



Doctorado en
DERECHO

NUEVOS PARADIGMAS SOBRE PILARES FUNDAMENTALES EN LA DEMOCRACIA

Artículo de investigación elaborado bajo tutoría académica
para promocionar al Segundo año de los Estudios de Doctorado

Autor:
MSc. Edwin Castro Rivera

Tutor Académico:
Dr. Omar García Palacios

Managua, Nicaragua, Noviembre 2011.

Managua 7 de noviembre de 2011

Dra. María Asunción Moreno
Coordinadora Programa de Doctorado en Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas
Universidad Centroamericana

Estimada Dra. Moreno:

Me es grato dirigirme a usted con el objeto de manifestar mi valoración positiva respecto al trabajo científico presentado por el Doctorando Edwin Castro Rivera. El Doctorando Castro Rivera ha realizado su trabajo académico dentro de la asignatura de Acompañamiento Académico impartida en el presente año académico. En mi criterio, el trabajo académico *Nuevos paradigmas sobre pilares fundamentales en la democracia* reúne los requisitos necesarios para poder ser presentado por el Doctorando ante un examen oral y público todo de conformidad con la normativa vigente sobre el Programa de Doctorado en Derecho.

No omito destacar la buena disposición manifestada por el Doctorando durante el proceso de investigación del presente trabajo académico.

Sin más a qué referirme,
Cordialmente,



Omar A. García Palacios
Docente de Acompañamiento Académico
Programa de Doctorado en Derecho

NUEVOS PARADIGMAS SOBRE PILARES FUNDAMENTALES EN LA DEMOCRACIA ¹

Edwin Castro Rivera²

Resumen

Las contradicciones originarias en pilares fundamentales de la democracia en el estado moderno como el proceso debido, la división de poderes y la soberanía popular, se han evidenciado de forma brutal en esta etapa actual de postmodernismo, neoconstitucionalismo, como categorías doctrinarias y normativas difusas, incompletas y algunas veces contradictorias; la contradicción entre constitucionalismo y democracia; la necesidad de la obligada observancia de la responsabilidad y la sostenibilidad en el mundo global como nuevos principios; hace indispensable la construcción de nuevos paradigmas de esos pilares fundamentales de la democracia, donde América está jugando un papel muy destacado.

Abstract

The contradictions originating in fundamental pillars of democracy in the modern state as due process of law, separation of powers and popular sovereignty have been evident so brutal in this actual stage of postmodernism, neoconstitutionalism as doctrinal categories and normative vague, incomplete and sometimes contradictory, the contradiction between constitutionalism and democracy, the need for the obligatory observance of responsibility and sustainability in the global world as new principles, is indispensable for the construction of new paradigms of these fundamentals pillars of democracy, where America is playing a major role.

Palabras clave: democracia, constitucionalismo, neoconstitucionalismo, proceso debido, división de poderes, soberanía popular, responsabilidad, sostenibilidad, nuevos paradigmas.

Key words: democracy, constitutionalism, neoconstitutionalism, due process of law, division of powers, popular sovereignty, responsibility, sustainability, new paradigms.

¹ El presente artículo constituye el resultado de la investigación enmarcado en el curso de doctorado en derecho de la Universidad Centroamericana (UCA) en Managua, Nicaragua.

² Licenciado en Derecho y Master en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad Centroamericana, profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad Centroamericana (UCA), profesor de Teoría del Estado de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN), profesor e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), diputado ante la Asamblea Nacional de Nicaragua y Vicepresidente de la Comisión Legislativa de Justicia y Asuntos Jurídicos, Abogado y Notario Público.

Sumario: Introducción; 1. Un mundo complejo y nuevos paradigmas; 2. Hitos legitimadores de la génesis del constitucionalismo; 2.1. Causales del constitucionalismo; 2.2. Fenómenos socio – políticos principales en la génesis; 2.3. Grandes personajes y textos clásicos; 3. El neoconstitucionalismo; 3.1 Concepto de Neoconstitucionalismo; 3.2. Elementos referenciales; 3.3. El modelo axiológico de Constitución como norma; 3.4. La Constitución como norma aplicable; 3.5. La nueva interpretación constitucional; 4. Pilares fundamentales de la democracia; 4.1. El proceso debido; 4.2. La soberanía; 4.3. Separación de Poderes; 4.4. Nuevos principios; A modo de conclusión; Lista de Referencias; A. Lista de referencias bibliográficas; B. Lista de normas jurídicas.

INTRODUCCIÓN

Este escrito nace de la necesidad de repensar la democracia, sus alcances, sus bases y aspectos fundamentales, sus más recientes interpretaciones a la luz de las nuevas tesis constitucionalistas; pretende sostener la tesis, que sin descuidar la obligada prudencia, se abran nuevas perspectivas de discusión que contribuyan a la construcción de los nuevos paradigmas.

Desde las teorías doctrinarias hasta las normas jurídicas constitucionales, en el Estado Constitucional o el Estado Democrático en el modernismo y en el postmodernismo, no presentan uniformidad en contenido, conceptualización y alcance, los pilares fundamentales de la democracia, los aspectos claves de los regimenes democráticos.

Todos coincidimos que la democracia es indispensable en la vida actual, pero se presentan contradicciones entre el constitucionalismo y la democracia, entre la norma que todo ciudadano debe cumplir como gobernado y la participación del ciudadano como miembro del soberano (Rousseau,1992).

La división poderes destacada por John Locke y desarrollada por Montesquieu (1998), vista como un problema doctrinario o desde una necesidad fáctica para la aplicación del poder soberano que radica en el pueblo. Veremos las últimas constituciones emitidas en Iberoamérica en la última década del siglo pasado y las primeras de este nuevo siglo, España, El Salvador, Guatemala, Panamá, Colombia, Venezuela, Cuba, Honduras, Paraguay, Ecuador, Nicaragua, en su enfoque a la división de poderes.

El debido proceso, que en correcta construcción gramatical española debería ser el proceso debido, - pues primero debe ir el nombre y después los adjetivos-, es el elemento más antiguo del Estado Democrático, es el fundamento más antigua de la democracia moderna, está en todos los ordenamientos constitucionales, sin embargo no todos tienen los mismos conceptos, los mismos contenidos, los mismos alcances y los mismos límites.

La visión y nuevos planteamientos que nos presenta el neoconstitucionalismo, a sabiendas que nos es una escuela uniforme, ni una corriente de pensamiento totalmente estructurada.

Este análisis sobre la teoría de la democracia, los fundamentos claves de los regimenes democráticos, en esta segunda década del siglo XXI, donde lo único cierto es lo incierto. Ver las luces que nos presenta el constitucionalismo actual, constitucionalismo fuerte, constitucionalismo avanzado, o lo que es más usual entre los doctrinantes el neoconstitucionalismo (Mora-Restrepo, 2009) como orden de valores u orden objetivo axiológico que conforma la vida social y demanda su aplicación en todos los ámbitos del Derecho (Cruz, 2009).

Caminaremos en este escrito por pensamientos doctrinarios divergentes y algunas veces contradictorios, incompletos en su conjunto, lo que nos lleva a trabajarlos bajo los faroles de análisis epistemológicos, de la conformación de nuevos paradigmas, de visiones axiológicas, sin perder la brújula del análisis doctrinario del derecho.

En el actual Estado Social y democrático de Derecho pregonado por los sistemas constitucionales de los países pretendemos hacernos una reflexión sobre la concordancia y coincidencia doctrinaria y normativa de principios como el debido proceso, la soberanía popular, la separación de poderes, todos ellos pilares fundamentales de la democracia.

1. Un mundo complejo y nuevos paradigmas

En esta época de globalización, nos desplazamos de un mundo de certezas a un mundo de probabilidades. En la actualidad estamos llegando a un concepto diferente de la realidad, el concepto de un mundo en construcción y cambios permanentes. Este concepto rompe con la jerarquía clásica de la investigación y las ciencias, dentro de ellas en el derecho y la democracia, donde ambas buscaban arduamente la certeza de los fenómenos y las cosas, este era el modelo y objetivo supremo. Hoy las ciencias desde la perspectiva de la construcción del conocimiento pueden tomar como referencia otros modelos, están en constante construcción, en constante metamorfosis, y sobre todo las ciencias sociales.

La naturaleza es más rica, más inesperada y más compleja de lo que se había imaginado hace un siglo. El siglo XXI, que se abre en su segunda década, ve sin duda una nueva idea de racionalidad, en la que la razón ya no está obligatoriamente asociada a la certeza, pero tampoco a la ignorancia. Hay una búsqueda de verdad en la creatividad de la naturaleza y la del hombre. (Prigogine, 2002).

En este mundo de globalización es indispensable la interrelación entre la ciencia llamada pura y la visión humana de la realidad, pareciera que no hay problema más importante que, la reconciliación entre la cultura científica y la humanista. Ilya Prigogine (2002) nos plantea al respecto: “yo mismo soy físico y estoy convencido de que en la actualidad estamos presenciando la emergencia de un concepto de la naturaleza que es aceptable tanto para los filósofos como para la ciencia” (p. 20).

Dentro de la incertidumbre y complejidad de esta época, viene asociada la inequidad cada día mayor en la distribución de las riquezas, que se han triplicado en las últimas cuatro décadas, se ha aumentado exponencialmente la pobreza y el hambre, y aunque se reafirma la necesidad de la democracia y el estado de derecho, comúnmente nos preguntamos ¿qué democracia, qué estado de derecho?

El desequilibrio entre el aumento de riquezas y la depredación de la naturaleza, lo que nos debería llevar a un nuevo planteamiento de nuestra cosmovisión; la madre naturaleza debe ser vista como un ser vivo, dentro de su biodiversidad, y restituirle sus derechos como tal; a la par de restituirle sus derechos a la mayoría pobre de la población del planeta, que le han sido retirados por un sistema injusto, inequitativo; injusto en la distribución de las riquezas, en la democratización del conocimiento, injusto en la aplicación de las normas constitucionales, pareciera que se ha creado en conflicto entre democracia y constitucionalismo.

La ciencia actual, los avances tecnológicos vertiginosos deben estar democratizados en uso abierto e irrestricto acceso a todos los seres humanos sin obstáculos económicos, culturales, ni raciales. Se debe buscar la internacionalización, la globalización de los derechos fundamentales, superar las discusiones sobre su fundamentación, y sin pretender ser totalmente empiristas, pasar a un acuerdo global de aplicación y promoción. El hombre debe ser el centro de desarrollo y no el mercado; el desarrollo y crecimiento del mercado global debe estar en función del crecimiento y desarrollo del hombre y la mujer y no a lo inverso como lo observamos en la actualidad.

Hoy nos enfrentamos a un mundo globalizado, donde tenemos que revolucionar el pensamiento, cambiar de un pensamiento lineal a un pensamiento complejo, a un pensamiento holístico, asumir un pensamiento crítico, valorativo, comprometido, ético, cognitivo. Revolucionar el pensamiento no es desechar lo existente para instalar uno nuevo, sino que sobre el existente se debe ir construyendo el nuevo, construyendo nuevos paradigmas jurídicos, nuevos paradigmas de democracia.

El pensamiento complejo en este nuevo milenio integra los modos simplificadores de pensar, rechaza las consecuencias rutilantes, reduccionistas, unidimensionalizantes y finalmente cegadoras de una simplificación que se toma por simple reflejo de aquello que hubiere de real en la realidad. La complejidad aparece allí donde el pensamiento simplificador falla, pero no lo destruye sino que lo integra para poner orden a los fenómenos, descartando lo incierto, quitar ambigüedades, clarificar, distinguir, jerarquizar; solo la complejidad nos puede llevar a la correcta apreciación y análisis de los fenómenos.

La realidad de los fenómenos se debe estudiar de una forma compleja, en su estado caótico, no desde una simplificación (Morín, 1990).

Pero, “la vida no es una sustancia, sino un fenómeno de auto-eco-organización extraordinariamente complejo que produce autonomía” (Morín, 1990; p.33).

Kuhn (1985), en su análisis en la Estructura de la Revoluciones Científicas, nos dice:

Si la ciencia es la constelación de hechos, teorías y métodos reunidos en los libros de los textos actuales, entonces los científicos son hombres que, obteniendo o no buenos resultados, se han esforzados en contribuir con alguno que otro elemento a esa constelación particular. El desarrollo científico se convierte en el proceso gradual mediante el que esos han sido añadidos, solos y en combinación, al caudal creciente de la técnica y de los conocimientos científicos, y la historia de la ciencia se convierte en una disciplina que relata y registra esos incrementos sucesivos y los obstáculos que han inhibido su acumulación (p. 21).

Kuhn nos plantea la siguiente revolución en el pensamiento científico al decir que los resultados de los científicos no son infalibles y que las leyes que determinan la actuación de los fenómenos objetos de la ciencia no son inmutables; los cambios sociales nos condicionan los cambios en el conocimiento científico, es la construcción de nuevos paradigmas jurídicos a los que hoy nos enfrentamos. El falsacionismo de Popper que lo induce a afirmar que mil experimentos no confirman una teoría, pero uno solo la hace falsa.

Rafael Lucio (2010), al plantearnos la nueva filosofía de la ciencia del giro cognitivo:

El modelo conlleva a preservar la racionalidad de la ciencia, para la cual explica, desde los aportes que brindan las ciencias cognitivas, cómo los científicos utilizan sus capacidades cognitivas interactuando con el mundo para construir el conocimiento científico. Desde esta óptica, las teorías evolucionan tal como lo hacen las especies, de tal manera que las teorías más sólidas y fuertes prevalecen, en dependencia también de factores sociales, económicos e ideológicos (Lucio, 2010; p.71).

Para Giere, la ciencia es una actividad cognitiva, una actividad generadora de conocimiento. La ciencia hoy en día es el paradigma más importante de la empresa de producir conocimiento, donde el núcleo de toda teoría radica en un conjunto de modelos y no axiomas y leyes, estos modelos evolucionan y no son otra cosa que una forma de mirar la realidad; se interaccionan los modelos abstractos con los modelos reales (Martínez-Freire, 1997).

El paradigma de la complejidad es fundamentalmente dialéctico, si unimos la causa y el efecto, el efecto volverá sobre la causa y producirá nuevo efecto, pero a la vez interactúan y se condicionan mutuamente. Tenemos que abrir los ojos ante el mundo que nos rodea. El paradigma de la Ciencia de la Complejidad busca como traer al hombre, en su dimensión integral, como el verdadero objeto y centro de la ciencia, del conocimiento e investigación científica, de las ciencias sociales aplicadas, la democracia, el estado de derecho.

Considero que ante la crisis sistémica que vive el llamado mundo actual, y que incluye la ciencia, los conocimientos, el derecho, la democracia, el constitucionalismo y su propia investigación, los valores éticos, los cambios de actitudes morales, son imperativos; en nuestros países estamos llamados a dar respuestas que resuelvan los grandes niveles de pobreza y desigualdad, debemos romper con el mercantilismo del modelo neoliberal dominante en el mundo que ha convertido o al menos pretende convertir en mercancía el conocimiento científico y cultural, y democratizar la ciencia, el conocimiento, los derechos de la gente; volver la vista y el pensamiento a la conformación de un nuevo paradigma de la democracia que domine en este mundo globalizado.

Los profesionales hoy en día nos enfrentamos que los dos extremos de la axiología de su profesión están cambiando rápidamente: el cuerpo de conocimientos que debe utilizar y las expectativas de la sociedad a la que debe servir. Debemos adecuar el conocimiento profesional respecto a las necesidades y problemas de la sociedad. Debemos aprender a pensar a partir del ejemplo, tener un pensamiento reflexivo. Contextualizar el conocimiento y la acción profesional al conocimiento de la realidad y a los problemas sociales.

Los profesionales del derecho debemos dejar de ser un soporte de las estructuras injusta de la sociedad dominante y convertirnos en verdaderos factores de cambio.

Debemos dar un giro cognitivo humanista, solidario, complementario y social, manteniendo la vigencia de la democracia desde nuevas visiones y necesidades.

2. Hitos legitimadores de la génesis del constitucionalismo

2.1. Causales del constitucionalismo

El constitucionalismo tiene su génesis en el medioevo y tiene su motivación en hitos importantes que dan origen al Estado de Derecho, donde gobernantes y gobernados se someten al imperio de la ley, es el nacimiento de la democracia basada en la soberanía popular.

Estas demandas son:

1. Límite del poder; la regulación del poder absoluto del monarca soberano ante los abusos de las monarquías absolutistas que llega inclusive a afectar a la nobleza y al mismo clero. Se busca como limitar el poder fáctico del monarca, frenando el absolutismo o eliminando a la monarquía.
2. La tolerancia religiosa; ante la actuación de los tribunales de la santa inquisición de la religión católica, las guerras santas que involucraba y demandaba la participación de los reinos de Europa central y mediterránea, las persecuciones religiosas en las nacientes religiones protestantes encabezadas por Martín Lutero, la imposición en Inglaterra de la religión anglicana y su lucha contra el Vaticano. Surge la necesidad de buscar la conformación de un Estado con una mayor libertad religiosa.

3. Proceso debido; la exigencia del proceso debido que pretende frenar los abusos penales y procesales de las monarquías absolutas.

Estos tres hitos legitimadores de la génesis del constitucionalismo se ven reflejados en un primer documento, que podríamos llamar como documento inicial de derechos constitucionales o predecesor de una Constitución Política Nacional, este documento es la Carta Magna expedida por el rey Juan, de Inglaterra, el 15 de junio de 1215, para reconocer una serie de derechos fundamentales en respuesta a las demandas de los barones de Runnymede y que constaba originalmente de 63 capítulos o articulado. Entre sus líneas decía: “existen leyes del Estado, derechos que pertenecen a la comunidad. El rey debe respetarlos: Si los viola, la lealtad hacia él cesa de ser un deber, y sus súbditos tiene derecho a sublevarse” (carta magna, 1215).

En resumen la Carta Magna exigía:

- Respeto a los derechos de los barones y del clero.
- Respeto a las libertades religiosas y/o políticas.
- Separación del monarca de los asuntos judiciales, por lo que ninguna persona (nobleza y clero) sería enjuiciada arbitrariamente.
- 25 barones escogidos entre ellos conformarían una especie de Parlamento para guardar y hacer cumplir con todo el poder la paz y las libertades otorgadas y conformadas por ellos en la Carta Magna.

2.2. Fenómenos socio – políticos principales en la génesis

Podemos ver tres grandes fenómenos políticos evolutivos y revolucionarios que marcan la conformación del estado moderno, la democracia y el constitucionalismo:

En primer lugar, la revolución inglesa de 1688 tiene su origen motivador en la Carta Magna del Rey Juan del 15 de junio de 1215 y tiene como documento principal Bill of Right del 13 de junio de 1689 que significaría la definitiva instauración de la monarquía constitucional en Inglaterra; es una revolución evolutiva que surge en el siglo XVII y se consolida en el siglo XVIII como la revolución parlamentaria con el control constitucional y parlamentario de la monarquía, dándose la primera división del poder fáctico del monarca absoluto. Surge la monarquía constitucional parlamentaria, que sobrevive hasta nuestros días como forma de gobierno.

En segundo lugar, la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica en julio de 1776, teniendo como antecedente escrito la Declaración del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, antes de redactarse la Constitución de los Estados Unidos por los Padres Fundadores el 17 de septiembre de 1787, de donde nace la República Federativa, el presidencialismo y la primera Constitución escrita como norma fundamental de lo que hoy conocemos como Estado.

En tercer lugar, la revolución francesa de 1789 que se inicia con la toma de la Bastilla el 14 de julio de 1789 fecha en que se elige el Comité Constitucional quien, teniendo como documento inicial la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, aprobaría el 3 de septiembre de 1791 el texto constitucional e incorporando a él el texto de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano; universalizando la República y el derrocamiento de la monarquía.

2.3. Grandes personajes y textos clásicos

Existen grandes personajes y textos clásicos que contribuyeron al nacimiento del constitucionalismo y con ello al Estado de Derecho y a la Democracia, sin pretender ser exhaustivos citaremos algunos:

- Sobre la soberanía de Jean Bodin, “Los seis libros de la República”;

- Sobre el estado como sujeto internacional de Grocio, “El derecho a la guerra y a la paz”;
- Sobre democracia indirecta y constitucionalismo de John Locke en “Ensayo sobre le gobierno civil”;
- Sobre representación política y la obediencia debida de Thomas Hobbes en “Leviatán”;
- Sobre libertad axiológica y política, y el acuerdo social de Rousseau en “El contrato social”;
- Sobre división de poderes (funcional) de Montesquieu en “El espíritu de las leyes”.
- Sobre la soberanía nacional y la teoría del poder constituyente de Enmanuel Sieyes en los archivos parlamentarios en la redacción y discusión de la Constitución Francesa de 1791.

La paz de Westfalia y el fin de la guerra de los treinta años, contribuye al nacimiento del estado moderno y la separación del Estado y la Iglesia, surgiendo un elemento esencial constitutivo: la soberanía que radica en el pueblo, el pueblo soberano delega el poder a los gobernantes. (Mendez Beltrán, 2002; p.27).

Estos textos clásicos nos transportan al entendimiento de la génesis del Estado Constitucional y de la democracia en el Estado Moderno.

Peter Häberle (2001, p.46) al referirse a los textos clásicos, no sólo en la génesis del estado moderno, sino en su desarrollo, nos dice:

No es casualidad que los textos de los clásicos, como son los escritos de J. Locke y Montesquieu, los de Sieyes e I. Kant, incluso de los “contraclásicos” como T. Hobbes, J.J. Rousseau o K. Marx, influyan “tácticamente” en el proceso de formación, y más tarde de interpretación, de las Constituciones del Estado

constitucional; estos textos tienen, pues una validez normativa, legítima aunque limitada.

Los textos de los clásicos son fundadores de paradigmas, que designan los problemas y proporcionan aspectos parciales para su solución; paradigmas que en la evolución de la democracia y el estado de derecho han venido transformándose en nuevos paradigmas, como nos enseña t. Kuhn (1985) en el manejo de los paradigmas en las estructuras de las revoluciones científicas.

3. El neoconstitucionalismo

En el mundo actual la constitucionalización del ordenamiento jurídico debe entenderse como un proceso de transformación en el cual el ordenamiento resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales (Cruz, 2009); la norma constitucional es norma creadora de normas.

Un ordenamiento jurídico constitucionalizado debe caracterizarse por poseer una Constitución invasora capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinario, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales (Guastini, 2005).

A partir de la segunda mitad del siglo XX después de la primera guerra mundial y fundamentalmente en este nuevo milenio la Constitución abandona la perspectiva formal para convertirse en un conjunto de valores, principios, derechos y directrices que guían la vida jurídica, social y política. El contenido material de una omnipresente constitución se acompaña de una nueva orientación del Estado de Derecho, de una transición del Estado formal al Estado material, del Estado liberal al Estado social, del Estado legislativo al Estado judicial (Cruz, 2005), obligando con ello a la conformación de nuevos paradigmas.

Al calificar al Estado de social y democrático de Derecho implica una transformación esencial de la forma de dar lectura a las instituciones jurídicas que implica un desplazamiento de las perspectivas del poder y sus expresiones legales, para ubicarse de

frente a la dignidad de la persona humana, sus reivindicaciones sociales y una participación mayor y efectiva de todos y todas en la vida nacional (Mora-Restrepo, 2009).

El Derecho Constitucional actual está envuelto por la atmósfera teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo presente en diferentes aspectos de las teorías de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Carlos Nino, Luigi Ferrajoli, entre otros. Estos autores no pueden ser reunidos en una corriente unitaria de pensamiento, pero en sus teorías es posible encontrar una serie de coincidencias y tendencias comunes que pueden conformar una nueva cultura jurídica, un paradigma constitucionalista *in status nascendi*, o dicho en otros términos el paradigma del Estado Constitucional de Derecho (Rufino do Vale, 2007).

Estos puntos en común sacados de teorías filosóficas bastante eclécticas pueden ser sintetizados en un esfuerzo académico de la siguiente manera (Rufino do Vale, 2007):

- a) La importancia dada a los principios y valores como componentes elementales de los sistemas jurídicos constitucionalizados.
- b) La ponderación como método de interpretación/aplicación de los principios y de resolución de conflictos entre valores y bienes constitucionales.
- c) La comprensión de la Constitución como norma que irradia sus efectos por todo el ordenamiento jurídico, condicionando toda actividad jurídica y política de los órganos del Estado y hasta mismo de los particulares en sus relaciones privadas.
- d) El protagonismo de los jueces en relación al legislador en la tarea de interpretación constitucional.
- e) La aceptación de alguna conexión entre el Derecho y la Moral.

En palabras de Prieto Sanchís (2003; p.101) se puede trazar el perfil del constitucionalismo contemporáneo: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más Constitución que ley; más juez que legislador.

La reflexión sobre la Constitución, las relevantes transformaciones consecuencias de la constitucionalización de los sistemas jurídicos que multiplican el impacto de ella en la praxis

jurídica y política, la necesidad de superar la incapacidad de la doctrina positivista pura y dura para la explicación y la justificación del Derecho y en especial de los derechos fundamentales han impulsado una nueva corriente de reflexión teórica denominada neoconstitucionalismo (Cruz, 2005).

El postpositivismo es el movimiento que consiguió romper con los viejos dogmas del positivismo jurídico, significa la percepción que la norma jurídica puede tener imperfecciones, defiende la ruptura del fetiche de la ley, la Constitución se convierte en el centro de todo el sistema normativo, se convierte en norma aplicable, promueve una aproximación e interrelación entre Derecho, Ética y Filosofía, los derechos fundamentales adquieren status de norma jurídica, los valores más apreciados se convierten en intangibles – normas pétreas – en las Constituciones (Andrade, 2010).

Entre el antipositivismo de Dworkin y el positivismo de Joseph Raz se ha establecido una corriente intermedia, un positivismo abierto a la moralidad, suficientemente flexible para adecuarse a los sistemas jurídicos constitucionalizados en los cuales es común la existencia de conceptos morales como libertad, igualdad y dignidad humana. En esta línea se inscriben el positivismo incorporacionista de Coleman, el positivismo inclusivo de Waluchow, el positivismo ético de Peces-Barba, el positivismo crítico de Ferrajoli y el constitucionalismo positivista de Prieto Sanchís.

Ferrajoli (2002) entiende el neoconstitucionalismo como un complemento del positivismo jurídico, “el constitucionalismo, en vez de constituir el debilitamiento del positivismo jurídico o su contaminación iusnaturalista, representa su reforzamiento: por decirlo de algún modo, representa el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada” (p.8).

Es posible entender que el neoconstitucionalismo pueda ser comprendido tanto por las posturas postpositivista de Dworkin, Alexy e Zagrebelsky, como por el softpositivista de Hart, o por las nuevas reformulaciones del positivismo jurídico agrupadas en el positivismo inclusive, referente a la inclusión de criterios materiales de validez de las normas jurídicas (Rufino do Vale, 2007).

El control de constitucionalidad de las normas jurídicas pasa a ser una de las actividades más importantes de la Jurisdicción. Debe verse el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución. Debe pasarse por el filtro constitucional toda norma jurídica. Los órganos jurisdiccionales pueden realizar siempre un análisis de constitucionalidad de las normas, pudiendo no aplicarla cuando se verifique una disonancia con la norma constitucional. De este modo en la realidad postpositivista el órgano jurisdiccional ocupa una posición cimera en la defensa de la Constitución y de los Derechos Fundamentales.

El tradicional Estado de Derecho ha dejado de ser el paradigma de la racionalidad jurídica para convertirse ahora en el Estado Constitucional de Derecho, en el cual la Constitución se transforma como señalábamos en un espacio en el cual convergen una serie de valores, directrices y de principios que dan el valor axiológico del derecho (Hernando Nieto, 2008).

La Constitución ya no es sólo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de Derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales (Faralli, 2007; p.83).

El neoconstitucionalismo dista de estar consolidado como tópico, aunque varios autores han propuesto caracterizaciones diversas que pretenden perfilar sus notas distintivas, existen notables argumentos y construcciones teóricas a favor y en contra de las distintas posiciones. No pretendemos hacer en este artículo un análisis de ellas, lo que pretendemos destacar es la existencia de ellas y por tanto la construcción de un nuevo paradigma jurídico con el hombre y la mujer, sus derechos, su participación en la vida política de la Nación como centro del mismo.

3.1. Concepto de Neoconstitucionalismo

El concepto, el término, la voz neoconstitucionalismo es polisémica (Bazán. 2007), por ello trataremos de ver algunos conceptos sobre el mismo.

El término neoconstitucionalismo puede ser utilizado haciendo referencia a una teoría, a una ideología o a un método de análisis del derecho; o como designando algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, un modelo de Estado de Derecho (Comanducci, 2003).

Para conceptualizar el neoconstitucionalismo, podemos señalar cuatro acepciones principales. En primer lugar puede ser encarado como un cierto tipo de Estado de Derecho, surgido a partir de la segunda guerra mundial en la segunda mitad del siglo XX en diversas partes del mundo. En segundo término, puede designar una teoría del Derecho, que describe las características de dicho modelo. En tercer lugar, cabe entender la ideología o filosofía política que lo justifica o defiende. Finalmente se proyectaría sobre un amplio capítulo que afecta cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del Derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista (Prieto Sanchís, 1997).

Para Cruz (2005) la concepción neoconstitucionalista del Derecho es producto como fruto maduro del albor jurisprudencial y doctrinal, no es una construcción doctrinaria ex novo sino una forma de sistematizar y denominar una realidad actual existente en la praxis constitucional.

El neoconstitucionalismo es un especie de concepto represa que recibe aguas de distintas procedencias. Los trazos fundamentales de este movimiento serán aquí registrados para ofrecer un acercamiento imprescindible a todos los que se preocupan por los problemas de derecho constitucional. En primer lugar, el neoconstitucionalismo se adhiere a una concepción de constitución jurificadora de la política (tal como el moderno derecho constitucional), insistiendo en esquemas metodológicos de interpretación y aplicación que optimicen las normas sobre todo de los principios constitucionales con la consecuente presión de juridificación de la política. En segundo lugar, el neoconstitucionalismo pretende mostrar la importancia de los principios fundantes y estructurantes del orden constitucional abierto. En otras palabras: los principios se perfilan como vehículos de una estatalidad abierta, sea en el sentido de su importancia para la constitucionalización del orden jurídico, sea en el sentido de instrumentos de integración de constelaciones políticas posnacionales (Unión Europea). En tercer lugar, el neoconstitucionalismo busca recuperar dimensiones cosmopolitas particularmente importantes en el ámbito de la garantía de los derechos

fundamentales bajo el prisma de su universalización y de su radicación como núcleo duro de las culturas jurídico-constitucionales democráticas. En cuarto lugar, podremos señalar las insuficiencias de un abordaje positivista, formalista y exegético de los textos constitucionales. Bajo distintas perspectivas, los juristas pretenden tomar en serio el impulso dialógico que hoy es fortalecido por las teorías políticas de la justicia, por las teorías del republicanismo y por las teorías críticas de la sociedad (Gómez Canotillo, 2010).

El neoconstitucionalismo presupone un ordenamiento impregnado por las normas constitucionales, por ello Guastini (2005) presenta una lista de siete condiciones para que esta condición se cumpla. La primera condición es la presencia de una Constitución rígida, (que algunos prefieren llamarla semirígida), es decir protegida contra la legislación ordinaria, en el sentido que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante procedimiento especial de revisión constitucional, contemplada en la misma Constitución. La segunda es la garantía jurisdiccional de la Constitución, es el análisis de constitucionalidad de la conformidad de las leyes, que puede ser a posteriori e in concreto, sistema concentrado ejercido por un órgano jurisdiccional determinado para ello, un Tribunal Constitucional como en España, Italia, El Salvador o Alemania, o sistema difuso por cualquier juez en el ámbito de su competencia jurisdiccional, como el caso de los Estados Unidos de América; a priori e in abstracto, según el caso francés. La tercera condición es la fuerza vinculante de la Constitución. La cuarta condición es la sobreinterpretación de la Constitución. La quinta condición es la aplicación directa de las normas constitucionales. La sexta condición es la interpretación conforme de las leyes, y tiene relación con la técnica de interpretación no de la Constitución, sino de la ley. Por último la séptima condición es la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, de manera que las normas constitucionales son utilizadas para resolver conflictos puramente políticos o en la argumentación política para justificar acciones y decisiones.

Para buscar sintetizar dicho concepto Bazán (2007) recrea un planteamiento de Sastre Ariza que se refiere al neoconstitucionalismo como aquel que conforma un nuevo modelo jurídico que representa el Estado Constitucional de Derecho, cuya peculiaridad viene representada por las características de algunas Constituciones que aparecen a partir de la segunda mitad del siglo pasado, como Italia en 1947 y Alemania en 1949 más tarde en Portugal en 1976 y en España en 1979, y que se contraponen a las Constituciones del

constitucionalismo decimonónico, lo que representa el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo.

3.2. Elementos referenciales

El marco histórico del nuevo derecho constitucional en Europa occidental continental fue el constitucionalismo de la posguerra mundial, especialmente en Alemania y en Italia, posteriormente en la península Ibérica después de las dictaduras de Franco y Salazar en España y Portugal respectivamente. En Brasil fue con la Constitución de 1988 y el proceso de redemocratización que ella ayudó a protagonizar, luego de las dictaduras militares.

La reconstitucionalización de Europa inmediatamente después de la segunda guerra mundial y a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, redefinió el lugar de la Constitución y la influencia del derecho constitucional sobre las instituciones. La aproximación de las ideas de constitucionalismo y de democracia produjo una nueva forma de organización política, que atiende por nombre diversos: Estado democrático de derecho, Estado constitucional de derecho, Estado constitucional democrático, Estado social democrático de derecho.

La principal referencia en el desenvolvimiento del nuevo constitucionalismo es la Ley Fundamental de Bonn (Constitución Alemana) de 1949 y la creación del Tribunal Constitucional Federal instalado en 1951. A partir de ahí inició una fecunda producción teórica y jurisprudencial responsable de la ascensión científica del derecho constitucional en los países de tradición romano-germánica.

La segunda referencia de destaque es la Constitución de Italia de 1947 y la consecuente instalación de la Corte Constitucional en 1956. A lo largo de la década de los 70 está la redemocratización y reconstitucionalización de Portugal en 1976 y España en 1978 agregan valor e importancia al debate sobre el nuevo derecho constitucional.

Ahora, el nuevo se trasmuta en neo. Aunque se trate solo de un criterio de formación de palabras para expresar la idea de nuevo, los autores, consciente o inconscientemente, pretenden hacer sobresalir el movimiento actual del constitucionalismo con fuertes resonancias en la Europa mediterránea (Italia,

España y Portugal) y en América Latina (Brasil, Argentina) (Gomes Canotilho, 2010; p. 322).

En el caso brasileño se da la travesía de un régimen autoritario, intolerante y violento para un Estado democrático de derecho, a partir de la Constitución de 1988. A lo largo de su vigencia se destituyó por impeachment a un Presidente de la República, hubo un escándalo que involucró a la Comisión de Presupuesto de la Cámara de Diputados, se apartaron importantes Senadores del poder de la República, fue electo y reelecto un Presidente del izquierdista Partido de los Trabajadores, fue electa la primera mujer Presidenta del Brasil y del PT, entre otros sucesos, y ninguno de ellos la solución se dio fuera del respeto a la legalidad constitucional (Barroso, 2005).

Filosóficamente el nuevo derecho constitucional, el neoconstitucionalismo, es el postpositivismo (Barroso, 2005), que supera tanto al positivismo cerrado a valores como al iusnaturalismo idealista que desconsidera al Derecho positivo, a través de la positivización de valores, que son la guía y límite para el desarrollo del ordenamiento (Portela, 2009). Ello permite la independencia del derecho positivo frente al derecho natural, porque los valores constituyen moral crítica incorporada a normas (Peces-Barba, 1984).

La superación histórica del iusnaturalismo y el fracaso político del positivismo abrieron camino para un conjunto amplio y todavía inacabado de reflexiones acerca del derecho y de la democracia, sus funciones sociales y sus interpretaciones. El postpositivismo busca ir más allá de la legalidad escrita, más no la desprecia; procura hacer una lectura moral del derecho, pero sin recurrir a categorías metafísicas.

La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico han de estar inspiradas por una teoría de justicia, pero no puede violentar con ello el principio de legalidad, ni se pueden permitir los comportamientos voluntaristas o personalistas sobretudo en los judiciales.

En el conjunto de ideas ricas y heterogéneas que procuran abrigo en este paradigma en construcción se incluyen la atribución de normatividad a los principios en la definición de sus relaciones con valores y reglas, la rehabilitación de la razón práctica y de la argumentación jurídica, la formación de una nueva hermenéutica constitucional, el

desenvolvimiento de una teoría de los derechos fundamentales edificada sobre el fundamento de la dignidad humana. En este ambiente se promueve una aproximación entre el Derecho y la filosofía (Barroso 2005).

3.3. El modelo axiológico de Constitución como norma

Se el neoconstitucionalismo es concebido como un conjunto de teorías que pretenden describir el proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos contemporáneos, su rasgo distintivo es el modelo constitucional denominado modelo axiológico de Constitución como norma, donde la Constitución es marcada por la presencia de principios, de normas de derechos fundamentales, que constituyen la positivización (expresión normativa) de valores de la comunidad, son caracterizadas por denso contenido normativo de carácter material o axiológico, que tiende a influenciar todo el ordenamiento jurídico y vincular la actividad pública y privada (Rufino do Vale, 2007).

Se trata en la expresión de Guastini una Constitución invasora, que desencadena un proceso de transformación del ordenamiento jurídico, el cual resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales, que en palabras del jurista italiano: “un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinario, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales” (Guastini, 2005).

3.4. La Constitución como norma aplicable

Uno de los grandes cambios de paradigma ocurrido a lo largo del siglo XX fue atribuirle fuerza normativa a la Constitución y atribuirle a la norma constitucional el estatus de norma jurídica; superándose así el modelo que reinaba en Europa hasta mediados del siglo pasado en el cual la Constitución era vista como un documento esencialmente político, un derrotero de la actuación de los poderes públicos. La concreción de sus propuestas estaba invariablemente condicionada a la libertad de conformación del legislador o a la discrecionalidad del administrador; al judicial no se le reconocía ningún papel relevante en la realización del contenido de la Constitución.

Actualmente pasó a ser premisa de estudio de la Constitución el reconocimiento de su fuerza normativa, del carácter vinculante y obligatorio de sus disposiciones. Las normas constitucionales son dotadas de imperatividad, que es un atributo de todas las normas jurídicas, y su inobservancia ha de activar los mecanismos propios de la coacción, del cumplimiento forzoso. Si embargo no eliminó las tensiones inevitables que se forman entre las pretensiones de normatividad del constituyente y las circunstancias de la realidad fáctica y las eventuales resistencias del status quo (Barroso, 2005).

El judicial asume un papel fundamental en la defensa y cumplimiento de las normas constitucionales, conformándose lo que se denominará procesal constitucional o justicia constitucional.

3.5. La nueva interpretación constitucional

La interpretación constitucional es una modalidad de la interpretación jurídica, tal circunstancia se deriva de la fuerza normativa de la Constitución, es decir del reconocimiento de las normas constitucionales como normas jurídicas, asumiendo los atributos de ellas. Recordemos los métodos tradicionales de interpretación del derecho, el gramatical, el histórico, el sistemático y el teleológico. Cabe también anotar los criterios tradicionales de solución en eventuales conflictos normativos que son el jerárquico (ley superior prevalece sobre la ley inferior), el temporal (ley posterior prevalece sobre la anterior) y la especialidad (ley especial prevalece sobre la ley general).

Las normas constitucionales por su especialización fueron durante muchos años desarrollando y sistematizando un elenco propio de principios aplicables a la interpretación constitucional; tales principios de naturaleza instrumental, y no material, son presupuestos lógicos, metodológicos y finalistas de la aplicación de las normas constitucionales y ellos son la supremacía constitucional, la presunción de constitucionalidad de las normas y actos del Poder Público, la interpretación conforme a la Constitución, la unidad, la razonabilidad y la efectividad.

La interpretación jurídica tradicional es válida para resolver buena parte de las cuestiones legales, pero no son enteramente ajustables para la solución de un conjunto de problemas ligados a temas constitucionales.

La interpretación jurídica tradicional desenvuelve su actuación sobre dos grandes premisas: (i) en cuanto al papel de la norma, cabe a ella ofrecer en su relato abstracto la solución a los problemas jurídicos; (ii) en cuanto al papel del juez, cabe a él identificar en el ordenamiento jurídico la norma aplicable al problema planteado revelando la solución en ella contenida. En el modelo convencional las normas son percibidas como reglas, enunciado de conductas a ser seguidas, aplicables mediante subsunción.

En cuanto al derecho constitucional, las premisas sobre las cuales se erigió el sistema de interpretación tradicional dejaron de ser integralmente satisfactorias; (i) en cuanto al papel de la norma, la solución de los problemas jurídicos no siempre se encuentran en el relato abstracto del texto normativo, muchas veces sólo es posible dar respuestas constitucionalmente adecuadas a la luz del problema, de los hechos relevantes analizados tópicamente; (ii) en cuanto al papel del juez ya no le cabe una función de conocimiento técnico de la norma para revelar su enunciado normativo, si no que se vuelve copartícipe en la creación de Derecho completando el trabajo del legislador al hacer valoraciones para las cláusulas abiertas o al realizar escogencia entre soluciones posibles.

En estas transformaciones tanto en relación a la norma cuanto al intérprete nos encontramos las cláusulas generales, los principios, las colisiones de normas constitucionales, la ponderación y la argumentación.

Las denominadas cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados contienen términos o expresiones de textura abierta dotados de plasticidad interpretativa que obligan al intérprete judicial autorizado a completar su significado tomando en cuenta el caso concreto. Al lidiar con conceptos como orden público, interés social o buena fe entre otros el intérprete precisa hacer una valoración de los factores objetivos y subjetivos presentes en la realidad fáctica, de manera a definir el sentido y el alcance de la norma. La definición del contenido de cláusulas como dignidad de la persona humana, razonabilidad, solidaridad y

eficiencia también transfieren al interprete una dosis importante de discrecionalidad interpretativa.

La existencia de colisión de normas constitucionales, tanto las de principios como las de derechos fundamentales, pasó a ser percibida como un fenómeno natural y muchas veces hasta inevitable en el constitucionalismo contemporáneo. Las Constituciones modernas son documentos dialécticos que consagran bienes jurídicos que se contraponen. Hay choques potenciales entre la promoción al desarrollo y la protección ambiental, entre la libre iniciativa y la protección al consumidor, en el plano de derechos fundamentales la libertad religiosa de un individuo puede conflictuarse con la de otro, el derecho de privacidad y la libertad de expresión viven en constante tensión, la libertad de manifestación puede interferir con la libre circulación. Son dos normas de igual jerarquía que chocan en abstracto; la subsunción no es capaz de resolver estos problemas, porque no es posible encuadrar en el mismo hecho normas antagónicas; tampoco son útiles los criterios tradicionales de solución de conflictos normativos, jerárquica, cronológica y de especialización, cuando la colisión se da entre disposiciones de la Constitución originaria. En estos casos el intérprete criará el Derecho aplicable en el caso concreto, haciendo la ponderación de normas, bienes o valores es la técnica a ser utilizada por el intérprete, por vía del cual él (i) hará concesiones recíprocas, procurando preservar el máximo posible de cada uno de los intereses en disputa o, en el límite, (ii) procederá a escoger el derecho que debe prevalecer en el caso concreto por estar más adecuado a la voluntad constitucional; para esto un concepto importante es el principio instrumental de la razonabilidad.

Por último llegamos a la argumentación, a la razón práctica, al control de la racionalidad de las decisiones emitidas, mediante ponderación en los casos difíciles, que son aquellos que comportan más de una solución posible y razonable. Las decisiones que envuelven la actividad creativa del juez exigen el deber de la fundamentación. Para asegurar la legitimidad y la racionalidad de su interpretación en estas situaciones el intérprete deberá considerar: (i) reconducirla siempre al sistema jurídico, a una norma constitucional o legal que sirva de base de la fundamentación; (ii) utilizarse de un fundamento jurídico que pueda ser generalizado en casos semejantes; (iii) tomar en cuenta las consecuencias prácticas que su decisión producirá en el mundo de los hechos (Barroso, 2005).

4. Pilares fundamentales de la democracia

4.1. El proceso debido

El proceso debido (*due process of law*) es esencialmente un instrumento del Estado de Derecho que implica una garantía infranqueable que permite evitar que pesen sobre la persona sanciones injustas, cargas o castigos, y además constituye una limitante del poder, o de quien ejerce el poder para cometer actos extraordinarios en contra de personas que pudieran no estar de acuerdo con sus lineamientos o su política en una determinada circunstancia.

Para Hoyos (1996, p.6-8) el origen del debido proceso se remonta en la Carta Magna expedida por Inglaterra por el rey Juan en el año 1215, el 15 de junio, para reconocer una serie de derechos fundamentales en respuesta a las demandas de los barones de Runnymede y constaba originalmente de 63 capítulos.

En el capítulo 39, el rey Juan prometió lo siguiente: *Nullus liber hommo capitur, vel imprisonetur, aut dissaisiatur, aut antlaagetur, aut exulteur, act aliquo modo destruat, nec super um bimus nec super eum mitteemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae* (ningún hombre aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus partes o por la ley de la tierra.) Al año y medio de haber emitido la Carta Magna, el rey Juan falleció y debido al carácter personal del gobierno feudal, su sucesor el todavía niño Enrique III reafirmó la carta en 1216.

Esta fue la primera vez de más de treinta años en que la carta fue reexpedida por monarcas ingleses durante dos siglos siguientes, incluso varias en el reinado de un mismo monarca obedeciendo a crisis políticas.

En la reexpedición de la Carta de 1225, también en el reinado de Enrique III, el documento fue reducido de 63 a 37 capítulos, y la futura cláusula sobre el debido proceso todavía *per legem térrea*, paso del capítulo 39 original al capítulo 29, en lugar de la expresión *per legem* aparece la expresión inglesa *due process of law*, la cual ha sido traducida a nuestro idioma más comúnmente como el debido proceso legal o simple debido proceso, cuando en correcta

sintaxis gramatical española, donde primero debe ir el sustantivo y después los adjetivos debería ser el proceso debido.

El texto de la carta en idioma inglés, tal como fue expedida en 1354, es el siguiente:

That no man of what estate or condition that he shall be put out of land or tene ment, nor taken nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought in answer by due process of law
(Ninguna persona, cualquiera que sea su condición o estamento, será privada de su tierra, ni de su libertad, ni desheredado, ni sometido a pena de muerte, sin que antes responda a los cargos en un debido proceso legal.)

Posteriormente, también en Inglaterra, la cláusula del *due process of law* aparece consagrada en *the petition of rights de 1627*, preparada por las ideas del distinguido jurista Edward Coke y al *habeas hábeas act* de 1640.

Del derecho consuetudinario inglés pasó a la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, que no lo contenía en su texto original sancionado en Filadelfia en 1787, pero se incorpora en las enmiendas V y XIV, la primera de 1791 establece que “ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal”, la segunda enmienda en 1866 dispuso que: “ningún estado privará a persona alguna de la vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal, ni negará, dentro de su jurisdicción persona alguna la igual protección de las leyes”. La primera regula al gobierno federal y la segunda restringe a los estatales (Díaz, 2007). No es de extrañar, pues, que en la declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 tuvieran aquéllos un protagonismo especial.

Con la evolución de la jurisprudencia, a finales del siglo XIX, el proceso debido pasó de ser una simple garantía procesal de la libertad a una garantía sustantiva, por medio de la cual se limita al órgano legislativo, como un control de la racionalidad de las leyes, que permite al órgano judicial verificar la validez constitucional de los actos legislativos que no pueden ser arbitrarios, sino dentro de un marco de razonabilidad.

A nivel de la jurisprudencia constitucional comparada existe, en consecuencia, una marcada tendencia a proteger las garantías del proceso debido no solamente en los ámbitos de

actuación de los órganos del Poder Judicial sino ante cualquier instancia que tenga competencias para determinar derechos u obligaciones de cualquier índole, incluso instituciones de carácter privado. El derecho al proceso debido no sólo es una garantía de correspondencia con el aspecto adjetivo – formal del procedimiento, sino también es una correspondencia del proceso con los estándares de justicia y criterios de razonabilidad.

La observancia del proceso debido es fundamento que legitima el ordenamiento jurídico en los estados democráticos de derecho, es un requerimiento básico, y si recordamos la historia del desarrollo de los derechos fundamentales comprendemos que la acusación y juzgamiento en lo penal, era un instrumento para el poder absoluto, porque daba a lo que es simple persecución, el marco y respetabilidad de lo jurídico y permitían sin problemas aplicar los más fuertes mecanismos de represión incluyendo la muerte, es por esto que las garantías procesales revisten una particular importancia para las democracias.

El proceso debido es un derecho fundamental que está presente en todas las constituciones como fundamento de la democracia y del estado de derecho.

Las Leyes internas de los países tienen una orientación dualista, es decir el proceso debido está contenido en la Constitución Política del Estado como un Derecho Fundamental y también se encuentra en el contenido de la Ley por la cual se llega a dar una conceptualización lógica de este instituto.

Complementario con la protección interna de los Estados se encuentra el reconocimiento realizado por parte del Derecho Internacional a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en sus artículos 10 y 11, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como así también en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre también del año 1948 en su artículo 26, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, en sus artículos 8 y 9, lo que viene a significar que la protección de este derecho fundamental es omnipresente.

A pesar de esa innumerable presencia normativa, no existe un único concepto, ni una misma manera de abordarlos, y menos una fundamentación comúnmente aceptada para referirlos como derechos fundamentales. Hay constituciones que desarrollan la tutela

efectiva solamente, otras que presentan un catálogo de derechos que integrarían el proceso debido, otras que plantean genéricamente el proceso debido como derecho constitucionalizado sin especificar de que se trata; hoy el proceso debido es una obligatoria exigencia de todos los estados democráticos que no conocemos realmente sus límites ni sus contenidos totales (Esparza Leibor, s/f).

4.2. La Soberanía

“La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república” (Bodin, 1576), y soberano es quién tiene el poder de decisión, aquel poder que no está sujeto a ley escrita alguna, este poder es quien constituye la norma jurídica y con ella el Estado. La soberanía no es limitada ni en poder ni en responsabilidad ni en tiempo (Bodín, 1576).

La soberanía radica en el pueblo, es un principio actualmente aceptado por todos y todas, el conjunto, la colectividad, la voluntad general es el soberano, cada ciudadano es soberano y súbdito al mismo tiempo, toman colectivamente el nombre de pueblo y en particular el de ciudadanos; soberano como partícipes de la autoridad soberana, y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado (Rousseau, 1992).

Hobbes (2011) partiendo del concepto de soberanía radicada en el pueblo visto como un derecho transferible, “aquel que transfiere un derecho, transfiere los medios de gozarlo, en la medida en que esté en su poder... Y se entiende que aquellos que dan a un hombre el derecho de gobierno en soberanía le dan el derecho de recaudar dinero para mantener soldados, y el de designar magistrados para ala administración pública” (p.237). Trata de sustentar la transferencia total de soberanía al poder absoluto de una persona, con el fin de controlar el caos, el peligro social. Principio que subsiste y se aplica en el día de hoy, a través del concepto de la obediencia debida para enfrentar los “peligros” del terrorismo, violentando al soberano en sus derechos.

La soberanía no se puede enajenar, tampoco se puede dividir, pues es la voluntad general o no lo es, o es la voluntad de todo el pueblo, o tan solo de una parte (Rousseau, 1992).

Aduciendo la preocupación de múltiples abusos de la revolución francesa basada en este concepto de soberanía de Rousseau, y con el interés de defender los derechos de las minorías, Sieyès postula que la soberanía radica en la nación y no en el pueblo, pretendiendo con ello que la autoridad no obrase tomando en cuenta el sentimiento mayoritario de un pueblo, que objetaba podría ser objeto de influencias o pasiones desarticuladas, sino que además tomara en cuenta el legado cultural e histórico esa nación; planteaba Sieyès que el concepto de nación contempla a todos los habitantes de un territorio, sin exclusiones ni discriminaciones.

Esta tesis de Sieyès es la que prevalece en la normativa, y es la base angular de la democracia representativa, por ello, planteaba que los parlamentarios son representantes y no mandatarios, gozan de autonomía propia una vez electos y ejercen sus cargos mediando una cuota de responsabilidad y objetividad personal o partidaria a la hora de legislar, en cambio los mandatarios deben realizar lo que su mandante le indica, en este caso el pueblo.

Después de la segunda guerra mundial, los males achacados a la tesis de soberanía popular de Rousseau, son los que hay que combatir para constituir una paz mundial duradera; de ahí una nueva corriente la del neoconstitucionalismo o constitucionalismo postmoderno que asume mayoritariamente el concepto que la soberanía radica en el pueblo, que es inalienable, indivisible. Apareciendo así en la mayoría de textos constitucionales desde la segunda mitad del siglo pasado.

La contradicción planteada en la actualidad entre constituciones y democracias, radica en el papel que se le dimensiona a la soberanía popular. Pareciera una lucha de opuestos: razón y voluntad, constitución y democracia, derechos y soberanía. Sin embargo ésta se plantea en un momento que aumenta la conciencia que el mundo no puede ser simplificado y que es casi imposible captar de un solo vistazo el sentido y la dirección de los fenómenos

económicos, políticos y sociales, infinitamente complejos, ahora planetarios e interconectados (Palombella, 2000). La soberanía popular incluye a la constitución imaginaria, a la constitución ideal, por lo que no cabe ruptura entre ambas (Calvo, 2000).

La soberanía no puede ser un ejercicio banal, no se puede hacer de la soberanía una vanidad. ¿Qué sentido tendría reconocer a una constitución donde la soberanía popular y el poder constituyente sólo fuere un espacio arqueológico?, ¿podría existir una constitución hueca?, ¿y una constitución donde el espacio de la ciudadanía fuera banal? (Calvo, 2000). Por ello la democracia constitucional, los regimenes democráticos, en relación a la soberanía popular deben asumir espacios abiertos, espacios constructibles, en crecimiento. “No estamos dispuestos, creo, a renunciar ni al constitucionalismo, ni a la democracia. Y de hecho no renunciamos. Pero en realidad tenemos necesidad de articularlas...” (Palombella, 2000 p.7). El espacio real de la Constitución no puede achicar el espacio de la soberanía popular sin estrechar su propia dimensión.

No es contrario a la pervivencia del titular de la soberanía popular el sometimiento a la Constitución y al imperio de la ley, ello deviene del sentido participativo reclamado por Rousseau y el respeto de los poderes constituidos de las decisiones básicas del titular de la soberanía popular que envuelve todo el modelo y lo imbuye de sentido democrático (Calvo, 2000). Los regimenes democráticos no pueden seguir funcionando sino volviendo a reflexionar acerca de las posibilidades internas del concepto de democracia, de soberanía popular ((Palombella, 2000).

Al respecto de la relación entre democracia, soberanía y constituciones, debe añadirse que los derechos fundamentales, los principios, representan una garantía de la soberanía popular y no un límite para ella, “las constituciones no indican un límite insuperable al poder soberano, sino por el contrario configura una garantía del mismo” (Palombella, 2000, p.9).

Sostener el agotamiento de la soberanía popular dentro del alcance institucional y funcionalista de la norma constitucional nos lleva a infravalorar la superioridad de la

Constitución, que solo se sustenta dentro de un sentido de legalidad, democrático participativo abierto, integrador y no delegativo. “Lo que yo entiendo por Soberanía se reclama desde la nostalgia civil, en el dolor gozoso por retornar a la ciudadanía” (Calvo, 2000, p.XXI) .

La soberanía no consiste sólo en adoptar decisiones sobre una u otra elección constitucional, o mantenerlas o reformarlas, sino principalmente en un compromiso reconstituyente, permanente y decisorio de su titular.

4.3. Separación de Poderes

El artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789 reza así: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución”.

Por el contrario Juan Jacobo Rousseau (1992) sostiene “que no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, jamás se puede alienar y que el Soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por el mismo. Es posible transmitir el poder, pero no la voluntad” (p.33). Por esta misma razón que la soberanía es inalienable es indivisible; la voluntad es colectiva o no lo es.

Pero nuestros políticos, al no poder dividir la soberanía en principio, la dividen en sus fines y en su objetivo: en fuerza y voluntad, en poder legislativo y en poder ejecutivo, en derecho de impuestos, de justicia y de guerra; en administración interior y el poder negociar con extranjeros; y tan pronto confunden estas partes cuando las separan (Rousseau, 1992, p.34).

Según Montesquieu (1998, p.104) en cada estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo

de las cosas que dependen del derecho civil. A este último se le llama también poder judicial y al otro poder ejecutivo del Estado.

La discusión desde el comienzo radica en si la división de poderes es una teoría fáctica o es una posición doctrinaria.

Si el poder es la soberanía, y la soberanía es inalienable e indivisible, como es que se puede dividir el poder, que equivaldría a dividir la soberanía.

Obviamente que una construcción tan complicada como el Estado, y sobre todo un Estado democrático y de derecho, desde distintos puntos de vista es dable someterla a diversas divisiones. La primera división legítima que se establece es la teoría de la división de poderes, planteada por John Locke y desarrollada por Montesquieu, que aunque fue rechazada por la ciencia alemana, bajo el influjo francés ha sido aceptada por la doctrina del derecho político, siendo en la actualidad cada vez más cuestionada, por no resolver la complejidad del Estado en la posmodernidad.

Cada vez se habla más de separación de funciones en los órganos del Estado y no de separación de poderes. La clara separación y definición de funciones es posible en las constituciones que no se acogen a la teoría de la separación de poderes, es estas últimas en la actualidad esta labor se dificulta por la cada vez más compleja labor de gobernar (Méndez Beltrán, T. P. 2007).

Obviamente no se sostiene la concentración de las funciones del poder popular en un solo órgano, ni mucho menos en una sola persona; pero de ello a concluir que ese poder soberano se puede y se de dividir es cada vez más cuestionado.

En las últimas constituciones políticas en Iberoamérica promulgadas, no se acogen a la teoría de la división de poderes, hagamos un rápido recorrido por algunas de ellas.

La Constitución Española del 27 de diciembre de 1978 y reformada el 27 de agosto de 1992, en su libro III de las Cortes Generales, en su artículo 66.1 dice “Las Cortes Generales representan al pueblo español y están conformadas por el Congreso de los Diputados y el Senado”. En el arto 66.2, “Las Corte Generales ejercen la potestad legislativa, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuye la Constitución”. No hace referencia en ningún momento al Poder Legislativo, conforme sería en la teoría de separación de poderes. Cuando en el Título IV norma constitucionalmente al Gobierno y a la Administración, nunca se refiere a ellos como Poder de Estado. Tampoco en el Título II de la Corona, se refiere a esta institución del Reino de España como un poder del Estado. Únicamente en el título VI se refiere a la función judicial como Poder y lo denomina este título “Del Poder judicial”.

La Constitución de El Salvador que entró en vigencia el 20 de diciembre de 1983, tampoco asume la teoría de división de poderes, y en su artículo 86 determina un solo poder público con órganos fundamentales de gobierno. Cito el artículo 86 en mención:

El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las perspectivas atribuciones y competencias que establezcan esta Constitución y las leyes. La atribuciones de los órganos de gobierno son indelegables, pero éstos colaboraran entre sí en el ejercicio de las funciones públicas.

Los órganos fundamentales del Gobierno son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente las da la ley.

La Constitución de Guatemala publicada en el Diario Oficial el 3 de junio de 1985, en su artículo 141 dice: “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativos, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida”. Tampoco se asume la teoría de división de poderes.

La Constitución de Panamá de 1972, reformada en 1978, en 1983 y en 1994, da en tratamiento de órganos del Poder Público, y no de división de Poderes conforme la teoría de Locke y Montesquieu. El artículo 2 reza: “El Poder Público sólo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme esta Constitución lo establece, por medio de los Órganos Legislativos, Ejecutivos y Judicial. Los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración”.

La Constitución de Colombia del 6 de julio de 1991 y sus adiciones de 1993, 2002 y 2003, le da el tratamiento de ramas del Poder Público, y no de Poderes del Estado. El artículo 113 constitucional dice:

Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

La Constitución de la República de Cuba publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba del 31 de enero de 2003, en su artículo 3, primer párrafo dice:

En la república de Cuba la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. Este poder es ejercido directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan, en la forma y según las normas fijadas por la Constitución y las leyes.

En el capítulo IX se refieren a principios de organización y funcionamiento de los órganos estatales y el capítulo X a los órganos superiores del Poder Popular.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 30 de diciembre de 1999, aunque utiliza el concepto de poderes y la división de poderes, no sigue la clásica división de poderes de la teoría clásica. Usa indistintamente órganos del Estado así como poderes de Estado y Ramas del poder público.

Artículo 5°.

La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

Artículo 136°.

El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

La Constitución más reciente de América, y si no es la más reciente del planeta es da las más recientes, es la Constitución del Ecuador del 20 de octubre de 2008, en ella el abordaje de la organización del poder y el ejercicio de la soberanía popular, se hace a través de las funciones derivadas del poder público. Se habla de la participación y organización del Poder y no de la división de Poderes. El segundo párrafo del artículo 1 dice: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.

Título IV. Participación y Organización del Poder.

Capítulo Primero. Participación en democracia.

Sección Cuarta. Democracia Directa.

Capítulo Segundo. Función Legislativa

Capítulo Tercero. Función Ejecutiva.

Capítulo Cuarto. Función Judicial y Justicia Indígena.

Capítulo Quinto. Función de Transparencia y Control Social.

Capítulo Sexto. Función Electoral.

De las Constituciones de finales del siglo pasado que utilizan la teoría de separación de poderes, tenemos la Constitución de Honduras de 1982 con sus reformas hasta 2005; la Constitución de Nicaragua de 1987 con sus reformas hasta 2005, aunque esta constitución adiciona un cuarto poder, el Electoral; y la Constitución de Paraguay de 1992.

La Constitución Política de la Republica de Honduras establece en el artículo 2:

La Soberanía corresponde al Pueblo del cual emanan todos los Poderes del Estado que se ejercen por representación.

La soberanía del Pueblo podrá también ejercerse de manera directa, a través del Plebiscito y el Referendo.

La suplantación de la Soberanía Popular y la usurpación de los poderes constituidos se tipifican como delitos de Traición a la Patria. La responsabilidad en estos casos es imprescriptible y podrá ser deducida de oficio o a petición de cualquier ciudadano.

El título V: de los Poderes del Estado, con los capítulos I. Del Poder Legislativo; el capítulo VI. Del Poder Ejecutivo y el capítulo XII. Del Poder Judicial.

La Constitución Política de la República de Paraguay del 20 de junio de 1992 dice en su artículo 3. “Del Poder Público: El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público.”

La Constitución Política de la República de Nicaragua de 9 de enero de 1987 con sus reformas hasta 2005, establece los siguientes preceptos constitucionales:

Art. 2. Soberanía Nacional.

La soberanía nacional reside en el pueblo y la ejerce a través de instrumentos democráticos, decidiendo y participando libremente en la construcción y perfeccionamiento del sistema económico, político y social de la nación. El poder político lo ejerce el pueblo por medio de sus representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto sin que ninguna otra persona o reunión de personas pueda arrogarse este poder o representación. También podrá ejercerlo de manera directa por medio del referéndum y del plebiscito y otros procedimientos que establezcan la presente Constitución y las leyes.

Art.7. Forma y órganos de Gobierno.

Nicaragua es una república democrática, participativa y representativa. Son órganos de gobierno: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Poder Electoral.

4.4. Nuevos Principios

Gomes Conotilho (2010) nos invita a asumir los nuevos principios la responsabilidad y de la sostenibilidad en los regimenes democráticos de este nuevo milenio, los que sobresalen al testar su importancia en las modernas turbulencias políticas, económicas, productivas y jurídico-constitucionales.

El problema central que se nos plantea muchas veces con el principio de responsabilidad es que no pasa de figura comunicativa y retórica de moda: todos somos responsables, debe profundizarse la responsabilidad ciudadana, debemos asumir la responsabilidad ante las generaciones futuras, el Estado debe ser responsable de infraestructuras, de la regulación los servicios básicos.

A menudo la responsabilidad es utilizada como sinónimo de poder-deber, obligación, competencia, atribución, tarea y control, lo contribuye a opacarlo y a su falta de operatividad dogmática en la estructuración normativa de los regímenes democráticos.

La responsabilidad es un concepto de moda porque se le relaciona con uno de los problemas más sentidos de la sociedad actual, la crisis del sistema y la angustia ante el futuro. Esta crisis se manifiesta paralela a la crisis de dirección del Estado en sus distintas manifestaciones, producto de las políticas neoliberales: crisis de legitimidad de la ley y del legislador, crisis de credibilidad y actuación efectiva del gobierno, crisis de la justicia. Precisamente por ello, la responsabilidad es comprendida como una parte del esfuerzo de dar posibilidad a una dirección, a una conducción, a través del derecho; una responsabilidad compartida, de los órganos del Estado y la participación activa de la ciudadanía como detentora de la soberanía popular, en las condiciones, cosmovisiones, valores axiológicos de la norma jurídica y situaciones del siglo XXI. Esto exige depuración conceptual y normativa.

Debemos delimitar nuevos contenidos generales de la responsabilidad, partiendo de la clásica responsabilidad civil por daños, pasando por la responsabilidad-garantía, la responsabilidad política, la responsabilidad ciudadana, que nos apunte a la necesidad de reconstrucción teórica y dogmática de un concepto del siglo xxi de responsabilidad constitucional, que sustente a los regímenes democráticos.

El principio de sostenibilidad debe estar presente en un campo más amplio que el simplemente medioambiental, se imbrica tanto con diversas formas de responsabilidad, tal como la solidaridad con las nuevas generaciones, la prevención de desastres naturales, la precaución en la vivienda y en las zonas de riesgo, la mitigación y adaptación a los fenómenos naturales generados por el cambio climático, la visión de la tierra como un ser vivo que nos acoge y nos da vida, la lucha por la preservación de los bosques, del agua, de la biodiversidad.

A MODO A CONCLUSIÓN

Una de las contradicciones presente en la democracia, desde su génesis en la modernidad, radica en el doble rol del ciudadano: primero como gobernado sometido a las normas jurídicas y a las autoridades gobernantes, y segundo en su colectividad como detentor de la soberanía y del poder constituyente capaz de constituir Estado y elaborar normas jurídicas fundamentales; que hasta el momento se ha resuelto a favor del primero en detrimento de la participación activa y permanente del soberano popular.

Las posiciones encontradas entre Rousseau y Sieyés en cuanto a soberanía popular o soberanía nacional respectivamente; es decir, la soberanía radica en el pueblo sostenía el primero y la soberanía radica en la nación planteaba el segundo. En los ordenamientos jurídicos constitucionales antes de la segunda mitad del siglo pasado prevalecía la tesis de Sieyés, situación que vino cambiando para asumirse en el neoconstitucionalismo la tesis de la soberanía popular, y en la mayoría de las actuales Constituciones se establece que la soberanía radica en el pueblo.

La contradicción que se fue presentando en la modernidad entre constitucionalismo y democracia, entre la norma y la participación ciudadana, se evidencia con mayor dimensión después de la segunda guerra mundial, y la búsqueda de su solución es uno de los detonantes del neoconstitucionalismo, que no llega a formar una corriente jurídica, ni una escuela de pensamiento, es una especie de concepto represa que recibe aguas de distintas procedencias.

En este mundo globalizado donde el mercado y la producción transnacional es el centro de la preocupación del desarrollo, se vuelve una necesidad imperiosa que los ordenamientos jurídicos se constitucionalicen, que los derechos humanos constitucionalizados sean norma aplicable e invasiva de todo el sistema, que exista un desplazamiento para ubicarse de frente a la dignidad de la persona humana, sus reivindicaciones sociales y económicas y una

participación efectiva y vinculante de todos y todas en la vida política nacional. El ciudadano, la ciudadana, en general la persona humana debe ser el centro del desarrollo mundial. Un ordenamiento jurídico constitucional debe garantizarse para poseer una Constitución Política invasora capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinario, la acción de los actores políticos y las mismas relaciones sociales, que conlleven a la preponderancia del soberano: el pueblo.

Los elementos integrantes del proceso debido son variables en los diversos ordenamientos constitucionales. El proceso debido es el pilar fundamental de la democracia en la modernidad más antiguo, pues viene del medioevo desde la Carta Magna del 15 de junio de 1215, pero a pesar de su presencia en todas las constituciones políticas democráticas, no existe un único concepto, ni una misma manera de abordarlo, y menos un mismo alcance y límites, ni una misma fundamentación para referirlo como derecho fundamental. Hay quienes le dan una dimensión conceptual restrictiva como elemento integrante del derecho fundamental a la tutela efectiva; hay un concepto ecléctico que lo equipara a la tutela efectiva; y un tercer grupo mayoritario que desde un concepto amplio lo hace partícipe de la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho. Esta tercera hipótesis es posiblemente la más acorde con la naturaleza, el origen, el desarrollo y la definitiva plasmación del proceso debido en el derecho constitucional, en ella me veo inmerso, pero con la salvedad que hay que conformarla, no todo está dicho.

La tesis de Loocke y Montesquieu de separación de poderes, combatida desde su inicio por la doctrina constitucional alemana, y contrapuesta al planteamiento de Rousseau de que la soberanía (el poder) en principio y como principio no es divisible, imperó por mucho tiempo en la doctrina y los ordenamientos jurídicos constitucionales mayoritariamente. En el postmodernismo, en el neoconstitucionalismo esta tesis está en franca revisión, asumiéndose en los ordenamientos constitucionales la lógica de una división fáctica de organismos y funciones del poder público, que es uno solo: el poder ciudadano, la soberanía popular. Esta posición la vemos reflejada en las constituciones emitidas en América en las últimas dos décadas del siglo pasado y en la primera de este siglo en Guatemala, El Salvador, Panamá, Cuba, Bolivia, Colombia, Ecuador, donde hacen referencia a órganos del

poder popular o del poder público, o funciones del poder popular y no a división de poderes.

La soberanía popular aceptada universalmente no puede ser en la actualidad un espacio arqueológico destinado solamente al poder constituyente para dotar de Constitución Política a un Estado y periódicamente electiva para determinar a los gobernantes. El espacio real de la Constitución no puede achicar el espacio de la soberanía popular sin estrecharse su propia dimensión. Que sentido tendría una Constitución donde el espacio de la ciudadanía fuera banal. Hay que articular el constitucionalismo y la democracia, los regímenes democráticos no pueden seguir funcionando sino volviendo a reflexionar acerca de la participación interna del poder ciudadano, de la soberanía popular.

En este mundo actual donde lo único cierto es la incertidumbre y la construcción de nuevos paradigmas, no se escapa a esta situación la necesidad de construir nuevos paradigmas sobre pilares fundamentales de la democracia como el proceso debido, la división de poderes y la soberanía popular, y la asunción de los principios de responsabilidad y sostenibilidad en la democracia. Esta es una tarea inmediata e inminente donde América está jugando un rol fundamental con sus aportes y discusiones doctrinarias y sus posicionamientos normativos constitucionales.

Lista de referencias

A. Lista de referencias bibliográficas

- Andrade, F. (2010). *Neoconstitucionalismo*. En <http://professorfabricioandrade.blogspot.com/2010/01/neoconstitucionalismo.html> bajado el 19/05/1011.
- Bazán, V. (2007). Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. *Revista Derecho del Estado*. (20), diciembre 2007, pp.121-144. Buenos Aires.
- Barroso, L. R. (2005). *Neoconstitucionalismo e constitucionalizaco do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. En <http://jus.uol.com.br/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizaco-do-direito> bajado el 19/05/2011.
- Bodin, J. (1576). “Los seis libros de la República, cap. VIII, de la soberanía y cap. X, de los verdaderos atributos de la soberanía del libro primero”. En C. M. Molina Betancourt, M. A. Álvarez Montoya, F. Peláez Arango & L. A. Botero Chica. (2011). *Derecho constitucional general* (pp.201-224). Medellín: Universidad de Medellín.
- Carta Magna* (15 junio de 1215) en <http://www.ricardocosta.com/textos/magna.htm> bajada el 05/07/2011.
- Calvo González, J. (2000) De la nostalgia civil: la soberanía popular. En prólogo de G. Palombella, *Constitución y Soberanía. El Sentido de la democracia constitucional*. Granada, España: Editorial COMARES.
- Comanducci, P. (2003). Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. En M. Carbonell, (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 75-118). Madrid: Trotta.
- Cruz, L. M. (2005). *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*. Granada, España: Editorial Colmenares.
- Cruz, L. M. (2009). La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. *Dikaion, Año 23*. (18). Diciembre 2009, pp. 11-31. Chia, Colombia: Universidad de La Sabana.
- Díaz, I. (2007). *Análisis jurídico. Justicia procesal penal: El debido proceso*. En artículos en línea del 12 de diciembre de 2007. En <http://www.visionlegalrd.blogspot.com> bajado el 06/07/2011.
- Esparza Leibar, I. (s/f) *El principio del proceso debido*. Tesis doctoral Universitat Jaume I. de Castellón. España. En el EVA-UCA.
- Faralli, C. (2007). *La filosofía del derecho contemporáneo*. Madrid: Hispania Libros.
- Ferrajoli, L. (2002). Juspositivismo crítico y democracia constitucional. En *Isonomía* (16), abril 2002.

- Gomes Canotilho, J. J. (2010). Principios y nuevos constitucionalismos. El problema de los nuevos principios. *Revista de Derecho Constitucional Europeo, REDCE. Año 7* (14), julio-diciembre 2010, pp. 321-364.
- Guastini, R. (2005). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell, (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49-74). Madrid: Trotta.
- Häberle, P. (2001). *El estado constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hernando Nieto, E. (2008). *¿Qué es neoconstitucionalismo?* En <http://eduardohernandonieto.blogspot.com/2008/07/qu-es-el-neoconstitucionalismo.html> bajado el 04/09/2011.
- Hobbes, T. (2011). “Leviatán, caps. XIII, XIV y XVIII”. En C. M. Molina Betancourt, M. A. Álvarez Montoya, F. Peláez Arango & L. A. Botero Chica. *Derecho constitucional general* (pp.231-260). Medellín: Universidad de Medellín.
- Hoyos, A (1996). El debido proceso. Editorial Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- Kuhn, T. S. (1971). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Efe, fondo de cultura económica.
- Lucio Gil, R. (2010). *Enseñar ciencias: una perspectiva innovadora. Un esquema aproximativo*. Conferencia magistral dictada en el IV Congreso interdisciplinario de Investigación de la Universidad Centroamericana el 20 de mayo de 2010 en el Auditorio Roberto Terán. *Revista Encuentro* (2010), (año XLII), pp. 67-79.
- Martínez-Freire, P. F. (1997). *El giro cognitivo en filosofía de la ciencia*. *Revista de Filosofía*, Madrid: Universidad Complutense, 3º época, vol.X, (17), pp.105-122.
- Méndez Beltrán, T.P. (2002). Análisis estructural de la teoría de Estado. Tesis de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Montesquieu. (1998) *Del espíritu de las leyes*. (12º. ed.). México: Editorial Porrúa.
- Mora-Restrepo, G. (2009). Neoconstitucionalismo y razonabilidad práctica. *Díkaión, Año 23*. (18). Diciembre 2009, pp. 79-107. Chia, Colombia: Universidad de La Sabana.
- Morín, E. (1990). *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa.
- Palombella, G. (2000). *Constitución y Soberanía. El Sentido de la democracia constitucional*. Granada, España: Editorial COMARES.
- Peces Barba, G. (1984). *Derechos fundamentales*. Madrid: Biblioteca Universitaria Guardiana.
- Prieto Sanchís, L. (1997). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Portela, J. G. (2009). Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. *Dikaion*, Año 23. (18). Diciembre 2009, pp. 33-54. Chia, Colombia: Universidad de La Sabana.

Rousseau, J. J. (1992). *El Contrato Social*. Tegucigalpa: Ed. Guaymuras.

Rufino do Vale, A. (2007). Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, (09). Jan/jun 2007, pp. 67-77.

B. Lista de normas jurídicas

La Constitución Española del 27 de diciembre de 1978 y reformada el 27 de agosto de 1992 publicadas en el Boletín Oficial del Estado (BOE) en fechas respectivas.

La Constitución Política de la República de El Salvador del 20 de diciembre de 1983, publicada en el Diario Oficial (D.O.) No. 234, Tomo No. 281.

La Constitución Política de la República de Guatemala publicada en el Diario Oficial de fecha 3 de junio de 1985, en Tomo 226, Diario 41, página 897.

La Constitución Política de la República de Panamá de 1972, reformada en 1978, en 1983, en 1994 y 2004.

La Constitución Política de Colombia del 6 de julio de 1991 y sus adiciones de 1993, 2002 y 2003.

La Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela del 30 de diciembre de 1999.

La Constitución de la República de Cuba publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria Número 3 de 31 de enero de 2003

La Constitución Política de la República de Honduras de 1982 con sus reformas hasta 2005, publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Honduras en el Decreto Número 131 del 11 de Enero de 1982 y actualizada hasta el Decreto 36 del 4 de mayo de 2005.

La Constitución Política de la República de Paraguay del 20 de junio de 1992.

La Constitución de Nicaragua de 1987 incorporadas sus reformas hasta 2005, publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 176 del dieciséis de septiembre del año dos mil diez.

La Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial del 20 de octubre de 2008.