

¿EXISTE EL “NEOCONSTITUCIONALISMO”? *IS THERE A "NEO-CONSTITUTIONALISM"?*

POR PABLO LUIS MANILI¹

Sumario: En este artículo se estudia la existencia de un supuesto “neoconstitucionalismo”, con miras a discernir si es una nueva era constitucional o simplemente un rótulo vacío de contenido.

Resumen: El autor analiza las distintas opiniones doctrinarias relativas al neoconstitucionalismo, las razones esbozadas por los autores para sostener su existencia, las dudas que presentan algunos de ellos al respecto. En cada caso el autor expresa su discrepancia con las razones esgrimidas y finalmente concluye que ese término no describe ninguna realidad nueva en el derecho constitucional, sino que sólo alude a fenómenos que se vienen dando desde hace un siglo en la materia.

Palabras clave: constitución, neoconstitucionalismo, estado de derecho, control de constitucionalidad, jueces, derecho internacional de los derechos humanos.

I. INTRODUCCIÓN

En la ciencia del derecho constitucional aparecen, periódicamente, algunos tópicos novedosos que dan pie al análisis, a la redacción de artículos y hasta libros, y a la organización de charlas, paneles o jornadas para tratarlos. Esos temas novedosos

¹ Doctor y Posdoctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA, Argentina). Catedrático de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA. Subdirector de la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UBA. Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas, declarado por ley de la Ciudad de Buenos Aires. www.pablomanili.com.ar, pablo.manili@gmail.com

pueden ser clasificados, a nuestro criterio, en: aquéllos que contienen nuevos institutos de la materia y aquéllos que sólo son nuevos rótulos para referirse a contenidos ya existentes². Expondremos de qué se trata cada uno de ellos a continuación.

a) Nuevos institutos de la materia

Estos son los que tienen un contenido realmente nuevo, porque se trata de derechos, garantías, órganos, principios, etc., que se agregan a nuestra materia y que, obviamente, deben ser estudiados, por ejemplo:

(i) *Cuando se incorporan “nuevos” derechos al sistema constitucional:* las comillas responden a que, en realidad, no hay derechos nuevos, sino que hay derechos que comienzan a ser protegidos por el derecho constitucional en forma expresa cuando antes no lo eran, o lo eran sólo como derechos implícitos. Así ocurrió, por ejemplo, con el derecho a un medio ambiente sano, con los derechos de consumidores y usuarios, con la defensa de la competencia, con los derechos del niño, etc.

(ii) *Cuando se crean nuevos procesos constitucionales:* ello ocurrió en varias oportunidades, por ejemplo: en la Argentina el amparo nació en 1957 (en que se dictó el fallo “Siri”³), la acción declarativa de certeza constitucional a partir de 1985 (con el fallo “Santiago del Estero”⁴), el amparo colectivo a partir de 1992 (en que se dictó el fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich”⁵) o de 1994 (en que se constitucionalizó esa acción). A su vez en muchos países se crearon las acciones de clase y las acciones colectivas para reclamar por lesiones a derechos de incidencia colectiva o a derechos individuales homogéneos.

² Hemos analizado el tema de las “modas” en nuestro Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Buenos Aires, La Ley, 2021, Tomo I, pág. 90

³ Fallos 239:459

⁴ Fallos 307:1379.

⁵ Fallos 315:1492

(iii) *Cuando se incorporan nuevos órganos en la parte orgánica de la constitución.* En la mayoría de las reformas constitucionales llevadas a cabo después de la segunda guerra mundial se incorporaron figuras tales como el defensor del pueblo, los consejos de la magistratura o del poder judicial; los jurados de enjuiciamiento de magistrados, los jurados de elecciones, las auditorías o controladurías de las cuentas públicas, etc.

(iv) *Cuando surgen nuevas líneas jurisprudenciales:* frecuentemente se pergeñan, a nivel nacional, o interamericano, o en el derecho comparado, nuevas corrientes jurisprudenciales, nuevas formas de interpretación de normas constitucionales o convencionales, nuevas soluciones para los conflictos que se judicializan, etc. Por ejemplo: la doctrina del control de convencionalidad creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la doctrina del “estado de cosas inconstitucionales” pergeñada por la Corte Constitucional colombiana, la inconstitucionalidad por omisión aplicada por varias cortes, etc.

En los cuatro casos ejemplificados es necesario estudiar, analizar y debatir esos temas porque son institutos nuevos que se introducen en la ciencia del derecho constitucional

b) Nuevos rótulos

A diferencia de lo expuesto en el punto anterior, que son tópicos nuevos, cuyo estudio es imprescindible, en otras oportunidades se inventan rótulos nuevos para denominar temas o fenómenos ya existentes, intentando así introducir supuestas “novedades” que no son tales. Un claro ejemplo de ello es el que motiva este artículo: se ha puesto “de moda” en las primeras décadas del siglo XXI, en algunos países de Europa y Latinoamérica, hacer referencia a un supuesto “*neoconstitucionalismo*”. Se lo presenta como una nueva era constitucional, supuestamente a la par de las eras del constituciona-

lismo clásico (1787-1917), o del constitucionalismo social⁶ (de 1917 en adelante), y se ha convertido en objeto de estudio de artículos y libros de diversos autores. El objeto de este trabajo es analizar si existe un fenómeno o una corriente nueva a la que se pueda denominar de ese modo, o si —como ya adelantamos— es sólo un rótulo nuevo para contenidos viejos.

II. ALGUNOS INTENTOS DE DELINEAR EL CONCEPTO DE “NEOCONSTITUCIONALISMO”

La doctrina ha realizado distintos abordajes y se han esbozado algunas ideas generales de lo que sería esta supuesta corriente, pero no se han elaborado definiciones precisas de cuál sería su contenido, ni de cuáles son los fenómenos que justifican la utilización de ese rótulo, ni de cuándo comenzó esta supuesta nueva era del constitucionalismo. Hemos compulsado los siguientes autores:

a) El profesor italiano Riccardo Guastini⁷ se refiere a la “*constitucionalización del ordenamiento jurídico*”, e implícitamente la asimila con el neoconstitucionalismo. Sostiene que para que se dé ese fenómeno se tienen que cumplir las siguientes siete condiciones: (i) una constitución rígida; (ii) la garantía jurisdiccional de la constitución; (iii) la fuerza vinculante de la constitución; (iv) la “sobre-interpretación” de la constitución (extraer de ella una multiplicidad de normas implícitas para llenar lagunas); (v) la aplicación directa de las normas constitucionales; (vi) la interpretación conforme de las leyes y (vii) la

⁶ Puede verse nuestro libro *Constitucionalismo Social*, Buenos Aires, Astrea, 2016, *passim*.

⁷ Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en AAVV (Carbonell, Miguel, editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, UNAM-Trotta, 3° edición, 2006, pág. 49 y ss. Además, el autor ha tratado el tema de forma similar en “A propósito del neoconstitucionalismo”, en *Gaceta Constitucional*, Lima, 2015, n° 67, pág. 231.

influencia de la constitución sobre las relaciones políticas. Entendemos, respetuosamente, que ninguna de esas características es lo suficientemente nueva como para que dé lugar a la aplicación de una terminología semejante; cada una de ellas tiene varias décadas de existencia, y algunas hasta dos siglos: Veamos: (i) las constituciones son rígidas desde fines del siglo XVIII en que nació el constitucionalismo; (ii) la garantía jurisdiccional de la constitución existe desde 1803 en que se dictó la sentencia en el caso “*Marbury vs. Madison*”⁸ por la Corte Suprema Norteamericana y, en los países de sistema de control concentrado, la doctrina viene trabajando el concepto de garantía judicial desde los trabajos de Kelsen en la década de 1910; (iii) el concepto de “*fuerza vinculante de la constitución*”, nació en 1959, es decir, más de medio siglo antes del trabajo de Guastini, en una conferencia del profesor alemán Konrad Hesse, titulada *La Fuerza normativa de la Constitución*⁹, para inaugurar la cátedra de derecho constitucional de la Universidad de Friburgo¹⁰; (iv) la “sobre-interpretación” de la constitución existió siempre, por lo menos desde el fallo “*Mc. Culloch vs. Maryland*”¹¹ de 1819 en el que se le hizo decir a la constitución que un estado federado no podía gravar a una sucursal de un banco federal; (v) la aplicación directa de las normas constitucionales se hizo siempre, máxime en los primeros tiempos del constitucionalismo en que muchos países tenían constitución pero no tenían un derecho infraconstitucional desarrollado¹² y era

⁸ 5 US 137

⁹ Hesse, Konrad, *Die Normative Kraft der Verfassung*, Friburg Antrittsvorlesung, Tubinga, 1959. Se encuentra traducida al castellano en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág. 59 a 84.

¹⁰ Cruz Villalón, Pedro, “Introducción” a la obra *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág. 59. Puede verse también: Díaz Ricci, Sergio, “Interpretación constitucional y constitución en Konrad Hesse (in memoriam)” en *Debates de Actualidad*, revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XXII, n° 198, enero/diciembre de 2007, pág. 65

¹¹ 4 Wheat 316

¹² En la Argentina, por ejemplo, la constitución se sancionó en 1853 y el Código

necesario acudir a ella para solucionar los conflictos; (vi) otro tanto cabe decir de la interpretación conforme de las leyes: en la Argentina, por ejemplo, ya en 1887 la Corte Suprema tergiversó la interpretación lógica de una ley para no declararla inconstitucional¹³; y (vii) la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas existe desde el primer día de vigencia de una constitución escrita, prueba de ello fueron las enormes discusiones que generó en los Estados Unidos el fallo “*Marbury*” ya citado y las críticas a la Corte por haberse arrogado el poder de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. En síntesis, ninguno de los requisitos apuntados por el autor bajo estudio tiene la novedad suficiente para justificar el nacimiento de un “neo” constitucionalismo.

b) Otro profesor italiano, Paolo Comanducci¹⁴ comienza refiriéndose al positivismo jurídico en la concepción de Bobbio, acota que durante el siglo XIX y la primera mitad del XX, el constitucionalismo fue positivista y, a continuación, señala que el neoconstitucionalismo no se presenta solamente como una ideología y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista¹⁵. Sobre esa base distingue tres conceptos de neoconstitucionalismo, a los cuales después refuta: (i) **Teórico:** Afirma que, como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo “*aspira a describir los logros de la constitucionalización*” y que el modelo de sistema jurídico del neoconstitucionalismo “*está caracterizado además por una constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de*

Civil, que fue el primero en ser sancionado, recién entró en vigor en 1870

¹³ Caso “Sojo”, Fallos 32:120

¹⁴ Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en AAVV, Neoconstitucionalismo(s), cit., pág. 75 y ss.

¹⁵ Pág. 83,

la ley”. Afirma el autor que, como teoría, el neoconstitucionalismo representa “una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional”. (ii) **Ideológico**: sostiene Comanducci que el neoconstitucionalismo, como ideología, tiende a distinguirse parcialmente del constitucionalismo en cuanto no pone el énfasis en la limitación del poder estatal sino en el reforzamiento de los derechos fundamentales. Afirma que el poder estatal ya no es visto como sospechoso por el neoconstitucionalismo. (iii) **Metodológico**: señala el autor que algunas variantes del neoconstitucionalismo presuponen una toma de posición metodológica y coloca como ejemplos a Dworkin y Alexy. Sostiene que según esta variante los principios constitucionales y los derechos fundamentales son un puente entre el derecho y la moral. A nuestro criterio, desde el momento en que el autor bajo estudio lo caratula como una mera “teoría” ya queda demostrada nuestra tesis respecto de su inexistencia como fenómeno jurídico. Pero además, el núcleo principal de la argumentación del respetado maestro no es novedoso: afirmar que el neoconstitucionalismo no pone el énfasis en la limitación del poder estatal sino en el reforzamiento de los derechos fundamentales, es preferir una de las caras de la moneda que es inescindible de la otra: siempre que se limita el poder del Estado se refuerzan los derechos, y viceversa.

c) El jurista español Prieto Sanchís¹⁶ admite que “*neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo a secas*” son expresiones que se aplican “*de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica*”. La asimilación del neoconstitucionalismo con el constitucionalismo y la frase transcrita demueven la existencia de esta supuesta nueva era constitucional. Luego explica que el constitucionalismo tiene tres acepciones: (i) un cierto tipo de estado de derecho, al que denomina estado constitucional de derecho; (ii) una teoría del derecho para

¹⁶ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en AAVV, Neoconstitucionalismo(s), cit., pág. 123 y ss.

explicar ese modelo y (iii) una ideología que defiende la fórmula política llamada “*constitucionalismo*”. En una obra posterior¹⁷, el mismo autor esboza críticas al neoconstitucionalismo cuando afirma: “*Aun cuando la etiqueta circula cada día con mayor profusión en el mercado de las ideas, lo primero que llama la atención del neoconstitucionalismo es que parece ser una corriente de pensamiento con muy pocos militantes; los autores que suelen citarse como principales impulsores del movimiento, muy heterogéneos entre sí por otra parte, no suelen calificarse a sí mismos como neoconstitucionalistas; y, a su vez, quienes hacen uso de esa expresión generalmente adoptan un sentido crítico y en ocasiones destructivo*” (énfasis agregado). Agrega, en tono crítico, que la primera dificultad que tiene este término es su carácter “*gravemente ambiguo y extremadamente vago*”, por lo cual a su criterio se puede enarbolar su bandera en sentidos muy distintos, aunque luego, una vez fijado el sentido, tampoco son claros los elementos que deben conjugarse para ostentar ese título. El único sustrato común que les reconoce a las distintas voces de esta supuesta corriente es el modelo de Estado Constitucional de Derecho. Pero, en nuestra opinión, afirmar que son neoconstitucionalistas todos los que creen en el estado constitucional de derecho es algo tan vago que no sirve para caracterizar una corriente, y mucho menos para afirmar que haya nacido una corriente nueva distinta del constitucionalismo clásico surgido en 1787/9, enriquecido luego con el constitucionalismo social a partir de 1917. Con ese criterio, cualquiera que crea en la necesidad de un estado constitucional de derecho sería un neoconstitucionalista, por lo tanto habría que colegir que el neoconstitucionalismo existiría desde fines del siglo XVIII, con lo cual se confunde con el constitucionalismo a secas.

¹⁷ Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación*, México, IIDH-Ubijus. Colección Derecho Procesal de los Derechos Humanos, 2016, pág. 13 y ss.

d) Pozzolo¹⁸ adhiere a la crítica respecto de la ambigüedad que reside en la tesis neoconstitucionalista. De todas las variantes posibles, se centra en la que propone la interpretación moral de la constitución y circunscribe el término “*neoconstitucionalismo*” a una teoría del derecho en el Estado constitucional

e) Sastre Ariza¹⁹ lo describe como un nuevo paradigma jurídico. Afirma que el uso de la expresión se ha consolidado en doctrina (pero no cita cuál sería esa doctrina); que es sinónimo de “*constitucionalismo avanzado*” y de “*constitucionalismo de derechos*”; y que designa “*el nuevo modelo jurídico que representan el Estado constitucional de derecho que existe en algunos países europeos*”. Fija su nacimiento después de la segunda guerra mundial, en que se sancionaron constituciones que intentaron terminar con la fractura entre democracia y constitucionalismo dado que conjugaron su función de ser un límite al legislador con la de ser la norma que fija las reglas del juego democrático. A nuestro entender: (i) no se trata de un paradigma, dado que el uso que se viene haciendo del rótulo “*neoconstitucionalismo*” no encaja en ninguna de las acepciones que la Real Academia Española contiene para ese vocablo²⁰; a lo sumo podría ser considerado una “teoría” pero no un paradigma. Para que sea un paradigma debería ser una teoría indiscutida. (ii) Denominar “*neoconstitucionalismo*” a las novedades que las constituciones empezaron a incluir después de la segunda gran guerra equivale a vaciarlo de contenido, porque los cambios utilizados como ejemplo para demostrar esa afirmación

¹⁸ Pozzolo, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, en AAVV, *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pág. 187 y ss.

¹⁹ Sastre Ariza, Santiago, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo” en AAVV, *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pág. 239 y ss

²⁰ El diccionario de la RAE contiene estas acepciones: 1) Ejemplo o ejemplar; 2) Teoría o conjunto de teorías cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar y que suministra la base y modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento (las otras dos acepciones se aplican sólo a la lingüística).

(constitucionalismo de derechos, limitaciones al legislador y democratización de las constituciones), además de ser muy genéricos, están en el espíritu del constitucionalismo desde sus orígenes.

f) En el prólogo del libro en el que se compilaron los trabajos citados más arriba, el profesor mexicano Carbonell²¹ señala que las constituciones de la segunda posguerra dieron origen a esta corriente: Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978). Agrega que a partir de ellas se puede hablar de un Estado neoconstitucional y que el término neoconstitucionalismo alude a dos cuestiones: a) un conjunto de fenómenos evolutivos que impactaron en el concepto de Estado constitucional y b) una teoría del derecho que ha propugnado esos cambios y que a la vez los elogia. No obstante ello reconoce la vaguedad y las dudas que el término genera, al afirmar *“Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata... de un modelo consolidado y quizá ni siquiera pueda llevar a estabilizarse en el corto plazo...”*. Ya han pasado casi veinte años desde la edición de esa obra y no se advierte un cambio, ni en la teoría ni en la práctica, que permita afirmar que estamos en presencia de una nueva era constitucional

g) El profesor argentino Santiago²² aporta mayores precisiones que los autores anteriores. Comienza aclarando que el neoconstitucionalismo pertenece a la tradición constitucional europea y no a la norteamericana, debido, principalmente, a la tarea desarrollada por el tribunal constitucional alemán. Luego lo define como *“un proceso histórico... una teoría... acerca de la realidad jurídica y... una postura doctrinaria e institucional, se podría decir también ideológica, acerca de la fun-*

²¹ Carbonell, Miguel, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en AAVV, *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pág. 9 y ss.

²² Santiago, Alfonso (h.), “Neoconstitucionalismo”, separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

ción que los jueces están llamados a realizar en una democracia tradicional". Es decir que, en su opinión, los grandes protagonistas del neoconstitucionalismo son los jueces y habría tres formas de abordar la tarea que cumplen aplicando la constitución: como un proceso histórico, como una teoría jurídica y como una postura ideológica. Empero, si bien el respetado colega aporta estas precisiones, no nos convence al momento de intentar demostrar la existencia de una nueva corriente. Ello así porque menciona como elementos constitutivos de ella los siguientes: (i) la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos europeos, que comenzó después de la segunda guerra mundial (y cita aquí algunos párrafos de Guastini que referimos más arriba), pero a nuestro criterio los ordenamientos jurídicos europeos comenzaron a constitucionalizarse en 1789 después de la caída de la monarquía absoluta; (ii) el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos, pero entendemos que esa fecha se retrotrae a 1945 en que se adoptó la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que fue el punto de partida de esa rama del derecho; (iii) el activismo del Poder Judicial, que centra su preocupación más en la defensa de los derechos humanos que en control de los poderes; pero este fenómeno existió siempre, tal como lo señaló Bidart Campos en 1980²³; (iv) el control de convencionalidad en cabeza de los jueces nacionales: este sí reconocemos que es un fenómeno nuevo, pero no alcanza por sí solo para justificar el nacimiento de una nueva era constitucional, porque apunta a un tema muy puntual en la tarea de los jueces, que es el de cómo aplican los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sostiene el autor que las propiedades que se adjudica al neoconstitucionalismo siempre han estado presentes²⁴ (con lo cual coincidimos)

²³ Bidart Campos, Germán J., *La Corte Suprema. El tribunal de las garantías constitucionales*, 2º edición actualizada por Pablo L. Manili, Buenos Aires, Ediar, 2010. La primera edición es de 1980.

²⁴ Si bien en este punto se refiere sólo a la Argentina, ello es extensible a todo América y a Europa.

y que éste sólo implicaría un cambio de intensidad en el modo en que ellas se presentan. Es decir que Santiago propugna una versión “atenuada” del neoconstitucionalismo, en el sentido de que no alude a contenidos nuevos sino sólo a la intensificación de contenidos que siempre estuvieron en el constitucionalismo. Concluye: “*Nos parece que no hay un cambio cualitativo, sino de grado: un creciente grado de constitucionalización del ordenamiento jurídico como parte del creciente proceso de juridización y judicialización del proceso político y social*”. Coincidimos con la existencia de un aumento de la importancia de la constitución y de su aplicación judicial durante la segunda mitad del siglo XX, pero consideramos que esa intensificación es insuficiente para afirmar que haya nacido una nueva corriente constitucional. En síntesis, de los autores que hemos compulsado, el único que sagazmente encuentra algo nuevo en el neoconstitucionalismo, lo reduce a una intensificación de características preexistentes, pero no advierte en él contenidos nuevos.

h) Vigo²⁵ utiliza el término neoconstitucionalismo pero no lo define, aunque parecería asimilarlo al concepto de “*estado de derecho constitucional*” como una versión superadora del “*estado de derecho legal*”. Sostiene que “*a los neoconstitucionalistas no les queda otra alternativa que alejarse del positivismo decimonónico o incluso kelseniano, clara y explícitamente esa es la posición de Alexy cuando reconoce que “el problema central de la polémica acerca del concepto del derecho es la relación entre derecho y moral”*”. Agrega que el estado de derecho constitucional y los neoconstitucionalistas “*tan propensos a promover el mejor (axiológicamente hablando) derecho no pueden sino suscribir alguna confianza en la razón práctica*”.

²⁵ Vigo, Rodolfo, “Fuentes del Derecho en el Estado de Derecho y el neoconstitucionalismo”, en La Ley del 24 de febrero de 2012

III. NUESTRA OPINIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN

A nuestro entender el neoconstitucionalismo no existe, en el sentido de que es un rótulo o etiqueta (como afirmaba Prieto Sanchís) nuevo para un fenómeno que se fue dando gradualmente a lo largo de tantas décadas que se esfuma en el tiempo (incluso varios de los autores citados se remiten a fenómenos que existen desde hace uno o dos siglos). Veamos:

- La defensa de los derechos a través de la constitución nació en 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa y el *Bill of rights* norteamericano (incorporación de las primeras diez enmiendas a la constitución de 1787).
- El sometimiento de las leyes a la constitución y la posibilidad de que los jueces las declaren inconstitucionales se viene comprobando, como mínimo²⁶, desde el ya citado caso “*Marbury*” de principios del siglo XIX, aunque hubo declaraciones de inconstitucionalidad anteriores, pero de leyes estatales y no federales.
- La “*sobre-interpretación*” de la constitución data de 1819 con el fallo “*Mc Culloch*” ya citado
- La justicia constitucional especializada nació en 1918 con las constituciones checoslovaca y austríaca, basadas en las ideas de Kelsen.
- El derecho internacional de los derechos humanos nació entre 1945 y 1948, a partir de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, respectivamente.

²⁶ Decimos “como mínimo” porque hubo fallos de esa misma Corte, anteriores a aquél, que declararon la inconstitucionalidad de leyes. Ver nuestro Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Buenos Aires, La Ley, 2021, Tomo VI, pág. 422.

- La doctrina de la fuerza normativa de la constitución fue esbozada en 1959 por Konrad Hesse, como ya señalamos, y desarrollada en 1981 por el español García de Enterría²⁷ y en 1995 por Bidart Campos²⁸ en nuestro país.
- La interpretación de la ley de conformidad de la constitución la vienen haciendo todos los tribunales y cortes desde el siglo XIX
- Lo mismo cabe decir de la aplicación directa de la constitución: en materia de derechos ocurrió siempre y en materia de garantías el fallo “*Siri*”²⁹ de la Corte argentina, de 1957, es un claro exponente de ello.
- El activismo de los jueces³⁰ existió siempre y fue el modo de hacer avanzar al constitucionalismo y *aggiornarlo*

Si esas son las características que definen al neoconstitucionalismo... ¿qué tiene de “*neo*” el constitucionalismo de nuestros días, que lo distinga del que nació en 1787/9 y se enriqueció en 1803 con el control judicial difuso, en 1917 con los derechos sociales y en 1918 con el control concentrado?... Entendemos que no hay diferencia alguna.

Resta entonces analizar si la intensificación de ciertas características del constitucionalismo que apunta Santiago (y con la cual coincidimos) es suficiente como para caracterizar una nueva corriente constitucional. Entendemos que se trata de un simple matiz que se incorporó a lo largo de muchas décadas pero que es

²⁷ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

²⁸ Bidart Campos, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

²⁹ Fallos 239:450

³⁰ Pueden verse nuestros trabajos “El Activismo en la Jurisprudencia de la CSJN” en *La Ley*, 2006-D:1285 y “El Activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema” en la obra colectiva coordinada por Osvaldo Gozaini: *Proceso y Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2009, pág 369 y ss.

incomparable en cuanto a su importancia con los cambios que se produjeron en ciertos momentos de la historia y que sí dieron lugar a que se pudiera hacer alusión —con seriedad— a una “nueva era” constitucional. Nos referimos al constitucionalismo clásico, nacido en 1787 y al constitucionalismo social iniciado en 1917. En ambos casos, los cambios fueron inmensos en comparación con la intensificación apuntada: en el primer caso se trató —nada menos que— del nacimiento del constitucionalismo, con la sanción de las primeras constituciones escritas del mundo y en el segundo se incorporaron los derechos económicos, sociales y culturales a las constituciones decimonónicas y se intentó racionalizar el uso del poder.

A ello se suma otro elemento que desdibuja más al neoconstitucionalismo: la pregunta que ningún autor de los que abordaron el tema (e hicieron muy bien en abordarlo, porque ayudaron al crecimiento de nuestra ciencia) supo contestar, es la referida a cuándo comenzó esta supuesta corriente. Si bien algunos autores lo sitúan después de la segunda guerra mundial, varios de los fenómenos que lo caracterizan son anteriores a esa época. Por ello debemos concluir que tampoco existe una fecha cierta, ni siquiera aproximada, de nacimiento de la corriente, o al menos, de surgimiento de los fenómenos que (según sus cultores) justificarían esta novedosa denominación de algo que no es nuevo.

