis capítulos, proporcionar argumentos que colaboren a justificar la tesis según la cual, en sistemas nutridos por las ideas neoconstitucionalistas, no resulta coherente la presencia de regímenes concentrados de jurisdicción constitucional.

Para enfrentar esta tarea, nuestro autor comienza su camino –tantas veces recorrido entre Santiago y Madrid hasta los confines de Toledo– por abordar interrogantes capitales en el derecho constitucional contemporáneo: ¿Qué distingue a una Constitución de las demás fuentes formales del derecho? ¿Puede –y en razón de qué fundamentos– una Carta Política auto-proclamarse como suprema? ¿Qué nexos sostiene el trinomio *supremacía, reforma y garantía* de las constituciones? En fin, ¿qué soporta a la denominada *supremacía constitucional*, entendida como esa cualidad que ostenta una norma para generar un deber de acatamiento por parte de otras normas, lo que incluye una vocación de imponerse a aquellas en caso de conflicto, sin que sea consecuencia de los criterios cronológico o de especialidad, sino en virtud de la especial potencia normativa que se le asigna? y ¿qué hace que se considere válida a la primera y no a las otras?

Enfrenta esas preguntas a partir de la premisa según la cual existe un vínculo indisoluble entre el especial valor de las constituciones y el constitucionalismo, entendido como el movimiento jurídico-cultural que les ha dado vida, con lo cual no puede menos que coincidirse, concluyendo que la supremacía constitucional (*supranormatividad*, para el autor) encuentra su causa material en el proceso codificador; la formal, en el prototipo de Constitución propuesta por la doctrina del Estado de derecho; la final, en el propósito de control del poder que inspira a dicha modulación estatal, y la eficiente en la existencia de prácticas institucionalizadas (no identificables con un modelo específico de lo que se ha dado en llamar jurisdicción constitucional) que le dan eficacia y alzan a la Carta Fundamental como la *Ley Suprema de esta Tierra* en cada ordenamiento jurídico.

El segundo capítulo se detiene, precisamente, en la causa eficiente, en cuanto la supremacía de la Carta Fundamental implicaría su superioridad respecto del resto del ordenamiento jurídico con el consiguiente deber de resolver las eventuales contradicciones, entre la norma suprema y las inferiores, en base al criterio jerárquico, produciéndose así la invalidación de la norma que infrinja –formal o sustantivamente– los preceptos constitucionales.

Pero, para el autor, hay que considerar, especialmente diríamos, el vínculo indisoluble entre la existencia de procesos expresos de reforma constitucional (no necesariamente rígidos en extremo) y los mecanismos de garantía de las cartas fundamentales.

A su turno, el capítulo tercero se ocupa del tema del neoconstitucionalismo al que el profesor NÚÑEZ se ha dedicado con especial interés y celo en estos, sus primeros años en la academia y en el derecho constitucional, constituyéndose en referente obligado en nuestra literatura especializada en la materia.

Es del caso que, en este libro, pone de relieve el carácter polisémico del concepto *neoconstitucionalismo*, aunque con un claro sustrato común y presentando nada más que dos coincidencias con el *constitucionalismo*, la que denomina fonética y la que es más nuclear, en cuanto al protagonismo que ambos movimientos asignan a las constituciones, pero con importantes diferencias, puesto que, mientras, para el primero, las cartas magnas son principalmente políticas, en el sentido de fundar el Estado de derecho como técnica de control del poder, para el neoconstitucionalismo desem-

peñan una función gravitante en los sistemas jurídicos, desde que conectan derecho y moral, dejando de ser solo un mecanismo de control para convertirse en un parámetro sustantivo de validez de las normas.

Así, el autor concluye que el constitucionalismo no es –ni pretendió ser, al menos en sus orígenes– una teoría de los derechos, sino una ideología sobre el control del poder, avanzando, en el capítulo cuarto, a caracterizar el neoconstitucionalismo, iniciando las páginas mejor logradas de este libro.

El profesor NÚÑEZ se refiere a las dimensiones del neoconstitucionalismo para aludir a un modelo de filosofía política militante; denunciar la insuficiencia del positivismo jurídico, particularmente el teórico, y dar, con ello, cuenta del funcionamiento de los ordenamientos constitucionalizados; proponer un nuevo concepto de derecho que tensiona las versiones más intensas del positivismo metodológico, y fijar los nuevos horizontes de la ciencia jurídica. Pero, en cualquier caso, teniendo como características centrales un nuevo concepto de constitución, su rigidez y garantía, el protagonismo de los principios y su impacto en el derecho infraconstitucional, además de las repercusiones de lo anterior en la actividad de la judicatura y en la labor de la ciencia jurídica.

Por eso, en secuencia lógica perfecta, el capítulo quinto se ocupa del “Neoconstitucionalismo y garantía de la constitución. Especulaciones en torno a los *guardianes* de la constitución” donde reflexiona en torno a las distintas maneras –existentes o propuestas– de garantizar la supremacía constitucional, con miras a identificar la configuración más afín con las ideas que circulan en la teoría neoconstitucionalista, pero teniendo presente que tanto la existencia o no de la jurisdicción constitucional como su configuración concreta –frente a la multiplicidad de combinaciones posibles– depende, en definitiva, del concepto de constitución presente en el sistema.

Pues bien, el último capítulo, en consecuencia, revisa, por una parte, los modelos de guardianes de la supremacía constitucional repasando el órgano jurisdiccional competente; su colegialidad y nombramiento de quienes lo integran; de otra y en relación con el control, la oportunidad, modalidad de acceso, plazos, admisibilidad, iniciativa para su realización y el parámetro que utiliza, y, en fin, el régimen de eficacia de la norma invalidada y los efectos de la sentencia estimatoria.

Sin embargo, cualquiera sea el modelo, el autor nos advierte que la justicia constitucional existe con independencia de que haya o no un órgano jurisdiccional específicamente encargado de la garantía constitucional, incluso, de que existan o no procesos predefinidos para hacer valer ante esa institución de garantía; que los modelos de garantía de la justicia constitucional son todos diferentes entre sí, pese a la inspiración –más o menos– plasmada, proveniente de cada uno de los dos referentes históricos más famosos: el denominado norteamericano y el europeo-continental.

En relación con la hipótesis de trabajo, por último, el profesor NÚÑEZ concluye acertadamente en cuanto a que, en sistemas nutridos por las ideas neoconstitucionalistas, no resulta coherente la presencia de regímenes concentrados de jurisdicción constitucional, sino que, al contrario, sus elementos distintivos parecen demandar la existencia de regímenes difusos o, al menos, mixtos.

Solo he perfilado los contornos del contenido de la obra que el profesor NÚÑEZ incorpora a nuestra doctrina constitucional porque su lectura debe ser obligatoria para todos quienes nos dedicamos a este ámbito del derecho, si bien, realmente, tiene que ser revisada por todo abogado y jurista, ya que permite involucrarse y comprender los aspectos más decisivos de la ciencia jurídica contemporánea que ha sido transformada totalmente por las nuevas concepciones constitucionales.

Con todo, sería un error –y por eso hablaba de abogados y juristas– pensar que este libro es útil nada más que para teóricos, profesores o alumnos, pues singularmente necesario es que lo lean también, aun con mirada crítica, jueces, litigantes y legisladores, pues mucho nos enseña y explica acerca de lo que es (o debería ser) el derecho hoy.

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ
Profesor de Derecho Constitucional
Ministro del Tribunal Constitucional