

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/04/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34913-derecho-global-y-neoconstitucionalismo-teorias-juridicas-contemporaneas>

Autore: Jorge Isaac Torres Manrique

Derecho global y neoconstitucionalismo: teorías jurídicas contemporáneas

DERECHO GLOBAL Y NEOCONSTITUCIONALISMO: TEORÍAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS



Jorge Isaac Torres Manrique*

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Derecho Global: El Ordenamiento Jurídico Contemporáneo.- III. Neoconstitucionalismo: Desafíos y riesgos.- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCION.-

La vorágine cuasi mundial de la globalización ha traído consigo no solo la importación y exportación de nuevas tecnologías entre Estados insospechados, sino que, ha originado un cambio y desarrollo de todo orden. En ese sentido, ha dado lugar a la creación y/o a la potenciación de nuevas disciplinas o teorías jurídicas como son: *el derecho global y el neoconstitucionalismo*.

Muy poco se ha dicho, al menos a nivel local, acerca de las mismas. Sin embargo, consideramos que su conocimiento, estudio y análisis son muy importantes porque somos “integrantes” de esta coyuntura global y por lo tanto, sus hechos y consecuencias nos afectan (a favor o en contra, según sea el caso) en mayor o menor medida. Consecuentemente, el presente trabajo esta orientado a desentrañar su naturaleza y contenido, así como esbozar algunos comentarios a manera de reflexión y conclusión.

* Comisionado de la Oficina Defensorial Lima Este (Perú). Colaborador Externo del Bufete Jurídico Internacional, Jordan & Luciano Abogados (España). Experto en Derecho Empresarial y Administrativo, en Avalon, la Red de Expertos (España). Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa -Perú). Egresado de los Doctorados en Derecho y Administración, y de las Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima -Perú). kimblellmen@hotmail.com.

II. DERECHO GLOBAL: EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO.-

En primer lugar, tenemos que este nuevo Derecho **se origina en el *ius gentium*** (Derecho romano aplicado a los extranjeros y a los romanos en sus litigios con estos), **se fundamenta en el *ius cogens*** (Derecho de los Estados “a cumplir necesariamente”) **y el *ius commune*** (Derecho aplicado básicamente a los negocios jurídicos globales), para hacer frente a los desafíos contra las lacras sociales como: el terrorismo las organizaciones criminales internacionales, la corrupción generalizada y el “orden” hegemónico, principalmente.

Luís María Bandieri, afirma que este “*Universal Law*” tuvo su origen (en la Edad media) en el derecho romano compilado por Justiniano: El *Corpus Juris Cíviles*, fue el *ius commune* de su tiempo, luego paso a ser el *Derecho de la Unión Europea* y ahora, el *Derecho global*.

El *Derecho Global* se fortalece en los inicios de los noventa (Prosper Weil, señala que dicho ordenamiento combatió la existencia de una “crisis jurídica multiforme” del sistema normativo internacional, que en ese entonces padecía el mundo), mediante el acuñe de nuevos paradigmas como: democracia liberal, libre comercio, derecho de libre autodeterminación de los pueblos, inviolabilidad de las fronteras y concertación entre las grandes potencias. Para posteriormente iniciar un franco desarrollo en este siglo XXI.

La mundialización del “*nuevo orden jurídico*”, irrumpe en el escenario jurídico mundial y equivale a: autonomía, espontaneidad, nueva estabilidad y equilibrio, más social, menos estatal, sin fronteras y siempre bajo la base y el irrestricto respeto de los derechos fundamentales que otorga al ser humano como parte integrante del nuevo sujeto jurídico: La Humanidad.

Esta “*teoría jurídica global*”, se conforma precisamente, como contrapunto de la dogmática, apelando a un mundo más justo, democrático y libre, basado en los principios de personalidad, igualdad, solidaridad, subsidiariedad, integración y autoridad; reconociéndose en un mundo completo, complejo, diferente, pero unido.

Juan José Martín Arribas señala que el “*Global Law*”, impone obligaciones y derechos de rango mayor, tales como: **i)** La protección a los derechos humanos, **ii)** La protección del medio ambiente, **iii)** La proliferación de armas de destrucción masiva, o **iv)** La lucha contra el terrorismo; que dicho sea de paso, son de interés y preocupación común del mundo en su conjunto, únicamente satisfechos globalmente.

Humberto Leanza advierte, que la noción de patrimonio común de la humanidad contiene básicamente un elemento de justicia material de interés común, así como el creciente grado de humanización que viene consiguiendo el orden internacional. Cabe resaltar, el peso constante que están alcanzando sus valores y principios solidarios, además de la persecución de objetivos comunes o comunitarios; y por otra, el nacimiento de nuevos paradigmas jurídicos.

Este *Derecho Global* presenta un importante repunte como veloz evolución, el mismo que (revaloriza al ser humano, al preocuparse no solo por su bienestar, sino por su supervivencia; basándose en la universalidad, heterogeneidad, interdependencia y descentralización) es materia de actual y abierto debate, desarrollo y aplicación en casi todos los confines de la Tierra. En él, los procesos de democratización y humanización, dejaron de ser prosa inerte para pasar a lograr el mayor grado de aceptación, legitimación y reconocimiento en la comunidad internacional.

El “*nuevo Derecho*” se caracteriza por su supremacía sobre los “demás Derechos” (sin admitir acuerdo en contrario), ya que defiende el interés de la comunidad internacional (general y común), fomentado la solidaridad internacional; configurándose sobre la base de: el derecho convencional, el institucional, la jurisprudencia internacional y la costumbre internacional.

Ergo, el *Derecho Global* tiende a la horizontalidad, unión, democracia, desarrollo sostenible, cooperación y solidaridad de los Estados del mundo, mediante una paz dinámica, que elimina a la vez las injusticias. El mismo, contiene paradigmas, principios y valores superiores, que permiten afrontar los nuevos retos globales.

Este “*Derecho Mundial*” nos ha regalado, además, recientes “Derechos”, como: el de la responsabilidad internacional, de las organizaciones internacionales, el procesal internacional, de la integración, los derechos humanos universales, de la Unión Europea, el neoconstitucionalismo, del medio ambiente, del desarrollo, el bio Derecho internacional, de las nuevas tecnologías, del deporte, del Derecho internacional económico, de los Tratados, etc.

Según Rafael Domingo, este *nuevo orden jurídico principista*, tiene por principios: **i)** El Derecho emana de la persona, **ii)** No hay Derecho sin libertad, ni libertad sin Derecho, **iii)** La dignidad, la igualdad y la justicia como sus columnas, **iv)** Protege la armonía de los pueblos, **v)** El Derecho global fomenta el pluralismo social, **vi)** Es racional, común y secular, **vii)** Posee potestad legítima, **viii)** Cumple las normas y actúa solidariamente, **ix)** La razón jurídica, es autoridad; el imperio de la ley, potestad, y, **x)** Se repele con fuerza, se avanza con autoridad.

Finalmente, ante el avance incontenible de este *nuevo Derecho*- que saludamos-, somos testigos de la propensión a la judicialización global de la jurisdicción internacional (Tribunales Penal Internacional y de Derecho del Mar, verbigracia), la mayor relevancia de la jurisprudencia internacional y la indiscutible universalización como fomento de la defensa de los derechos humanos. Además, este “*World Law*” insinúa futuros derroteros pendientes de ser recorridos, para conformar una dogmática jurídica alternativa, sostenible iusfilosóficamente, viable históricamente y legítimamente funcional.

III. NEOCONSTITUCIONALISMO: DESAFIOS Y RIESGOS.-

En segundo lugar, señalamos que el *neoconstitucionalismo* tiene **origen principalmente germano** (Estado que aturdido y atrapado por la contemplación de las atrocidades del nazismo, no tuvo mas que enmendarse), específicamente en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en 1958; y su posterior desarrollo en Estados Unidos, Italia y parte de Latinoamérica.

Aparece como un “saludable despertar o concientización constitucional a favor de los derechos fundamentales y donde los mismos se yerguen como eje central del sistema jurídico, y como sustento de fundamentación universal de irrefutable legitimidad” (que se presenta- a pesar de su denominación- no como una nueva pero si, ciertamente novedosa corriente o teoría jurídica de irradiación mundial), “gracias” al limitado papel de la doctrina jurídica para poder explicar la justificación (o justeza) del Derecho en esta realidad o circunstancia postmoderna.

Esta corriente jurídica se reafirma además, como una forma de sintonizar como Estados con un reciente orden jurídico -como consecuencia de la casi generalizada globalización en el mundo-, denominado “*Derecho Global*” (entendido a su vez, como un “nuevo” orden jurídico que opone una defensa radical de la dignidad, de la solidaridad, de la igualdad y de la justicia-seguridad jurídica- de la persona; como principios pilares jurídicos y que precisa de instituciones y de partidos políticos fuertes, transparentes y con amplia credibilidad).

El *neoconstitucionalismo* como proceso de constitucionalización (que limita a los poderes estatales y/o protege los derechos fundamentales) del sistema o vida jurídico (a) de un Estado: **i)** Según Antonio Baldassarre, “Coloca a la Constitución como nuevo orden de valores”, y **ii)** Según Víctor Bazán, “Como la respuesta ante la tensión entre democracia y el constitucionalismo...”; deja atrás su función formal y hasta cierto punto cuasi expectante; para “transformarse” en parte mas activa y protagónica del mismo y orientar de una manera mucho mas justa la convivencia ciudadana de nuestros días.

El “nuevo” *constitucionalismo* ya está presente en nuestro escenario constitucional. En ese sentido, recientes (y otros no tanto) reconocimientos de “derechos constitucionales” como: **i)** “*al debido proceso*”, **ii)** “*las nuevas ocho modalidades de habeas corpus*”- tales como: *reparador, restringido, correctivo, preventivo, traslativo, instructivo, innovativo y conexo-*, **iii)** “*el desarrollo de los tipos de habeas data*”, dividiéndolo en dos grupos: a) propios: como el *informativo* (que se subdivide en: *finalista, exhibitorio y autoral*), el *aditivo*, el *rectificador o correctivo*, el *exclutorio o cancelatorio* y el *reservador*; b) impropio: como el de *protección al acceso de la información pública*; **iv)** “*a la verdad*”, **v)** “*a la personalidad jurídica*”, **vi)** “*al agua potable*”; **vii)** “*a la salud*”, **viii)** “*a la salud mental*”, **ix)** “*a la educación*”, **x)** “*a la propiedad*”, **xi)** “*a la asociación*”, **xii)** “*a la identidad cultural*”, **xiii)** “*a la vida*” y **xiv)** del principio “*ne bis in idem*” (en el Perú); así como, **xv)** “*el habeas corpus colectivo o protector de derechos difusos u homogéneos múltiples*” (en Argentina); dan contundente prueba de ello.

Empero, el *neoconstitucionalismo* (“*justicia constitucional contemporánea*”, diremos, y también denominado: *postpositivismo, garantismo, constitucionalismo fuerte, recargado, comprometido o valórico, interpretación constitucional específica, rematerialización constitucional, ideología o filosofía política y filosofía jurídica*) es más que eso; ya que según Paolo Comanducci: “No se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino, que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación; y además, implica una suerte de trilogía compuesta de teoría, ideología y metodología”.

El neo constitucionalismo pretende perfeccionar al Estado de Derecho, sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo, incluidos) al Derecho y apelando a la constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir, que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social- global. Estamos, pues, ante el advenimiento y entronización del (aunque no consolidado, ni totalmente desarrollado): “*Paradigma del Estado Constitucional*”.

Huelga señalar que no existe un “neoconstitucionalismo único”, sino varios, acordes a las diferencias de realidades históricas y comparadas propias de cada Estado. Neoconstitucionalismos que, sin embargo, irán desarrollándose más o menos a la par, además, del nuevo marco normativo que es el *Derecho Global*.

Ante el arribo del *neoconstitucionalismo*, la jurisdicción constitucional del Estado peruano deberá saber enfrentar los “desafíos” que ello implica (los cuales no son nada pequeños, ni sencillos; además, la coyuntura actual lo reclama); y que son básicamente: **i)** Reconocer nuevos derechos principistas, **ii)** Encontrar formas superadoras de legitimación constitucional, **iii)** Encontrarse debidamente capacitados y concientizados a la luz de esta nueva “Teoría Constitucional” (no únicamente los operadores de la jurisdicción constitucional), **iv)** Alcanzar una depurada argumentación jurídica, y **v)** Contar con, estricta e íntegramente, el personal- magistrados y administrativos- idóneo y debidamente capacitado preferentemente *ex ante* (vía “verdaderos, transparentes y objetivos concursos públicos de méritos” y lo propio para el caso de los suplentes y provisionales; por ejemplo. Además de ser paradójico que se realice o aplique lo contrario a lo señalado, para luego esforzarse en formular propuestas para mejorar el poder judicial y fiscal peruano, llegando incluso a convocar se presenten propuestas para tal fin, con la clara intención de dejar todo tal como esta o peor aún, continuar corroyéndolo olímpicamente).

También deberá tener en cuenta que implica además, afrontar “riesgos”, tales como: **i)** Exacerbación constitucional interpretativa, **ii)** Autoritarismo constitucional por la tendencia a la “verdad constitucional (y no de la Constitución o Carta Magna) como única, excluyente, exclusiva y última”; verbigracia, “*la cosa juzgada constitucional*” instaurada recientemente por el Tribunal Constitucional peruano (TC), que atropelló/sometió a “*la cosa juzgada ordinaria, clásica, convencional*” y hasta hace poco “*única*”, creando arbitraria e inconstitucionalmente una tercera instancia (al hacerlo el TC avasalló además a la Constitución, al tácitamente sentenciar que no violó la Carta Magna, porque

a su entender “la Constitución es prácticamente el TC”); al margen de clamorosa, equivocada e ilegítimamente pretender desnaturalizar y transformar el sistema jurídico *civil law* a *common law*, como si esto último fuese así de sencillo, por decir lo menos. La creación de la *cosa juzgada constitucional* es lo que consideramos como una desafortunada como desafortunada aplicación del neoconstitucionalismo en el derecho o sistema jurídico peruano, **iii)** Corrupción constitucional o “jurisprudencia de intereses o lobbies”, **iv)** La extremada casuisticalización del Derecho, en desmedro de su primigenia función ordenadora; y, **v)** La interpretación moral de la Constitución, que aperturaría un inmenso abanico de subjetivismos.

IV. CONCLUSIONES.-

Expuestos brevemente los elementales empero, importantes tópicos referentes del *derecho global y el neoconstitucionalismo*, consideramos que cabe la reflexión, el beneplácito y el compromiso: **i)** Reflexión, porque es admirable y destacable como una política liberal internacional y global, genera indiscutiblemente una fórmula de progreso generalizado a todos los confines del globo terráqueo, **ii)** Beneplácito, porque son teorías acerca de las cuales nos tenemos que congratular por el efecto positivo que genera en donde se le aplique; y, **iii)** Compromiso, porque dichas teorías jurídicas no se mantendrán vigentes con la sola puesta en marcha de las mismas, ya requerirán una permanente defensa, difusión, mayoritario para acceder a la continuidad y consolidación.