

Teorías neoconstitucionalistas

**Un análisis de los constitucionalismos
garantista, principialista e incorporacionista
desde la cultura constitucional mexicana**

Omar Vázquez Sánchez

TESI DOCTORAL UPF / 2017

DIRECTORS DE LA TESI:

Prof. Dr. Josep Joan Moreso Mateos

DEPARTAMENTO DE DERECHO



A Ximena,
porque eres ya mi motivación constante

AGRADECIMIENTOS

Esta tesis doctoral es posible gracias al apoyo de muchas personas.

Especialmente, quiero agradecer a José Juan Moreso, mi director de tesis, por su ayuda y su comprensión durante la elaboración de esta investigación. En este tiempo, ha sido todo un privilegio tener a José Juan como mentor académico; sus reflexiones sin duda son claves en este trabajo. También, por supuesto, es una fortuna contar con su amistad; en todo momento, su dedicación, paciencia y ánimo han sido fundamentales para iniciar y concluir con éxito esta tesis. En definitiva, le agradezco su respaldo intelectual y, sobre todo, su apoyo incondicional.

Así mismo, quiero agradecer a los miembros del grupo de filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. Es para mí un privilegio y motivo de orgullo el haberme formado académicamente y el haber desarrollado mi tesis doctoral dentro de un grupo de investigación tan prestigioso como el de *la Pompeu*. Así, agradezco a los profesores Jorge Malem, Josep María Vilajosana, Marisa Iglesias, José Luís Martí, José Luis Pérez, Adrew Williams, Lorena Ramírez y Alberto Carrio. Estoy especialmente agradecido con Marisa, Lorena y Alberto por mostrar siempre una gran disponibilidad para conocer algunas de mis ideas.

De igual manera, agradezco a mis compañeros doctorandos con quienes compartí excelentes reuniones dentro y fuera de la universidad, entre ellos destaco a Nicole Selamé, Rubén Guilanyà, Alexandra Avena, Enric Bea, Indira Latorre, Felipe Rey, Mariona Rosell, Cristina Astier, Ezequiel Páez, Samuele Chilovi y Sebastián Agüero.

Durante mis estudios doctorales, tuve la oportunidad de realizar dos estancias de investigación. La primera fue en la Universidad de Cambridge; el profesor Matthew Kramer posibilitó y facilitó no sólo mi estancia en una de las mejores universidades del mundo, también gracias a su hospitalidad pude conocer algunos aspectos de la vida universitaria del *Churchill College*. La segunda estancia fue en Canadá, en la Universidad McMaster, bajo la supervisión del profesor Wil Waluchow; estaré siempre agradecido con Wil por su generosidad y apoyo durante mi estancia en Hamilton. Ambas estancias han sido muy provechosas tanto en lo intelectual como en lo personal. En este sentido, también

quiero agradecer a Matt Grellette y, especialmente, a Jorge Fabra, por contribuir a que mi estancia en McMaster haya sido tan buena.

En esta etapa de mi formación, he conocido a personas extraordinarias a quienes les agradezco su amistad sincera y entrañable; por esto, mi gratitud para Jesús Becerra, Ana María Henao, Juan Carlos Covilla, Laura Pinta, Douglas Zaidan, Darian Heim, Saúl Zamarripa y Marcos Andrade; una mención especial es para Claudia Patricia Alvarado, Jorge Roa, Bolívar Portugal y, por supuesto, Gustavo Zavala por hacer del doctorado y de Barcelona un tiempo y un lugar de recuerdos para toda la vida.

Estoy también en deuda con Alejandro González-Piña, Francisco Javier Ezquiaga y Fernando Simón Yarza por sus consejos y por su apoyo para continuar mis estudios doctorales; un reconocimiento especial es para Juan Igartua por conversar mis ideas y, sobre todo, por prestarme su ayuda cuando iniciaba este proyecto formativo.

Para realizar esta tesis obtuve una beca para estudios en el extranjero por parte del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) de México; durante cuatro años disfruté de esta beca que hizo materialmente posible mis estudios en Barcelona. También, en el último año, mi *Alma Mater*, la Autónoma de Tlaxcala, permitió continuar mi formación intelectual. A ambas instituciones, por tanto, mi reconocimiento y mi gratitud.

También, estoy agradecido con el Dr. Serafín Ortiz Ortiz, ex-Rector de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, por su respaldo académico y por su apoyo personal para continuar y concluir mi doctorado.

La vida no sólo me ha dado el privilegio de tener en Horacio Sánchez a un hermano más, también ha permitido que nuestros estudios doctorales coincidan en tiempos y latitudes, de modo que todos estos años verdaderamente han sido maravillosos; por las conversaciones, por las historias, por los viajes, por las comidas, por los vinos, en fin, por las «andanzas en cuatro pies», Horacio, gracias de corazón.

A mi familia le estoy eternamente agradecido por todo su apoyo y cariño; a mis hermanos Alfredo, Juan, Misael y Emmanuel, a mis cuñadas Ivonne, Ilian y Yadira, a mis sobrinos y sobrinas Montse, Cinthy, Fanny, Iván, Juan Carlos, Mery, Zury, Misa y Amy; a mis tíos, a mis tías; a mis primos (especialmente, a Rodrigo), a mi prima Yaz (y su

hermosa familia); a mi abuelita, mamá Tina; a Esmeralda, por acompañar a Horacio en nuestros periplos europeos; a mis amigos y amigas en México, por estar siempre apoyándome; a todas y todos, muchísimas gracias.

Muy especialmente quiero agradecer a mis papás, Alfredo y Lucia, por su amor infinito de padres, por impulsarme siempre ha seguir adelante, por sus consejos, por su ayuda para alcanzar mis sueños; en fin, dado que todo lo bueno que he alcanzado en mi vida es gracias a ustedes, no tengo otras palabras que gratitud y amor.

Y, finalmente, a Gaby, por ser la compañera de mi vida, por estar incluso a la distancia, por animarme siempre, por su amor, por amar desde ya a nuestra querida y deseada Ximena, por todo, gracias *amore*.

RESUMEN

Este trabajo de investigación doctoral tiene por objeto analizar el «paradigma constitucionalista» y su relación con la cultura constitucional mexicana. En el paradigma constitucionalista están implicados dos fenómenos jurídicos contemporáneos: la «constitucionalización» y el «neoconstitucionalismo». Por consiguiente, se realiza una reconstrucción detallada de ambos fenómenos. Especialmente, se analizan las distintas versiones del neoconstitucionalismo teórico. Así, se identifican dos versiones típicas de esta teoría: por un lado, una versión positivista (el «Constitucionalismo garantista»); por otro, una versión no-positivista (el «Constitucionalismo principialista»). Sin embargo, se sostiene que entre estas dos teorías neoconstitucionalistas, hay una tercera postura (el «Constitucionalismo incorporacionista»). En este contexto, se afirma que el sistema jurídico mexicano es un caso más de constitucionalización y se muestra el modo en el que las tesis del constitucionalismo incorporacionista describen y explican adecuadamente algunos casos emblemáticos de la práctica constitucional mexicana.

ABSTRACT

This PhD thesis aims to analyze the «constitutionalist paradigm» and its relationship with the Mexican constitutional culture. Two contemporary legal phenomena are involved in the constitutionalist paradigm: the «constitutionalization» and the «neoconstitutionalism». Consequently, a detailed reconstruction of both phenomena is performed. Especially, the different versions of theoretical neoconstitutionalism are analyzed. Thus, two typical versions of this theory are identified: on the one hand, a positivist version (the «Constitucionalismo garantista»); on the other, a non-positivist version (the «Constitucionalismo principialista»). However, it is argued that between these two neoconstitutionalist theories, there is a third position (the «Constitucionalismo incorporacionista»). In this context, it is argued that the Mexican legal system is another case of constitutionalization and we show the mode in which the thesis of «Constitucionalismo incorporacionista» adequately describe and explain some of the emblematic cases of the Mexican constitutional practice.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, particularmente, en el ámbito iusfilosófico del mundo italo-ibero-americano, se ha popularizado la idea según la cual han sobrevenido dos cambios importantes en el ámbito jurídico: por un lado, un cambio estructural, la llamada «constitucionalización», y, por otro, un cambio doctrinal, el denominado «neoconstitucionalismo».

La relación de ambos fenómenos aparentemente ha favorecido el surgimiento de un nuevo paradigma jurídico, el «paradigma constitucionalista».

Aunque este paradigma surgió en la Europa continental después de la segunda mitad del Siglo XX, no obstante, contemporáneamente, se ha expandido hacia distintas regiones del mundo, de modo que no es exclusivo de un país determinado; en realidad, distintos países de distintas regiones del orbe compartirían dicho paradigma.

En México, de alguna manera, se ha aceptado el desarrollo y la consolidación del paradigma constitucionalista. Esto significa que el sistema jurídico mexicano es un sistema constitucionalizado y la teoría más exitosa para dar cuenta de esto es el neoconstitucionalismo.

Sin embargo, uno de los objetivos de esta investigación, es examinar críticamente éste aparente estado de cosas; es decir, al reflexionar sobre el paradigma constitucionalista y su relación con la cultura constitucional mexicana, intentaremos mostrar que, si bien la constitucionalización es un fenómeno efectivamente vigente en México, de modo que el sistema jurídico mexicano puede contarse como un caso más de constitucionalización, no obstante, la tesis según la cual el neoconstitucionalismo es la teoría más exitosa para dar cuenta del proceso y del resultado de la constitucionalización mexicana, no es adecuada, puesto que no sólo no existe una única teoría neoconstitucionalista, sino que, además, las distintas versiones del neoconstitucionalismo teórico aspiran a ser exitosas, o al menos a ser más exitosas que sus rivales, sea desde el punto de vista de su mayor capacidad explicativa, sea desde el punto de vista de sus mejores consecuencias tanto teóricas como prácticas.

Nuestro interés, por tanto, está enfocado en analizar tanto el fenómeno de la constitucionalización, como el fenómeno del neoconstitucionalismo. Especialmente, nos interesará estudiar y comprender este último, pues, sin duda, se trata de uno de los fenómenos más exitosos e importantes de los últimos años, sobre todo en algunos países latinos, tanto europeos como americanos.

En este contexto, será de gran utilidad un artículo de Luigi Ferrajoli (2012) titulado «Constitucionalismo principialista y Constitucionalismo garantista». Este documento, además de motivar un intenso debate¹, también ha supuesto un verdadero momento de inflexión para el fenómeno neoconstitucionalista, pues, incluso, entre algunos dialogantes, se ha sugerido eliminar del léxico jurídico la expresión «neoconstitucionalismo».

Ahora, aunque el texto de Ferrajoli nos ofrece una aclaración teórica y conceptual del neoconstitucionalismo muy relevante, otro de nuestros objetivos consistirá en mostrar los desaciertos de esta tipología ferrajoliana. Uno de los rasgos fundamentales de la caracterización de Ferrajoli, es distinguir y, a la vez, comparar y evaluar, dos versiones del neoconstitucionalismo teórico: por un lado, el Constitucionalismo principialista y, por otro, el Constitucionalismo garantista. Sin embargo, una adecuada reconstrucción de las distintas posiciones que se sostienen bajo el denominado neoconstitucionalismo teórico, requiere dar cuenta de una tercera teoría neoconstitucionalista, que, por decirlo de un modo, se halla a mitad de camino entre las dos versiones típicas del neoconstitucionalismo teórico.

Al mostrar el lugar que ocupa entre las teorías neoconstitucionalismo esta tercera versión, también pretendemos reflexionar sobre los diferentes intentos por distinguir, comparar y evaluar a las teorías neoconstitucionalistas, de forma que, tal vez, esta tercera vía del neoconstitucionalismo teórico, sea relevante a la hora de determinar la alternativa o la preferencia por alguna de ellas.

Así, considerando estas líneas generales, la presente investigación se estructura de esta forma:

¹ Véase, FERRAJOLI, *et. al.*, 2012.

En el Capítulo I, además de aclarar que la expresión «paradigma constitucionalista» puede emplearse para referir dos fenómenos jurídicos contemporáneos: la constitucionalización y el neoconstitucionalismo, también, de manera particular, se analiza críticamente esta afirmación: el sistema jurídico mexicano es un sistema constitucionalizado.

Así, en dicho capítulo, reflexionaremos, en primer lugar, sobre el significado de la expresión «constitucionalización». Se afirmará que ésta designa un proceso de transformación de un sistema jurídico resultado de la combinación de un conjunto de factores que pueden satisfacerse gradualmente. Así, aunque es cierto que se puede hablar de constitucionalización para referirse a la sustitución o a la reforma continua de un texto constitucional, sin embargo, se aceptará que la constitucionalización puede referirse a distintos factores, de modo que un ordenamiento constitucionalizado puede, por ejemplo, no tener una nueva Constitución, pero sí satisfacer otras condiciones de constitucionalización.

Las condiciones de constitucionalización que serán analizadas son estas: 1) la existencia de una Constitución rígida; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la «sobreinterpretación» de la Constitución; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación conforme de las leyes; y 7) la influencia de la Constitución en el debate político.

Después de analizar estas siete condiciones, estudiaremos el caso mexicano; concretamente, examinaremos cuáles y cuántas de esas condiciones están presentes en el ordenamiento referido. Así, si bien es cierto que este ordenamiento ha experimentado en los últimos años un proceso de cambio político y constitucional originado por una serie de reformas al texto constitucional, lo que, como se dijo, puede significar que se hable de una constitucionalización como resultado de esos cambios constitucionales, sin embargo, como también hemos dicho, el proceso de constitucionalización no se agota con el reemplazo o la reforma continua al texto constitucional, este proceso supone la impregnación de las normas constitucionales en distintos ámbitos,

como la legislación, la adjudicación, la política, las relaciones sociales y, por supuesto, la teorización del Derecho.

El Capítulo II se centra en el análisis del neoconstitucionalismo. Así, se realizará una reconstrucción detallada de este fenómeno jurídico. Especialmente, se analizarán los distintos conceptos que se conectan generalmente con la expresión «neoconstitucionalismo», pues ésta además de referir un movimiento o un fenómeno jurídico, también ha sido empleada para indicar una forma de Estado, una cultura jurídica, una teoría del Derecho, una metodología jurídica y una ideológica jurídica.

En consecuencia, se analizará el modelo de Estado, al que, en efecto, se suele referir mediante la palabra «neoconstitucionalismo»; analizaremos con un poco más de detalle esta forma de Estado, ya que no sólo es el objeto de estudio y el marco común a las distintas teorías neoconstitucionalistas, sino que también, al parecer, las diferencias más relevantes entre dichas teorías, se deben al distinto modo de interpretar y explicar las características que definen a esa forma de organización jurídica y política. Después, hablaremos de un tipo de cultura jurídica que, según se infiere, se ha desarrollado en esa forma de Estado; finalmente, nos ocuparemos de la distinción genovesa del neoconstitucionalismo², según la cual éste no es uno, sino trino³: teórico, ideológico y metodológico.

También, es importante señalar que examinaremos detalladamente el denominado «neoconstitucionalismo teórico». Así, analizaremos las distintas caracterizaciones de esta teoría jurídica; particularmente, nos ocuparemos de la reconstrucción de la «Escuela genovesa»⁴, pero también estudiaremos la reconstrucción de Luis Prieto Sanchís (2013)

² Nos referimos, especialmente, a COMANDUCCI, 2003.

³ La expresión es de Alfonso García Figueroa (2012: 125).

⁴ La mayoría de los integrantes de esta Escuela, se han ocupado ampliamente del neoconstitucionalismo. Originalmente lo hicieron Susanna Pozzolo (1998), Paolo Comanducci (2003) y Mauro Barberis (2003), sin embargo, a la fecha otros integrantes, como Riccardo Guastini (2013) y Giovanni Battista Ratti (2015), también se han referido a este tópico. Sobre la llamada «*Scuola genovesa*», véase: FERRER BELTRAN & RATTI, 2011 y BARBERIS, 2014.

y, especialmente, observaremos la caracterización de Luigi Ferrajoli (2012).

Ésta, pese a su relevancia e influencia, como veremos, no se trata de una distinción novedosa, puesto que, con anterioridad, algunos autores, ya habían realizado algunas distinciones dentro del así denominado «neoconstitucionalismo teórico». En cualquier caso, al analizar la propuesta de Ferrajoli, advertiremos tres tesis típicamente neoconstitucionalistas: la relación entre Derecho y moral, la distinción entre reglas y principios y, finalmente, el papel asignado a la ponderación.

En el Capítulo III, en primer lugar, reflexionaremos sobre las distintas objeciones que se han formulado al neoconstitucionalismo; de este modo, intentamos ofrecer una conclusión particular del capítulo anterior; en segundo lugar, esbozaremos un balance del paradigma constitucionalista y su relación con la cultura constitucional mexicana.

Concretamente, en este capítulo, daremos cuenta de algunas críticas que se han formulado al neoconstitucionalismo; sin embargo, para ordenar estas objeciones, identificaremos tres tipos de actitudes frente al neoconstitucionalismo; se identificará no sólo una actitud de indiferencia, sino que también se advertirá el escepticismo y el optimismo como dos actitudes hacia este fenómeno.

Es importante enfatizar que, estas formas de observar al neoconstitucionalismo, pretenden dar cuenta de los distintos debates que ésta ha suscitado; así, se representa tanto la discusión sobre la etiqueta y sus usos, así como el debate sobre las tesis que comúnmente se asocian a la expresión «neoconstitucionalismo».

Por otro lado, ofreceremos un balance del paradigma constitucionalista, es decir, proporcionaremos algunas conclusiones tanto del fenómeno de la constitucionalización, como del fenómeno neoconstitucionalista en relación con la cultura práctica constitucional mexicana, todo esto, sin embargo, con el fin de preparar el camino que habremos de recorrer en la parte final de esta investigación.

Especialmente, en la parte final de este capítulo, introduciremos el problema sobre si las teorías neoconstitucionalistas son teorías jurídicas

exitosas, pues, para algunos escépticos y, sobre todo, para los optimistas de las teorías neoconstitucionalistas, éstas efectivamente son teorías exitosas para dar cuenta del Estado constitucional.

En el Capítulo IV se examinará la cuestión sobre si las teorías neoconstitucionalistas son teorías del Derecho y si éstas son o pueden considerarse exitosas. A partir del análisis de Julie Dickson (2006) sobre estas cuestiones, se analizarán los aspectos metateóricos o metodológicos de las teorías neoconstitucionalistas.

Así, se expondrán las tesis defendidas por las distintas versiones del neoconstitucionalismo teórico acerca de su objeto de estudio, sus propósitos u objetivos, sus herramientas metodológicas y sus criterios de éxito. Se argumentará que una adecuada reconstrucción de las teorías neoconstitucionalistas, requiere dar cuenta de una tercera versión denominada «constitucionalismo incorporacionista»⁵.

Además, se sostendrá que, si se considera al constitucionalismo incorporacionista como una teoría jurídica consistente y atractiva, la comparación y, sobre todo, la evaluación de las teorías neoconstitucionalistas, se transforma en una cuestión muy compleja. Sin embargo, se explorará la idea sobre la importancia que tienen este tipo de discusiones no sólo para enriquecer nuestra comprensión del fenómeno jurídico, sino también para el avance de la teoría del Derecho.

Asimismo, en un intento por mostrar la relevancia del constitucionalismo incorporacionista en relación a la práctica constitucional mexicana, analizaremos algunos casos emblemáticos resueltos por la Suprema Corte de Justicia mexicana. Así, mostraremos que, en algunos casos relevantes, las tesis que afirma el constitucionalismo incorporacionista pueden describir y explicar adecuadamente las prácticas constitucionales mexicanas. Incluso, desde un plano normativo, es decir, desde una perspectiva que implique orientar determinadas prácticas jurídicas, también el incorporacionismo puede jugar un papel relevante, sobre todo en el ámbito de la adjudicación constitucional.

⁵ MORESO, 2012: 189.

Al final, expondremos las conclusiones a las que arribamos en esta investigación.

ÍNDICE

Agradecimientos	v
Resumen / Abstract	ix
Introducción	xi

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO: EL CASO MEXICANO

I.1 Introducción	1
I.2 El paradigma constitucionalista: la constitucionalización y el neoconstitucionalismo	5
I.2.1 La constitucionalización del Derecho	9
I.2.2 La constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano	18
I.2.2.1 Sobre la «Constitución rígida»	19
I.2.2.2 Sobre «la garantía jurisdiccional de la Constitución»	22
I.2.2.3 Sobre «la fuerza vinculante de la Constitución» ..	27
I.2.2.4 «La «sobreinterpretación» de la Constitución»....	34
I.2.2.5 Sobre «la aplicación directa de las normas constitucionales»	38
I.2.2.6 Sobre «la interpretación conforme de las leyes» ..	41
I.2.2.7 Sobre «la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas»	43

CAPÍTULO II

NEOCONSTITUCIONALISMO: DEL SINGULAR AL PLURAL, Y VICEVERSA

II.1 Introducción	45
-------------------------	----

II.2 Neoconstitucionalismo	45
II.2.1 Del neoconstitucionalismo a los neoconstitucionalismos	50
II.2.1.1 Una forma de Estado	52
a. Aclaraciones terminológicas	52
b. Características del Estado constitucional.....	57
b.1 El Estado constitucional como «una forma de Estado»	58
b.2 El Estado constitucional y el constitucionalismo	66
b.3 El Estado constitucional y la constitucionalización del Derecho	71
II.2.1.2 Una cultura jurídica	71
II.2.1.3 Una metodología jurídica	77
II.2.1.4 Una ideológica jurídica	85
II.2.1.5 Una teoría del Derecho	89
a. Teorías neoconstitucionalistas, según la « <i>Scuola genovesa</i> »	91
b. Teorías neoconstitucionalistas, según Luis Prieto .	94
c. Teorías constitucionalistas, según Luigi Ferrajoli. Dos teorías constitucionalistas del Derecho (en tres actos teóricos).....	96
c.1 CP y CG. Un paso preliminar: el constitucionalismo jurídico como teoría jurídica ...	97
c.1.1 La relación entre Derecho y moral	100
c.1.2 La distinción entre reglas y principios	102
c.1.3 La ponderación y la subsunción en la aplicación del Derecho	105
c.2 Acuerdos y desacuerdos sobre <i>CP</i> y <i>CG</i>	109
II.2.2 De los «neoconstitucionalismos» al «neoconstitucionalismo»	112

CAPÍTULO III

TRES ACTITUDES, CINCO AUTORES Y UN BALANCE DEL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA

III.1 Introducción	115
III.2 Tres actitudes y cinco autores frente al neoconstitucionalismo	115
III.2.1 Discursos neoconstitucionalistas y discursos constitucionalistas frente a frente: la mirada externa de Ma. Ángeles Ahumada	118
III.2.2 Tres formas de escepticismo frente al neoconstitucionalismo: Ferrajoli, Ratti y Barberis	120
III.2.3 La apuesta optimista de Alfonso García Figueroa por el neoconstitucionalismo	132
III.3 Un balance del paradigma constitucionalista: ¿son las teorías neoconstitucionalistas teorías jurídicas exitosas?	142

CAPITULO IV

LAS TEORÍAS NEOCONSTITUCIONALISTAS *AND THE FOURTH ISSUE*

IV.1 Introducción	147
IV.2 Teoría del Derecho	152
IV.2.1 El problema terminológico	152
IV.2.2 La(s) teoría(s) del Derecho	155
IV.2.2.1 Un presupuesto para las teorías del Derecho ...	159
IV.2.3 Propósitos en la teoría del Derecho	162
IV.2.4 Metodología de la teoría del Derecho	169
IV.2.5 La teoría del Derecho y sus criterios de éxito	180
IV.3 Teorías neoconstitucionalistas: un análisis metateórico	187
IV.3.1 Un objeto de estudio común: el Estado constitucional	190

IV.3.2 Tres objetivos o propósitos comunes de las teorías neoconstitucionalistas.....	194
IV.3.2.1 La conexión contingente. Entre la conexión necesaria y la conexión imposible	195
a. José Juan Moreso: la tesis de la incorporación y el objetivismo moral en el debate sobre el neoconstitucionalismo teórico	197
IV.3.2.2 La importancia de los principios. Entre la distinción fuerte y la distinción débil de reglas y principios.....	201
a. Los derechos fundamentales como « <i>defeaters</i> » y el no debilitamiento de la normatividad de la Constitución	203
IV.3.2.3 El lugar central de la ponderación en la adjudicación constitucional. Entre la ponderación y la subsunción	204
a. Dos propuestas para el problema de la adjudicación de derechos fundamentales: el modelo «especificacionista» y el «equilibrio reflexivo ampliado» de Moreso y la « <i>Community's Constitutional Morality</i> » de Waluchow.....	206
IV.3.3 La cuestión metodológica. Entre la metodología descriptiva y avalorativa y la metodología normativa y valorativa	214
IV.3.4 Los criterios de éxito. Entre la capacidad explicativa y las consecuencias	216
IV.3.5 El constitucionalismo incorporacionista. Entre el constitucionalismo garantista y el constitucionalismo principialista.....	220
IV.3.5.1 El constitucionalismo incorporacionista y la práctica constitucional mexicana	225
a. La tesis de la incorporación: tres casos constitucionales.....	225
a.1 El “caso Cassez”	225
a.2 El “caso ABC”	227

a.3 El matrimonio entre personas del mismo sexo	229
b. El no debilitamiento de la normatividad de la Constitución	231
b.1 El caso “Pabellón 13”	231
b.2 El autoconsumo de la marihuana	233
c. El lugar de la ponderación en la jurisprudencia mexicana	234
c.1 El caso «La Jornada vs Letras Libres»	235
c.2 El caso sobre los «conceptos peyorativos»	236
Conclusiones	239
Conclusions	247
Fuentes de información	255

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO: EL CASO MEXICANO

I.1 Introducción

El título de este capítulo evoca un trabajo de Riccardo Guastini (2003) ampliamente conocido en el ámbito italo-ibero-americano: *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano*. En este trabajo, como se sabe, Guastini, por un lado, describe el proceso y el resultado de la transformación del Derecho originado por la Constitución y, por otro, para ejemplificar dicha transformación, se refiere al caso italiano.

Sin embargo, de acuerdo con algunos autores⁶, el ordenamiento italiano no es el único caso de constitucionalización, además de éste, existen otros. En efecto, para dichos autores, el fenómeno de la constitucionalización no es exclusivo de un país; en realidad, se trata de un fenómeno que se ha expandido hacia distintas regiones del mundo⁷. Así, si bien algunos países de Europa continental son ejemplos del proceso de constitucionalización surgido en este contexto después de la Segunda Guerra Mundial⁸, no obstante, a partir de las últimas tres décadas del Siglo XX, algunos países latinoamericanos, como Brasil, Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Chile, México, entre otros⁹,

⁶ AGUILÓ REGLA, 2010; COMANDUCCI, 2009; POZZOLO, 2010; BARBERIS, 2003; PRIETO SANCHÍS, 2013; CARBONELL, 2010; entre otros.

⁷ Una explicación sugerente de esta expansión, la podemos encontrar en MORESO, 2009: 22. Para este autor, una sociedad organizada como una democracia constitucional –esto es, una sociedad con un sistema jurídico y político constitucionalizado-, tiene mayores posibilidades de incrementar el bienestar y el florecimiento humano, de modo que no solamente existirían buenas razones para adoptar el diseño institucional de las democracias constitucionales, también esto tal vez explicaría el por qué algunas sociedades optaron por este modelo de organización jurídica y política.

⁸ Francia, Alemania, Italia y España, son los ejemplos del proceso de constitucionalización europeo de posguerra. Véase, COMANDUCCI, 2009: 85.

⁹ Aunque la internacionalización de la constitucionalización tiene en América Latina sus ejemplos más significativos, sin embargo, para algunos autores, la “ola

también sufrieron una progresiva constitucionalización de sus ordenamientos.

Aunque, desde esta perspectiva, la constitucionalización puede explicarse en términos del reemplazo de una Constitución por otra, pues éste es efectivamente el patrón típico de cambio de la mayoría de los ordenamientos citados¹⁰, sin embargo, ésta no es la única, ni quizá la más interesante, forma de constitucionalización¹¹. La constitucionalización de un ordenamiento, como veremos, supone un proceso de transformación resultado de la combinación de un conjunto de factores que pueden satisfacerse gradualmente. Así, aunque es cierto que la experiencia constitucional de algunos países tanto en Europa como en América Latina implicó la aprobación de nuevos textos

constitucionalizante”, también alcanzó otras regiones del mundo, particularmente, después de la caída del muro de Berlín. Véase, para el caso brasileño, BARROSO, 2008; para el caso colombiano, GARCÍA JARAMILLO, 2010; para los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia, VICIANO y MARTÍNEZ, 2010; para el caso chileno, FERRADA, 2003; CEA EGAÑA, 2005; para el caso peruano, LANDA ARROYO, 2013; para el caso mexicano, CARBONELL y SÁNCHEZ GIL, 2011; ORTEGA GARCÍA, 2013; para otros casos de constitucionalización, particularmente, sobre la «constitucionalización europea», véase CARBONELL y SALAR, 2004; CALONGE VELÁZQUEZ, 2006; sobre la constitucionalización de algunos países después de la caída del muro de Berlín, véase: HÄBERLE, 2016.

¹⁰ Sobre los distintos patrones de cambio constitucional en los ordenamientos latinoamericanos, véase: NEGRETTO, 2012; POU GIMÉNEZ, 2014 y 2016. De acuerdo con estos autores, existen tres tipos de cambios políticos y constitucionales: primero, el reemplazo de una Constitución por otra; segundo, la reforma permanente o continua al texto constitucional vigente; y tercero, la interpretación a dicho texto.

¹¹ La «introducción de una primera Constitución en un ordenamiento que carecía de ella con anterioridad», sería otra forma de constitucionalización que, de acuerdo con Riccardo Guastini (2003: 49), presenta escaso interés analítico. Una primera Constitución, de acuerdo con este autor (GUASTINI, 2007: 34), es aquella «que no encuentre su fundamento de legitimidad en una Constitución precedente», así, aunque algunos autores (VICIANO y MARTÍNEZ, 2010) afirmen que determinadas constituciones latinoamericanas –particularmente, la venezolana de 1999, la ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009- son constituciones «transformadoras» en el sentido de que éstas no guardan ni encuentran fundamento alguno en las constituciones anteriores a ellas; sin embargo, ninguno de los ordenamientos citados, introdujo un primer texto constitucional, en el sentido indicado por Guastini, esto es, todas las constituciones latinoamericanas contemporáneas tienen algún precedente constitucional, de modo que ninguna es «una primera constitución». Para una descripción y distintas críticas a los procesos constituyentes latinoamericanos contemporáneos, puede verse: SERNA DE LA GARZA, 2009.

constitucionales después de la segunda mitad del Siglo XX¹², también lo es que la constitucionalización puede referirse a distintos factores, de modo que un ordenamiento constitucionalizado puede no tener una nueva constitución¹³, pero sí satisfacer otras condiciones de constitucionalización, incluso no necesariamente jurídicas¹⁴.

El fenómeno de la constitucionalización ha sido estudiado desde distintas perspectivas¹⁵; desde la filosofía del Derecho del mundo

¹² Para un análisis general de los procesos constitucionales latinoamericanos recientes, véase, por ejemplo: UPRIMNY, 2011; GARGARELLA, 2013; GARGARELLA y COURTIS, 2009; SALAZAR UGARTE, 2013. Sobre el constitucionalismo desarrollado en Europa después de la última guerra mundial, véase, por ejemplo: FERRAJOLI, 2003; HÄBERLE, 2016; ZAGREBELSKY, 1995; WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, 2000; FIORAVANTI, 1996 y 2001; PRIETO SANCHÍS, 2003; entre muchos otros. °

¹³ El caso mexicano, como veremos, escapa al patrón típico de cambio constitucional (POU GIMÉNEZ, 2016: 1) tanto latinoamericano como europeo de posguerra, esto es, a diferencia de otros países, México no ha tenido un proceso constituyente después del de Querétaro de 1917. Sobre la «evolución constitucional de México», véase: RABASA, 2004 y SOBERANES FERNÁNDEZ, 2002.

¹⁴ María Ángeles Ahumada (2009: 142) afirma que «los procesos de constitucionalización, según países, son más o menos rápidos, intensos y completos dependiendo de múltiples factores, sobre todo no jurídicos». Pese a que esta autora no aclara cuáles son esos factores no jurídicos, empero, Riccardo Guastini (2003: 57 y 58), por ejemplo, considera como condiciones de constitucionalización «la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas», señalando específicamente que, en relación a la postura tanto «de los órganos constitucionales» como de los «actores políticos», «las normas constitucionales pueden ser más o menos usadas en la argumentación política [de estos] para justificar sus acciones y decisiones».

¹⁵ Dado que la constitucionalización suele ser asociada a los procesos de cambios políticos y constitucionales de algunas de las democracias constitucionales contemporáneas, entonces, dicho fenómeno es objeto de estudio tanto de la filosofía política (por ejemplo, GARGARELLA, 2013) como de la teoría constitucional (por ejemplo, FAVOREU, 2001). No obstante, recientemente, también la constitucionalización es un campo de estudio para los comparativistas e internacionalistas, de modo que ahora suele hablarse de la «constitucionalización del derecho internacional» o de la «internacionalización del derecho constitucional». Para un análisis de estas etiquetas, véase: BAYON, 2013: 58 y 59. Un estudio sugerente del concepto de constitucionalización, lo realiza Girardeau A. Spann (2005: 710). Para este autor, la constitucionalización es el resultado de la actividad que realizan los jueces constitucionales al interpretar el texto constitucional, él lo dice así: «*What the Supreme Court does when it clothes its political policy preferences in the garb of constitutional law can be described as the process of constitutionalization*».

latino¹⁶, la constitucionalización suele ser presentada como uno de los dos cambios jurídicos más importantes acontecidos en los últimos años; el otro cambio se refiere al surgimiento de una nueva concepción jurídica denominada «neoconstitucionalismo»¹⁷. De hecho, para algún autor¹⁸, existe una íntima relación de estos fenómenos, de modo que, como veremos, ambos favorecerían el surgimiento de un nuevo paradigma jurídico, el denominado «paradigma constitucionalista».

En este capítulo, sin embargo, analizaremos sólo una de esas dos facetas de dicho paradigma. Es decir, aquí nos ocuparemos del fenómeno de la constitucionalización; específicamente, examinaremos críticamente la afirmación siguiente: el ordenamiento jurídico mexicano es un ordenamiento constitucionalizado. En este sentido, analizaremos, primero, las condiciones que un ordenamiento jurídico debe satisfacer para ser catalogado como constitucionalizado. Después, estudiaremos el caso mexicano; examinaremos cuáles y cuántas de esas condiciones están presentes en el ordenamiento referido. Así, a pesar de que es cierto que este ordenamiento ha experimentado en los últimos años un proceso de cambio político y constitucional originado por una serie de reformas al texto constitucional, lo que significa que, para algunos autores¹⁹, interpretadas en su conjunto, todas estas reformas supondrían la configuración de un «nuevo paradigma del constitucionalismo mexicano»²⁰, mas, como hemos dicho, el proceso de constitucionalización no se agota con el reemplazo o la reforma continua al texto constitucional, este proceso supone también la impregnación de las normas constitucionales en distintos ámbitos,

¹⁶ Entre los iusfilósofos del mundo latino, este fenómeno es uno de los problemas más discutidos en los últimos tiempos. Para una visión general de éste y otros temas relacionados con él, puede verse: FERRAJOLI, *et. al.*, 2012.

¹⁷ La mayoría de los integrantes de la actual «*Scuola genovesa*» de teoría del Derecho se han ocupado ampliamente de ambos fenómenos. En efecto, originalmente estas cuestiones fueron abordadas por Paolo Comanducci (2003), Susanna Pozzolo (1998) y Mauro Barberis (2003), pero, a la fecha otros integrantes, como Riccardo Guastini (2013) y Giovanni Battista Ratti (2015), también se han referido a estos temas. Sobre la llamada «*Scuola genovesa*», véase: FERRER BELTRAN & RATTI, 2011 y BARBERIS, 2014.

¹⁸ COMANDUCCI, 2009: 85.

¹⁹ Por ejemplo, véase: CARBONELL & SALAZAR, 2011 y CASAR & MARVÁN, 2014.

²⁰ CARBONELL & SALAZAR, 2011: IX.

como la legislación, la jurisprudencia, la política, las relaciones sociales y, por supuesto, el conocimiento jurídico²¹.

No obstante, antes de embarcarnos en dicha tarea, es importante analizar con un poco más de detalle la expresión «paradigma constitucionalista», ya que, como afirmamos, la constitucionalización de un ordenamiento jurídico forma parte del conjunto de tesis asociadas a dicha expresión, es decir, dado que la constitucionalización parece ser sólo una imagen del cuadro representado por el paradigma constitucionalista, entonces, para comprender el contexto en el que se desarrolla, necesitamos conocer con mayor precisión cuáles son los rasgos característicos de este supuesto «nuevo paradigma jurídico».

I.2 El paradigma constitucionalista: la constitucionalización y el neoconstitucionalismo

Algunos autores, básicamente, con la expresión «paradigma constitucionalista» se refieren a un conjunto de tesis acerca de ciertas transformaciones acontecidas después de la segunda mitad del Siglo XX que afectan tres cuestiones del Derecho: su estructura, su funcionamiento y su teorización. Entre los autores que han empleado la expresión referida podemos citar como ejemplo a Luigi Ferrajoli, Manuel Atienza, Luis Prieto Sanchís y Alfonso García Figueroa. Veamos qué dicen estos autores sobre este tópico.

Luigi Ferrajoli (2003²²) es, sin duda, uno de los autores que más ha insistido en la afirmación del paradigma constitucionalista. Para este autor, tras la Segunda Guerra Mundial y a partir de la difusión en Europa de las constituciones rígidas y garantizadas, se configuró un nuevo

²¹ En palabras de Riccardo Guastini (2003: 49): «Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales».

²² Luigi Ferrajoli ha empleado la expresión «paradigma constitucionalista» en distintos trabajos, aquí seguiré lo expuesto en «Pasado y futuro del Estado de Derecho» de 2003. Es importante mencionar que, incluso, para uno de los filósofos políticos más influyentes en la cultura jurídica latina, Michelangelo Bovero (2006: 13), el origen de las premisas de este paradigma, se pueden atribuir a Ferrajoli.

paradigma jurídico que transformó aspectos fundamentales del Derecho. De acuerdo con Ferrajoli (p. 18), este nuevo paradigma supuso la modificación de la naturaleza y estructura del Derecho puesto que cambiaron «las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales»; pero también se transformó la naturaleza de la ciencia jurídica, pues ésta ya no es sólo explicativa, es además crítica y proyectiva en relación a su objeto de estudio; finalmente, para Ferrajoli, una tercera transformación aconteció en el ámbito jurisdiccional, ya que la aplicación de la ley se da «sólo si es constitucionalmente válida» o, en su defecto, es interpretada «en sentido constitucional».

Otro autor que ha empleado la expresión «paradigma constitucionalista», es Manuel Atienza (2001: 309-310). Con dicha expresión, Atienza se refiere a una de las concepciones actuales del Derecho. Para este iusfilósofo español, en las obras de algunos autores contemporáneos²³, efectivamente se pueden encontrar «una serie de coincidencias y tendencias comunes con las que podría caracterizarse una concepción del Derecho». Esta nueva concepción jurídica, para Atienza, por lo demás, «pretende dar cuenta de (y de servir para) el Derecho de los Estados constitucionales».

En un sentido próximo al anterior, Luis Prieto Sanchís (2003: 101 y ss.) también se ha referido al paradigma constitucionalista. Efectivamente, aunque para este autor la lista de autores que fundamentan las tesis de este paradigma, es más amplia que la expuesta por Atienza²⁴, sin embargo, para Prieto Sanchís, también el paradigma constitucionalista se refiere a una nueva concepción jurídica que pretende explicar una forma singular de organización jurídica y política surgida en Europa después de 1945, comúnmente denominada «Estado

²³ Para caracterizar a este «paradigma», Atienza (2001: 309) se refiere a las obras de Neil MacCormick (1978), Joseph Raz (1991), Robert Alexy (1989), Carlos Santiago Nino (1993) y Luigi Ferrajoli (1995).

²⁴ Para Luis Prieto (2003: 104), efectivamente la nómina de autores que caracterizan a este paradigma es más amplia, pues no sólo debe incluirse a MacCormick, Raz, Alexy, Nino y Ferrajoli, también es necesario agregar a Jürgen Habermas (1998), Ronald Dworkin (1984) y Gustavo Zagrebelsky (1995).

constitucional de Derecho». Incluso, para este autor, también con la expresión referida se puede aludir a «una nueva cultura jurídico-política» caracterizada por un conjunto de prácticas y actitudes adoptadas por los juristas con el fin no sólo de incidir en un buen número de debates, sino también en hacer de dicha cultura «una respuesta global» a los principales problemas del Derecho.

Finalmente, Alfonso García Figueroa (2009: 17 y ss.) es otro autor que ha empleado la expresión objeto de este análisis. Efectivamente, aun cuando para este autor la expresión «paradigma constitucionalista» se refiere específicamente al «paradigma ‘del Estado constitucional de Derecho’», es decir, al modelo de Estado que surge en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, no obstante, también con dicha expresión, afirma este autor, se puede aludir a una teoría del Derecho, comúnmente, denominada «neoconstitucionalismo», «cuyo objeto predilecto de estudio son los ordenamientos jurídicos constitucionalizados» (o sea, los del Estado constitucional de Derecho).

Más allá de ampliar la lista de autores que han empleado la expresión «paradigma constitucionalista»²⁵, de lo expuesto se pueden hacer algunos comentarios: primero, a pesar de que no sólo el uso, sino también el significado de la palabra «paradigma» es sumamente complejo²⁶, sin embargo, son pocos los autores que, al emplear dicha palabra en el sintagma «paradigma constitucionalista», aclaran su significado.

Segundo, aquellos autores que se han ocupado de esto, es decir, quienes han definido la expresión «paradigma», suelen emplear el sentido que se le asigna en el ámbito de la filosofía de la Ciencia, especialmente, el sentido atribuido por Thomas S. Kuhn (1971) en su obra «*La estructura de las revoluciones científicas*»²⁷; así, para estos autores, el

²⁵ Por ejemplo, véase: AGUILÓ REGLA, 2010: 17.

²⁶ La noción contemporánea de la palabra «paradigma», como se sabe, suele atribuírsele a Thomas Kuhn (1971). Sobre este filósofo e historiador de la ciencia, además de un análisis y críticas al concepto de paradigma empleado por Kuhn, véase: BIRD, 2017.

²⁷ Para Santiago Sastre Ariza (2003: 246), por ejemplo, al hablar del paradigma constitucionalista debemos hacerlo «con toda la fuerza kuhniana del término», ya que los cambios que el Derecho ha experimentado en los últimos años, «permiten que se

paradigma constitucionalista no sólo supone un cambio de paradigma jurídico, es decir, no sólo implica la sustitución de un (nuevo y más adecuado) modelo –teórico y estructural- del Derecho por otro (antiguo y, por tanto, obsoleto e inadecuado) modelo del Derecho, también significaría un avance científico universalmente reconocido por una comunidad determinada, brindando además soluciones a algunos problemas relevantes del Derecho²⁸. Sin embargo, esta aclaración no está exenta de complicaciones, ya que, por un lado, como es sabido, la comprensión del concepto kuhniano de paradigma demanda el entendimiento de otros conceptos claves no menos complejos que éste: por ejemplo, «ciencia normal», «revoluciones científicas», «cambio de paradigma», «realizaciones científicas», «universalmente reconocidas», «modelos de problemas», «modelos de soluciones», «comunidad científica», etcétera²⁹; y por otro lado, que, en relación al paradigma constitucionalista, éste no sólo suponga «un cambio de paradigma» en el sentido descrito, sino que además ofrezca «soluciones» a algunos de los «problemas» más importantes del Derecho, de modo que también

pueda afirmar que estamos ante la presencia de un nuevo paradigma». De acuerdo con Alfonso García Figueroa (2009: 17), el paradigma constitucionalista como teoría del derecho, o sea, el denominado neoconstitucionalismo, implica «una ruptura» en el sentido de que esta nueva teoría «cuestiona» «toda forma de hacer filosofía del derecho por parte de positivistas y antipositivistas tradicionales (internos)». Finalmente, para Leonardo García Jaramillo (2015: 497-498), el cambio de paradigma que implica el neoconstitucionalismo como teoría jurídica, pero también como una forma del «constitucionalismo histórico», puede ser entendido en términos kuhnianos, ya que Kuhn «mostró cómo la evolución científica, e intelectual en general, consiste básicamente en la sustitución de un paradigma por una nueva teoría o hipótesis que, frente a hechos nuevos o descubrimientos recientes, resulta capaz y suficiente de dar cuenta más satisfactoriamente de tales hechos nuevos, por lo que debe, en consecuencia, superar a sus rivales para que pueda ser aceptada como paradigma».

²⁸ Como se sabe, para Thomas S. Kuhn (1971: 13) los paradigmas son «realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica». En el ámbito jurídico, esta idea ha sido analizada ampliamente. Especialmente, los filósofos jurídicos suelen emplearla para analizar cuestiones relativas a la denominada «ciencia jurídica». Sobre estos tópicos, puede verse: PECZENICK, *et. al.*, 1984, especialmente, el capítulo 1 y 2; sobre teoría de la ciencia jurídica, véase, por ejemplo: BOBBIO, 2011; CALSAMIGLIA, 1986; NINO, 1999; PAVLAKOS, 2005; NÚÑEZ VAQUERO, 2015.

²⁹ Para un análisis de estas cuestiones en relación a la ciencia jurídica o dogmática jurídica, puede verse: AARNIO, 1984 y BROEKMAN, 1984.

sea «un avance científico universalmente reconocido», por supuesto, es sumamente discutible.

Tercero, por estas razones, tal vez el sentido de la palabra «paradigma» empleado en el sintagma «paradigma constitucionalista», sea más simple³⁰, puesto que, al parecer, lo que se está tratando de referir con dicha expresión, es la afirmación tanto de un nuevo modelo teórico del Derecho (comúnmente, denominado «neoconstitucionalismo»), así como la existencia de un nuevo modelo de Estado (comúnmente, denominado «Estado constitucional», caracterizado por un específico ordenamiento jurídico y una determinada cultura jurídica).

Mas, todas estas novedades, de acuerdo con cierta doctrina³¹, están convenientemente encapsuladas en dos expresiones: por un lado, en la «constitucionalización» y, por otro, en el «neoconstitucionalismo». En términos generales, éste puede ser una teoría que da cuenta de aquél, de modo que, también se afirma, existe una íntima y recíproca relación entre estos fenómenos, «ya que el uno favorece y sustenta al otro, en un proceso de acción y retroacción»³².

A continuación, como indicamos, analizaremos el fenómeno de la constitucionalización. Procederemos de la forma siguiente: primero, expondremos la caracterización que Riccardo Guastini ha realizado de la constitucionalización; segundo, a partir de esta caracterización, examinaremos los cambios que el ordenamiento jurídico mexicano ha experimentado en los últimos años con el fin de determinar si éste es o no un caso más de constitucionalización.

I.2.1 La constitucionalización del Derecho

En el léxico iusfilosófico de la cultura jurídica latina, al proceso y al resultado de la transformación de un ordenamiento jurídico originado

³⁰ El término «paradigma», de acuerdo con el Diccionario de la lengua española de la Real Academia, en su primera acepción, puede significar «ejemplo o modelo de algo». Y es éste el sentido que ocupamos en este momento.

³¹ COMANDUCCI, 2009: 85 y ss.

³² *Ibidem*: 85.

por la Constitución suele denominársele «constitucionalización»³³. La caracterización más difundida de ésta es, sin duda, la expuesta por Riccardo Guastini (en adelante, RG) (2003).

De acuerdo con este autor, la constitucionalización es un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual dicho ordenamiento resulta totalmente «impregnado» por la Constitución: un ordenamiento constitucionalizado, afirma Guastini (p. 49), «se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales».

La constitucionalización se da mediante un proceso gradual (p. 50 y ss.): «en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento». Las principales condiciones de constitucionalización son estas:

1) «Una Constitución rígida». Esta primera condición se refiere a la existencia de una Constitución escrita y resistente frente a la legislación ordinaria, de modo que las disposiciones constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas sino es mediante un procedimiento de revisión constitucional, que es más complejo respecto del procedimiento de formación de leyes. Es importante advertir que, para Guastini, el proceso de constitucionalización en un ordenamiento jurídico es más acentuado tanto por la existencia de una Constitución escrita y rígida, como por la existencia, según la doctrina jurídica y la jurisprudencia de los jueces constitucionales del ordenamiento de que se trate, de «principios constitucionales (expresamente formulados o meramente implícitos) que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional».

³³ Éste, sin embargo, no es el único significado atribuible a esta expresión. Además de los señalados en la nota número 11, otra forma de significar la expresión «constitucionalización», sería, por ejemplo, cuando se incorpora un derecho fundamental al texto constitucional. Véase, por ejemplo, CARBONELL, 2003 y CLAVERO SALVADOR, 2013.

2) «La garantía jurisdiccional de la Constitución». El proceso de constitucionalización supone la existencia de algún instrumento jurisdiccional de control de constitucionalidad de las normas. Guastini identifica diversos modelos de este control, los cuales pueden ser evaluados desde el punto de vista de su eficacia e identificados a partir de la tradición constitucional de la cual proceden, así por ejemplo identifica el modelo americano, el modelo francés y el modelo europeo continental.

3) «La fuerza vinculante de la Constitución». Esta tercera condición se refiere a la ideología de la cultura jurídica de referencia; así, la constitucionalización supone la aceptación por parte de los miembros de esa cultura jurídica de la idea de que toda norma constitucional, independientemente de su estructura o de su contenido normativo, es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

4) «La ‘sobreinterpretación’ de la Constitución». Esta condición, indica Guastini, está relacionada de manera importante con la anterior, puesto que la fuerza vinculante de la Constitución dependerá de la sobreinterpretación de la misma. Esto es, la Constitución aumenta e intensifica su presencia en el ordenamiento jurídico a partir de la postura que adopten sus intérpretes: si la interpretación constitucional es extensiva antes que literal, entonces, las normas constitucionales son susceptibles de regular cualquier aspecto de la vida social y política.

5) «La aplicación directa de las normas constitucionales». Ésta es otra característica esencial del proceso de constitucionalización que se proyecta hacia dos ámbitos: por un lado, la llamada eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (la *drittwirkung*, como se dice en lengua alemana) y, por otro lado, aunque como derivación de la anterior idea, la actitud de (todos) los jueces frente a las normas constitucionales. Estas ideas implican la reconsideración de la concepción liberal clásica de la función de la Constitución, en esta concepción, de ningún modo las normas constitucionales regulan las relaciones sociales de los ciudadanos entre sí, sólo garantizan la organización del Estado y las relaciones entre éste y los ciudadanos, por tanto, las normas fundamentales no son susceptibles de aplicación

directa en las relaciones *inter privatos*; no obstante, una concepción contemporánea de la Constitución permite reconsiderar la función de las normas constitucionales ya que éstas no sólo tendrían por objeto la limitación del poder político y la organización de éste, también las normas constitucionales ahora se extienden al ámbito de las relaciones privadas. Lo anterior, nos indica Guastini, tendría una estrecha vinculación con la actitud de los jueces frente a las normas constitucionales, pues si estas normas producen efectos directos en las relaciones sociales, entonces cualquier juez puede aplicarlas en cualquier controversia.

6) «La interpretación de las leyes conforme a la Constitución». De acuerdo con Guastini, el control de constitucionalidad de las disposiciones legislativas no sólo tiene dos opciones: la constitucionalidad o la inconstitucionalidad, también existiría una opción intermedia: la *interpretación conforme* que es «aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende) eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución».³⁴ Esta condición por tanto no se refiere a la técnica interpretativa de la Constitución, más bien a la interpretación de la ley.

7) «La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas». Finalmente, esta séptima condición de constitucionalización se refiere a diversos aspectos: primero, la posibilidad de que las constituciones contemplen mecanismos de resolución de conflictos esencialmente políticos entre los órganos estatales, de modo que un órgano jurisdiccional dé solución a estas diferencias sustancialmente políticas; segundo, la actitud de los jueces en general, pero especialmente de los jueces constitucionales, frente a ciertos conflictos normativos se expande al enjuiciamiento no sólo jurídico, incluso político de tal cuestión, Guastini considera tanto a la razonabilidad como a la ponderación como instrumentos argumentativos empleados por los jueces constitucionales para incursionar en la discrecionalidad política de los parlamentos; finalmente, un tercer elemento de esta condición lo

³⁴ GUASTINI, 2003: 57.

constituye el uso de las normas constitucionales por parte de los actores políticos en su discurso para justificar sus acciones y decisiones.

Muy pocos autores niegan la caracterización que RG ha hecho del fenómeno de la constitucionalización³⁵. En realidad, se trata de una caracterización que es más o menos coincidente con otras al dar cuenta del constitucionalismo desarrollado a partir de la segunda mitad del Siglo XX y hasta nuestros días³⁶.

Así, la constitucionalización sería un hecho histórico verificable desde distintas perspectivas, ya que se trata de un fenómeno efectivamente vigente en algunos ordenamientos jurídicos contemporáneos. Uno de ellos, sería el ordenamiento jurídico mexicano. Como lo mencionamos, en este capítulo pretendemos examinar críticamente esta afirmación. Sin embargo, antes de revisar cuántas y cuáles de las condiciones de constitucionalización descritas por Guastini están presentes en el ordenamiento mexicano, nos referiremos a dos cuestiones a propósito de la descripción hecha por el profesor de la Universidad de Génova, ello con el fin de despejar dos dudas: por un lado, dado que la constitucionalización de un ordenamiento no es un todo o nada, sino más bien es una cuestión gradual, entonces, es importante señalar cuáles son las condiciones mínimas que un ordenamiento necesita para ser considerado como constitucionalizado; otra cuestión se refiere a los ámbitos que el proceso de constitucionalización puede transformar, esto es, si bien la constitucionalización suele ser presentada como un cambio que afecta a la estructura de un ordenamiento, empero, es importante advertir que

³⁵ *Cfr.* CRUZ, 2006: 4, para este autor, esta caracterización del constitucionalismo contemporáneo «aun siendo correcta, resulta [...] insatisfactoria, ya que no permite dar cuenta de algunos elementos específicos y singularmente propios del proceso que se pretende caracterizar, como son la limitación de los contenidos del Derecho ordinario, la determinación material de lo exigido constitucionalmente, la apertura semántica y estructural de las disposiciones iusfundamentales, o la apertura del sistema jurídico a la moral».

³⁶ Nos referimos, por ejemplo, a la caracterización de Luis Prieto Sanchís (1997: 7 y ss.), pero también puede verse: FIORAVANTI, 1996, 2001 y 2004; FERRAJOLI, 1995; GUIBOURG & MENDOCA, 2004; NINO, 1997; ZAGREBELSKY, 1995; entre otros.

el proceso de constitucionalización puede afectar otras cuestiones, como la cultura jurídica del ordenamiento de referencia.

Pues bien, en relación a la primera cuestión, el propio Guastini (p. 50) advierte que las condiciones 1 y 2 son necesarias, «en el sentido de que la constitucionalización no es ni siquiera concebible en su ausencia». En otras palabras, la existencia de una Constitución escrita, rígida y garantizada son las condiciones mínimas que un ordenamiento constitucionalizado debe reunir para ser considerado como tal. Así, a pesar de que algunos autores han dudado tanto de la suficiencia de este mínimo común denominador³⁷, así como de si la constitucionalización es una propiedad exclusivamente predicable de aquellos ordenamientos con una Constitución con las características señaladas³⁸, sin embargo, más allá de estas dudas, como observamos, para Guastini, la base de un ordenamiento jurídico constitucionalizado está representada por la existencia de una Constitución escrita, que cuenta con ciertos mecanismos que la hacen resistente frente a la legislación ordinaria y, finalmente, que incorpora algún control sobre la conformidad de las leyes. Sin estas condiciones, por tanto, no sería posible hablar del proceso de constitucionalización.

Respecto a la segunda cuestión, o sea, sobre si el proceso de constitucionalización es sólo un proceso de transformación estructural del Derecho, también el propio Guastini (p. 52), tras describir las condiciones mínimas de constitucionalización, aclara esto: «la tercera

³⁷ Susanna Pozzolo (2010: 166) afirma, por ejemplo, que no es claro si con la presencia de una Constitución rígida y garantizada se puede determinar la constitucionalización de un ordenamiento, ya que además de estos dos elementos, es necesario considerar determinadas exigencias doctrinales a propósito de la interpretación del texto constitucional. Incluso, también se puede argumentar en el sentido de que no se puede comprender la constitucionalización de un ordenamiento, sin el despliegue integral del proceso de constitucionalización, o sea, para que un ordenamiento se constitucionalice es necesario que concurren todas (o la mayoría) de las condiciones de constitucionalización, no sólo las dos primeras. En este sentido, también véase: AGUILÓ REGLA, 2010: 247-249.

³⁸ La referencia es naturalmente al sistema constitucional británico que, como se sabe, no tiene una Constitución escrita. Al respecto, véase: FIORAVANTI, 2001: 85-164. Aun así, para una revisión crítica de algunos lugares comunes de este sistema, véase: BAYÓN, 2010: 285, nota número 2. Para una comprensión de la «filosofía del derecho constitucional» anglosajona, véase: WALUCHOW, 2014.

condición no guarda relación con la estructura del ordenamiento constitucional: más bien considera la ideología difundida en la cultura jurídica del país del que se trate». De esta forma, Guastini distingue entre las condiciones de constitucionalización que afectan a la estructura de un ordenamiento jurídico (las condiciones 1 y 2) de aquellas que se refieren a la cultura jurídica (las condiciones 3, 4, 5, 6 y 7). Esta aclaración es importante por las razones siguientes:

Primero, algunos autores suelen presentar las siete condiciones de constitucionalización que Guastini describe únicamente para identificar la transformación estructural de un ordenamiento jurídico³⁹, aun así, como indicamos, también la constitucionalización afecta a la cultura jurídica de referencia.

Segundo, en este sentido, es posible distinguir entre la constitucionalización estructural de un ordenamiento jurídico y la constitucionalización de la cultura jurídica de ese ordenamiento.

Tercero, aun siendo relevante esta distinción, sobre todo para efectos de evaluar las consecuencias del proceso de constitucionalización en cada uno de estos ámbitos, de modo que, por ejemplo, alguien puede valorar positivamente la constitucionalización estructural de un ordenamiento jurídico, pero no necesariamente aprobar la constitucionalización de la cultura jurídica de dicho ordenamiento, pues son cuestiones distintas, en cualquier caso, es importante observar que la constitucionalización, como dice Alfonso García Figueroa (2009: 64), puede predicarse no sólo del Derecho, sino también de otros elementos vinculados a él: así, tendríamos Estados constitucionalizados, culturas jurídicas constitucionalizadas, teorías jurídicas constitucionalizadas, etcétera.

Cuarto, cuando se afirma que una cultura jurídica está constitucionalizada, es común distinguir entre lo que se ha denominado

³⁹ En este sentido, véase: COMANDUCCI, 2009: 85. En efecto, para este autor, la constitucionalización implica un cambio estructural en un ordenamiento jurídico. Si bien, para Paolo Comanducci, la constitucionalización es un proceso gradual, lo que significa que el cambio estructural de un ordenamiento, también es gradual, no obstante, para él, las siete condiciones de constitucionalización contribuyen a dicho cambio.

cultura jurídica interna (fundamentalmente, la de los operadores jurídicos) y la cultura jurídica externa (esencialmente, la población en general)⁴⁰, pero además entre cultura jurídica constitucionalizada e ideología jurídica constitucionalizada; en efecto, con el primer grupo suelen distinguirse las prácticas, actitudes e ideologías que adoptan los juristas y, sobre todo, los jueces constitucionales, en relación al texto constitucional, frente a las prácticas, actitudes e ideologías que los ciudadanos en general adoptan respecto a dicho texto; por otro lado, en relación a la distinción entre cultura e ideología constitucionalizadas⁴¹, aunque para algún autor⁴², si se considera «el punto de vista de los juristas, y en particular de los funcionarios», la ideología jurídica constitucionalizada sería «conceptualmente indistinguible» de la cultura jurídica constitucionalizada, no obstante, algunos autores suelen distinguir esos dos conceptos de la forma siguiente: la cultura jurídica constitucionalizada se refiere al conjunto de prácticas y actitudes que los juristas desarrollan en el contexto de un ordenamiento jurídico constitucionalizado; mientras que la ideología jurídica constitucionalizada se refiere a una determinada actitud de apoyo o aprobación hacia un ordenamiento jurídico constitucionalizado y/o hacia la cultura jurídica desarrollada en dicho ordenamiento, es decir, la ideología constitucionalizada supone o bien la aprobación de un ordenamiento constitucionalizado, o bien la aprobación de determinadas prácticas y actitudes que los juristas desarrollan en dicho ordenamiento, o bien la aprobación de ambas.

Finalmente, es cierto que algunos autores han observado críticamente la estrecha relación entre el proceso de constitucionalización y una ideología constitucionalizada, pues, se indica, ésta no sólo describe los logros del proceso de constitucionalización, también los valora positivamente y propugna su

⁴⁰ Ésta, en el ámbito de la sociología jurídica, ha sido una distinción exitosa introducida por Lawrence Friedman (1975 y 2000). Sobre un análisis más detallado del concepto «cultura jurídica», véase: NELKEN, 2010; TARELLO, 1995; COTTERRELL, 1997; entre otros.

⁴¹ Ésta es una distinción que puede encontrarse en PINO, 2012, pero también en GARCÍA FIGUEROA, 2009; COMANDUCCI, 2003 y PRIETO SANCHÍS, 1997; para una crítica de estas cuestiones, véase: FERRAJOLI, 2012b.

⁴² PINO, 2012: 201.

defensa y su ampliación, de modo que la relación se da en un proceso de acción y retroacción⁴³, adecuando la realidad a la idea, y viceversa⁴⁴, lo que, de acuerdo con estos autores, tendría ciertas consecuencias perniciosas no sólo «epistémicas»⁴⁵, sino también de «filosofía política normativa»⁴⁶, empero, es importante señalar que, en opinión de algunos autores⁴⁷, no existe una implicación conceptual entre estas cuestiones, de manera que la reconstrucción del proceso de constitucionalización no tiene por qué requerir de una ideología constitucionalizada, como tampoco sería incompatible la valoración positiva de dicho proceso con una determinada actitud interpretativa de la Constitución, ya que una no implica la otra: alguien, por ejemplo, puede adoptar una ideología constitucionalizada que implique una valoración positiva del proceso de constitucionalización, al tiempo que puede (o no) realizar una determinada «lectura moral de la Constitución»⁴⁸.

⁴³ En este sentido, véase: COMANDUCCI: 85.

⁴⁴ A esto se refiere Susanna Pozzolo (2010: 166-167) cuando afirma: «En la medida en que se consolida una concepción neoconstitucionalista de la Constitución, se produce una correspondiente percepción de la realidad, sobre todo por parte de los operadores del derecho y, más en general, de los intérpretes. Esta percepción, una vez estabilizada, direcciona la praxis de los operadores, retroactúa sobre ellos (también de forma inconsciente) y termina así por reconfigurar la realidad según la concepción neoconstitucionalista, radicando la idea según la cual esta última es la expresión necesaria de aquella realidad y no, más bien, una ideología contingente».

⁴⁵ Es decir, no existiría una «reconstrucción del proceso de constitucionalización», en todo caso, éste sería «un producto interpretativo-reconstructivo, a la luz de ciertas asunciones ideológico-políticas relativas a la Constitución». En este sentido, véase: POZZOLO, 2010: 166.

⁴⁶ No es claro qué se dice con esta expresión, generalmente con ella se refiere a una posición metodológica respecto a la relación entre Derecho y moral, dado que, como sugiere Paolo Comanducci (2009: 99), «al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral», entonces, una ideología constitucionalizada no sólo valoraría positivamente el proceso de constitucionalización, sino que también afirmaría «la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral». Ahora bien, al respecto, *Cfr.* MORESO, 2003: 272 y ss.

⁴⁷ Particularmente, véase: MORESO, 2003: 272-273; PINO, 2012: 205; GARCÍA FIGUEROA, 2012: 119; RATTI, 2015: 230-231.

⁴⁸ Ésta, como se sabe, es una expresión exitosa de Ronald Dworkin (1996). Para un análisis de la «lectura moral de la Constitución» de Dworkin, véase: FLEMING, 2006; ROSATI, 2016 y MORESO, 2008b. Sobre la obra de Dworkin en el ámbito de la interpretación, véase: BONORINO, 2010.

I.2.2 La constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano

La constitucionalización de un ordenamiento, como advertimos, es una cuestión gradual, puesto que las condiciones que caracterizan a este proceso pueden satisfacerse con distinta intensidad. Esto implica que un ordenamiento o bien está completamente constitucionalizado, o bien está parcialmente constitucionalizado. Para arribar a alguna de estas conclusiones, usualmente se emplea el modelo de constitucionalización descrito en el apartado anterior.

Dicho modelo, explica las condiciones que un ordenamiento jurídico debe satisfacer para su constitucionalización. Las condiciones de constitucionalización son estas: 1) la existencia de una Constitución rígida; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la «sobreinterpretación» de la Constitución; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación conforme de las leyes; y 7) la influencia de la Constitución en el debate político.

A continuación, nos serviremos también de este modelo para dar cuenta del grado de impregnación de las normas constitucionales en el ordenamiento jurídico mexicano. Así, pese a que algunos autores afirmen que éste se ha constitucionalizado como resultado de una serie de reformas contemporáneas al texto constitucional mexicano⁴⁹, sin

⁴⁹ Ésta es la idea que transmiten Miguel Carbonell y Pedro Salazar en el libro que coordinaron en el 2011 a propósito de las reformas constitucionales en Derechos Humanos promulgadas ese año; el título de dicho libro es por demás sugerente: «*La forma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*». También, Ramón Ortega (2013) ha realizado un estudio interesante sobre estas cuestiones. De acuerdo con este autor, el ordenamiento jurídico mexicano se constitucionalizó parcialmente a partir de la reforma al artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en junio de 2011. En dicho artículo, asevera este autor, se incorporaron algunas condiciones de constitucionalización. Concretamente, la interpretación conforme de las leyes, la sobreinterpretación constitucional y la aplicación directa de las normas constitucionales —o sea, las condiciones cuatro, cinco y seis del modelo de Guastini— fueron incorporadas expresamente en el artículo primero constitucional. Con todo, en la nota número 10, Ramón Ortega, sugiere que la fuerza vinculante de la Constitución —la condición número tres— está implícita en el artículo primero constitucional. Así, de las siete condiciones de constitucionalización, el ordenamiento jurídico mexicano, para el autor referido, tendría seis, ya que las dos primeras —por un

embargo, como veremos, el caso mexicano sería un caso más de constitucionalización no sólo por la efectiva incorporación a la Constitución de algunas de las condiciones de constitucionalización descritas⁵⁰, sino más bien por ser el resultado de otros factores, particularmente, de la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia mexicana.

Veamos, pues, cuántas y cuáles son las condiciones de constitucionalización que están presentes en el ordenamiento jurídico mexicano.

I.2.2.1 Sobre la «Constitución rígida»

La Constitución mexicana es una Constitución rígida en el sentido expuesto por RG, es decir, la Constitución mexicana es escrita y es resistente frente a la legislación ordinaria. En efecto, el texto constitucional mexicano adquirió desde la fecha de su promulgación el 05 de febrero de 1917 una forma escrita. Y, de acuerdo con el artículo 135 constitucional⁵¹, existe un procedimiento especial (o agravado) para reformar el texto constitucional. En suma, desde esta perspectiva, el ordenamiento jurídico mexicano satisface la primera condición de constitucionalización.

lado, la existencia de una Constitución rígida y, por otro, la garantía jurisdiccional del texto constitucional- son condiciones que deben darse «por descontadas» pues éstas son «*sine qua non*» en el sentido de que son necesarias, ya que, sin ellas, el proceso de constitucionalización, no existiría. Por su parte, Miguel Carbonell y Rubén Sánchez Gil (2011), desde una perspectiva más normativa que analítica, afirman que «estamos muy lejos de hablar de un ordenamiento “constitucionalizado” en México», ya que, de acuerdo con estos autores, si se consideran aspectos tanto políticos, como estrictamente jurídicos, se encontrarán ciertos «avances», pero también «retrocesos», en relación a este proceso.

⁵⁰ En este sentido, véase: ORTEGA GARCÍA, 2013.

⁵¹ “Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el computo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas”.

Para Guastini (2003), no obstante, es importante observar que la constitucionalización puede ser «más acentuada» en un ordenamiento en el que el grado de rigidez constitucional, es mayor. Dicho de otra manera, cuanto mayor sea el grado de rigidez, mayor será la constitucionalización. Esto implica que tanto la constitucionalización, como la rigidez constitucional, son cuestiones graduales. En relación a esta última, efectivamente, para Guastini la rigidez de una Constitución depende, por un lado, «del grado de complejidad del procedimiento de reforma constitucional», pero por otro lado también depende de la «doctrina de los juristas» y de la «jurisprudencia» de los jueces constitucionales cuando identifican «principios constitucionales (expresamente formulados o meramente implícitos) que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional». En otras palabras, la gradualidad de la rigidez constitucional no sólo está establecida de manera expresa en el texto constitucional, también es producto de la interpretación de los juristas y, sobre todo, de los jueces constitucionales cuando afirman que ciertos principios son inmodificables⁵². Por estas razones, según Guastini (2001), existen Constituciones «flexibles», «rígidas», «rigidísimas» y «absolutamente inmodificables» (o sea, «petrificadas»)⁵³.

En relación a la Constitución mexicana, es importante señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han identificado determinados principios inmodificables. En efecto, de acuerdo con algunos discursos tanto jurisprudenciales como dogmáticos, en el texto constitucional mexicano existirían principios que no son susceptibles de revisión constitucional; algunos de estos principios, serían los siguientes: a) la soberanía nacional, b) la forma de gobierno republicana, c) el sistema federal, d) la división de poderes, e) los derechos fundamentales, entre otros⁵⁴.

⁵² Sobre los límites expresos (o textuales) y los límites no expresos a la reforma constitucional, véase: GUASTINI, 2001.

⁵³ Sobre la distinción entre Constituciones rígidas y Constituciones flexibles, véase la formulación original de James Bryce (1988).

⁵⁴ La lista de principios puede ser más amplia o más reducida, dependiendo del autor de que se trate, pero básicamente éstos son los principios que suelen citarse para estos fines. Para Jorge Carpizo (1969: 158), por ejemplo, algunos principios fundamentales de la Constitución mexicana de 1917 que no se pueden modificar, son estos: la

Así, más allá de los desacuerdos que plantea no sólo la cuestión de la existencia o no de principios «inmutables», sino también sobre el problema de la rigidez del texto constitucional mexicano⁵⁵, ya que, para muchos, es verdaderamente impresionante el número de reformas que a la fecha tiene la Constitución de Querétaro de 1917⁵⁶, siendo que,

soberanía, los derechos humanos, el sistema representativo, la separación Iglesia-Estado, la división de poderes, el federalismo, la autonomía municipal, el juicio de amparo, entre otros. En este mismo sentido, véase: CARPIZO & MADRAZO, 2009: 17 y ss; FIX-ZAMUDIO & VALENCIA CARMONA, 1999: 106-108; BURGOA, 1979: 323-326; CARBONELL, 1998: 264-266, entre muchos otros. Además de estos principios, es importante mencionar que el texto constitucional mexicano a partir de 2012 expresamente prohibió que determinadas materias constitucionales sean objeto de una consulta popular y, por tanto, que dichas materias no podrían ser objeto de restricción o afectación en forma alguna. En efecto, de acuerdo con el artículo 35, fracción VIII, numeral 3, la participación de los ciudadanos mexicanos en temas de «trascendencia nacional» no podrán versar sobre restricciones a los Derechos Humanos, los principios previstos en el artículo 40 constitucional (sistema republicano, representativo, democrático y federal), la materia electoral, los ingresos y gastos del Estado, la seguridad nacional, y las fuerzas armadas. De esta forma, el texto constitucional incorpora, en algún sentido, límites tanto expresos como no expresos a la reforma constitucional. Por otro lado, sobre la reforma constitucional, la jurisprudencia mexicana ha expresado, entre otras cosas, que, efectivamente, «el poder reformador de la Constitución» tiene ciertos límites, como «el principio jurídico de supremacía constitucional». PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATARIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL, Registro IUS: 165713. En este sentido, también es importante señalar que, sobre la posibilidad de controlar el poder de reforma constitucional, la jurisprudencia mexicana no ha mantenido un criterio claro, ya que, por un lado, acepta que el poder reformador de la Constitución sí puede ser controlado cuando exista algunas «violación de las normas del procedimiento reformativo», pero también existen criterios en el sentido de que dicho control no puede realizarse. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. NO PUEDE REALIZARSE RESPECTO DE LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Registro IUS: 2005466.

⁵⁵ Sobre estos, y otros problemas –por ejemplo, el órgano facultado para las reformas constitucionales; los límites de este órgano; el procedimiento de reforma; casos excepcionales a este procedimiento; sobre el método de adecuación a la realidad de la Constitución, o sea, si la reforma constitucional es por vía consuetudinaria, de interpretación judicial o de reforma constitucional; los factores del porqué se ha reformado la Constitución; si ésta en realidad es rígida o es flexible; un balance de las reformas constitucionales; sobre la necesidad de un nuevo texto constitucional, dado el número de reformas que éste ha tenido; entre otros-, puede verse CARPIZO, 2011.

⁵⁶ Hasta el 15 de agosto de 2016, la Constitución mexicana acumulaba 699 cambios a través de 229 decretos de reforma constitucional, al respecto, véase, FIX-FIERRO, *et. al.*, 2016: 2. En este trabajo, además se podrá encontrar, primero, un estudio sobre las reformas al texto constitucional mexicano; segundo, un diagnóstico de los problemas

formalmente y en teoría, ésta es una Constitución rígida; con todo, es importante advertir que, para nuestros fines, la primera condición de constitucionalización descrita por Guastini está satisfecha.

I.2.2.2 Sobre «la garantía jurisdiccional de la Constitución»

La mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos cuentan con una Constitución garantizada. Básicamente, que una Constitución esté garantizada significa que existe algún medio de control judicial o jurisdiccional de constitucionalidad. Este control ha sido articulado de distintas formas en las democracias constitucionales contemporáneas, de modo que si bien históricamente se han distinguido dos grandes sistemas o modelos de jurisdicción constitucional⁵⁷: el norteamericano y el europeo, sin embargo, contemporáneamente, además de éstas, existen otras formas de esquematizar el control constitucional de las normas⁵⁸.

La Constitución mexicana está garantizada a través de distintos medios de control constitucional⁵⁹. Históricamente, los estudiosos del texto constitucional mexicano han identificado como «garantías constitucionales», es decir, como medios jurisdiccionales o procesales

y defectos del texto constitucional vigente; tercero, una exploración del debate mexicano sobre qué hacer con el texto constitucional, es decir, sobre si se continúa con la dinámica actual de la reforma constitucional, se establece una “moratoria” de la reforma constitucional, se crea una nueva Constitución o se reordena y consolida el texto constitucional vigente; cuarto, una propuesta para crear una Ley de Desarrollo Constitucional para lograr la reordenación y consolidación de la Constitución mexicana vigente.

⁵⁷ Estos modelos, como se sabe, son objeto de estudio de la llamada «ciencia del derecho procesal constitucional», al respecto, véase: FERRER MAC-GREGOR, 2011a. Para una presentación de dichos modelos, véase: FERNÁNDEZ SEGADO, 2004; AHUMADA, 2005; CELOTTO, 2004; PEGORARO, 2004; FIX-ZAMUDIO, 1993; NOGUEIRA ALCALÁ, 2006; ROA ROA, 2015; RUIZ MIGUEL, 2000; ASTUDILLO, 2010; entre otros. En sentido crítico, véase: TUSSEAU, 2011.

⁵⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, 2004: 92 y ss.

⁵⁹ En la dogmática constitucional, suelen distinguirse distintas formas de control constitucional, puesto que son distintos los instrumentos que el texto constitucional incorpora para lograr su plena efectividad, por ello, parafraseando a Héctor Fix-Zamudio (1998: 25.), pueden asumir naturaleza política, económica o social.

de control constitucional⁶⁰, cuya competencia corresponde a los Tribunales de la Federación, al juicio de amparo, a la controversia constitucional, a la acción de inconstitucionalidad, al juicio de revisión constitucionalidad electoral y al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

Sin embargo, en los últimos años, el sistema de justicia constitucional mexicano se transformó significativamente⁶¹. En efecto, como resultado de un cambio interpretativo por parte de la Suprema Corte de Justicia mexicana⁶², ahora todos los jueces pueden ejercer tanto el control de constitucionalidad, como el control de convencionalidad. Así, la defensa jurisdiccional de la Constitución no solo le corresponde al Poder Judicial de la Federación, también ahora los jueces comunes están habilitados para ejercerla.

Así, el modelo o sistema de control constitucional existente en el ordenamiento mexicano, tanto para la doctrina especializada⁶³, como para la jurisprudencia respectiva⁶⁴, es muy «peculiar», ya que éste suele

⁶⁰ Véase, FIX-ZAMUDIO, 1998: 26; y SOBERANES FERNÁNDEZ, 2009: 688-690.

⁶¹ Para un análisis de esta transformación, véase: FIX-ZAMUDIO, 2011; FERRER MAC-GREGOR, 2011; POU GIMÉNEZ, 2014, 2014b; COSSÍO DÍAZ, 2012; entre otros.

⁶² El 14 de julio de 2011, la Suprema Corte de Justicia resolvió el expediente Varios 912/2010, que versaba sobre el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 23 de noviembre de 2009. En el expediente Varios 912/2010, a partir de las reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos y del juicio de amparo de junio de 2011, la Suprema Corte de Justicia resolvió lo siguiente: a) la obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la CIDH en los asuntos donde el Estado mexicano sea parte; b) los criterios interpretativos de la CIDH son orientadores para los jueces mexicanos; c) el deber de todos los jueces mexicanos de practicar un control difuso de convencionalidad; c) así como llevar a cabo un control difuso de constitucionalidad, dependiendo de sus facultades jurisdiccionales; entre otras cuestiones. Sobre el expediente varios 912/2010, véase: FERRER MAC-GREGOR, 2011b; PARDO REBOLLEDO, 2012; COSSÍO DÍAZ, 2012; COSSÍO DÍAZ, *et. al.*, 2012b. Por su parte, para un análisis del caso *Radilla* ante la CIDH y su discusión inicial por parte de la Suprema Corte mexicana, véase: FERRER MAC-GREGOR & SILVA GARCÍA, 2011.

⁶³ Véase, por ejemplo, COSSÍO DÍAZ, 2011; FERRER MAC-GREGOR, 2011 y COSSÍO DÍAZ, 2012.

⁶⁴ De acuerdo con la jurisprudencia mexicana, «el sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano», tendría las características siguientes: «Actualmente existen

presentarse como un «modelo híbrido» en el sentido de que reúne características tanto del modelo norteamericano como del modelo europeo. En efecto, dicho control en México, tendría las características siguientes⁶⁵: es «difuso», pero también «concentrado»; es «concreto»,

dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el *control concentrado* en los órganos del Poder Judicial de la Federación con *vías directas* de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en *forma incidental* durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y *difuso* en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad» SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO (Registro IUS: 160480).

⁶⁵ Tradicionalmente, las características que definen al *sistema o modelo americano* serían estas: difuso, concreto, por vía de excepción, *inter partes* y *a posteriori*; así, se dice que es *difuso* porque la competencia para conocer la constitucionalidad de una ley corresponde a todos los jueces; es *concreto* porque el juez decide la constitucionalidad o no de una ley con ocasión de la aplicación de ésta a un caso particular; es *por vía de excepción* o *incidental* porque al juez no se le interroga directamente y exclusivamente acerca del problema de la constitucionalidad de una ley, sino que su participación es requerida por alguna de las partes al poner en duda la constitucionalidad de una determinada ley; es *inter partes* porque los efectos de las sentencias alcanzan sólo a las partes y es aplicable al caso concreto; finalmente, es *a posteriori* porque la norma sometida a juicio de constitucionalidad debe ser promulgada y, por tanto, estar en vigor. El *sistema o modelo europeo*, por otro lado, suele caracterizarse en oposición a estos elementos. Así, este modelo se caracteriza por ser concentrado, abstracto, por vía de acción, *erga omnes* y *a priori*; se afirma que es *concentrado* porque un solo órgano determina si una ley o un acto son constitucionales o no; es *abstracto* porque el litigio se centra directamente en el análisis de la constitucionalidad de una disposición normativa, es decir, la controversia no se desprende de otra; es *por vía de acción* o *directo* porque el juez que decide es competente para decidir la cuestión de la conformidad de la ley con la Constitución; es *erga omnes* porque los efectos de las sentencias no sólo anularían la disposición normativa declarada inconstitucional, también la expulsarían del ordenamiento jurídico; finalmente, es *a priori* porque el juicio de constitucional puede darse antes de la promulgación de la disposición jurídica cuestionada y, por tanto, su constitucionalidad puede ser declarada antes de que entre en vigor.

pero también «abstracto»; es «por vía de excepción» (o «incidental»), pero también es «por vía de acción» (o «directo»); en relación a los efectos de las sentencias es «*inter partes*», pero también «*erga omnes*»; y, finalmente, es «*a posteriori*», pero también puede ser «*a priori*».

Aunque todos estos elementos, por supuesto, requieren de un análisis más minucioso, algo que, no obstante, está fuera de nuestros objetivos⁶⁶, es importante realizar algunos comentarios a propósito de lo que algunos autores han llamado «un nuevo paradigma» del control de las normas en México⁶⁷. Básicamente, este nuevo paradigma se refiere al nuevo control difuso constitucional y convencional que deben realizar los operadores jurídicos mexicanos a partir de una serie de decisiones jurisprudenciales⁶⁸ y reformas constitucionales concretadas en los últimos años⁶⁹.

⁶⁶ Véase, por ejemplo: FERRER MAC-GREGOR, 2011 y COSSÍO DÍAZ, 2012.

⁶⁷ Para José Ramón Cossío y Roberto Lara (2015), al «nuevo paradigma de control constitucional» en México, habría que sumarle el «nuevo paradigma de la interpretación constitucional», ambos desarrollados en el «nuevo paradigma constitucionalista». En este sentido, también véase: FERRER MAC-GREGOR, 2011.

⁶⁸ Algunos criterios jurisprudenciales relevantes sobre estos temas, son los siguientes: CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS (Registro IUS: 2010143); PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (Registro IUS: 160525); CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD (Registro IUS: 160589); CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011) (Registro IUS: 2002264); JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA (Registro IUS: 2008148); PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL. SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA NACIONAL O INTERNACIONAL (Registro IUS: 2010426); CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SU EJERCICIO NO LIMITA NI CONDICIONA EL DEL CONTROL CONCENTRADO (Registro IUS: 2010144).

⁶⁹ La reforma constitucional que, en este contexto, suele citarse como «paradigmática» es la de Derechos Humanos de junio de 2011. Al respecto, véase: CARBONELL & SALAZAR, 2011. Sin embargo, también es importante señalar otras reformas, por ejemplo, la relativa al juicio de amparo. Sobre las reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos en los últimos años, véase: POU GIMÉNEZ, 2014. Sobre la

Si bien en la literatura especializada, estas nuevas operaciones jurídicas han generado algunos desacuerdos⁷⁰, pero, en relación a los temas aquí desarrollados, es importante advertir que estas nuevas formas de control de las leyes pueden vincularse a lo que cierta doctrina ha denominado «nuevas prácticas jurídicas» del nuevo paradigma constitucionalista⁷¹. En efecto, para estos autores, además de la aprobación de nuevas constituciones, la conformación de este nuevo paradigma implicó tanto el desarrollo de ciertas prácticas jurídicas, como el surgimiento de nuevas teorías jurídicas. Éstas, se afirma, pretenden explicar las nuevas prácticas jurídicas desarrolladas a partir de esos nuevos textos constitucionales. Así, el paradigma constitucionalista sería la suma de esas tres novedades: textos constitucionales, prácticas jurisprudenciales y teorías jurídicas.

Pues bien, a pesar de que los ejemplos más paradigmáticos de estas «prácticas jurisprudenciales renovadas» suelen referirse a determinadas técnicas interpretativas desarrolladas fundamentalmente por los jueces constitucionales cuando interpretan y aplican la Constitución⁷², empero, como hemos visto, ahora todos los jueces mexicanos deben interpretar y aplicar el texto constitucional mediante el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, y esto, como sugiere Guastini, forma parte del proceso de constitucionalización de un ordenamiento, pues en

«reforma constitucional de amparo», véase: POU GIMÉNEZ, 2014b y FERRER MAC-GREGOR & SÁNCHEZ GIL, 2013.

⁷⁰ Se han discutido distintas cuestiones que van desde el uso del término «control de convencionalidad», hasta el significado de dicho término, pasando por supuesto por las implicaciones de dicha actividad. Para un análisis de todas estas cuestiones, así como respuestas sugerentes a las mismas, véase: CASTILLA JUÁREZ, 2011. Sobre el «control de convencionalidad», véase: FERRER MAC-GREGOR, 2011; GARCÍA RAMÍREZ, 2011; NOGUEIRA ALCALÁ, 2012; entre otros.

⁷¹ Véase: CARBONELL & GARCÍA JARAMILLO, 2010: 11-12; pero también de estos autores puede verse: CARBONELL, 2010 y GARCÍA JARAMILLO, 2010. Luis Prieto (2012: 29), al respecto afirma: «Tal vez uno de los hallazgos más celebrados del judicialismo neoconstitucionalista haya consistido en abrir la posibilidad de una jurisdicción difusa en el entramado institucional de un modelo de jurisdicción concentrada».

⁷² Algunas de estas técnicas, según Miguel Carbonell (2010: 154-155), serían las siguientes: «la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *Drittwirkung*), el principio *pro personis*, etcétera».

éste la Constitución es «capaz de condicionar» la práctica jurídica en todos sus niveles.

En suma, para algunos autores, si la afirmación del nuevo paradigma constitucionalista mexicano requiere de la existencia de nuevas prácticas jurídicas, y si el nuevo control judicial de la constitucionalidad de las normas en México es una de estas prácticas, entonces, el paradigma constitucionalista en México tendría plena vigencia.

I.2.2.3 Sobre «la fuerza vinculante de la Constitución»

La idea de la fuerza vinculante de la Constitución es, para RG, esencial en el proceso de constitucionalización. Ahora bien, esta idea, propone este autor, debe, por un lado, ser opuesta a aquella según la cual la Constitución no es una norma jurídica genuina, no es vinculante y tampoco es susceptible de producir efectos jurídicos y, por otro lado, dicha idea debe difundirse «en el seno de la cultura jurídica» de referencia. Por estas razones, esta tercera condición de constitucionalización, explica el profesor genovés, no se refiere a la estructura del ordenamiento jurídico, más bien se relaciona con la cultura jurídica de dicho ordenamiento. Esto es, una cultura jurídica constitucionalizada se caracteriza por la transformación y la difusión entre algunos de sus miembros de la idea de la fuerza vinculante de la Constitución.

De acuerdo con algunos autores⁷³, en la cultura jurídica mexicana es posible constatar tanto el cambio como la difusión de la idea referida. Así, la fenomenología de la constitucionalización en México confirmaría la realización efectiva de la tercera condición descrita por RG.

⁷³ Por ejemplo, véase: CARBONELL & SÁNCHEZ GIL, 2011: 45; OROZCO HENRÍQUEZ, 2008: 567-577. Para Ramón Ortega (2013: 610, nota 10), esta condición de constitucionalización «está implícita» en el artículo primero de la Constitución mexicana, de modo que, si bien son los operadores jurídicos mexicanos los que hacen efectiva la «fuerza normativa de la Constitución», empero, para dicho autor, con el «reconocimiento» implícito que hace el artículo primero, será suficiente para afirmar que esta condición está satisfecha por el ordenamiento mexicano.

La transformación de la idea de la fuerza vinculante de la Constitución, en opinión de algunos autores, se originó en una serie de cambios políticos, sociales, económicos y, por supuesto, jurídicos acontecidos en México en los últimos años⁷⁴. Estos factores, se sugiere, motivaron una nueva concepción del texto constitucional: frente a la idea de que dicho texto sea sólo «un ‘manifiesto’ político cuya concretización es tarea exclusiva del legislador», se ha opuesto la idea según la cual la Constitución «es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos»; además, esta nueva concepción del texto constitucional, rechaza la idea de que la Constitución sea únicamente un texto organizativo del poder estatal y programático respecto de ciertos derechos, particularmente, de los derechos sociales, cuya aplicación y concretización dependen de programas económicos y sociales operados por determinadas autoridades. En definitiva, para algunos autores, en la actualidad, el texto constitucional mexicano contiene disposiciones jurídicas que, independientemente de su estructura o de su contenido normativo, son verdaderas normas jurídicas, vinculan a todos y, lo que más importa, producen efectos jurídicos.

Y, por otro lado, para confirmar la difusión en la cultura jurídica mexicana de esta nueva idea constitucional, según algunas opiniones⁷⁵, bastaría con revisar la praxis jurídica mexicana contemporánea, especialmente, algunas decisiones de los jueces constitucionales, para, precisamente, advertir no sólo la fuerza vinculante de la Constitución, también la expansión de esta idea en la cultura jurídica mexicana.

⁷⁴ Un análisis general de todos estos cambios en los últimos quince años, puede verse: CASAR & MARVÁN, 2014. Para un análisis tanto del «viejo» como del «nuevo» constitucionalismo mexicano, así como una serie de comentarios críticos a la dinámica de cambio constitucional en el México contemporáneo y algunas tesis sugerentes para que el constitucionalismo mexicano sea una «historia de éxito constitucional», véase: POU GIMÉNEZ, 2016. También, los trabajos de José Ramón Cossío sobre estas cuestiones, son muy significativos, véase: COSSÍO, 1998, 2001 y 2002. Finalmente, desde una perspectiva sociológica, sobre los distintos cambios que México ha experimentado en los últimos años, véase: LÓPEZ-AYLLÓN & FIX-FIERRO, 2001, 2002 y 2003.

⁷⁵ En este sentido, véase: OROZCO HENRÍQUEZ, 2008 y CARBONELL & SÁNCHEZ GIL, 2011.

Naturalmente, la anterior descripción puede ser objetada de diversas formas, pero básicamente se podría cuestionar, por una parte, si realmente se ha transformado la idea de la fuerza vinculante de la Constitución y, por otra, si efectivamente este cambio se ha difundido en la cultura jurídica mexicana⁷⁶. Dados los objetivos de esta investigación, no nos detendremos en estos temas. Aunque es importante advertir que, en la literatura jurídica especializada, ambas cuestiones tienen respuestas tanto positivas como negativas: hay quienes afirman que efectivamente se ha transformado la idea de la fuerza vinculante de la Constitución y que además esta idea se ha difundido exitosamente en la cultura jurídica mexicana⁷⁷; pero también hay quienes niegan esto: ni se ha transformado, ni mucho menos se trata de una idea propagada en la cultura referida⁷⁸. Así, se puede señalar que el estado de la cuestión en relación a estos temas es, por decirlo brevemente, contradictorio⁷⁹, ya que, según algunos autores, desde un

⁷⁶ Ambas objeciones pueden encontrarse en CÁRDENAS GRACIA, 1998: 99-105; 2005: 242-243; 2007: 317; también, véase: CARBONELL, 1998: 69-92; 2004: 163-171; LÓPEZ-AYLLÓN & FIX-FIERRO, 2003: 521-523; COSSÍO, 1998: 43 y ss; 2002: 191-200.

⁷⁷ Para Jesús Orozco Henríquez (2008: 567-590), la fuerza normativa de la Constitución mexicana puede «evidenciarse mediante las diversas ejecutorias, criterios relevantes y tesis jurisprudenciales» que a partir de 1995 ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia.

⁷⁸ Ésta sería una conclusión que se puede extraer de LÓPEZ-AYLLÓN & FIX-ZAMUDIO, 2003: 506; aunque también para estos autores (2003: 522) no está justificado «negar todo valor normativo a la Constitución», ya que ésta «ha sido “normativa” en la medida en que reflejaba un arreglo político básico, así como valores sociales fundamentales, los que de manera efectiva canalizaron la vida institucional mexicana por largo tiempo». Empero, Jaime Cárdenas (1998: 103) ha sugerido: «[L]os mecanismos institucionales y las regulaciones previstas en la norma fundamental de 1917 fueron pervertidos por el régimen político surgido después de la Revolución, el cual ha bloqueado la posibilidad de una Constitución normativa y la transformación de la cultura jurídica nacional». También, sobre las distintas formas de concebir el texto constitucional a partir de 1917 y hasta el año 2000 por distintos miembros de la cultura jurídica mexicana –el Poder Constituyente de 1917, la Suprema Corte de Justicia y, fundamentalmente, la dogmática constitucional-, véase: COSSÍO, 2001.

⁷⁹ Al respecto, Héctor Fix-Fierro y Sergio López-Ayllón (2003: 522, nota 14), afirman: «La mayoría de los académicos comparten esta percepción [que la Constitución mexicana no ha sido una Constitución normativa, es decir, una Constitución que realmente regule el proceso político y sea aplicada y respetada como ley suprema], pero sus opiniones varían en relación a los orígenes y la profundidad de la separación. Algunos constitucionalistas sitúan completamente la cuestión de la naturaleza normativa de la Constitución en el proceso político. Por lo tanto, su apreciación en

punto de vista «formal», efectivamente existen elementos para afirmar, sobre todo, el cambio de la idea de la fuerza vinculante de la Constitución; no obstante, desde un punto de vista «material», esto no necesariamente es así, esencialmente, porque «en la realidad» el texto constitucional mexicano carece de «eficacia»⁸⁰ y, por tanto, no sólo los operadores del sistema jurídico, sino también los demás miembros de la cultura jurídica de referencia, perciben que la Constitución no es una norma jurídica genuina, no es vinculante, y mucho menos produce efectos jurídicos⁸¹.

Es evidente que la idea de la fuerza vinculante de la Constitución es una cuestión compleja, ya que esta idea suele ser abordada desde distintas perspectivas y con distintos intereses⁸². Ahora bien, esto, al parecer, es inevitable, no sólo porque la idea referida implica, entre otras cosas, la comprensión del texto más importante de un ordenamiento jurídico, sino también porque dicha idea se refiere a los efectos de ese texto fundamental⁸³.

este sentido depende directamente de su juicio en relación con las cualidades democráticas de la política mexicana. Otros autores, sin dejar de reconocer las deficiencias democráticas del régimen y la influencia de los factores extraconstitucionales en la vida constitucional, sostienen que la Constitución tiene, en términos generales, un valor normativo que ha contribuido a la estabilidad y el desarrollo de la vida social y política».

⁸⁰ En este sentido, véase: CARDENAS: 1998. Sobre los distintos usos del término «Constitución», véase: GUASTINI, 2001. Particularmente, sobre la Constitución «formal» y «real», véase: LOEWENSTEIN, 1983.

⁸¹ Sobre las transformaciones jurídicas acontecidas en México en el periodo de 1970-2000 y su relación con la cultura jurídica mexicana, véase: LÓPEZ-AYLLÓN & FIX-FIERRO, 2003: 588-598. En relación al conocimiento, la percepción y las opiniones que del texto constitucional tiene una parte de la «cultura jurídica» mexicana, o sea, los ciudadanos mexicanos, puede verse las tres encuestas nacionales que ha realizado en casi una década el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2004, 2011 y 2017).

⁸² Al respecto, por ejemplo, véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, 1994.

⁸³ Esto supone, naturalmente, que una respuesta adecuada a las cuestiones relacionadas con esta idea, tal vez requiera no sólo de un examen empírico (por ejemplo, para mostrar los «efectos jurídicos» de las disposiciones constitucionales), pero también, por supuesto, de un análisis conceptual (por ejemplo, para comprender la idea de la «eficacia jurídica» de las disposiciones constitucionales). Estudios y análisis de estas cuestiones pueden encontrarse en los trabajos de Héctor Fix-Fierro y Sergio López Ayllón (2001, 2002 y 2003).

En cualquier caso, si analizamos la descripción de RG a propósito de esta condición de constitucionalización, es posible evitar algunas de las cuestiones apuntadas. En efecto, dado que, como se señaló, de acuerdo con Guastini, la constitucionalización de una cultura jurídica en relación a la idea de la fuerza vinculante de la Constitución implica que esta idea se difunda en «el seno de la cultura jurídica de referencia», además de que dicha idea se transforme en el sentido de que, en relación a «las controversias de legitimidad constitucional de las leyes», todas las disposiciones constitucionales sean relevantes, lo que significa, primero, que si una ley es declarada inconstitucional es porque dicha ley no solamente es «contraria directamente a una norma preceptiva», sino también porque se encuentra «en conflicto con un principio o con una norma programática», empero, en relación a esto, también que la distinción entre normas preceptivas y normas programáticas y/o de principio sea irrelevante en las controversias de legitimidad constitucional de las leyes; entonces, desde esta perspectiva, para determinar si efectivamente una cultura jurídica se ha constitucionalizado, según Guastini, es necesario examinar si la idea de la fuerza vinculante de la Constitución se ha transformado en el sentido de que todas las disposiciones constitucionales tienen alguna relevancia práctica en los conflictos de legitimidad constitucional de las normas, pero también si dicha idea se ha difundido en el «seno de la cultura jurídica referencia».

Pues bien, para el caso mexicano, sobre la segunda cuestión, a pesar de que RG no establece qué debemos entender por «el seno de la cultura jurídica», no obstante, si consideramos que, al referirse al control jurisdiccional de constitucionalidad de las normas, se está refiriendo a los operadores jurídicos que realizan dicho control, entonces, desde esta perspectiva, la constitucionalización de una cultura jurídica puede verificarse a partir de un sector de ésta⁸⁴; es decir, la idea de la fuerza

⁸⁴ O sea, de lo que se ha llamado la «cultura jurídica interna». Como señalamos, desde la sociología en general, pero también en la sociología jurídica, se ha distinguido entre «cultura jurídica interna» y «cultura jurídica externa». Ésta, para Friedman (1975: 223), es «el conjunto de las ideas, valores, opiniones, expectativas y creencias que las personas en sociedad mantienen frente al sistema jurídico y sus diversos componentes»; mientras que, para el mismo autor, la cultura jurídica interna es «aquella que es propia de los miembros de la sociedad que realizan actividades jurídicas

normativa de la constitución debe difundirse sólo entre los miembros que practican el control de constitucionalidad, que, en relación al sistema jurisdiccional mexicano, como observamos, serían todos los órganos de este sistema.

Incluso, si como dice la jurisprudencia mexicana⁸⁵, la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición normativa por no ser conforme con la Constitución y con los tratados internacionales implica la invalidez o la expulsión de esa disposición del orden jurídico nacional⁸⁶, entonces, el significado de la expresión «el seno de la cultura jurídica» en relación al control de constitucionalidad de una disposición normativa, puede ser aún más restringido, ya que dicho control está a cargo de algunos jueces mexicanos, no de todos.

Desde esta perspectiva, por tanto, si analizamos la práctica constitucional del control jurisdiccional de las normas, se podrá determinar si la idea de la fuerza vinculante de la Constitución se ha transformado en el sentido de que todas las disposiciones constitucionales tienen alguna relevancia práctica en los conflictos de legitimidad constitucional de las normas y, además, si dicha idea se ha difundido en ese ámbito.

Una exploración general del discurso contemporáneo de la Suprema Corte de Justicia –máximo órgano jurisdiccional mexicano y, por tanto, instancia última del control constitucional- permite advertir una práctica orientada a confirmar la fuerza vinculante de la Constitución⁸⁷. Así, al

especializadas». Un análisis más detallado del concepto «cultura jurídica», véase: NELKEN, 2010; TARELLO, 1995; COTTERRELL, 1997; entre otros.

⁸⁵ Por ejemplo, véase: SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO (Registro IUS: 160480).

⁸⁶ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD (Registro IUS: 160589).

⁸⁷ El siguiente criterio jurisprudencial confirma este apunte: «CONSTITUCIÓN. SU CONCEPCIÓN COMO NORMA JURÍDICA. Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido construyendo la doctrina de que la Constitución es, ante todo, una norma jurídica. Tal situación implica el reconocimiento de las siguientes premisas: (i) en primer término, todo el contenido de la Constitución tiene un valor normativo inmediato y directo, teniendo la posibilidad de facto de desenvolverse en todo su contenido; (ii) adicionalmente, la Constitución requiere de un esquema idóneo que la proteja frente a actos o disposiciones que la pretendan vulnerar, pues su fuerza

menos discursivamente, la alta esfera jurisdiccional mexicana, ha consolidado la idea de que la Constitución es una norma jurídica genuina, de modo que «todo el contenido de la Constitución tiene un valor normativo inmediato y directo»⁸⁸, es decir, vincula a todos los poderes, pero además —y esto es importante también en la caracterización de Guastini—, todas las disposiciones constitucionales producen efectos jurídicos, incluso cuando se examina la legitimidad de una ley frente al texto constitucional. Esto, además, implica que, en relación a la distinción entre disposiciones preceptivas y disposición programáticas y/o de principio, para efectos del control constitucional de una norma, carezca de relevancia. En efecto, aunque es cierto que dicha distinción se mantiene en algunos discursos tanto dogmáticos⁸⁹ como jurisprudenciales⁹⁰, sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia mexicana⁹¹, una ley puede ser declarada inconstitucional

normativa radica tanto en su capacidad de adaptarse a los cambios de su contexto, así como en su permanencia, la cual no se refiere a una inmutabilidad, sino a su cabal aplicación; y (iii) la Constitución es el fundamento de validez del resto del ordenamiento jurídico, de lo cual se desprende la posibilidad de llevar a cabo un control de regularidad normativa respecto de aquellas disposiciones que la contraríen. Registro *IUS*: 2008936.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ En la dogmática constitucional, las disposiciones constitucionales programáticas son aquellas «cuya eficacia depende de que se cree un acto normativo que persiga ese efecto o de la condición de ser reglamentadas», estas disposiciones, se sugiere, «se dirigen» «para su aplicación» «a los órganos legislativos»; por su parte, las disposiciones constitucionales preceptivas u «operativas» «son aquellas que no necesitan ser reglamentadas por otro acto normativo para que puedan ser aplicadas», estas disposiciones, se advierte, «se dirigen» «para su aplicación» «a los órganos jurisdiccionales». En este sentido, véase: CARPIZO, 2009: 1042. Así, si bien el uso de esta distinción es claramente didáctico, sin embargo, también esta distinción es empleada para criticar la ineficacia de aquellas disposiciones que la dogmática o la jurisprudencia han identificado como principios programáticos. Al respecto, para el caso mexicano, véase: CARBONELL 2009: 815-843; y, sobre todo, COSSÍO, 1998: 43 y ss.

⁹⁰ De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia, un principio o una norma programática se distingue por no tener «operatividad plena», carecer de «eficacia propia», ser «meros criterios orientadores de los poderes públicos», necesitan «de un desarrollo legislativo posterior» y pueden no cumplirse «inmediatamente». Al respecto, véase el criterio de la Segunda Sala de la Suprema Corte que lleva por rubro: JUSTICIA TRIBUTARIA. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE SUS PRINCIPIOS, Registro *IUS*: 169467.

⁹¹ «[T]odo el contenido de la Constitución tiene un valor normativo inmediato y directo, teniendo la posibilidad de facto de desenvolverse en todo su contenido», ésta

independientemente de si el precepto constitucional vulnerado es preceptivo o programático y/o de principio, lo que, al final, implica que todas las disposiciones constitucionales tienen alguna relevancia práctica en el control de constitucionalidad.

De esta forma, si la idea de la fuerza vinculante de la Constitución significa que las disposiciones constitucionales no sólo son vinculantes para todos los operadores jurídicos, sino también que dichas disposiciones son jurídicamente eficaces, especialmente, en el control constitucional de las normas, entonces, ambos extremos están presentes en los discursos de los jueces constitucionales mexicanos.

Por todo, si observamos los discursos y ciertas prácticas constitucionales en México, particularmente, de las últimas instancias jurisdiccionales, en los últimos tiempos, se puede constatar efectivamente una transformación y una difusión de la idea de la fuerza vinculante de la Constitución, según la cual ésta es una norma jurídica genuina, que vincula a todos sus destinatarios y, sobre todo, produce efectos jurídicos en el control de la constitucionalidad de las normas.

I.2.2.4 «La «sobreinterpretación» de la Constitución»

Básicamente, esta condición implica que la Constitución sea interpretada de manera que se le extraigan innumerables normas implícitas idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y

es una idea fundamental para que, de acuerdo con la Suprema Corte, la Constitución mexicana sea «una norma jurídica». CONSTITUCIÓN. SU CONCEPCIÓN COMO NORMA JURÍDICA, Registro IUS: 2008936. Adicionalmente, la jurisprudencia mexicana ha entendido que tanto la parte «dogmática» como la parte «orgánica» de la Constitución puede protegerse a través de las distintas garantías jurisdiccionales que el ordenamiento jurídico mexicano establece, lo que significa que frente a una norma que sea contraria a las disposiciones constitucionales, éstas, todas, serán salvaguardadas en cualquier momento. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS PARTES LEGITIMADAS PARA PROMOVERLA PUEDEN PLANTEAR LA CONTRADICCIÓN DE LAS NORMAS GENERALES FRENTE A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, YA SEA EN RELACIÓN CON SU PARTE DOGMÁTICA U ORGÁNICA, Registro IUS: 191379.

política⁹². Además, para interpretar de esta forma a la Constitución, se sugiere, es necesario optar por una interpretación extensiva de ésta, antes que una interpretación literal o restrictiva⁹³. Así, los intérpretes de la Constitución, opina RG (2003), tienden a considerar a las disposiciones constitucionales como principios generales de contenido indeterminado; lo que a su vez implica que, si bien es cierto dichos principios pueden generar una cantidad innumerable de normas ulteriores, también lo es el hecho de que estos principios se pueden aplicar «fácilmente», pues son susceptibles de ponderación, es decir, que a la luz de otros principios, estos sean valorados a partir de su «importancia» y, como consecuencia de esto, algunos sean simplemente inaplicados.

Un examen superficial a la actual jurisprudencia mexicana permitiría afirmar que el texto constitucional mexicano se ha sobreinterpretado en el sentido expuesto por RG. En efecto, aunque algunas de las cuestiones referidas por este autor se vinculan al problema de la interpretación constitucional en particular⁹⁴ y de la interpretación jurídica en general⁹⁵, empero, si analizamos algunos de los aspectos más relevantes de la descripción de Guastini y los vinculamos con la práctica constitucional mexicana, advertiremos efectivamente que la sobreinterpretación es una práctica constante en el ámbito jurisdiccional mexicano.

Así, pese a que algún autor ha dicho que la sobreinterpretación de la Constitución mexicana puede confirmarse a partir de la simple lectura del artículo primero constitucional⁹⁶, en cambio, si observamos algunos elementos de la práctica constitucional mexicana, no es difícil advertir que los intérpretes de la Constitución mexicana han hecho efectiva esta cuarta condición de constitucionalización, pues no sólo han desarrollado la idea de que las disposiciones constitucionales son

⁹² Sobre disposiciones constitucionales implícitas y no implícitas, véase: GUASTINI, 2007: 125-145.

⁹³ Acerca de estas dos formas de interpretar la Constitución, puede verse: GUASTINI, 2011: 113-137.

⁹⁴ Al respecto, sólo como ejemplo, véase: MORESO, 2014: 157-203; COMANDUCCI, 2010: 115-144; GUASTINI, 2011: 113-137.

⁹⁵ A manera de ejemplo, véase: GUASTINI, 2011; VÁZQUEZ, 2006; COMANDUCCI, 2010: 93-113; VERNENGO, 2000.

⁹⁶ ORTEGA GARCÍA, 2013: 610-617.

«principios» que se «ponderan» cuando entran en «conflicto»⁹⁷, también del texto constitucional se han obtenido principios implícitos⁹⁸, no

⁹⁷ La jurisprudencia mexicana ha desarrollado estos conceptos en distintos criterios jurisprudenciales (por ejemplo, véase: CONFLICTOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES. CORRESPONDE A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESOLVERLOS EN CADA CASO CONCRETO, Registro *IUS*: 162408). A continuación, citaremos en extenso un criterio emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia mexicana en el que se da cuenta no sólo de algunos conceptos claves a propósito de los conflictos entre disposiciones constitucionales, sino que además se retoman algunas ideas de uno de los autores más relevantes sobre estos temas: Robert Alexy (2007 y 1997), a saber: CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA. Los derechos fundamentales, siendo en su definición más básica pretensiones jurídicas destinadas a establecer los límites que los representantes de los ciudadanos no pueden traspasar en el desarrollo de sus responsabilidades normativas, no son en sí mismos ilimitados. En efecto, su estructura normativa típica no es la propia de las reglas -normas jurídicas con condiciones de aplicación razonablemente detalladas y determinadas, que se aplican mediante razonamientos subsuntivo sino la que caracteriza a los principios, que son imperativos jurídicos con condiciones de aplicación definidas de modo muy abierto, lo cual los destina naturalmente a entrar en interacción, en los casos concretos, con otras normas con contenidos jurídicos que apuntan en direcciones no idénticas. Es por eso que suele decirse que los derechos fundamentales operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización, porque su protección y reconocimiento en los textos constitucionales presuponen naturalmente que sus exigencias normativas entrarán en conflicto con otras en los casos concretos, supuesto en el que será necesario desarrollar un ejercicio de ponderación para articular el resultado de su aplicación conjunta en esos casos. Así, en las democracias constitucionales actuales la resolución jurídica de los conflictos que involucran derechos fundamentales no parte cada vez de cero, sino que el sistema jurídico contiene un abanico más o menos consensuado de reglas o criterios que expresan lo que puede o no considerarse un equilibrio adecuado entre ellos en distintos contextos o escenarios aplicativos. Así, algunas de estas reglas están consagradas expresamente en los tratados de derechos humanos o en las Constituciones mismas, y otras se van explicitando a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos, incluidos aquellos en los que se juzga la constitucionalidad de los límites a los derechos incluidos en las leyes. De ahí que el legislador es competente genéricamente para emitir normas que regulan y limitan derechos, pero no puede hacerlo como prefiera, sino bajo determinadas condiciones relacionadas tanto con fines como con medios, en tanto que su labor normativa -llegado el caso- debe ser cuidadosamente examinada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para garantizar que los límites que de ella derivan estén justificados por la necesidad de proteger a su vez derechos e intereses constitucionalmente amparados, y no haya sido adoptada sobre bases arbitrarias o insuficientemente sensibles a su impacto en las condiciones de goce del derecho involucrado (Registro *IUS*: 161368).

⁹⁸ Para la Suprema Corte de Justicia, por ejemplo, el «interés superior del niño» es un principio «de rango constitucional implícito en la regulación de los derechos de los menores previstos en el artículo 4º constitucional» (Registro *IUS*: 162354). Otros principios de este tipo, serían: la «autonomía de la voluntad» (Registro *IUS*: 2008086);

expresos en el texto constitucional, lo que implica que, como vimos, la Constitución mexicana se interprete⁹⁹ extensivamente, antes que de forma literal,¹⁰⁰ además de que, dichos principios, tenga una incidencia en aspectos tanto sociales¹⁰¹ como políticos¹⁰².

En definitiva, algunas prácticas y actitudes desarrolladas por los juristas mexicanos en relación a la interpretación constitucional, han posibilitado la constitucionalización de la cultura jurídica mexicana. Algo que, por cierto, también la doctrina especializada tiende a confirmar¹⁰³.

el «principio de precaución» aplicable al derecho ambiental (Registro *IUS*: 2013345); el principio «de verdad absoluta» (Registro *IUS*: 179281); el principio de «reparación integral del daño o justa indemnización» (Registro *IUS*: 2001744); etcétera.

⁹⁹ Sobre la interpretación constitucional en el ámbito mexicano, véase: CARPIZO, 1971; VÁZQUEZ, 2006: 236-270. La

¹⁰⁰ Para la jurisprudencia mexicana, la Constitución efectivamente se puede «interpretar literalmente», ahora bien, ante la «insuficiencia» de este criterio, además el intérprete puede acudir a otras formas de interpretación constitucional, como la «extensiva». Algunos criterios relevantes sobre estos temas son los siguientes: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. EL ALCANCE DE UN PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE BASARSE, ESENCIALMENTE, EN LO DISPUESTO EN ÉSTA Y NO EN LAS DISPOSICIONES GENERALES EMANADAS DE ELLA (Registro *IUS*: 174436); INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA (Registro *IUS*: 175912); INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. LA REGULACIÓN ESTABLECIDA EN UN PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO PUEDE APLICARSE POR ANALOGÍA CUANDO PREVÉ EXCEPCIONES A REGLAS GENERALES ESTABLECIDAS EN LA PROPIA NORMA FUNDAMENTAL (Registro *IUS*: 174435); INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR (Registro *IUS*: 196537).

¹⁰¹ Por ejemplo, el ya citado «interés superior del niño» que es un principio de relevancia «social» por ser «uno de los principios rectores» más importantes del marco jurídico nacional e internacional (Registro *IUS*: 162354).

¹⁰² Por ejemplo, el «principio de precaución» aplicable al derecho ambiental que es una política pública que todas las autoridades deben «promover, respetar, proteger y garantizar» Registro *IUS*: 2013345).

¹⁰³ Sobre «ponderación» e «interpretación constitucional» en México, puede verse: CARBONELL, 2011: 281-319; LARA CHAGOYÁN, 2011: 129-146.

I.2.2.5 Sobre «la aplicación directa de las normas constitucionales»

Esta quinta condición, como pudimos constatar, supone esencialmente dos cosas: primero, una particular concepción de la Constitución y, segundo, derivada de esta concepción, una determinada actitud de algunos operadores jurídicos cuando aplican el texto constitucional. Esto es, la aplicación de las disposiciones constitucionales presupone la idea según la cual la función de la Constitución no es sólo regular las relaciones entre los poderes del Estado o entre el Estado y los ciudadanos, sino también las relaciones entre particulares, de modo que, considera RG, las disposiciones constitucionales «puedan producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia».

La aplicación de la Constitución, por supuesto, es una cuestión sumamente compleja, pero si analizamos la descripción de Guastini y examinamos la práctica jurídica mexicana contemporánea, se podría afirmar que las disposiciones del texto constitucional mexicano producen efectos jurídicos también en las relaciones entre particulares¹⁰⁴. Efectivamente, según la actual jurisprudencia

¹⁰⁴ Ésta es una idea que ha sido reiterada en distintos criterios jurisprudenciales. Algunos de estos criterios son los siguientes: DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES (Registro IUS: 159936); DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE COMO PERSONAS POSEEN LOS TRABAJADORES (Registro IUS: 2008088); PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD E INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES (Registro IUS: 2008112); PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. FACTORES PARA MEDIR LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES (Registro IUS: 2008113); LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. SE ACTUALIZA SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES CUANDO SE ALEGUE UNA COLISIÓN ENTRE LOS MISMOS (Registro IUS: 2003078); DERECHOS FUNDAMENTALES CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES. GOZAN DE EFICACIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES (Registro IUS: 2002746); DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN. GOZAN DE EFICACIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES (Registro IUS: 2002504); DISCAPACIDAD. LA NATURALEZA PRIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO NO EXCLUYE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

mexicana¹⁰⁵, las normas constitucionales son susceptibles de aplicación directa y pueden producir efectos jurídicos en las controversias que se susciten en las relaciones jurídico-privadas. Asimismo, es importante señalar que no sólo la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido indicado, también los estudiosos del texto constitucional mexicano han estimado que contemporáneamente existe una eficacia horizontal de los derechos fundamentales en México¹⁰⁶.

Por otro lado, según Guastini, la aplicación directa de las normas constitucionales no sólo se refiere a la eficacia de las normas constitucionales en el tráfico jurídico *inter privatos*, también se refiere a la posibilidad de que todos los jueces apliquen en cualquier controversia las disposiciones constitucionales. En otras palabras, la aplicación de la Constitución supone que cualquier órgano jurisdiccional aplique directamente las disposiciones constitucionales, incluso cuando se analiza la legitimidad constitucional de las leyes.

Pues bien, como se ha señalado, la jurisprudencia y la doctrina mexicanas, fundamentalmente, a partir de la reforma de 2011 al artículo primero constitucional¹⁰⁷, han afirmado que todos los órganos

CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA MATERIA (Registro IUS: 2002517); SUMISIÓN AL JUICIO ORAL SUMARIO. NO IMPLICA LA IMPOSIBILIDAD DE DENUNCIAR QUE SU REGULACIÓN VULNERA DERECHOS CONSTITUCIONALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA) (Registro IUS: 160739); REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. RESULTA LA VÍA ADECUADA PARA QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CONOZCA DE AQUELLAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO QUE NO REPAREN UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMETIDA POR UN PARTICULAR (Registro IUS: 161192).

¹⁰⁵ Históricamente, como han apuntado algunos autores (CARBONELL, 2009: 132-153; y, especialmente, MIJANGOS Y GONZÁLEZ, 2004 y 2007), la jurisprudencia mexicana había negado que las disposiciones constitucionales se aplicaran frente a particulares.

¹⁰⁶ Especialmente, véase: CARBONELL, 2009; MIJANGOS Y GONZÁLEZ, 2004 y 2007; VALADÉS, 2010.

¹⁰⁷ Tras la reforma de 10 de junio de 2011, el párrafo primero y segundo del artículo 1º de la Constitución mexicana dispone: «En los Estados Unidos Mexicanos *todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte*, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de*

jurisdiccionales están obligados a aplicar directamente las disposiciones constitucionales cuando ejercen en el ámbito de sus competencias tanto el control de constitucionalidad como el control de convencionalidad¹⁰⁸. Así, más allá de las peculiaridades que implican dichos controles en el sistema jurídico mexicano¹⁰⁹, es importante observar que, como sugiere Guastini¹¹⁰, «en el constitucionalismo de nuestros días», el uso directo de la Constitución por parte de todos los jueces, es una práctica común, «en ocasión de cualquier controversia».

la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia». (Énfasis añadido). Pero, además, otras modificaciones importantes al texto constitucional mexicano serían estas: 1) La nueva denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución, ya que anteriormente dicho título era este: “De las garantías individuales”, sin embargo, tras la reforma quedó así: “De los derechos humanos y sus garantías”; 2) En el artículo primero constitucional ya no se “otorgan” los derechos, más bien se “reconocen”; en el nuevo texto constitucional, toda persona “goza” de los derechos y mecanismos de garantía reconocidos no sólo por la Constitución, sino también por los tratados internacionales que reconozca el Estado Mexicano; 3) Se establece, en el párrafo tercero del artículo primero constitucional, la obligación del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar, en todos sus niveles de gobierno, los derechos humanos; 4) Estas obligaciones de las autoridades mexicanas frente a los derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de estos derechos; 5) En este sentido, el Estado Mexicano debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos; 6) Una de las finalidades de la educación, se determina en el artículo 3º, deberá ser el respeto a los derechos humanos; entre otras. No obstante, es importante señalar que, para Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2011: 340-342), la nueva obligación que tienen los jueces mexicanos de realizar el control difuso de convencionalidad se debe, entre otras, a las causas siguientes: 1) a las cuatro sentencias condenatorias que al Estado mexicano ha recibido (se refiere al caso *Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, de 23 de noviembre de 2009, al caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, de 30 de agosto de 2010, al caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, de 31 de agosto de 2010, y al caso *Cabreara García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010); 2) a los artículos 1º (obligación de respetar los derechos), 2º (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), y 29 (normas de interpretación más favorables) de la Convención Americana de Derechos Humanos; 3) a lo dispuesto en los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados; 4) a la sentencia de 14 de julio de 2011, del expediente varios 912/2010, resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; y 5), por supuesto, a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011.

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo: FERRER MAC-GREGOR, 2011.

¹⁰⁹ Sobre estas «peculiaridades», véase: CASTILLA, 2011.

¹¹⁰ GUASTINI, 2003: 55.

I.2.2.6 Sobre «la interpretación conforme de las leyes»

La interpretación de las leyes conforme a la Constitución es, de acuerdo con RG, una de las opciones que los intérpretes pueden asumir en relación a la constitucionalidad de una ley. Es decir, entre la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las leyes, existiría sin embargo otra opción: la interpretación conforme. Esta posición intermedia en el control constitucional de las leyes, en definitiva, supone adecuar o armonizar la ley con la Constitución, eligiendo el significado que evite no sólo la contradicción entre dicha ley y el texto constitucional, sino también permita que la ley conserve su validez, que de otro modo perdería al declararse su inconstitucionalidad.

Por mandato constitucional, a partir del 10 de junio de 2011, la interpretación conforme se ha incorporado formalmente al ordenamiento jurídico mexicano. Desde esa fecha, en efecto, el artículo primero constitucional, en su párrafo segundo, dispone: «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia».

Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia mexicanas se han ocupado de esta técnica interpretativa¹¹¹, de modo que se han analizado distintas cuestiones que van desde el proceso de su redacción en el texto constitucional¹¹², hasta cuestiones relacionadas con su significado¹¹³, así como por supuesto sus alcances en la práctica interpretativa mexicana¹¹⁴, no obstante, lo que hay que advertir, siguiendo a RG, es que la interpretación conforme es una técnica cuyo desarrollo efectivo condiciona la constitucionalización de un ordenamiento jurídico, algo que, en los últimos años, ha ocurrido en los tribunales mexicanos.

¹¹¹ Véase, por ejemplo: CABALLERO OCHOA, 2011; FERRER MAC-GREGOR, 2011; RODRÍGUEZ, *et. al.*, 2013.

¹¹² GARCÍA RAMÍREZ & MORALES SÁNCHEZ, 2012: 52-245.

¹¹³ RODRÍGUEZ, *et. al.*, 2013: 29.

¹¹⁴ Véase, FERRER MAC-GREGOR, 2011.

En efecto, un examen general de la jurisprudencia mexicana contemporánea¹¹⁵, permite advertir el uso frecuente de la interpretación conforme. Así, más allá del análisis crítico que se haga de este tipo de interpretación¹¹⁶, es innegable que dicha práctica constitucionalizante tiene una realización efectiva por parte de los operadores jurídicos mexicanos. En otras palabras, esta sexta condición de constitucionalización se satisface plenamente en el ordenamiento jurídico mexicano.

¹¹⁵ Aunque para algunos autores (CARBONELL & SÁNCHEZ GIL, 2011: 45), la interpretación conforme era practicada por la Suprema Corte mexicana desde 1940, empero, en los últimos años, y como resultado de la reforma constitucional de 2011, los criterios jurisprudenciales que emplean esta forma de interpretación, se han incrementado significativamente. Sirvan de ejemplo, los siguientes: DERECHOS HUMANOS. INTERPRETACIÓN CONFORME, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (Registro IUS: 2003974); PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONFORME Y PRO PERSONA. SON APLICABLES A LOS JUICIOS CIVILES (Registro IUS: 2007735); INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN (Registro IUS: 170280); NORMAS PENALES. AL ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD NO PROCEDE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN CONFORME O INTEGRADORA (Registro IUS: 167445); ACCIÓN DECLARATIVA DE INTERPRETACIÓN CONFORME DE UNA DISPOSICIÓN DE OBSERVANCIA GENERAL. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CARECE DE FACULTADES PARA CONOCER DE ELLA AL NO TENER SUSTENTO CONSTITUCIONAL (Registro IUS: 2008432); entre otros.

¹¹⁶ Dado que la interpretación conforme pretende prevenir o evitar la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición normativa, algunas cuestiones complejas relacionadas con dicha forma de interpretación serían tanto el tema de los conflictos normativos –sobre todo, las denominadas «antinomias jerárquicas», así como la cuestión de la inconstitucionalidad de las leyes, ya que, sobre todo esta última, implica que el juez constitucional para evitar la declaración de nulidad de una disposición normativa a través de la interpretación conforme, tendrá que ser deferente con el legislador o, dicho de otra forma, deberá respetar siempre la presunción de constitucionalidad que todas las disposiciones jurídicas poseen. Sobre estos temas, véase: ORTEGA GARCÍA, 2013: 627-641. Sobre conflictos normativos, puede verse: RUIZ SANZ, 2002; HUERTA OCHOA, 2007. Sobre antinomias, puede verse: CHIASSONI, 2010. Sobre «los criterios para resolver antinomias», véase: BOBBIO, 1990. Sobre «las declaraciones de inconstitucionalidad», véase: MORESO, 1997. Sobre el control judicial de las leyes y la «presunción de constitucionalidad» de las disposiciones normativas, véase: FERRERES, 1997.

I.2.2.7 Sobre «la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas»

De acuerdo con RG, esta última condición se refiere a la influencia de la Constitución en el debate político. Sin embargo, dada la complejidad de esta cuestión, para Guastini, es importante advertir que la Constitución influye directamente en el debate político si ésta contempla mecanismos que permitan resolver conflictos de competencia entre órganos constitucionales; pero también, refiere Guastini, la Constitución puede intervenir en las relaciones políticas cuando los jueces –especialmente, los jueces constitucionales-, así como los órganos constitucionales y los actores políticos, hacen uso de las disposiciones constitucionales para justificar sus acciones y decisiones.

Desde esta perspectiva, es imposible negar la influencia de la Constitución mexicana en las relaciones políticas. En efecto, por un lado, el texto constitucional mexicano permite que algunos desacuerdos políticos competenciales entre los órganos del Estado se resuelvan efectivamente a través de un órgano jurisdiccional¹¹⁷, como lo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹¹⁸. Por otro lado, de una breve

¹¹⁷ Es importante señalar que el control de la Constitución por «cuestiones políticas», también puede realizarse por un órgano no jurisdiccional, como lo es el Senado de la República. En efecto, de acuerdo con la Constitución mexicana, en su artículo 76, fracciones V y VI, el Senado puede declarar la «desaparición de poderes en un Estado» y, por otro lado, puede «resolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de una entidad federativa cuando alguno de ellos ocurra con ese fin al Senado, o cuando con motivo de dichas cuestiones se haya interrumpido el orden constitucional, mediando un conflicto de armas. En este caso el Senado dictará su resolución, sujetándose a la Constitución General de la República y a la de la entidad federativa». Sobre esta facultad constitucional del Senado, véase: ARTEAGA NAVA, 1999: 799-780. Sobre el control constitucional a través de esta «garantía constitucional», véase: SOBERANES FERNÁNDEZ, 2009: 690.

¹¹⁸ Las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución mexicana establecen las «controversias constitucionales» y las «acciones de inconstitucionalidad», respectivamente. Particularmente, de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia mexicana (SCJN, 2007: 24), la controversia constitucional es el «juicio de única instancia que, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, plantean la Federación, un Estado, [la Ciudad de México] o un Municipio, para demandar la reparación de un agravio producido por una norma general o un acto de los órganos de gobierno citados, lo que conculca el federalismo, transgrede el reparto de competencias consagrado en la Constitución y daña la soberanía popular». Así, para algunos autores, la Suprema Corte a través de las controversias constitucionales resuelve los conflictos

exploración de la jurisprudencia mexicana, se puede constatar el uso tanto de la «razonabilidad»¹¹⁹ como de la «ponderación»¹²⁰ por parte de los jueces constitucionales mexicanos con el fin de controlar la discreción de las decisiones legislativas y de resolver el posible conflicto entre principios constitucionales.

Asimismo, para todos los actores políticos mexicanos, las disposiciones constitucionales tienen un papel muy importante no sólo en la fundamentación de sus acciones y decisiones, sino más específicamente como forma de «legitimación política». Es decir, tanto las prácticas como los discursos de los actores políticos suponen la utilización del texto constitucional con el fin de justificar sus actos y decisiones, lo que implica que la Constitución tenga una función y un valor específico en el quehacer político.

En definitiva, contemporáneamente, es indudable el papel de la Constitución en el debate político mexicano, ya que el texto constitucional no sólo contempla mecanismos de resolución de conflictos políticos, también su uso es fuente de legitimación política.

que se dan en la relación entre el Derecho y la Política. En este sentido, véase: SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, 2006. Sobre el artículo 105 constitucional mexicano, véase: COSSÍO DÍAZ, 2006.

¹¹⁹ Algunos criterios jurisprudenciales en donde se ha empleado la «razonabilidad», serían estos: DERECHOS POR SERVICIOS. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE RAZONABILIDAD (Registro IUS: 2002290); MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. AL TRATARSE DE UNA MEDIDA LEGISLATIVA QUE REDEFINE UNA INSTITUCIÓN CIVIL, SU CONSTITUCIONALIDAD DEBE VERIFICARSE EXCLUSIVAMENTE BAJO UN PARÁMETRO DE RAZONABILIDAD DE LA NORMA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009) (Registro IUS: 161272); INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS) (Registro IUS: 2007921).

¹²⁰ Véase, *supra*, nota: 109.

CAPÍTULO II

NEOCONSTITUCIONALISMO: DEL SINGULAR AL PLURAL, Y VICEVERSA

II.1 Introducción

Es común asociar al denominado «paradigma constitucionalista», dos fenómenos jurídicos: la constitucionalización y el neoconstitucionalismo. En el capítulo anterior, nos ocupamos del primero de esos fenómenos; en este capítulo, analizaremos el segundo.

II.2 Neoconstitucionalismo

Han pasado poco más de veinte años desde que el término «neoconstitucionalismo» apareciera en el léxico jurídico del mundo italo-hispano hablante¹²¹. Durante este tiempo, sobre esta expresión, se han discutido numerosas cuestiones¹²², incluida, por supuesto, la de su significado¹²³.

¹²¹ El uso inicial del término suele atribuírsele a Susanna Pozzolo, quien en 1997 presentó en el *XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social*, celebrado en Buenos Aires, Argentina, una comunicación intitulada «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional», que después fue publicada en la Revista *Doxa*, en 1998.

¹²² Para Luis Prieto (2013: 24 y 58), algunos de los temas que se debaten desde la óptica del neoconstitucionalismo, serían estos: el mejor modo de organizar las instituciones democráticas, el concepto de Derecho y la relación de éste con otros ordenes normativos, especialmente, con la moral, el papel y el estatus de la teoría del Derecho, la estructura de las normas jurídicas, la aplicación, interpretación y argumentación de éstas, etcétera; en realidad, afirma este autor, en los debates iusfilosóficos del mundo latino, no es difícil encontrar en ellos, posiciones calificadas como neoconstitucionalistas; por estas razones, el neoconstitucionalismo, «tiende a convertirse en una respuesta global», en «una cultura jurídico-política», en «una filosofía del Derecho» «totalizadora», «que se halla presente en toda clase de debates».

¹²³ Para un análisis del término «neoconstitucionalismo», por ejemplo, véase: POZZOLO, 2015; COMANDUCCI, 2003; MORESO, 2009; GARCÍA FIGUEROA, 2009; PRIETO SANCHÍS, 2013; PINO, 2012; GARCÍA JARAMILLO, 2015; FABRA ZAMORA, 2015; RATTI, 2015.

Preguntar, entonces, a estas alturas, qué es el neoconstitucionalismo, resultaría poco más que irrelevante, pues es válido suponer que, dada la sorprendente literatura existente sobre esta cuestión, se cuente ya con alguna idea clara de qué es lo que significa. Sin embargo, para algunos autores, esto no es así, es decir, al día de hoy, «no es claro en qué consiste el neoconstitucionalismo»¹²⁴, ya que «no se sabe qué es», ni tampoco «se puede saber»¹²⁵. No obstante, para otros, a pesar del «carácter gravemente ambiguo y extremadamente vago»¹²⁶ de la expresión referida, es posible comprender su significado a partir del análisis de los distintos usos de dicha expresión¹²⁷, de modo que, la reconstrucción de los diferentes conceptos que se conectan generalmente con dicho término, puede ser «una buena estrategia»¹²⁸ para, al menos, saber de qué hablamos cuando hablamos del neoconstitucionalismo.

Esta estrategia, como veremos, se ha intentado en diferentes ocasiones¹²⁹, incluso, desde el surgimiento del fenómeno neoconstitucionalista¹³⁰; pese a esto, una de las críticas más recurrentes sobre este fenómeno es, precisamente, su heterogeneidad¹³¹. No obstante, muy pocos dudan sobre su éxito. Éste ha sido explicado de

¹²⁴ FABRA ZAMORA, 2015: 518.

¹²⁵ ATIENZA, 2014: 1.

¹²⁶ PRIETO SANCHÍS, 2013: 23.

¹²⁷ En este sentido, por ejemplo, véase: PINO, 2012 y RATTI, 2015.

¹²⁸ POZZOLO, 2015: 365.

¹²⁹ Recientemente, algunos esfuerzos de este tipo, son: RATTI, 2015; PINO, 2012 y POZZOLO, 2015.

¹³⁰ De este modo, puede interpretarse el «análisis metateórico» del fenómeno neoconstitucionalista que, tempranamente, nos ofreció Paolo Comanducci (2003).

¹³¹ Al respecto, por ejemplo, véase: GARCÍA AMADO, 2007 y 2009. Sin embargo, es preciso advertir que, la crítica de la heterogeneidad, es un tanto ambigua, ya que, a veces, se refiere al fundamento doctrinal a partir del cual se configura el neoconstitucionalismo, pero, por otro lado, también es imputada al uso de la palabra «neoconstitucionalismo». En otras palabras, para algunos autores, la heterogeneidad es una patología que afecta al neoconstitucionalismo no sólo en cuanto a sus fundamentos doctrinales o filosóficos, ya que, las tesis sobre las que se fundamenta este movimiento, provienen de autores tan «heterogéneos», que, se afirma, es difícil, incluso, ver en dichas tesis, «un parecido de familia»; pero, además, dado que la palabra «neoconstitucionalismo», es empleada para indicar fenómenos diferentes, entonces, esta «heterogeneidad», es un gran inconveniente para su comprensión. Para una respuesta a esta objeción, en el primero sentido, véase: PINO, 2012: 206-207; GARCÍA FIGUEROA, 2012: 124-125; en el segundo sentido, POZZOLO, 2015; COMANDUCCI, 2012; BARBERIS, 2012; PINO, 2012.

distintas maneras. Así, se ha dicho que, la abundante literatura existente sobre el neoconstitucionalismo, es una muestra clara de ello¹³²; para otros, resulta admirable la amplia y vertiginosa difusión que dicho concepto adquirió no sólo en el ámbito académico¹³³, sino también en relación a ciertas prácticas jurisprudenciales¹³⁴; otros, destacan los debates que ha generado¹³⁵; algunos más, suelen referir la fuerza performativa del término¹³⁶; incluso, hay quien vincula su fortuna al ámbito o espacio en el que se ha desarrollado¹³⁷; con todo, parece ser cierto que el neoconstitucionalismo representa uno de los fenómenos

¹³² La literatura sobre este tópico, en efecto, es tan amplia que, incluso, algunos autores, utilizan ya cláusulas de estilo, como esta: «los ejemplos que se pueden citar, sin ánimo exhaustivo y tomando en cuenta sólo lo publicado en lengua castellana, son al menos los siguientes...» (CARBONELL & GARCÍA JARAMILLO, 2010: 11). Pues bien, para confirmar este apunte, sólo como ejemplos, sobre el tópico neoconstitucionalismo, se pueden consultar las obras siguientes, compiladas en ambos lados del Atlántico, a saber: MAZZARESE, 2002; CARBONELL, 2003, 2007a y 2010; RAMOS DUARTE & POZZOLO, 2010.

¹³³ Para Alfonso García Figuerola (2012: 122), por ejemplo, es muy sugerente el hecho de que no sólo la comunidad iusfilosófica del mundo latino haya prestado atención al fenómeno neoconstitucionalista, sino que también «un buen número de cultivadores de la dogmática constitucional, penal o tributaria [...] se han sentido atraídos» por este fenómeno.

¹³⁴ La relación entre neoconstitucionalismo y las prácticas jurisprudenciales, sobre todo de los jueces constitucionales, es referida de diversas formas, pero, básicamente, algunos autores, por ejemplo, describen cómo es que la «doctrina neoconstitucionalista» determina o influye sobre ciertas prácticas jurídicas; al respecto, véase: POZZOLO, 2010; también, Luigi Ferrajoli (2012b: 43), se refiere a esto, cuando afirma que el «Constitucionalismo principialista», o sea, una forma de neoconstitucionalismo, ha «favorecido el desarrollo de una inventiva jurisprudencial puesta de manifiesto en la creación de principios que no tienen ningún fundamento en la letra de la Constitución». Incluso, en este sentido, también Manuel Atienza (2014: 10), da cuenta críticamente de una sentencia en la que se puede leer esto: «la ciencia jurídica que rige al Estado ecuatoriano es el neoconstitucionalismo», de modo que, en este contexto, el neoconstitucionalismo no es sólo una ciencia que explica aquel ordenamiento, sino también es fundamento de aquella sentencia. Y, finalmente, otra forma, es referir precisamente la función descriptiva o explicativa del neoconstitucionalismo en relación a algunas prácticas jurisprudenciales; al respecto, véase: COMANDUCCI, 2009.

¹³⁵ CARBONELL & GARCÍA JARAMILLO, 2010: 11.

¹³⁶ Al respecto, véase: GARCÍA FIGUEROA, 2012: 118, quien afirma que, en algunos contextos, «“neoconstitucionalismo” es una de esas palabras con las que aún esperamos se pueda *hacer cosas*».

¹³⁷ En este sentido, por ejemplo, Susanna Pozzolo (2011: 9), apunta: «por la persistente sensación de fragilidad de los derechos, en países [latinoamericanos], el discurso neoconstitucionalista es y ha sido más fuerte».

más exitosos e importantes de los últimos años¹³⁸, sobre todo en los países latinos¹³⁹, tanto europeos como americanos.

Aunque la fortuna del neoconstitucionalismo puede asociarse a un cierto optimismo, en realidad, ésta no sería la única, ni quizá la más interesante, actitud que se puede adoptar frente a él. En relación a este fenómeno jurídico, efectivamente, se han asumido distintas perspectivas teóricas. En este trabajo, analizaremos tres: la indiferente, la escéptica y la optimista. En su momento, explicaremos en qué consiste cada una de estas actitudes. Por ahora, es importante advertir que, según algunas opiniones, toda reflexión sobre este fenómeno debe tomar en cuenta la recomendación siguiente¹⁴⁰: no se debe discutir sobre neoconstitucionalismo a secas, antes se debe precisar a qué tipo de neoconstitucionalismo se hace referencia, puesto que, sin la especificación correspondiente, cualquier discusión, se torna espuria.

¹³⁸ Para CARBONELL & GARCÍA JARAMILLO, 2010: 11, además el neoconstitucionalismo «ha ejercido un marcado influjo en diversos procesos institucionales, pedagógicos y jurisprudenciales en distintos países iberoamericanos».

¹³⁹ El carácter “regional” del neoconstitucionalismo, es una nota distintiva de éste. En efecto, la mayoría de autores (por ejemplo, COMANDUCCI, 2009: 87, n. 2; POZZOLO, 2015: 364; ATIENZA, 2014: 1), cuando se refieren a este fenómeno, suelen destacar que, si bien dicha expresión ha tenido una amplia difusión y mucho éxito, esto sólo es constatable en algunos países latinos, no así en otros ámbitos culturales. *Cfr.* PINO, 2012: 203, de acuerdo con este último autor, sin embargo, la expresión «*new constitutionalism*», empleada por A. Stone Sweet y J. Mathews en «*Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*», tendría el mismo significado de la palabra «neoconstitucionalismo», si ésta se emplea para referir algunas características de determinados ordenamientos jurídicos. También, *Cfr.*, la idea de Alfonso García Figueroa (2009: 19), según la cual, si bien es posible identificar un «neoconstitucionalismo de alcance particular», puesto que éste pretende ofrecer conclusiones particulares en relación a los sistemas jurídicos concretos a los que se refiere; sin embargo, para este autor, también existiría un «neoconstitucionalismo de alcance general», que se caracteriza por extraer conclusiones sobre la naturaleza del Derecho a partir de la reconstrucción que realiza del Derecho bajo los Estados constitucionales.

¹⁴⁰ Sobre esta sugerencia, véase: COMANDUCCI, 2012: 98; y PINO, 2012: 208.

Esto significa que debemos distinguir entre el «fenómeno»¹⁴¹ (o el «movimiento»¹⁴²) neoconstitucionalista y los fenómenos asociados a la expresión «neoconstitucionalismo», ya que esta palabra es empleada para indicar fenómenos diferentes. «Neoconstitucionalismo», en efecto, es una expresión usada para referir una o más de los siguientes fenómenos¹⁴³: a) una forma de Estado, b) una cultura jurídica, c) una teoría del Derecho, d) una metodología jurídica, y, finalmente, e) una ideológica jurídica. Por su parte, todos estos fenómenos, conformarían el fenómeno o el movimiento neoconstitucionalista¹⁴⁴.

Partiendo de esta aclaración, en las páginas siguientes, analizaremos los conceptos que generalmente se asocian al neoconstitucionalismo, esto con el fin no sólo de brindar una mayor claridad y comprensión de

¹⁴¹ Manuel Atienza (2014: 2), para destacar la «confusión» que genera la expresión «neoconstitucionalismo», en efecto, refiere que ésta puede designar «un determinado fenómeno (ciertos cambios que han tenido lugar en los sistemas jurídicos en los últimos tiempos: la existencia de constituciones con ciertas características y que desempeñan un papel especialmente relevante en el conjunto del ordenamiento jurídico».

¹⁴² Hablan del «movimiento» neoconstitucionalista, por ejemplo, Giorgio Pino (2012, 206), cuando afirma: «La objeción [o sea, la heterogeneidad del neoconstitucionalismo] es inexacta, además, porque *no es el movimiento* neoconstitucionalista, en efecto, el que está patológicamente compuesto y el que es heterogéneo. Más bien, *es la palabra* “neoconstitucionalismo” la que es usada para designar cosas (muy) diversas entre ellas...». En este mismo sentido, véase: GARCÍA FIGUEROA, 2012: 123, quien en distintos puntos de este artículo se refiere al neoconstitucionalismo como un «movimiento», por ejemplo: «Así pues, el empleo del término «neoconstitucionalismo» ha gozado de fortuna, sí, pero sobre todo entre los adversarios del *movimiento* que designa, sea cual fuere su significado» (Énfasis añadido).

¹⁴³ De acuerdo con Susanna Pozzolo (2010: 209), de hecho, «un primer desliz significativo» del término «neoconstitucionalismo» es aquel según el cual éste designa «el constitucionalismo *tout court*, es decir, el constitucionalismo en general», de modo que, además de los significados generalmente atribuidos a la palabra neoconstitucionalismo, es necesario sumar éste.

¹⁴⁴ Para Giorgio Pino (2012: 203), en efecto, «neoconstitucionalismo» puede designar cada una de estas «cosas», y «tal vez todas en conjunto». También, Luis Prieto (2013: 58) afirma que, si bien está justificado hablar de neoconstitucionalismos, en plural, dados los distintos usos y las tesis tan plurales que suelen atribuírsele a dicha expresión, no obstante, «el calificativo –afirma Prieto– que mejor conviene al neoconstitucionalismo es el de una filosofía del Derecho, del mismo tipo que el iusnaturalismo y el positivismo; una filosofía del Derecho tan totalizadora y pluralista como pueden ser estas dos últimas, o incluso más por cuanto combina elementos de ambas procedencias». Sobre esta idea de Prieto Sanchís, *Cfr.* ATIENZA, 2014: 7.

este fenómeno, sino también para distinguir sus variadas formas y sus perspectivas de análisis.

II.2.1 Del neoconstitucionalismo a los neoconstitucionalismos

Aunque para algún autor no es totalmente claro¹⁴⁵, es suficientemente conocido que, el uso original de la expresión «neoconstitucionalismo», les corresponde a algunos integrantes de la «*Scuola genovesa*» de teoría del Derecho¹⁴⁶.

De acuerdo con una de sus creadoras, Susanna Pozzolo (2010: 209), con dicha palabra pretendieron identificar y, fundamentalmente, criticar «una perspectiva iusfilosófica» contraria al positivismo jurídico, pero, a la vez, diferente al iusnaturalismo.

Este uso inicial, sin embargo, pronto fue modificado, ya que, como afirma la propia Pozzolo (2015: 363), la extensa y vertiginosa difusión del término neoconstitucionalismo en el léxico de los juristas, implicó que dicha expresión fuera empleada para indicar fenómenos diferentes, y no sólo «una (posiblemente nueva) doctrina del Derecho», como originalmente fue pensada.

Después, pero como resultado de lo anterior, otros miembros de la Escuela genovesa¹⁴⁷, reelaboraron la noción de neoconstitucionalismo;

¹⁴⁵ Luis Prieto (2013: 24), recientemente, ha puesto en duda la paternidad del neoconstitucionalismo. Sin embargo, aquélla ya ha sido reivindicada por algunos integrantes de la Escuela genovesa; así, por ejemplo, Mauro Barberis (2012: 90), escribe esto: «después de haber elaborado, con Susanna Pozzolo y Paolo Comanducci, la propia noción de neoconstitucionalismo –a fin de criticar las teorías neoconstitucionalistas- hoy estoy convencido de que no es posible liquidar ni la noción ni las teorías»; en este mismo sentido, véase: COMANDUCCI, 2009, 87; POZZOLO, 2015: 363. Sin embargo, *Cfr.* FERRAJOLI, 2012b: 19, n. 4: en donde sugiere que, además de Paolo Comanducci (2003), también Luis Prieto, en su libro «Constitucionalismo y positivismo» publicado en 1997, había distinguido entre constitucionalismo «ideológico», «teórico» y «metodológico».

¹⁴⁶ Sobre esta escuela italiana, véase: FERRER BELTRAN & RATTI, 2011 y BARBERIS, 2014.

¹⁴⁷ Particularmente, nos referimos a Mauro Barberis (2003) y Paolo Comanducci (2003). Aunque, a la fecha, como apuntamos en el capítulo anterior (nota 12),

especialmente, Paolo Comanducci (2003), inspirado en una conocida división del positivismo jurídico¹⁴⁸, nos ofreció una clasificación del neoconstitucionalismo como una ideología, una metodología y una teoría; esto, no sólo para aclarar los debates en torno a este fenómeno, sino más precisamente para confrontar críticamente las distintas versiones del neoconstitucionalismo con las distintas formas de positivismo jurídico: ideológico, metodológico y teórico.

A la fecha, a estas tres formas de neoconstitucionalismo, se han adicionado otras. Así, como mencionamos, el neoconstitucionalismo puede referir una forma de Estado, una cultura jurídica, una teoría del Derecho, una metodología jurídica y una ideológica jurídica. O sea, pasamos del neoconstitucionalismo a los neoconstitucionalismos.

En cualquier caso, a continuación, analizaremos los distintos significados asociados al neoconstitucionalismo. Para estos fines, procederemos de esta forma: primero, analizaremos el modelo de Estado, al que, en efecto, algunos autores, se han referido empleando la palabra «neoconstitucionalismo»¹⁴⁹; es importante mencionar que, analizaremos con un poco más de detalle esta forma de Estado, ya que, según algunas opiniones, el también denominado Estado constitucional, no sólo es el objeto de estudio y el marco común a las distintas teorías neoconstitucionalistas, sino que también, al parecer, las diferencias más relevantes entre dichas teorías¹⁵⁰, se deben al distinto modo de interpretar las características que definen a esa forma de organización jurídica y política¹⁵¹; después, hablaremos de un tipo de cultura jurídica que, según se infiere, se ha desarrollado en esa forma de Estado;

prácticamente, todos los integrantes de esta escuela se han ocupado de este fenómeno jurídico. Originalmente lo hicieron los ya citados Paolo Comanducci, Susanna Pozzolo y Mauro Barberis; ahora, también han participado en este dialogo, Riccardo Guastini (2013), Giovanni Battista Ratti (2015) y Pierluigi Chiassoni (2015).

¹⁴⁸ La referencia, por supuesto, es a la famosa distinción que del positivismo jurídico formuló Norberto Bobbio (1991).

¹⁴⁹ Recientemente, por ejemplo, Luis Prieto (2012: 231), ha sugerido denominar como Estado «neoconstitucional» a la forma de Estado que caracteriza a las sociedades contemporáneas organizadas como democracias constitucionales.

¹⁵⁰ ATIENZA, 2012: 70; COMANDUCCI, 2012: 94; FERRAJOLI, 2012b: 12; PRIETO SANCHÍS, 2013: 24 y SALAZAR UGARTE, 2012: 288.

¹⁵¹ PRIETO SANCHÍS, 2012: 231; AGUILÓ REGLA, 2012: 56-57; SALAZAR UGARTE, 2012: 288; especialmente, FERRAJOLI, 2012c: 314.

finalmente, nos ocuparemos de la distinción genovesa del neoconstitucionalismo, según la cual éste no es uno, sino trino¹⁵²: teórico, ideológico y metodológico.

II.2.1.1 Una forma de Estado

La palabra neoconstitucionalismo ha sido empleada para referir una forma de Estado, esto es, para referir una forma de organización política y jurídica contemporánea, que se caracteriza fundamentalmente por la presencia de una Constitución con un amplio catálogo de derechos fundamentales, que además es rígida y está garantizada.

Aunque, efectivamente, éste es uno de los posibles usos de la expresión neoconstitucionalismo¹⁵³, sin embargo, también para referirse a esa forma de Estado, se han ocupado otras expresiones. Concretamente, algunas de ellas, son: «constitucionalismo de posguerra», «Estado constitucional y democrático de Derecho», «Estado constitucional de Derecho», «constitucionalismo democrático» y/o «democracia constitucional» o, simplemente, «constitucionalismo».

Para algunos comentaristas, no obstante, existen razones para evitar o, en su caso, aclarar el uso de algunas de estas locuciones. Por esta razón, antes de describir con cierto detalle los rasgos característicos de la forma de Estado que se refiere con la palabra neoconstitucionalismo, nos ocuparemos brevemente de este problema terminológico.

a. Aclaraciones terminológicas

Es importante, de inicio, advertir que, la expresión neoconstitucionalismo, de acuerdo con algunos autores, es

¹⁵² La expresión es de Alfonso García Figueroa (2012: 125).

¹⁵³ A decir de Susanna Pozzolo (2009: 209), éste, de hecho, es uno de los primeros «deslices» significativos que tuvo la palabra «neoconstitucionalismo».

«equivoca»¹⁵⁴, «inoportuna»¹⁵⁵ y «confusa»¹⁵⁶ si se emplea, por un lado, para referirse a un sistema constitucional contemporáneo dotado de características específicas (básicamente, una Constitución densa en derechos, rígida y garantizada), y, por otro, para diferenciar dicho sistema respecto a los sistemas del pasado; dado que, desde una perspectiva histórica¹⁵⁷, todos los constitucionalismos como modelos institucionales serían nuevos en determinados contextos y momentos, entonces, en opinión de estos autores¹⁵⁸, si el prefijo «neo» de la expresión «neoconstitucionalismo» indica «nuevo», el uso de esta expresión, en el sentido referido, debe evitarse.

En relación a la expresión «constitucionalismo de posguerra», la recomendación, sería la misma que la anterior, porque si bien el modelo de Estado que se pretende referir con la expresión analizada, es aquél que, efectivamente, surgió después de la Segunda Guerra Mundial y en determinados países europeos, no obstante, en opinión de algunos autores¹⁵⁹, dicho modelo se ha expandido hacia otros ámbitos que no se reducen al contexto de su surgimiento¹⁶⁰; por esta razón, «constitucionalismo de posguerra» es una expresión restrictiva que debe evitarse, puesto que no permitiría dar cuenta de la existencia de otras sociedades organizadas como democracias constitucionales, sean éstas recientes o antiguas, consolidadas o en transición, del mundo desarrollado o del subdesarrollado¹⁶¹.

Sobre la expresión «constitucionalismo», ésta suele emplearse para identificar no sólo a las distintas teorías o doctrinas que se refieren al modelo o sistema que se basa en la existencia de una Constitución, sino que además con esta expresión se hace referencia a dicho modelo o

¹⁵⁴ AHUMADA, 2009: 127.

¹⁵⁵ PINO, 2012: 202.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, 2012b: 14.

¹⁵⁷ FIORAVANTI, 2001: 12-13.

¹⁵⁸ AHUMADA, 2009: 127; ATIENZA, 2012: 70; FERRAJOLI, 2012b: 14-15 y PINO, 2012: 202.

¹⁵⁹ CARBONELL, 2010: 161-162; COMANDUCCI, 2009b: 85 y GARCÍA JARAMILLO, 2010: 313-319.

¹⁶⁰ En este sentido, véase: SALAZAR UGARTE, 2013: 347.

¹⁶¹ Véase, al respecto, SALAZAR UGARTE, 2012: 288.

sistema¹⁶². Aunque también, por supuesto, con la expresión aludida, se designa una particular ideología o filosofía según la cual todos los poderes públicos tienen límites¹⁶³. Sin embargo, en un debate reciente¹⁶⁴, se ha sugerido no emplear «constitucionalismo» para referirse al modelo constitucional de las democracias actuales, tampoco para denotar con dicha expresión a las teorías que se refieren a ese modelo. Es decir, es importante distinguir (y nombrar oportunamente) las distintas teorías o doctrinas, por un lado, y sus objetos normativos e institucionales, por otro¹⁶⁵. Algo que no ocurriría si, por ejemplo, llamamos «constitucionalismo» a la teoría o doctrina que teoriza al «constitucionalismo» como modelo o sistema. Esta sugerencia, si bien es en apariencia insignificante y de sentido común, no obstante, es relevante al momento de referirse a estas cuestiones. Sobre todo, si se acepta que no existe (y no ha existido) un «constitucionalismo» del «constitucionalismo», ya que, desde una perspectiva histórica¹⁶⁶, las distintas épocas constitucionalistas generan distintas teorías constitucionalistas.

Por cuanto hace al sintagma «constitucionalismo democrático» (o «democracia constitucional»), éste suele designar un modelo o una forma de organización jurídica y política con elementos característicos tales como¹⁶⁷: a) una Constitución escrita, rígida y suprema; b) un amplio

¹⁶² Ésta, por ejemplo, es la reconstrucción de FERRAJOLI, 2012b: 11-17 del «constitucionalismo».

¹⁶³ Probablemente este sea el sentido más común para la expresión «constitucionalismo»: ALEXANDER, 2009: 283-299; CASPER, 1986: 473-480; FIORAVANTI, 2001: 85-100; HAMILTON, 1931: 255-258; JIMENEZ ASENSIO, 2001: 13-65; KAY, 1998: 16-17; MATTEUCCI, 1998: 23-28; MCILWAIN, 1991: 15-37; MUYRPHY, 2001: 2641-2643 y RUIZ MIGUEL, 2002: 275-291. En sentido crítico: WALDRON, 2009: 267-282; MARMOR, 2007: 90 y ss; en efecto, para confirmar este apunte, citemos la opinión de Wil Waluchow (2014) al respecto: «*Constitutionalism is the idea, often associated with the political theories of John Locke and the founders of the American republic, that government can and should be legally limited in its powers, and that its authority or legitimacy depends on its observing these limitations*».

¹⁶⁴ Nos referimos al debate, sobre esta cuestión, entre Paolo Comanducci (2012: 91-95) y Luigi Ferrajoli (2012c: 313-321).

¹⁶⁵ Ésta es una sugerencia de Paolo Comanducci (2012: 92-93).

¹⁶⁶ Sobre esta perspectiva sobre el constitucionalismo, puede verse: FIORAVANTI, 2001: 12.

¹⁶⁷ En este punto sigo la óptima reconstrucción de Pedro Salazar Ugarte (2013: 3; pero especialmente de este autor sobre este tema, véase: 2006).

catálogo de derechos fundamentales (libertades, derechos políticos y derechos sociales); c) reglas que organizan democráticamente el acceso y la gestión del poder político; y d) mecanismos de control constitucional de las leyes. No sin razón, afirma Michelangelo Bovero (2006: 7), éste es un modelo que designa un objeto complejo, pues pretende conceptualmente ser «la síntesis de dos elementos, una forma de Estado y una forma de gobierno: justamente el *Estado constitucional* y la *forma de gobierno democrática*». Por esta razón, a este modelo también se le ha denominado «modelo democrático constitucional»¹⁶⁸ y ha sido

¹⁶⁸ Es importante señalar que, de acuerdo con algunos autores (por ejemplo, SALAZAR, 2013; VICIANO PASTOR & MARTÍNEZ DALMAU, 2013), al modelo democrático constitucional, no sólo, como hemos visto, se la ha llamado «neoconstitucionalismo», sino también contemporáneamente se le ha denominado «nuevo constitucionalismo» y «nuevo constitucionalismo latinoamericano»; sin embargo, en opinión de algunos autores (especialmente, SALAZAR, 2013), es importante distinguir estas expresiones tomando en cuenta su origen –así, por ejemplo, se señala que el neoconstitucionalismo es una categoría acuñada por la Escuela genovesa, mientras que el nuevo constitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, son expresiones que surgen «desde la experiencia de las nuevas constituciones latinoamericanas», en concreto, la referencia es a los procesos constituyentes y a los textos constitucionales de Venezuela de 1999, de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009-; su objeto de estudio –si neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo son etiquetas empleadas para referir una teoría que pretende explicar un fenómeno, entonces, se dice, la teoría neoconstitucionalista analiza el «modelo democrático constitucional», que si bien «tiene un origen europeo», no obstante, es un modelo que se ha expandido a otras latitudes, mientras que la “teoría” del «nuevo constitucionalismo» tendría por objeto de estudio los modelos constitucionales surgidos en Latinoamérica en las últimas décadas del siglo pasado, con especial referencia a Venezuela, Ecuador y Bolivia-; sus intereses o fines –de modo que, para el caso del neoconstitucionalismo teórico, éste pretende «describir» las características del modelo democrático constitucional o, también denominado, Estado constitucional; mientras que, el «nuevo constitucionalismo», tendría básicamente como objetivos los siguientes: por un lado, «recuperar y actualizar el concepto de poder constituyente democrático, garantizando el origen democrático de la Constitución» y, por otro lado, «generar unos contenidos constitucionales que permitan resolver los problemas de legitimidad del sistema que el constitucionalismo social de origen europeo no ha conseguido resolver-; finalmente, otra distinción – aunque más bien puede ser vista como una crítica al neoconstitucionalismo por parte de los inventores y promotores del «nuevo constitucionalismo» (VICIANO PASTOR & MARTINEZ DALMAU, 2013: 65)-, se refiere a que dicho fenómeno adolece «de un cierto grado de elitismo» que, según estos autores, «conviene poner de relieve para permitir seguir en la búsqueda emancipadora de un constitucionalismo democrático». Pues bien, como puede verse, aunque es posible comparar al neoconstitucionalismo y al nuevo constitucionalismo, como modelos teóricos, como modelos institucionales e incluso como categorías conceptuales para referir determinados «movimientos» o

ampliamente debatido tanto por filósofos jurídicos como por filósofos políticos¹⁶⁹, puesto que básicamente dicho modelo genera algunas tensiones –para algunos, insuperables– entre los dos conceptos implicados en él: el constitucionalismo y la democracia¹⁷⁰; pero, más allá de esto, es importante señalar que, las formulas lingüísticas «constitucionalismo democrático» o «democracia constitucional», suelen estar asociadas a la expresión «Estado constitucional»¹⁷¹, que, según algunas opiniones, no sólo es un expresión extensamente difundida, sino también es susceptible de resolver la imprecisión con la que se emplea la palabra «neoconstitucionalismo»,¹⁷² cuando ésta se refiere a una forma de Estado.

En efecto, «Estado constitucional» es empleada generalmente para designar una particular forma de Estado, caracterizada por la presencia de una Constitución extensa, rígida y garantizada. Aquella expresión, para algunos comentaristas, es sinónima de «Estado constitucional democrático». Así, si bien esta última está pensada para un sistema constitucional particular (directamente, Alemania) y desarrollada por

«fenómenos», no obstante, las diferencias entre dichas etiquetas, son evidentes. Por otro lado, la literatura sobre el «nuevo constitucionalismo» y el «nuevo constitucionalismo latinoamericano, es muy amplia, así que, solo como ejemplo, puede verse: los ya citados trabajos de Pedro Salazar y de Roberto Viciano y Rubén Martínez, así como los aportes valiosos y, sobre todo, originales de Roberto Gargarella sobre el tema (2009; 2013).

¹⁶⁹ La «objeción», «argumento» o «dificultad contramayoritario», que también son formas de referirse al debate que ha suscitado la relación/tensión entre los conceptos fundamentales capturados en la expresión «modelo democrático constitucional», ha generado una literatura amplísima. Así, como referente, en lengua castellana, como bien ha escrito José Juan Moreso (2009:145), un ensayo que «condensa, clarifica y, en cierto modo, cierra» aquel debate, es el de Juan Carlos Bayón, titulado «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo» (2004), al que, por obvias razones, remitimos. Pero, además, en éste, se puede encontrar las referencias más relevantes sobre la «*Countermajoritarian Difficulty*».

¹⁷⁰ Para una reconstrucción exhaustiva de estos temas, así como los puntos de acuerdo y desacuerdo de estos, puede verse: SALAZAR UGARTE, 2006.

¹⁷¹ Al respecto, véase: SALAZAR UGARTE: 2006: 151; *Cfr.* BAYÓN, 2010: 411-413; para esto autor, si bien la expresión «constitucionalismo» puede tener una significación restringida mediante el modelo de Estado constitucional, caracterizado por la limitación del poder, la rigidez y la defensa constitucional, sin embargo, para Bayón, es importante mencionar que tanto la expresión «constitucionalismo democrático» como la de «Estado constitucional», pueden adoptar distintos significados.

¹⁷² Sobre ambas afirmaciones, véase: PINO, 2012: 207.

algunas posiciones teóricas específicas (particularmente, Robert Alexy, 1993: 12; 1994: 159 y 2003: 31), no obstante, el uso coincidente de ambas expresiones suele ser frecuente.

A la misma conclusión se puede arribar respecto al sintagma «Estado constitucional de Derecho»¹⁷³, aunque es posible establecer una distinción entre éste y «Estado constitucional», resaltando la separación o evolución de ambas respecto a la noción de Estado de Derecho¹⁷⁴, pero, en cualquier caso, la sinonimia de estas expresiones, es ordinaria.

En conclusión, el uso indistinto de algunas de las expresiones analizadas, la sugerencia de evitar alguna de ellas e, incluso, el acuerdo aparentemente existente en los discursos iusfilosóficos contemporáneos, en el sentido de que «Estado constitucional» es una expresión adecuada para designar a los sistemas constitucionales de las sociedades democráticas contemporáneas¹⁷⁵, no sólo resuelve el «desliz significativo»¹⁷⁶ del neoconstitucionalismo, según el cual éste designa una forma de Estado, sino que también permite advertir algunas de las particularidades que caracterizan a dicha forma de Estado. Aunque de esto, con un poco más de detalle, nos ocuparemos a continuación.

b. Características del Estado constitucional

Para algunos autores, caracterizar al Estado constitucional no es una tarea sencilla¹⁷⁷. Sin embargo, en la literatura jurídica contemporánea existen diversos esfuerzos en este sentido¹⁷⁸. Así, sobre la base de estas caracterizaciones, es posible identificar ciertos rasgos comunes: en

¹⁷³ Ésta es una expresión empleada, por ejemplo, en FERRAJOLI, 2003: 13-14.

¹⁷⁴ Para una explicación de esta distinción, véase: PEÑA FREIRE, 1997: 37.

¹⁷⁵ ATIENZA, 2012: 70; GARCÍA FIGUEROA, 2012: 123-125; PINO, 2012: 203 y PRIETO SANCHÍS, 2012: 228.

¹⁷⁶ POZZOLO, 2010: 209.

¹⁷⁷ Así, por ejemplo, véase: ANSUÁTEGUI ROIG, 2013: 225; AÑÓN ROIG, 2002: 25 y SÁNCHEZ FERRIZ, 1993: 229-230.

¹⁷⁸ Como ejemplo puede verse las obras siguientes: ALEXY, 1994, 159-161; FERRAJOLI, 1995: 855-867, 2003: 13-29, 2007, 846-958; GUASTINI, 2003: 49-73; GUIBOURG & MENDOCA, 2004: 24-27; HABERMAS, 1998: 147-262; NINO, 1997: 13-21; PRIETO SANCHÍS, 1997: 7-11; RAZ, 1998; p. 152-153; TROPER, 2001: 179-217; WALUCHOW, 2007: 63-134 y ZAGREBELSKY, 1995: 9-46.

efecto, como se mencionó, la expresión «Estado constitucional» suele emplearse para designar una particular forma de organización jurídica y política, es decir, una forma de Estado¹⁷⁹; en este modelo, se afirma¹⁸⁰, convergen dos tradiciones constitucionales históricamente relevantes: la francesa y la norteamericana; además, para confirmar el surgimiento de este modelo, se señalan algunos países europeos (Alemania, Francia, Italia y España) y un momento determinado (la segunda mitad del Siglo XX), aunque también se advierte sobre la expansión de ese modelo hacia otras latitudes¹⁸¹; el rasgo más relevante, sin embargo, se refiere a la identificación de ciertos cambios que acontecen en la estructura y el funcionamiento del ordenamiento jurídico que caracteriza a este modelo de Estado¹⁸².

A continuación, analizaremos estos rasgos, es decir, en primer lugar, explicaremos el Estado constitucional como una forma de Estado; después analizaremos brevemente las tradiciones constitucionales francesa y norteamericana que, según algunos autores, convergen y fundamentan a dicha forma de Estado; y finalmente, explicaremos brevemente los cambios estructurales y funcionales que han experimentado algunos ordenamientos jurídicos hasta concluir en ese modelo de Estado.

b.1 El Estado constitucional como «una forma de Estado»

Que el Estado constitucional sea una forma de Estado, presupone, al menos, una idea básica y bastante obvia: la existencia de distintas formas de Estado. Ahora bien, determinar cuáles son esas formas de Estado, no es una tarea sencilla, básicamente porque la expresión «formas de Estado» tiene distintos significados, dependiendo del enfoque desde el cual se analice: así, desde la teoría del Estado¹⁸³, por ejemplo, se pueden

¹⁷⁹ Para una aproximación iusfilosófica a los distintos modelos de Estado de Derecho, véase ANSUÁTEGUI ROIG, 2013 y ASÍS ROIG, 1999.

¹⁸⁰ PRIETO SANCHÍS, 2003a: 107 y ss.; 2003b: 124-131.

¹⁸¹ COMANDUCCI, 2009b: 85.

¹⁸² GUASTINI, 2003.

¹⁸³ Al respecto, véase las obras clásicas de HELLER, 1947; KELSEN, 1988 y JELLINEK, 2000.

distinguir tres formas de Estado: federal, unitario y confederado; desde un enfoque histórico, se podría decir que el Estado-ciudad de Grecia fue una forma de Estado, así como lo fue el Estado romano¹⁸⁴; desde la mirada antropológica, se podría afirmar también que una forma de Estado es aquella que surge entorno a la intensificación de la producción agrícola como en Mesopotamia, Egipto, etcétera¹⁸⁵; con todo, aunque la filosofía política y, más específicamente, la ciencia política han distinguido entre «formas de Estado» y «formas de Gobierno», no obstante, desde estas perspectivas¹⁸⁶, también es común referirse a ciertos tipos de Estado, como los Estados democráticos, Estados totalitarios, Estados monárquicos, Estados republicanos; etcétera; no es, sin embargo, ninguno de estos significados de la expresión «formas de Estado» al que suele aludirse en el ámbito de la filosofía del Derecho para afirmar que el Estado constitucional es una forma de Estado; en realidad, en los discursos iusfilosóficos, dicha afirmación tiene como referente el concepto «Estado de Derecho», es decir, el Estado constitucional sería una forma (o un modelo) de Estado de Derecho.

Pero qué significa esto, es decir, por qué se afirma que el Estado constitucional es una forma o un modelo de Estado de Derecho; bueno, nuevamente, esta afirmación presupone una idea bastante obvia: la existencia de formas o modelos de Estado de Derecho, pero también, una vez más, determinar qué significa la expresión «formas o modelos de Estado de Derecho», no es una cuestión sencilla, no sólo porque existen distintas tipologías de estas formas o modelos¹⁸⁷, sino también porque el concepto «Estado de Derecho» tiene, al menos, dos problemas inmediatos de no fácil resolución¹⁸⁸: en primer lugar, la existencia de distintas tradiciones histórico-constitucionales que fundamentan el concepto Estado de Derecho (esto es, dado que el análisis conceptual de la idea de Estado de Derecho se remite al

¹⁸⁴ ATIENZA, 2001: 124-125.

¹⁸⁵ *Ídem*.

¹⁸⁶ Por ejemplo, véase: LOEWENSTEIN, 1986: 41 y ss; también, BOBBIO, 1987: 116-142.

¹⁸⁷ Al respecto, puede verse: de ASIS ROIG, 1999; en este trabajo, por ejemplo, se plantea la posibilidad de distinguir hasta diez modelos de Estado de Derecho.

¹⁸⁸ Para un análisis más detallado de ambas cuestiones, véase: ANSUATEGUI ROIG, 2013: 99 y ss.

problema originado por la existencia de distintas tradiciones intelectuales que se encuentran en la base de las ideas del *Rule of Law*, *Rechtsstaat* o *État de droit*, entonces, éste es uno de los problemas más complejos que supone la comprensión del concepto de Estado de Derecho); y, en segundo lugar, la existencia de distintos significados de este concepto (es decir, aunque es posible reconstruir, al menos, dos formas comunes de distinguir y significar el concepto Estado de Derecho: la primera, que distingue entre Estado de Derecho en sentido amplio y restringido; la segunda, que distingue entre Estado de Derecho formal y material; sin embargo, como se ha señalado, en el análisis no sólo individual, sino también en conjunto, de ambas distinciones, está «en juego la operatividad y sustantividad»¹⁸⁹ del concepto Estado de Derecho).

No podemos detenernos en el análisis pormenorizado de estas cuestiones. Entre otras razones, porque no es el objetivo del presente trabajo. Sin embargo, para comprender la afirmación según la cual el Estado constitucional es un modelo de Estado de Derecho, tal vez sea suficiente referirnos a algunas generalizaciones entorno a la noción Estado de Derecho.

Pues bien, en algunos discursos sobre este tema¹⁹⁰, es común aclarar, en principio, qué se entiende por Estado, sin embargo, dado que, si se asume una concepción muy amplia de dicho concepto, de modo que con él se pueda designar cualquier forma de organización política, lo que significa que cualquier sociedad mínimamente organizada sería, en este sentido, un Estado; entonces, algunos autores, inmediatamente, tienden a rechazar esa noción general de Estado, para, finalmente, referir una noción contemporánea y acotada de dicho concepto. Ésta, se afirma, surge con la «modernidad» y suele conceptualizarse por medio de la expresión: «Estado moderno». Esta forma de Estado, viene a sustituir al Estado feudal de la Edad media y tendría como nota característica básicamente la concentración y monopolización del poder político. En cualquier caso, es importante advertir que el Estado de Derecho surge paralelamente con el Estado moderno.

¹⁸⁹ ANSUATEGUI ROIG, 2013: 100.

¹⁹⁰ Aquí sigo, básicamente, las ideas de ATIENZA: 2001: 125 y ss.

Asimismo, es común distinguir diversas formas del Estado moderno, pues éste ha sufrido grandes transformaciones desde su aparición¹⁹¹: así, la primera forma del Estado moderno, sería el Estado absoluto, a éste sin embargo le sucede el Estado liberal, que a su vez da paso al Estado social, para finalmente arribar, no sin antes señalar la crisis del Estado constitucional, a una forma de Estado supranacional. Esta tipología, por lo demás, suele configurarse a partir de los derechos de los ciudadanos y, por supuesto, de la intervención del Estado en distintos órdenes, pero fundamentalmente en el orden social y económico¹⁹².

Es verdad que éstas y otras aclaraciones son relevantes para comprender la noción «Estado de Derecho»¹⁹³, sin embargo, cuando los filósofos del Derecho afirman que el Estado constitucional es una forma de Estado de Derecho, se refieren a dos cosas: primero, que esta última expresión puede entenderse de dos formas diferentes y, segundo, que una de esas formas se corresponde con el modelo de Estado constitucional.

En efecto, de acuerdo con Luigi Ferrajoli (2003: 13-29), la expresión «Estado de Derecho» suele significar dos cosas distintas: en un primer sentido amplio, débil o formal, designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos; en este sentido, son Estados de Derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluidos los más anti-liberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En un segundo sentido, fuerte o sustancial, «Estado de Derecho» se refiere únicamente a aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están sujetos a la ley en el sentido de que ésta los limita y vincula, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos; desde esta perspectiva, son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios

¹⁹¹ Para una reconstrucción más amplia de estas cuestiones, véase: ANSUATEGUI ROIG, 2013.

¹⁹² Sobre esto, véase: BOBBIO, 1987: 116-142.

¹⁹³ Por ejemplo, sobre la «virtud» del Estado de Derecho; para esta cuestión, véase: RAZ, 1985.

sustanciales, establecidos en normas constitucionales, tales como la división de poderes y los derechos fundamentales.

De acuerdo con el profesor italiano, estos dos significados del concepto Estado de Derecho se corresponden con dos modelos normativos diferentes: por un lado, el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica; y, por otro lado, el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o Estado constitucional), que es producto, a su vez, de la difusión en Europa y tras la Segunda Guerra Mundial de las Constituciones rígidas y garantizadas.

Para Luigi Ferrajoli, en definitiva, tanto el Estado legal como el Estado constitucional son dos modelos conceptualmente diferentes, pero que se desarrollaron a partir de la noción Estado de Derecho; además, ambos son modelos que, como experiencias históricas e institucionales, ha tenido dicha forma de Estado. En efecto, para este autor, al transformarse la naturaleza y estructura del Derecho, la naturaleza de la ciencia jurídica y la naturaleza de la jurisdicción, no sólo se transformó la noción de Estado de Derecho, también se transformaron las distintas manifestaciones históricas e institucionales de éste.

Así, aunque Luigi Ferrajoli da cuenta del tránsito que supuso el Derecho premoderno hacia el Estado legal y del cambio que ha implicado el surgimiento de una especie de Estado supranacional a partir de la crisis del Estado constitucional, sin embargo, en relación a la transformación del Estado legal a un Estado constitucional, el profesor italiano, en principio, afirma que el cambio radical que define a dicha transformación es el producido en la última mitad del Siglo XX «con la subordinación de la legalidad misma –garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad- a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez»¹⁹⁴.

¹⁹⁴ FERRAJOLI, 2003: 18.

A su vez, según Ferrajoli, esta transformación generó algunos cambios en planos distintos del ámbito jurídico; concretamente, un primer cambio aconteció en la estructura del Derecho, porque cambiaron las condiciones de validez y existencia de las normas jurídicas, pues ya no dependen exclusivamente del principio de legalidad, es decir, en el Estado constitucional cambiaron «las condiciones de validez de las leyes dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales»¹⁹⁵; asimismo, un segundo cambió se evidenció en el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, pues en este modelo de Estado, los científicos jurídicos están obligados a eliminar o corregir las antinomias o lagunas que produce la divergencia entre Constitución y legislación, en otras palabras, la ciencia jurídica en el Estado constitucional no tiene un papel exclusivamente explicativo, más bien es crítico y proyectivo en relación con su propio objeto de estudio; pero también en este modelo de Estado se modificó el papel de la jurisdicción básicamente porque la aplicación de la ley sólo se da si ésta es constitucionalmente válida o, en su defecto, la interpretación que se haga de ella se hace en un sentido constitucional.

Sin embargo, además de los tres cambios descritos, para Ferrajoli, en el Estado constitucional también se transformó la naturaleza de la democracia, pues los principios constitucionales incorporados a los textos constitucionales suponen tanto límites como garantías a los poderes de la mayoría frente a los ciudadanos; así, se genera una concepción no sólo formal, sino también sustancial de la democracia.

Finalmente, el tránsito del Estado legal al Estado constitucional también generó algunos efectos en el campo de las filosofías jurídica y política, pues, de acuerdo con este autor, si se acepta que existe una interacción entre las transformaciones institucionales y las transformaciones culturales, es evidente que tanto la filosofía política como la filosofía jurídica han tenido (y tienen) un papel no sólo «constitutivo», incluso «performativo de las concretas experiencias jurídicas de sus respectivos momentos»¹⁹⁶: el iusnaturalismo de la época

¹⁹⁵ *Ídem.*

¹⁹⁶ FERRAJOLI, 2003: 19.

premoderna, el positivismo jurídico del Estado moderno y el constitucionalismo del Estado constitucional.

No son pocos los autores que han criticado la descripción de Luigi Ferrajoli a propósito del cambio del Estado legal al Estado constitucional¹⁹⁷. Aquí no podemos dar cuenta de todas estas posiciones, pero básicamente es posible identificar dos objeciones: por un lado, están quienes afirman que no existe ninguna evolución, al contrario, existe un retroceso civilizatorio, pues con el surgimiento del Estado constitucional se minan las bases sobre las que están construidos los valores de la autonomía de las personas y de la seguridad jurídica, dando entrada a la arbitrariedad y al decisionismo en la aplicación del Derecho¹⁹⁸; por otro lado, están quienes afirman que no se trata de una evolución, más bien se trata de una especie de continuidad entre el modelo de Estado legal y el Estado constitucional, así, aunque es posible identificar algunas diferencias entre uno y otro modelo, sin embargo, éstas no son significativas como para decretar un cambio sustancial entre dichos modelos, tan solo, se afirma, existe un simple desplazamiento de poder a favor de los jueces y, en consecuencia, un puro incremento de la discreción judicial¹⁹⁹.

En fin, aunque también, por supuesto, existen voces que observan favorablemente no sólo el cambio del Estado legal al Estado constitucional²⁰⁰, sino también la reconstrucción ferrajoliana de este fenómeno²⁰¹, sin embargo, en este momento nos interesa destacar que, cuando se afirma que el Estado constitucional es una forma de Estado de Derecho, dicha afirmación se hace en dos sentidos: por un lado, para

¹⁹⁷ Por ejemplo, véase GUASTINI, 2006; CRUZ PARCERO, 2005; MORESO, 2008a; LAPORTA, 2012; COMANDUCCI, 2012.

¹⁹⁸ No sin razón, Josep Aguiló (2007: 667-668), al dar cuenta de esta objeción, se refiere a las ideas de Francisco Laporta (2007), quien, en efecto, ha manifestado serias dudas a propósito del Estado constitucional; de este último autor, véase su libro *«Imperio de la Ley: una visión actual»*; para una reconstrucción del pensamiento de Laporta, véase, por ejemplo: ATIENZA, 2009.

¹⁹⁹ Al respecto, puede verse: AGUILÓ REGLA, 2012: 56; COMANDUCCI, 2012: 98; LAPORTA, 2012: 171; y, en algún sentido, también: PRIETO SANCHÍS, 2013: 24 y ss.

²⁰⁰ Por ejemplo, GARCÍA FIGUEROA, 2009.

²⁰¹ Las «reconstrucciones más claras y eficaces» de las tesis ferrajolianas, según el propio Ferrajoli (2006: 11), son las de Marina Gascón (2005) y Luis Prieto (2005).

destacar uno de los significados atribuibles a la noción Estado de Derecho, pero, por otro lado, también con dicha expresión, se hace referencia a una forma histórica del Estado de Derecho.

En efecto, como hemos visto, Luigi Ferrajoli (2003) afirma que el Estado de Derecho no sólo tiene dos significados, sino que además tiene dos modelos históricos efectivamente desarrollados en algunas sociedades de la Europa continental. Así, uno de esos significados y uno de esos modelos históricos, se corresponden con el Estado constitucional. En definitiva, desde un punto de vista conceptual, el Estado constitucional sería un modelo fuerte o sustancial del Estado de Derecho, es decir, designaría un tipo de ordenamiento jurídico en el que todos los poderes públicos están sujetos no sólo a las formas legales, sino también vinculados al respeto de principios sustanciales establecidos en las normas constitucionales; pero, por otro lado, desde una perspectiva histórica, o sea, como una manifestación real del Estado de Derecho, el Estado constitucional se refiere a un tipo de ordenamiento jurídico presidido por una Constitución rígida y garantizada.

Aunque para algunos autores, la dimensión histórico-estructural de la expresión Estado constitucional, es decir, aquella que hace referencia a un modelo histórico del Estado de Derecho, autoriza el empleo de dicha expresión con fines explicativos y/o descriptivos²⁰², de modo que el Estado constitucional explicaría la experiencia histórica del constitucionalismo del Siglo XX, especialmente, aquella versión surgida después de la Segunda Guerra Mundial y desarrollada en algunos países de la Europa continental, sin embargo, para otros autores²⁰³, dicha dimensión no sólo carece de interés, sino que además es insuficiente para comprender la expresión «Estado constitucional».

Ciertamente, en opinión de algunos, la dimensión referida, es irrelevante, no sólo porque con dicha dimensión se da cuenta de un hecho histórico que muy pocos negarían: la evolución del Estado de Derecho hacia un Estado constitucional, sino que también porque es

²⁰² Se refiere a esta forma de aproximación explicativa, COMANDUCCI, 2010: 85.

²⁰³ Sobre ambos aspectos, véase: AGUILÓ REGLA, 2010: 232.

poco significativo caracterizar a este modelo de Estado a partir de ciertas propiedades estructurales de su ordenamiento jurídico, concretamente, a partir únicamente de la existencia de una Constitución rígida y garantiza²⁰⁴. En otras palabras, la expresión «Estado constitucional» no se refiere a un Estado en el que está vigente una Constitución, es decir, no todo Estado que tiene una Constitución es un Estado constitucional²⁰⁵, en realidad, para usar de manera relevante dicha expresión, se deben referir, entre otras cosas, las exigencias ético-políticas que dicho modelo de Estado encarna, fundamentalmente, las pretensiones normativas e ideológicas del constitucionalismo político: la limitación del poder y la garantía de los derechos²⁰⁶. Por estas razones, en algunos discursos, resulta más interesante analizar la dimensión «normativa» o «ideológica» del Estado constitucional²⁰⁷, ya que es ésta la que le da sentido. Nótese que, desde esta última perspectiva, efectivamente, como se ha dicho²⁰⁸, la expresión «Estado constitucional» se transforma en una expresión valorativa y/o normativa.

b.2 El Estado constitucional y el constitucionalismo

De «constitucionalismo» y «Estado constitucional», afirma Juan Carlos Bayón (2010: 411), se puede hablar en una pluralidad de sentidos, unos más densos o exigentes que otros en cuanto a su contenido conceptual. Y no lo falta razón. Si analizamos el discurso de algunos autores a propósito de estas cuestiones, encontraremos elementos que confirmen lo dicho por Bayón²⁰⁹. Sin embargo, a los efectos del tipo de análisis que aquí nos interesa, examinaremos la idea de que el Estado constitucional

²⁰⁴ Véase, AGUILÓ REGLA, 2010.

²⁰⁵ Ésta, como se sabe, es una forma de parafrasear una expresión exitosa que en su momento empleara Elías Díaz (1966).

²⁰⁶ AGUILÓ REGLA: 2010: 233.

²⁰⁷ AGUILÓ REGLA: 2012: 59.

²⁰⁸ Por ejemplo, COMANDUCCI, 2010: 85.

²⁰⁹ Particularmente, este autor se refiere a la descripción hecha por Carlos S. Nino en *La Constitución de la democracia deliberativa* (1997); en este libro, en efecto, Nino (15-17), da cuenta de algunas acepciones del término «constitucionalismo», desde las más amplias hasta las más restringidas.

es el resultado de la convergencia de dos tradiciones del constitucionalismo: por un lado, el constitucionalismo norteamericano y, por otro lado, el constitucionalismo europeo nacido de la Revolución francesa. Para este fin, analizaremos las ideas de Luis Prieto (2003: 107-117).

Pues bien, de acuerdo con este autor, el constitucionalismo norteamericano, se caracteriza por la idea de la supremacía de la Constitución y la garantía jurisdiccional de ésta: «dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma *lógicamente* superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como *jurídicamente* superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más “neutro” de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial»²¹⁰. Por su parte, aunque también el constitucionalismo europeo tendría como nota característica la supremacía del texto constitucional, sin embargo, aquí destacaría la idea del fuerte contenido normativo o material de dicho texto: «en esta segunda tradición la Constitución no se limita a fijar las reglas del juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor detalle las futuras decisiones colectivas mediante el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos, de principios, en suma, de cláusulas materiales que necesariamente inciden en lo que a veces se llama la “agenda política”»²¹¹. En otras palabras, según Prieto Sanchís, «en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta dónde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias»²¹².

Así pues, de estas dos tradiciones del constitucionalismo, se pueden extraer dos ideas fundamentales en relación al texto constitucional que caracteriza al Estado constitucional: garantía constitucional y fuerte contenido normativo; la primera se obtendría de la tradición

²¹⁰ PRIETO SANCHÍS, 2003: 108.

²¹¹ *Ídem.*

²¹² *Ibidem.* 109.

norteamericana, la segunda sería la herencia del constitucionalismo europeo. Que una Constitución sea normativa, afirma Prieto Sanchís (2003: 111), supone que dicho texto además de regular la organización del poder político y las formas de producción jurídica, también genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles no sólo a los poderes públicos, incluso también a los particulares. Por su parte, que el texto constitucional esté garantizado significa que sus preceptos pueden hacerse valer a través de los procedimientos existentes para la protección de los derechos. Así, el Estado constitucional supondría una respuesta a la paradoja planteada entre la existencia de constituciones garantizadas sin contenido normativo y constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas, ya que, en definitiva, en este modelo de Estado existen «constituciones normativas garantizadas»²¹³.

Por supuesto, esta caracterización es exageradamente esquemática. No sólo el constitucionalismo norteamericano y el constitucionalismo europeo tienen una literatura amplísima²¹⁴, también las obras sobre «Constitucionalismo» y «Constitución», «llenan bibliotecas»²¹⁵: antiguo y moderno²¹⁶, descriptivo y prescriptivo²¹⁷, jurídico y político²¹⁸, débil o fuerte²¹⁹, formal o sustancial²²⁰, en amplio sentido y en sentido restringido²²¹, son algunas de las perspectivas de análisis de estos conceptos²²². No podemos profundizar en todas estas cuestiones, pero de lo expuesto sí podemos destacar algunos aspectos fundamentales vinculados a nuestra investigación.

En primer lugar, es importante observar que dos de las características más relevantes que configuran a la Constitución del Estado

²¹³ PRIETO SANCHÍS, 2003: 111.

²¹⁴ Para una aproximación general a ambos tipos de constitucionalismo, sin embargo, véase: FIORAVANTI, 2001.

²¹⁵ Así inicia Joseph Raz (2009: 324) al abordar estos temas.

²¹⁶ Éste, como se sabe, es el título de MCILWAIN, 1991.

²¹⁷ Sobre esta distinción, véase CASPER, 1986.

²¹⁸ Al respecto, FERRAJOLI, 2012: 16-17.

²¹⁹ Por ejemplo, véase: NINO, 1997.

²²⁰ Se refiere a esta distinción: RUIZ MIGUEL, 2002:

²²¹ Ésta es una distinción que también se puede ver en WALUCHOW, 2014.

²²² Para una reconstrucción «crítica» de la mayoría de estas distinciones, véase: WALDRON, 2009.

constitucional son el resultado de la confluencia de dos concepciones del constitucionalismo contemporáneo. En efecto, como hemos visto, la idea de la garantía y la idea de la normatividad de la Constitución son la herencia del constitucionalismo norteamericano y del constitucionalismo europeo. Algo que, también como pudimos ver en el capítulo anterior, es necesario para que exista el proceso de constitucionalización de un ordenamiento jurídico: sin la garantía y la normatividad de una Constitución, «la constitucionalización no es ni siquiera concebible»²²³.

En segundo lugar, se podría decir también, que la ideología constitucionalista se ha “perfeccionado” en el Estado constitucional. Si históricamente dicha ideología se refiere a la limitación del poder a través de normas superiores, en el constitucionalismo del Estado constitucional esta idea evoluciona a partir de la incorporación de ciertos principios y derechos al texto constitucional, de modo que no sólo todos los poderes públicos están sometidos al «imperio de la Constitución», incluso esta limitación constitucional alcanza a los poderes privados²²⁴. Así, «el constitucionalismo de los derechos», como también Prieto Sanchís (2013) denomina al constitucionalismo del Estado constitucional, implica asignar un papel muy importante a los derechos tanto en la concepción como en la práctica del poder público y privado, pero además recurre a la forma escrita, rígida y garantizada del texto constitucional como garantía de ese papel asignado a los derechos.

En este sentido, el constitucionalismo del Estado constitucional no solamente es valorado positivamente en el plano ideológico, también en el plano institucional, ya que la “versión mejorada” del constitucionalismo del Estado constitucional supondría un avance significativo, pues este modelo de Estado, es una forma de organización superior a cualquier otra, por la sencilla razón de articular en el texto constitucional tres nociones valiosas: los derechos fundamentales, la democracia y, la ya referida, limitación del poder²²⁵.

²²³ GUASTINI, 2003: 50.

²²⁴ Sobre esta idea, véase: FERRAJOLI, 1999.

²²⁵ Al respecto, véase: MORESO, 2009.

Aun cuando todas éstas son cuestiones sumamente controvertidas, sobre todo la última²²⁶, es importante observar que, para algunos autores, tanto los componentes ideológicos del Estado constitucional – aquellos que paradigmáticamente quedaron plasmados en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el cual «una sociedad en la que no estén garantizados los derechos del hombre y no esté establecida la división de poderes no tiene Constitución»-, así como el diseño institucional que caracteriza a los Estados constitucionales, tienden a ser valorados positivamente.

Finalmente, otro punto que vale la pena destacar, es el relativo a las distintas formas teóricas de aproximación al modelo de Estado constitucional. Al respecto, dado que nos ocuparemos de esta cuestión en los apartados siguientes, aquí solo haremos un comentario muy breve: si el Estado constitucional es el resultado de la articulación de la concepción norteamericana y la concepción europea del constitucionalismo, las reflexiones teóricas que en estos contextos se realicen sobre estos temas, adquieren cierta relevancia²²⁷; en otras palabras, parafraseando a Luis Prieto (2012: 231), las distintas manifestaciones o formas de entender el Estado constitucional, tienen en éste un sustrato común, de modo que las distintas teorías, ya norteamericanas, ya europeas, son relevantes para comprender las implicaciones que ha supuesto para el mundo jurídico la afirmación del Estado constitucional.

²²⁶ Véase, *supra*, nota 60. También, sobre esta cuestión, afirma AHUMADA, 2009: 152: «Que el Estado constitucional de Derecho sea valorado como un admirable progreso, como perfeccionamiento y coronación del Estado de Derecho o, al contrario, como la reacción (incluso *overreaction*) frente a la temida, por probada, vulnerabilidad del Estado legal de Derecho, es uno de tantos aspectos del debate».

²²⁷ Aunque, como dice Alfonso García Figueroa (2003: 162), en el ámbito anglosajón no se puede hablar ni de Estado constitucional, ni de constitucionalización, sin embargo, en ese contexto, los debates que supone tanto el fenómeno de la constitucionalización, como el modelo de Estado constitucional, se plantean en estos términos: «Quizá por ello la tesis central del constitucionalismo que se examinará aquí adquiere la siguiente formulación entre los teóricos angloamericanos: si la regla de reconocimiento del sistema presenta (o puede presentar) contenidos materiales, entonces es inviable una concepción positivista estricta del Derecho».

b.3 El Estado constitucional y la constitucionalización del Derecho

Antes hemos dicho que una de las características más relevantes que suelen destacarse en relación al Estado constitucional, se refiere a los cambios estructurales de su ordenamiento jurídico. En el léxico iusfilosófico del ámbito italo-ibero-americano, a estas transformaciones suele denominársele «constitucionalización». La caracterización más difundida de ésta es, sin duda, la expuesta por Riccardo Guastini (2003).

Dado que nos ocupamos de esto en el capítulo anterior, aquí solo recordaremos dos cosas: primero, la constitucionalización de un ordenamiento, es una cuestión gradual, ya que las condiciones que caracterizan a este proceso pueden satisfacerse con distinta intensidad; segundo, las condiciones de constitucionalización son estas: 1) la existencia de una Constitución rígida; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la «sobreinterpretación» de la Constitución; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación conforme de las leyes; y 7) la influencia de la Constitución en distintos ámbitos de la sociedad.

II.2.1.2 Una cultura jurídica

La palabra «neoconstitucionalismo», como vimos en el apartado anterior, además de ser empleada para referir una forma de Estado, también suele ocuparse para designar una cultura jurídica²²⁸. Ésta, de acuerdo con algunos autores²²⁹, se explica a partir de un conjunto de prácticas o de actitudes que los operadores jurídicos realizan en el contexto de un ordenamiento constitucionalizado.

²²⁸ Así, por ejemplo, Luis Prieto (1998: 17), escribe: «Merezca o no el nombre de cultura y el calificativo de nueva, la “nueva cultura”, que algunos denominan constitucionalismo o neoconstitucionalismo, si bien presenta aún unos perfiles difuminados, creo que puede resumirse en la concurrencia de dos fenómenos o, si se quiere, en la confluencia de dos tradiciones...».

²²⁹ Por ejemplo, PINO, 2012: 203.

Así, la interpretación conforme, la aplicación directa de la Constitución, el efecto irradiación, la sobreinterpretación del texto constitucional, son algunas de esas actitudes y prácticas que conforman una cultura neoconstitucionalista. En el capítulo anterior, nos ocupamos de la mayoría de estas cuestiones, por tanto, remitimos a ese capítulo para su análisis.

Sin embargo, dado que, al parecer, la cultura neoconstitucionalista presupone una forma específica de concebir la Constitución, entonces, tal vez sea prudente reflexionar, al menos brevemente, sobre «la concepción neoconstitucionalista de la Constitución»²³⁰, pues ésta no sólo exigiría técnicas interpretativas y argumentativas específicas –como las mencionadas, pero particularmente como la ponderación, que es una forma de aplicar los principios y derechos fundamentales²³¹ –, sino que además dichas técnicas, tras convertirse en prácticas constantes y compartidas entre los operadores jurídicos, incluso, contribuyen a rediseñar el texto constitucional, en un proceso de acción y retroacción, «adecuando la realidad [neoconstitucionalista] a la idea [neoconstitucionalista]»²³².

De acuerdo con Paolo Comanducci (2010: 117-145)²³³, efectivamente, «según sea lo que se entienda por “Constitución”, se derivarán diferentes modos de entender la interpretación de la Constitución»; así, para este autor, contemporáneamente, es posible reconstruir cuatro modelos de los distintos significados del término «Constitución», los dos primeros pueden ser denominados «modelos de la Constitución como orden», en tanto que a los dos restantes se les puede nombrar «modelos de la Constitución como norma»²³⁴; sugiere Comanducci que, en cada uno de estos dos grupos, existirían dos modelos diferentes entre sí, pero que no obstante pueden agruparse en cada uno de dichos modelos e, incluso, confrontarse con los otros dos:

²³⁰ POZZOLO: 2010: 209.

²³¹ Dado que, como ha afirmado José Juan Moreso (2003: 100), «la ponderación es uno de los rasgos centrales de la aplicación del Derecho en la cultura del [neo]constitucionalismo», entonces, dicha práctica neoconstitucional, ha sido objeto de una amplia discusión, sobre el que hablaremos más adelante.

²³² POZZOLO, 2010: 210.

²³³ También, a propósito de este tema, puede consultarse: GUASTINI, 2007.

²³⁴ COMANDUCCI, 2010: 117.

así, tendríamos dos modelos «axiológicos» y dos modelos «descriptivos» dentro de los modelos de la Constitución, ya como orden, ya como norma. Conozcamos, en cualquier caso, cada modelo.

1. El «modelo axiológico de la Constitución como orden», concibe a la «Constitución» como «un conjunto de fenómenos sociales (entendida esta expresión en su sentido más amplio) que, en su conjunto y dentro de la esfera jurídico-política, aparecen dotados de máximo valor intrínseco o se presentan como generadores de normas»²³⁵.
2. El «modelo descriptivo de la Constitución como orden», entiende a la Constitución como un «orden (artificial)», ya que la palabra «Constitución» designa «una situación estable para un tiempo determinado de las relaciones de poder, sociales y políticas; equivale a la estructura fundamental de la sociedad y/o del Estado»²³⁶; es importante advertir que, desde esta perspectiva, la Constitución es, en efecto, un orden, pero artificial, puesto que la estructura de la sociedad y/o del Estado ha sido creada y puede ser transformada por la acción deliberada de individuos o de grupos sociales.
3. El «modelo descriptivo de la Constitución como norma», concibe a la «Constitución» como «un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, con respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales (es decir, fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas)»²³⁷.
4. Por último, el «modelo axiológico de la Constitución como norma», también, como en el modelo anterior, concibe a la Constitución como un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que son fundamentales respecto de otras reglas, pero con la condición de que dichas reglas «posean determinados contenidos a los que se le atribuye un valor específico»²³⁸.

²³⁵ *Ibidem*: 118.

²³⁶ *Ibidem*: 119.

²³⁷ *Ibidem*: 122.

²³⁸ *Ibidem*: 123.

Tras identificar estos cuatro «(meta)modelos», Paolo Comanducci, además de señalar las distintas relaciones, afinidades y diferencias que existen entre ellos²³⁹, también, mediante la cita de algunas doctrinas jurídicas del último siglo, nos ofrece algunos ejemplos de conceptos de Constitución que se corresponden a los modelos descritos²⁴⁰. No obstante, es importante advertir que, en opinión de algunos autores²⁴¹, el modelo «axiológico» de la Constitución como norma, es el modelo adoptado por la cultura neoconstitucionalista.

²³⁹ Así, por ejemplo, en relación a la primera cuestión, afirma (COMANDUCCI, 2010: 124), que, en los modelos tercero y cuarto, «Constitución» no es un conjunto de fenómenos sociales, sino más bien una norma, lo que supone no sólo que dichos modelos son distintos a los modelos primero y segundo, sino que también, entre los modelos tercero y cuarto, existen diferencias: en el tercero, «Constitución» es una norma entre otras normas, es decir, es un texto que puede presentar diferencias respecto de otros textos jurídicos, pero dichas diferencias no son «cualitativamente» distintas; en el cuarto, Constitución es una norma dotada de un valor específico, esto es, es un texto que por sí mismo produce otras normas y es «cualitativamente» diferente de las normas del sistema.

²⁴⁰ De este modo, cita, como ejemplo del primer modelo, a Carl Schmitt: para este autor, el «concepto positivo» de Constitución significa que ésta es «una decisión total sobre la especie y la forma de la unidad política», es decir, para Comanducci, Schmitt «jugando con la ambivalencia del término “decisión”, que designa tanto un acto como su resultado, [...] puede asentar la unidad política del pueblo –a través de un acto (la Constitución) productor de normas- como fundamento de todo el ordenamiento jurídico»; ejemplos del segundo modelo, son los significados proporcionados por las investigaciones sociológicas o politológicas: la Constitución es identificada «con la estructura fundamental de la sociedad –creada y cambiada por grupos más o menos organizados que actúan para defender los propios intereses cooperando y luchando entre sí- o con la estructura fundamental de la sociedad política (o Estado), creada y cambiada por la cooperación y la lucha entre los grupos de poder»; respecto al «modelo descriptivo de la Constitución como norma», para Comanducci, este modelo no necesita de ejemplos, ya que las concepciones de Constitución que se conectan con este modelo se elaboraron a partir de las revoluciones americana y francesa, conservándose algunas de ellas incluso hasta finales del siglo XX en algunos discursos dogmáticos en la Europa continental; no obstante, Comanducci afirma que hay dos conceptos de Constitución relacionados a este modelo, pero distintos entre sí, de modo que cada uno de ellos representa un polo opuesto: para el primero, «Constitución» designa «a cualquier documento normativo que se llame “Constitución” (o “ley fundamental”»); para el segundo, el concepto de «Constitución» está fundado en el contenido de ésta: «Constitución designa sólo aquel documento normativo, o aquella parte que contenga un específico contenido normativo».

²⁴¹ En este sentido, puede verse, por ejemplo: POZZOLO, 2010; AGUILÓ REGLA, 2001.

En este sentido, según Paolo Comanducci (2010: 122), dicho modelo, como objeto de estudio, adquiere interés después de la promulgación de las Constituciones europeas de la posguerra, pero más específicamente a partir de los textos constitucionales promulgados en el último tercio del siglo pasado; todas estas Constituciones, sin embargo, están vinculadas «genéticamente con la ideología constitucionalista» y son de interés tanto para filósofos del Derecho como para algunos constitucionalistas, que reflexionan también sobre la actuación de varias cortes constitucionales, particularmente, de países europeos como Italia, Alemania, España y Francia, sin olvidar el papel y la influencia que desempeña la Corte Suprema de Estados Unidos; las características que, según Comanducci, definen a la Constitución, en este modelo, son las siguientes: a) ésta se sitúa en el vértice de la jerarquía de fuentes y, además, modifica sustancialmente esa jerarquía; el “legicentrismo” del modelo francés –afirma Comanducci– es sustituido por la omnipresencia de la Constitución, que informa por sí misma a todo el sistema: por ejemplo, toda la legislación es entendida como actuación de la Constitución y se interpreta a la luz de la Constitución; b) la Constitución es un conjunto de normas, en donde además de contener reglas, también se incorporan principios, que son los que caracterizan a este documento fundamental; esos principios, se afirma, no son formulados necesariamente de modo expreso y pueden ser reconstruidos tanto a partir del texto como prescindiendo de él; c) la Constitución tiene una relación especial con la democracia, ya que, por un lado, no puede haber Constitución sin democracia, ni democracia sin Constitución, pero, por otro lado, la Constitución funciona como un límite frente a la democracia, entendida ésta como regla de la mayoría; d) la Constitución tiende un puente entre el Derecho y la moral (o la política), ya que los principios constitucionales «son principios morales positivizados» y, por otro lado, la justificación de las decisiones judiciales debe recurrir a justificaciones de tipo moral; y, por último, e) la ponderación es el método que permite aplicar los principios constitucionales, pues la subsunción no es el método apropiado para esta actividad.

Al parecer, las objeciones hacia esta forma de concebir el texto constitucional, no son tantas²⁴², como sí lo son sus implicaciones: básicamente, porque dicha reconstrucción implicaría no sólo aceptar algunas tesis teórico-filosóficas muy discutibles²⁴³, sino que también la concepción neoconstitucionalista de la Constitución conllevaría prácticas perniciosas y manifiestamente intolerables²⁴⁴.

En efecto, dado que dicha concepción implica la «lectura moral» de la Constitución²⁴⁵, entonces, algunos efectos de esta «radical» forma de interpretación, serían los siguientes: primero, se abren las puertas a la discrecionalidad judicial; segundo, la ponderación de principios constitucionales, resultaría una técnica «particularmente peligrosa»; tercero, el no instituir jerarquías explícitas entre los principios

²⁴² De hecho, el propio Comanducci (2010: 117), al referirse a esta cuestión, afirma que la línea que divide a los autores que distinguen entre el tercero y el cuarto modelo de Constitución referidos, es muy tenue, de modo que no es fácil identificar cuándo se refiere uno y otro modelo. Sin embargo, véase: POZZOLO, 2010.

²⁴³ Al respecto, PINO, 2012.

²⁴⁴ Sobre esto, FERRAJOLI, 2012; COMANDUCCI, 2010: 117-145.

²⁴⁵ De hecho, para Paolo Comanducci (2010: 136), a cada modelo de Constitución, se puede atribuir un sentido de interpretación constitucional. Pero, ésta depende de lo siguiente: a) del modelo de Constitución adoptado; b) de los sujetos que producen e interpretan la Constitución; c) de las técnicas de interpretación que se empleen; y d) de los problemas de interpretación. En este sentido, Comanducci, en relación al primero modelo, señala que en éste existe una cierta «especificidad» de la interpretación de la Constitución, pues la concepción de ésta no sólo es «profundamente diferente» respecto de otros textos jurídicos, también las técnicas con las que se interpreta son diferentes: dado que el objeto a interpretar es «un orden, una esencia», es el «espíritu del pueblo», no el pueblo en sí, entonces, el intérprete de la Constitución, «atribuye sentido a un objeto natural-cultural», desempeñando una actividad hermenéutica que lo coloca como coautor del objeto interpretado. Por otro lado, en relación al segundo modelo, de acuerdo con Comanducci, también aquí existe una particular «especificidad» de la interpretación constitucional, ya que los órganos que producen la Constitución y los órganos que la interpretan no sólo son distintos, sino que también sus resultados son diversos, esto es, en palabras de Comanducci (p. 136), podría «decirse que los productores de la Constitución-disposición son, al menos en parte, diferentes de los que producen la Constitución-norma», entonces, «del variable juego de las influencias y de los recíprocos condicionamientos de esos órganos brotará el significado contingente de la Constitución-documento, es decir, de la Constitución como norma». En relación al tercer modelo, de acuerdo con Comanducci, determinar la «especificidad» de la interpretación de la Constitución, es algo más complejo, ya que, en este modelo, las peculiaridades de la interpretación constitucional en relación a la interpretación de la ley, son cuestiones de grado, no son, por tanto, diferencias cualitativas.

constitucionales, implicaría la atribución a los jueces constitucionales de un margen tan amplio de discrecionalidad que los convierte no sólo en colegisladores, sino incluso, en algunos casos, en coautores de la misma Constitución; cuarto, la «certeza del Derecho» se ve disminuida, en detrimento de los ciudadanos; quinto, el modelo axiológico de la Constitución como norma, también implica que, en relación a la teoría jurídica, dicho modelo no sirva para describir cómo es el Derecho, sino más bien nos sirve para decirnos cómo debería ser, lo que, en el fondo, también implica una determinada «política jurisprudencial», o sea, una especie de activismo jurisprudencial y judicial; entre otros²⁴⁶.

Naturalmente, todas estas son cuestiones muy complejas, sobre las que no podemos pronunciarnos en este momento; por ahora, de lo expuesto, es importante advertir que, para ciertos autores, el modelo axiológico de la Constitución como norma, es un presupuesto común a las distintas prácticas y actitudes desarrolladas por los juristas en una específica cultura jurídica: la neoconstitucionalista.

II.2.1.3 Una metodología jurídica

En la conocida reconstrucción metateórica de Paolo Comanducci (2003: 86) del neoconstitucionalismo, éste puede referir «una toma de posición metodológica», que implica rechazar la tesis –también metodológica y conceptual– del positivismo jurídico según la cual es siempre posible identificar y describir el Derecho como es, y distinguirlo por tanto del Derecho que debería ser; así, esta forma de neoconstitucionalismo, según Comanducci, asumiría la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre Derecho y moral, ya que, los principios y derechos constitucionalizados crean un puente entre Derecho y moral.

Adicionalmente, es importante señalar que, de acuerdo con el autor referido, dado que la tesis positivista de la separación entre Derecho y

²⁴⁶ Además de estas implicaciones, habría que considerar las formuladas por FERRAJOLI, 2012, particularmente, nos referimos a la defensa de un tipo de iusnaturalismo y, lo que es peor, para él, el debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución.

moral, presupone la distinción entre ser y deber ser, entonces, dicha tesis implica distinguir además entre descripción y valoración, lo que en el fondo significa que también esta última tesis puede ser asociada al neoconstitucionalismo, pero de forma negativa.

En efecto, para Giovanni Battista Ratti (2015: 232), una de las tesis que definen al neoconstitucionalismo en su versión «negativa»²⁴⁷, implica rechazar rotundamente la separación entre ser y deber ser; de modo que, de acuerdo con Ratti, la metodología neoconstitucionalista, por un lado, afirma la conexión necesaria entre Derecho y moral, pero, por otro lado, también sugiere que la ciencia jurídica sea abiertamente normativa y valorativa, denunciando los incumplimientos de los legisladores y de los jueces cuando pretendan dar pleno desarrollo a los principios, derechos y valores constitucionales cuyo contenido incorpora conceptos y consideraciones morales.

Como puede verse, para la «*Scuola genovesa*»²⁴⁸, el neoconstitucionalismo puede referir una específica metodología jurídica, que implica negar la metodología iuspositivista, esto es, implica rechazar tanto la tesis de la no conexión necesaria entre Derecho y moral, como la tesis del carácter descriptivo y avalorativo de la ciencia jurídica, por lo que, a esta forma de neoconstitucionalismo, los teóricos genoveses, le han denominado «neoconstitucionalismo metodológico».

Sin embargo, para Giorgio Pino (2012: 207), aunque no sólo para él²⁴⁹, es preferible abandonar esta etiqueta, por estas razones: primero, porque los autores que defiende las tesis vinculadas al neoconstitucionalismo metodológico, no se autodefinen de ese modo; de hecho, algunos de ellos, se autodefinen como post-positivistas, anti-positivistas o, simplemente, no-positivistas; segundo, porque las tesis metodológicas del neoconstitucionalismo, no tienen algún nexo necesario con algún ordenamiento jurídico en particular, más bien, se trata de tesis que tienen «carácter enteramente general sobre la

²⁴⁷ Esto es, el neoconstitucionalismo que se opone a otras concepciones jurídicas, particularmente, al iuspositivismo y al iusnaturalismo; véase: RATTI, 2015: 232-244.

²⁴⁸ Además, de los citados Comanducci y Ratti, también, en el mismo sentido, véase POZZOLO, 2003 y BARBERIS, 2003.

²⁴⁹ De hecho, para Paolo Comanducci (2003: 86), inventor de la etiqueta «neoconstitucionalismo metodológico», ésta resulta algo arbitraria.

naturaleza del Derecho»; tercero, y como conclusión, Pino sugiere que, a falta de una expresión mejor, a esta forma de neoconstitucionalismo, se le llame post-positivismo, o anti-positivismo, o no-positivismo.

En este sentido, si «neoconstitucionalismo metodológico» es una etiqueta empleada para referir un conjunto de tesis teórico-filosóficas a propósito de la discusión sobre el concepto y la naturaleza del Derecho²⁵⁰, y si dichas tesis no sólo son contrarias²⁵¹, sino que, a decir de algunos autores, incluso son superadoras²⁵², de algunas de las tesis usualmente vinculadas al positivismo jurídico, entonces, probablemente, alguna de las etiquetas referidas por Pino, capture de mejor forma lo que se discute en este contexto.

Efectivamente, como hemos visto, una de las cuestiones más debatidas bajo el rótulo «neoconstitucionalismo metodológico», es la relativa al concepto y la naturaleza del Derecho, que presupone un problema fundamental para la filosofía jurídica: la relación entre Derecho y moral; en relación a este problema, por más de dos milenios, dos tendencias han competido por su dominio teórico: el positivismo y el no-positivismo.

De acuerdo con Robert Alexy (2013: 15-23), la relación entre Derecho y moral, en efecto, puede ser analizada desde esas dos perspectivas, ya que, por un lado, los positivistas afirman la tesis de la separación, pero, por otro lado, los no-positivistas afirman la tesis de la conexión; específicamente, la tesis de la separación implica que no hay conexión necesaria entre el Derecho tal como es y el Derecho como debe ser (esta tesis, según este autor, puede tener una formulación más precisa, quedando de este modo: no hay una conexión necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica, por un lado, y el mérito moral o

²⁵⁰ Así es como de hecho, según Giorgio Pino (2012: 204), se ha entendido el neoconstitucionalismo metodológico.

²⁵¹ De acuerdo con Susanna Pozzolo (2015: 366), en realidad, el neoconstitucionalismo, no sólo como metodología, sino más precisamente como una «doctrina», tiene un carácter *anti-*, y no simplemente *post-*positivista. [...] el neoconstitucionalismo no “supera” nada, sino que quiere descartar todo (o casi todo).

²⁵² Al respecto, véase: BARBERIS, 2003, 2012; para quien, en efecto, el neoconstitucionalismo «es una posición que se sitúa más allá del positivismo jurídico y del iusnaturalismo». También, véase: RATTI, 2015.

la corrección moral por el otro); por su parte, la tesis de la conexión defiende que hay una vinculación necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica, por un lado, y el mérito moral o corrección moral por el otro. Para Alexy, esto supone que, con el fin de determinar el concepto y la naturaleza del Derecho, todas las teorías positivistas están limitadas a dos elementos, a saber: a la expedición autoritativa y a la eficacia social; por su parte, las teorías no positivistas, incluyen un tercer elemento: la corrección del contenido²⁵³.

No obstante, para Robert Alexy, aunque no sólo para él²⁵⁴, tanto el positivismo como el no-positivismo pueden adoptar distintas formas. Así, el positivismo puede distinguirse entre incluyente y excluyente; este último sostiene que la moral está necesariamente excluida del concepto de Derecho, mientras que el primero sostiene que la moral no está ni necesariamente excluida ni necesariamente incluida; así, para el positivismo jurídico incluyente, la inclusión de la moral al Derecho, es una cuestión contingente o convencional dependiendo de lo que el Derecho positivo, de hecho, establece. De ahí que, la relación entre Derecho y moral, tanto para el positivismo incluyente, como para el positivismo excluyente, esté determinada por lo que es expedido autoritativamente y es socialmente eficaz. Finalmente, el positivismo incluyente es una forma de positivismo, ya que, dicha versión del positivismo, afirma que la decisión inicial, en un sistema jurídico

²⁵³ De acuerdo con Alexy (2013, el «argumento de la corrección enuncia que tanto las normas jurídicas individuales, así como las decisiones judiciales individuales, al igual que los sistemas jurídicos como un todo necesariamente formulan una pretensión de corrección». Así, para Alexy, esta pretensión de corrección está «necesariamente implícita en el Derecho» y es independiente de los operadores jurídicos. Finalmente, para este autor, el argumento de la corrección es evidente, por ejemplo, en las cuestiones acerca de la correcta distribución y compensación, ya que éstas son cuestiones de justicia y, a su vez, éstas son cuestiones morales. «De esta forma –afirma Alexy-, la textura abierta del derecho tomada junto con la naturaleza de las cuestiones jurídicas implica que la pretensión de corrección formulada en la toma de decisiones jurídicas necesariamente se refiere no sólo a razones autoritativas o basadas en fuentes de validez jurídica, sino también a razones morales. Esto implica que la pretensión de corrección necesariamente planteada en el derecho conduce a la necesaria inclusión de la moral en el concepto de Derecho».

²⁵⁴ También, véase el ya citado trabajo de José Juan Moreso (2015) sobre el «positivismo jurídico contemporáneo».

particular, de incluir la moral en el Derecho, es contingente o convencional, esto es, está determinada por ciertos hechos sociales.

Por otro lado, para el profesor de la Universidad de Kiel, el no-positivismo es una tendencia jurídica contraria a las distintas formas de positivismo: frente al positivismo excluyente, porque la moral no está necesariamente excluida; frente al positivismo incluyente, porque la moral está necesariamente incluida. Ahora bien, el no-positivismo, puede adquirir distintas formas, dependiendo de los diferentes efectos que en relación a la validez jurídica son atribuibles a los defectos morales.

Así, de acuerdo con Alexy, existirían tres formas de no-positivismo: la primera, implica que todo defecto moral produce invalidez; por esta razón, ésta es la versión «más radical» del no positivismo. Para Alexy, a esta forma de no-positivismo, se le puede denominar «no-positivismo excluyente» con el fin de expresar la idea de que todos y cada uno de los defectos morales excluyen la validez jurídica. El no positivismo excluyente fue defendido por autores clásicos como Agustín de Hipona²⁵⁵, aunque también contemporáneamente tendría algunos defensores²⁵⁶; finalmente, esta forma de no positivismo puede excluir, en los casos en los que surgen defectos morales, la referencia a hechos sociales de las fuentes del Derecho.

La segunda versión del no-positivismo, que es la versión radicalmente opuesta al no-positivismo excluyente, es el «no-positivismo súper-incluyente». Éste, en el discurso de Alexy, implica que la validez jurídica no se ve afectada de ninguna manera por cualquier defecto moral; aunque esta definición, afirma Alexy, pudiera generar la idea «engañosa» de que dicha forma de no-positivismo, es más bien una versión del positivismo, sin embargo, el no-positivismo súper-incluyente, es una forma de no-positivismo por las razones siguientes: primero, la distinción entre el Derecho y la moral, tendría dos versiones:

²⁵⁵ Agustín de Hipona, en efecto, escribió esto: «una ley que no es justa no me parecería que sea una ley», de modo que, para Robert Alexy, Agustín fue un defensor de este tipo de no-positivismo.

²⁵⁶ Por ejemplo, según Robert Alexy, cuando Deryck Beylevell y Roger Brownsword (2001: 76), afirman que «las normas inmorales no son jurídicamente válidas», entonces, asumen la tesis del no positivismo excluyente.

una clasificatoria y otra calificatoria; segundo, esta distinción se realiza en virtud de los efectos derivados de los defectos morales, esto es, el efecto de una conexión clasificatoria es la pérdida de la validez jurídica; por el contrario, el efecto de una conexión calificatoria es la deficiencia jurídica, es decir, si bien en este caso no se socava la validez jurídica, sin embargo, la deficiencia jurídica, sí genera la posibilidad de que los jueces de apelación anulen sentencias injustas expedidas por los tribunales inferiores; por tanto, tercero, el no positivismo súper incluyente es una forma de no positivismo por el efecto de una conexión calificatoria entre Derecho y moral. Finalmente, para Alexy, ejemplos de este tipo de no-positivismo, serían las afirmaciones de Tomás de Aquino²⁵⁷ y John Finnis (1980: 364), cuando éste, por ejemplo, afirma que una «ley tiránica» «no es ley en el sentido focal del término “ley”».

El no-positivismo, finalmente, tendría una tercera versión: «el no-positivismo incluyente». Éste, de acuerdo con el autor analizado, se encuentra en una posición intermedia entre las dos versiones referidas del no-positivismo, ya que, frente al no-positivismo excluyente, afirma que no siempre los defectos morales socavan la validez jurídica, pero, frente al no-positivismo súper-incluyente, no sostiene que dichos defectos nunca socaven la validez jurídica, de modo que, concluye Alexy, el no-positivismo incluyente afirma que los defectos morales socavan la validez jurídica sólo bajo ciertas condiciones. Para Alexy, Gustav Radbruch (2006: 7) expresó una fórmula que resume al no-positivismo incluyente, a saber: «la injusticia extrema no es Derecho»; esta expresión, en opinión de Alexy²⁵⁸, implica que los defectos morales socavan la validez jurídica si y sólo si el umbral de la extrema injusticia se transgrede; así, la injusticia por debajo de este umbral se considera parte del concepto de Derecho, es decir, se acepta como Derecho válido pero defectuoso. El no-positivismo incluyente, abarca así un grado considerable de positividad, ya que, por un lado, entraña un

²⁵⁷ De este autor, Alexy recupera la siguiente frase: «una ley tiránica es la ley, pero “no ley simpliciter”», que en otras expresiones también se lee así (MORESO, 2015a): «lo que contradice la ley natural no es ley sino corrupción de ley».

²⁵⁸ De hecho, como nos recuerda José Juan Moreso (2015a: 68), Robert Alexy ha recuperado para su propia teoría la tesis de Radbruch referida; por ejemplo, véase: ALEXY, 1999.

compromiso con aquello que ha sido expedido autoritativamente, pero, además, por otro lado, es socialmente eficaz. Sin embargo, el no-positivismo incluyente es un no-positivismo, primero, porque establece una frontera exterior del Derecho (que implica básicamente rechazar la tesis según la cual «cualquier contenido puede ser Derecho») y, segundo, porque determina una calificación del Derecho inmoral o injusto no sólo como moralmente sino también como jurídicamente defectuoso. Finalmente, estos elementos del no-positivismo incluyente, tendrían algunas consecuencias prácticas: respecto al establecimiento de una frontera exterior del Derecho, es evidente –afirma Alexy– el uso de la fórmula de Radbruch por parte de los Tribunales Alemanes después de la Segunda Guerra Mundial y tras el colapso de la República Democrática Alemana en 1989; en relación a la calificación del Derecho inmoral o injusto como defectuoso no sólo desde el punto de vista moral, sino también desde el punto de vista jurídico, la consecuencia sería que los tribunales de apelación adquieren la facultad de anular las sentencias injustas de los jueces inferiores debido a su deficiencia jurídica.

Pues bien, como puede verse, cuando se discute sobre la relación entre Derecho y moral, no sólo existen distintas formas de entender esta relación²⁵⁹, sino también distintas formas de nombrarlas. Particularmente, quienes han reconstruido críticamente las tesis del neoconstitucionalismo, para referir la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral, han empleado la expresión «neoconstitucionalismo metodológico»; sin embargo, otros emplean la etiqueta «no-positivismo»²⁶⁰; incluso, en este contexto, efectivamente,

²⁵⁹ Al respecto, véase: MORESO, 2015: 81; también, BAYÓN, 2002a: 3, n. 5.

²⁶⁰ Por ejemplo, el ya referido Robert Alexy (2013).

hay quien sugiere emplear rótulos como «post-positivismo»²⁶¹ o «anti-positivismo»²⁶².

La cuestión es que, para determinados autores, algunas de esas etiquetas no sólo tienen «un nulo poder explicativo»²⁶³, sino que su uso para referir la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral, es inapropiado, por distintas razones, pero la más común es que la mayoría de estas etiquetas son entendidas de las más diversas formas²⁶⁴, de modo que el mejor consejo que se tiene ante ellas, es emplearlas con las debidas especificaciones²⁶⁵. Sin embargo, cuando esto ocurre, esto es, ante la existencia de una pluralidad de etiquetas para referir un fenómeno, la recomendación más relevante, tal vez sea esta²⁶⁶: es mejor discutir sobre las tesis y no sobre las etiquetas, ya que las discusiones sobre éstas no conducen a ningún lugar, lo cual, sin duda, es bastante cierto.

Empero, en relación a la etiqueta «neoconstitucionalismo metodológico», es importante realizar el apunte siguiente: primero, dicha etiqueta, si es empleada para referir una posición filosófica sobre la relación entre Derecho y moral (particularmente, aquella que afirma la conexión necesaria), ciertamente, es poco usual en los discursos iusfilosóficos (tanto del mundo anglosajón como del mundo latino); segundo, dado que dicha posición suele presentarse como opuesta a la

²⁶¹ Distintos usos y una crítica a los usos de la expresión «post-positivismo», pueden verse en BAYÓN, 2002a, n. 2. Sin embargo, recientemente, Manuel Atienza (2014: 12), ha empleado dicha expresión, para defender una visión del constitucionalismo, opuesta tanto al neoconstitucionalismo, como al positivismo jurídico, que se caracteriza, entre otras tesis, por «negar que pueda trazarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre el Derecho y la moral». Defienden, en algún sentido, la etiqueta «post-positivismo», por ejemplo: CALSAMIGLIA, 1998; BUSTAMANTE, 2008; MACCORMICK, 2007.

²⁶² Por ejemplo, Luigi Ferrajoli (2012: 20), sugiere que una tesis «anti-iuspositivista» es aquella según la cual existe «una conexión necesaria entre Derecho y moral», que, según él, es una tesis vinculada al iusnaturalismo. Asimismo, Pierluigi Chiassoni (2016), sobre estas cuestiones, afirma: «En años recientes, el iusnaturalismo no ha tenido el monopolio de la crítica al positivismo jurídico. Sin abarcar el iusnaturalismo, filósofos influyentes han lanzado una batalla en contra del positivismo jurídico, desde posiciones que ellos mismos califican como “no-positivistas” y “post-positivistas”».

²⁶³ BAYÓN, 2002a: 3.

²⁶⁴ *Ídem*.

²⁶⁵ PINO, 2012: 207.

²⁶⁶ Puede leerse en MORESO, 2015a; también, BAYÓN; 2002a: 3.

posición defendida por los iuspositivistas, según la cual no hay una conexión necesaria entre Derecho y moral, entonces, algunos autores, efectivamente, suelen emplear, para estos fines, expresiones como no-positivismo, anti-positivismo o post-positivismo (a pesar de los defectos que dichas etiquetas poseen); sin embargo, tercero, es importante observar, como acertadamente afirma José Juan Moreso (2015), que la tesis de la conexión necesaria, tiene distintas interpretaciones, de modo que, en este caso, no sólo se debe ser cauteloso en relación al uso de las etiquetas referidas, sino también respecto a las formas de interpretar la tesis de la conexión necesaria; en cualquier caso, aunque alguna de las etiquetas mencionadas pudiera resolver el problema significativo del «neoconstitucionalismo metodológico»²⁶⁷, pues, sin duda, el uso de alguna de ellas, es más común en los discursos iusfilosóficos, además de que, tal vez, alguna de esas etiquetas capture de mejor forma el debate que presupone la o las tesis a propósito de la naturaleza y el concepto de Derecho; a pesar de ello, la recomendación sigue siendo la misma: necesitamos discutir sobre ideas, no sobre etiquetas.

II.2.1.4 Una ideológica jurídica

De acuerdo con algunos autores, la palabra «neoconstitucionalismo», también puede referir una determinada ideología jurídica o, mejor dicho, una actitud ideológica de aprobación y adhesión moral hacia el Derecho del Estado constitucional²⁶⁸. Por esta razón, a esta forma de neoconstitucionalismo, se le ha denominado «neoconstitucionalismo ideológico»²⁶⁹.

Éste, para Paolo Comanducci (2003: 85), en efecto, no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. De hecho, según Comanducci, el neoconstitucionalismo ideológico, tiende a valorar significativamente tanto los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales, así como la exigencia de que las

²⁶⁷ Esta, como ya se dijo, es la posición de PINO, 2012: 207.

²⁶⁸ PINO, 2012: 205-206; PRIETO SANCHÍS, 2013: 32 y ss.

²⁶⁹ COMANDUCCI, 2003: 85.

actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales constitucionalizados.

Además, para el autor referido, dado que algunos autores neoconstitucionalistas asumen la conexión necesaria entre Derecho y moral, sobre todo en relación a los derechos y principios constitucionales, entonces, el neoconstitucionalismo ideológico, sugiere una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a ella.

Finalmente, para el profesor genovés, la ideología neoconstitucionalista, al asumir la concepción de la Constitución como norma, propone desarrollar determinadas prácticas y actitudes que implican una lectura específica del texto constitucional, lo que, para Comanducci, implica una «consecuencia peligrosa», ya que dicha ideología reduce el «grado de certeza del Derecho derivada de la técnica de “ponderación” de los principios constitucionales y de la interpretación “moral” de la Constitución»²⁷⁰.

Pues bien, sobre el neoconstitucionalismo ideológico, se han hecho algunos comentarios. El primero, se refiere al uso en este contexto de la palabra «neoconstitucionalismo»; para Giorgio Pino (2012: 207), no existe ningún inconveniente en emplear la expresión «neoconstitucionalismo ideológico» para referir una determinada ideología jurídica, pues si se acepta que ésta no implica describir los logros del proceso de constitucionalización, sino más bien supone una actitud de adhesión y aprobación de algunos aspectos de la constitucionalización del Derecho, entonces, como también afirma José Juan Moreso (2009: 227), no hay nada de malo en una ideología neoconstitucionalista, «ni ninguna deficiencia teórica o epistemológica», siempre que, según este último autor, se distinga adecuadamente la empresa descriptiva de una teoría jurídica, de la empresa ideológica (o normativa) de la filosofía política, que consiste justamente en la recomendación y en la aprobación de un cierto modelo

²⁷⁰ COMANDUCCI, 2003: 91.

de Estado, en este caso, de aquel cuyo ordenamiento se haya constitucionalizado²⁷¹.

También, en relación a la afirmación de Comanducci, en el sentido de que el neoconstitucionalismo ideológico instancia «una obligación moral de obedecer a la Constitución», se ha replicado, que dicha afirmación no sólo es «caricaturesca»²⁷², sino que además, como sugiere José Juan Moreso (2009: 228), se puede desmentir con cierta facilidad si se observa, por un lado, que algunas disposiciones constitucionales pueden violar algunos principios de la justicia, de modo que dichas disposiciones pueden no ser obedecidas, pero, por otro lado, si se analiza con cierto cuidado la obra de algunos autores señalados por Comanducci como neoconstitucionalistas²⁷³, entonces, como resultado de esa lectura cautelosa, se podrá constatar que no existe ningún rastro de una afirmación como la que sugiere que existe un deber moral de obedecer a la Constitución, pues «una cosa es defender que, en muchos puntos, la Constitución remite a la argumentación moral y, en este sentido, el texto constitucional exige una lectura moral y otra cosa, muy distinta, es suponer que todas las obligaciones constitucionales son también obligaciones morales o que la Constitución no puede vulnerar la moralidad»²⁷⁴.

Respecto a las consecuencias peligrosas y perniciosas atribuibles a una ideología neoconstitucionalista, particularmente, aquella que implica «la disminución del grado de certeza del Derecho» producto de la ponderación de principios constitucionales y de la interpretación moral del texto constitucional, se ha replicado básicamente lo siguiente: si la certeza del Derecho es un ideal que otorga valor a la autonomía personal, entonces, para hacer honor a la autonomía personal, «es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida»²⁷⁵.

²⁷¹ En el mismo sentido, véase: PINO, 2012: 209.

²⁷² PINO, 2012: 205, n. 18.

²⁷³ Particularmente, Paolo Comanducci (2003: 86), se refiere al trabajo de Ronald Dworkin titulado «*The Moral Reading of the Constitution*» (1996).

²⁷⁴ MORESO, 2009: 227.

²⁷⁵ MORESO, 2003: 200.

Finalmente, dado que uno de los objetivos de la caracterización del neoconstitucionalismo como una teoría, una metodología y una ideología, fue confrontar críticamente estas versiones del neoconstitucionalismo con las distintas versiones del positivismo jurídico, de modo que, con ello, no sólo se señalaran sus diferencias y sus deficiencias –especialmente, las del neoconstitucionalismo–, sino también, en algunos casos, su incompatibilidad, entonces, se ha señalado, sin embargo, por un lado, que el neoconstitucionalismo ideológico no es incompatible con el positivismo ideológico²⁷⁶, en el sentido de que ambos son doctrinas de la obediencia al Derecho –el primero, implica una obligación moral de obedecer al Derecho del Estado constitucional; el segundo, implica una obligación moral de obedecer al Derecho positivo–; por otro lado, también se ha dicho, que al neoconstitucionalismo ideológico se podrían extender las mismas críticas que en su momento se le hicieron al positivismo ideológico²⁷⁷; lo cual es cierto, salvo por el hecho de que dichas críticas, no necesariamente concluyen con una indefensión ni del positivismo

²⁷⁶ Véase: PINO, 2012: 209.

²⁷⁷ Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada, si se consideran los comentarios siguientes: de inicio, es importante distinguir, como en su momento lo hizo Norberto Bobbio (1993: 227-235), entre dos versiones del positivismo ideológico; de acuerdo con la primera, la moderada, la existencia misma de una «reglamentación jurídica», emanada por un poder que tiene el monopolio de la fuerza en un grupo social, cumple con una importante función de orden, paz social, certeza en las relaciones intersubjetivas, es decir, contribuye en sí al logro de valores considerados merecedores de perseguir; por su parte, la segunda versión, la radical, es aquella según la cual el Derecho es un valor en sí, por esto mismo el Derecho válido también es justo; así, aunque es cierto que ambas versiones presuponen la idea de que hay una obligación moral de obedecer al Derecho positivo, sin embargo, y tomando en cuenta esta distinción, se puede concluir, como lo han hecho algunos autores (aquí me refiero a lo dicho por BOBBIO, 1991: 239-240, pero, véase también: PINO, 2012: 209), que la versión moderada descrita, es una posición de filosofía política razonable e inteligible, que por un lado individualiza algunos valores que merecen ser perseguidos, y por otro señala al Derecho positivo como un instrumento plausible para perseguirlos; por el contrario, la versión radical es sobre todo una actitud o un preconcepción, que opera tácitamente cuando no se distingue entre el Derecho positivo y los valores que éste persigue. Entonces, con el neoconstitucionalismo ideológico, ocurriría exactamente lo mismo.

ideológico²⁷⁸, ni del neoconstitucionalismo ideológico²⁷⁹; por último, sobre el contraste entre estas entidades homogéneas del neoconstitucionalismo y del iuspositivismo, se ha comentado que este contraste puede verse en el debate contemporáneo sobre la legitimidad de la *judicial review of legislation* y sobre su incompatibilidad con la democracia representativa y los valores de igualdad y de autonomía de los ciudadanos²⁸⁰; por eso, sobre esto último, desde la óptica de la dogmática constitucional²⁸¹, se ha dicho, que el neoconstitucionalismo ideológico no dice nada nuevo a propósito del debate que en los discursos de dogmática constitucional y politológicos se tiene sobre el progreso o, en su caso, la involución que ha significado el constitucionalismo democrático.

II.2.1.5 Una teoría del Derecho

Un último significado atribuible al neoconstitucionalismo es aquél según el cual éste designa una teoría del Derecho. Así, el «neoconstitucionalismo teórico» –como en su momento fue etiquetado²⁸²–, pretende describir las peculiaridades que presenta el Estado constitucional²⁸³, así como explicar aquellas prácticas jurisprudenciales desarrolladas en ese modelo de Estado²⁸⁴.

²⁷⁸ De hecho, el positivismo ideológico (o «ético», o «normativo», como también se le ha denominado), en los últimos años, sobre todo en la academia anglosajona, ha tenido un éxito importante. Sobre este tipo de iuspositivismo, desde esa óptica, véase: CAMPBELL, 1996; WALDRON, 1999; 2005. Para una exploración de este «retorno» al positivismo ético, véase: RIVAS PALÁ, 2007; JIMÉNEZ CANO, 2008. No obstante, se ha dicho que, al menos treinta años antes, una defensa de esta forma de positivismo, fue elaborada por Uberto Scarpelli (1965), de modo que, ahora, sus estudios tienden a ser recuperados, así, por ejemplo, véase: MORALES LUNA, 2014.

²⁷⁹ Al respecto, véase: PINO, 2012: 209.

²⁸⁰ PINO, 2012: 209-210.

²⁸¹ Me refiero a los comentarios hechos por M^a Ángeles Ahumada (2009: 146-155) al texto de Paolo Comanducci (2003).

²⁸² COMANDUCCI, 2003: 83.

²⁸³ En este sentido, COMANDUCCI, 2003.

²⁸⁴ En este otro, PINO, 2012.

Aunque la teoría neoconstitucionalista, de acuerdo con algunos autores, suele presentarse como una teoría distinta²⁸⁵, contraria²⁸⁶ e incluso superadora²⁸⁷ tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo²⁸⁸, sin embargo, en un escrito reciente, Luigi Ferrajoli (2012: 19) ha identificado dos versiones de esta teoría que, a su vez, se vinculan a esas dos teorías jurídicas; así, para este autor, existe un [neo]constitucionalismo iusnaturalista y un [neo]constitucionalismo iuspositivista (básicamente, como veremos, la distinción entre estas dos teorías radica en la distinta manera de interpretar tres cuestiones iusfilosóficas fundamentales: la relación entre Derecho y moral, la distinción entre reglas y principios y, finalmente, el papel asignado a la ponderación).

Es verdad que esta distinción de Luigi Ferrajoli ha supuesto un momento de inflexión muy importante no sólo para el fenómeno neoconstitucionalista, sino también, particularmente, para la teoría neoconstitucionalista, entre otras razones, porque dicha distinción se ocupa de dos de las concepciones jurídicas más exitosas para dar cuenta del modelo de Estado constitucional²⁸⁹; sin embargo, no se trata de una distinción novedosa, puesto que, con anterioridad, algunos autores, ya habían realizado algunas distinciones dentro del así denominado «neoconstitucionalismo teórico».

En este sentido, a continuación, nos ocuparemos de la reconstrucción que tanto la Escuela genovesa, así como Luis Prieto, realizaron de la teoría neoconstitucionalista, para después ocuparnos de la reconstrucción realizada por Luigi Ferrajoli.

²⁸⁵ RATTI, 2014: 233.

²⁸⁶ POZZOLO, 2015: 366.

²⁸⁷ BARBERIS, 2003: 259.

²⁸⁸ Sobre la superioridad del paradigma neoconstitucionalista, véase, particularmente, GARCÍA FIGUEROA, 2009.

²⁸⁹ Al respecto, SALAZAR UGARTE, 2012; pero fundamentalmente, véase: PRIETO SANCHÍS, 2005, 2008 y 2012.

a. Teorías neoconstitucionalistas, según la «*Scuola genovesa*»

Para algunos iusfilósofos genoveses²⁹⁰, el neoconstitucionalismo teórico, efectivamente, pretende describir los logros de la constitucionalización, esto es, los resultados de ese proceso que han implicado cambios en los ordenamientos jurídicos contemporáneos²⁹¹; así, la reconstrucción neoconstitucionalista de los ordenamientos constitucionalizados, se caracteriza por dar cuenta de aspectos como la “invasión” del texto constitucional en distintos ámbitos sociales, la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia de principios y no sólo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales, entre otras²⁹²; finalmente, dada esta explicación, para la Escuela

²⁹⁰ COMANDUCCI, 2003: 83; RATTI, 2015: 231.

²⁹¹ GUASTINI, 2003.

²⁹² En realidad, por ejemplo, RATTI, 2015: 244 y ss., ha identificado ocho tesis teóricas (o de política del Derecho), que se pueden atribuir al neoconstitucionalismo: primera, concibe el Derecho de los Estados constitucionales como «una combinación de *reglas* y *principios*, entre los cuales cabe destacar los principios constitucionales (principios fundamentales), que afectan cualquier sector del derecho positivo»; segunda, reglas y principios son aptos para constituir un conjunto completo, consistente y axiológicamente coherente del Derecho; tercera, las constituciones contemporáneas incorporan los valores morales, de manera que habrían creado una conexión contingente (pero muy relevante) entre el ámbito de lo jurídico y el ámbito de lo moral; cuarta, la incorporación de valores morales en la Constitución conlleva que los intérpretes deban asignar significado a las disposiciones constitucionales realizando una interpretación moral y sistemática de las mismas; quinta, toda norma puede considerarse como abierta a excepciones implícitas o como derrotables (*defeasible*), en el sentido de que siempre se pueden encontrar nuevas excepciones basadas en las razones morales incorporadas por los principios; sexta, la aplicación del Derecho no se puede limitar al razonamiento subsuntivo, ya que en cada caso la solución correcta depende de su conformidad con los principios constitucionales, los cuales no admiten un razonamiento subsuntivo, sino que requieren de un razonamiento ponderativo; séptima, las afirmaciones anteriores, conllevan que, interpretando holísticamente las disposiciones jurídicas, los jueces pueden llegar a decidir cualquier controversia, de manera consistente y moralmente correcta; finalmente, octava, las normas jurídicas no pueden tener cualquier contenido, al contrario, todas las normas tienen que ser conformes a los principios, valores y derechos constitucionales. No obstante, Susanna Pozzolo (2015: 366, n. 15), ha reivindicado las cuatro tesis que originalmente sirvieron para configurar al neoconstitucionalismo; así, esta autora, afirma: la oposición, primero, entre principios y normas; segundo, entre ponderación y subsunción; tercero, entre constitución y legislación; y, finalmente, cuarto, entre judicial y legislativo.

genovesa, el neoconstitucionalismo teórico, no sólo es una teoría contraria, sino que también representa una alternativa, al positivismo jurídico tradicional, pues «las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que éste ya no refleje la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos»²⁹³; particularmente, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, que son tres características destacadas por el iuspositivismo decimonónico, actualmente no serían sostenibles.

Para Paolo Comanducci (2003: 87-88), esta reconstrucción teórica del neoconstitucionalismo, «se puede mirar favorablemente», puesto que da cuenta, mejor que la teoría del Derecho iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los ordenamientos jurídicos constitucionalizados. Además, para este autor, si el neoconstitucionalismo teórico acepta la tesis de la conexión sólo contingente entre Derecho y moral, entonces, no sólo no es incompatible con alguna versión del positivismo jurídico de nuestros días, sino que, afirma Comanducci, «es su hijo legítimo»; Comanducci lo dice así: «dado que (parcialmente) han cambiado los modelos de Estado y de Derecho respecto a los típicos del siglo XX y de la primera mitad del siglo XX, la teoría del Derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días».

De lo anterior, es importante advertir lo siguiente: primero, al parecer, para Paolo Comanducci, una teoría que da cuenta, mejor que otra, de su objeto de estudio, puede ser vista no sólo como una teoría satisfactoria, incluso, comparativamente, puede ser más exitosa que otra; dados nuestros intereses, en esta investigación, esta afirmación es relevante, sobre la que volveremos más adelante; por ahora, adviértase que, según Comanducci, la teoría neoconstitucionalista, es una teoría mejor valorada, frente a la teoría iuspositivista, por la razón señalada.

Segundo, es válido inferir que, para Comanducci, existen, al menos, tres teorías neoconstitucionalistas, dependiendo de la relación entre Derecho y moral: la primera –que es la que él refiere– es aquella que acepta la conexión contingente entre Derecho y moral; la segunda, sin

²⁹³ COMANDUCCI, 2003: 87.

embargo, sería aquella que niega esa conexión; y la tercera, sería aquella que acepta aquella conexión. Sobre la relación entre Derecho y moral y la teoría neoconstitucionalista, también diremos algo más, pero en este momento vale la pena observar que, para uno de los inventores del neoconstitucionalismo, éste, como teoría del Derecho, puede tener distintas manifestaciones.

Adicionalmente, según Paolo Comanducci, dado que el fenómeno de la constitucionalización produjo cambios en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, que son el objeto de estudio de la teoría neoconstitucionalista, entonces, para una tendencia del neoconstitucionalismo, según este autor, estas transformaciones implicarían un cambio radical de metodología; pero, para otra tendencia de dicha teoría, si bien el objeto fue parcialmente modificado, no obstante, el método para dar cuenta de ese objeto, sigue siendo el mismo: descriptivo y avalorativo. Por tanto, la distinción entre teorías neoconstitucionalista, también puede ser metodológica, ya que algunos autores neoconstitucionalistas «recomiendan deshacerse de la distinción entre descripción y valoración [...] y sugieren a la ciencia jurídica ser abiertamente normativa y valorativa (en lugar de descriptiva y avalorativa)»²⁹⁴.

En resumen, aunque para algunos autores, no existe distinción alguna entre teorías neoconstitucionalistas, más bien, todas pueden agruparse en la etiqueta «neoconstitucionalismo»²⁹⁵, sin embargo, para la Escuela genovesa, la teoría del Derecho neoconstitucionalista, puede dividirse, por un lado, entre quienes afirman la conexión necesaria entre Derecho y moral y quienes niegan esta conexión; pero, por otro lado, aunque como colofón de estas posiciones, dada la implicación de la relación entre Derecho y moral en las cuestiones metodológicas de la teoría del Derecho, entre quienes afirman que el método de la teoría jurídica es normativo y valorativo y, por el contrario, quienes sugieren que dicho método es descriptivo y avalorativo.

²⁹⁴ RATTI, 2015: 232.

²⁹⁵ Particularmente, véase: CARBONELL, 2010: 161; para este autor, aunque uno de los niveles de análisis del neoconstitucionalismo implica observar los «desarrollos teóricos» dentro del Estado constitucional, sin embargo, el «neoconstitucionalismo» «intenta dar cuenta de una serie de fenómenos» dentro de ese modelo de Estado.

b. Teorías neoconstitucionalistas, según Luis Prieto

Luis Prieto, es un autor que ha dedicado buena parte de su producción académica al tema del neoconstitucionalismo²⁹⁶. Para este iusfilósofo, considerado por uno de sus discípulos como un «neoconstitucionalista insuficientemente neoconstitucionalista»²⁹⁷, por ser antiformalista, pero no antipositivista, el neoconstitucionalismo puede referir cuatro cosas²⁹⁸: en primer lugar, una forma de Estado, el así denominado «Estado constitucional de Derecho»; en segundo lugar, puede también referir una teoría del Derecho, que tendría por objeto la descripción de las características de aquél modelo de Estado, así como la explicación de las prácticas jurídicas desarrolladas en él; además, en tercer lugar, puede designar una filosofía política o ideología que defiende o justifica un determinado modelo de Estado; y, por último, el neoconstitucionalismo significa, en un sentido amplio, una filosofía jurídica que se refiere a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del Derecho.

²⁹⁶ Por ejemplo, la voz «neoconstitucionalismo» en el Diccionario de Derecho Constitucional mexicano, es de su autoría: PRIETO SANCHÍS, 2009. También, de este autor, sobre estos temas, véase: PRIETO SANCHÍS, 1997; 2003; 2003a; 2005; 2008; 2010; 2012; 2013.

²⁹⁷ Nos referimos a Alfonso García Figueroa 2009: 18; para este último autor, de hecho, Luis Prieto Sanchís representaría uno de los posibles enfoques del neoconstitucionalismo; es decir, si el neoconstitucionalismo pretende reconstruir el modelo jurídico de los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales, con dos propósitos: por un lado, elevar conclusiones sobre la naturaleza del Derecho en un plano conceptual; por otro, justificar normativamente ese modelo; entonces, tendríamos un neoconstitucionalismo conceptual y un neoconstitucionalismo normativo, el primero, es una teoría del Derecho, el segundo, una política del Derecho; particularmente, de acuerdo con García Figueroa, el neoconstitucionalismo conceptual es antipositivista, ya que duda de algún modo de la tesis iuspositivista de la separación entre Derecho y moral; el neoconstitucionalismo normativo es antiformalista y antilegalista, puesto que objeta de algún modo un conjunto de dogmas del iuspositivismo clásico, tales como la centralidad de las reglas, el protagonismo de la ley, la omnipotencia del legislador, los principios de seguridad jurídica, la separación de poderes, etcétera. Finalmente, afirma el autor citado, neoconstitucionalismo conceptual y neoconstitucionalismo normativo, son teorías independientes, de modo que, si bien los autores neoconstitucionalistas conceptuales suelen ser además neoconstitucionalistas normativos, no todos los neoconstitucionalistas son además “verdaderos” neoconstitucionalistas, como el caso del ya referido Luis Prieto, pero también de Luigi Ferrajoli.

²⁹⁸ Véase: PRIETO SANCHÍS, 2003: 101-135.

La caracterización de Luis Prieto del neoconstitucionalismo, como puede verse, es paralela a la formulada por la Escuela genovesa sobre dicho fenómeno. Así, más allá de determinar qué caracterización antecede a la otra, algo que, por cierto, la Escuela genovesa, pareció dejar claro al reclamar la paternidad del término neoconstitucionalismo²⁹⁹, es importante señalar, que también Luis Prieto (2005; 2008; 2012) distinguen entre diversas teorías neoconstitucionalistas.

En efecto, de acuerdo con este autor, si bien es posible identificar una «versión estándar de la teoría neoconstitucionalista»³⁰⁰, no obstante, dentro de ésta es posible distinguir diversos enfoques a partir del modo de interpretar el alcance o la importancia de las características que singularizan al modelo de Estado constitucional, a saber³⁰¹: primero, el reconocimiento a la fuerza normativa de la Constitución como ley suprema; segundo, la incorporación a la misma de un denso contenido material o sustantivo, en particular de derechos fundamentales; tercero, la garantía judicial de la Constitución; y cuarto, la rigidez de ésta. Ahora bien, de acuerdo con Luis Prieto (2013), la descripción del «constitucionalismo de los derechos» –como le gusta también denominar al modelo de Estado constitucional-, se traslada al ámbito de la teoría del Derecho, mediante las tesis siguientes³⁰²: primero, una tesis metodológica o conceptual, según la cual existe una relación necesaria entre Derecho y moral, así como la primacía del llamado punto de vista interno; segundo, una concepción muy vigorosa de la fuerza normativa de la Constitución, que hace de ésta una norma de aplicación directa e inmediata aplicable por los jueces, sin necesidad de la participación del legislador; y tercera, una visión conflictualista de las normas sustantivas de la Constitución y en especial de los derechos

²⁹⁹ Véase, *supra*, nota 25.

³⁰⁰ «Constitución sustantiva pero pluralista, conflictivismo, principios, ponderación, derrotabilidad, unidad de solución correcta a lo Dworkin o, al menos, discrecionalidad mediada por una depurada argumentación racional», son los principales elementos de esta versión de la teoría neoconstitucionalista del Derecho, según Luis Prieto (2013: 49).

³⁰¹ PRIETO SANCHÍS, 2012: 231; para una reconstrucción más exhaustiva de este fenómeno de este autor, véase: PRIETO SANCHÍS, 2003: 101-135.

³⁰² PRIETO SANCHÍS, 2012: 71-72.

fundamentales, que son concebidos como principios y no como reglas, que además demandan una forma especial de argumentación jurídica, como la ponderación.

Aunque, para el autor citado, las distintas teorías neoconstitucionalistas, pueden distinguirse a partir de la aceptación o el rechazo de las tesis descritas³⁰³, sin embargo, al parecer, la verdadera diferencia entre las teorías neoconstitucionalistas radica en las consecuencias que dichas tesis producen en el ámbito jurídico³⁰⁴; así, por un lado, en relación a la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral, dado que ésta implicaría la adopción de un «constitucionalismo ético», entonces, algunos autores neoconstitucionalistas, la rechazarían; pero, por otro lado, si las otras dos tesis, implicarían un activismo judicial, entonces, definitivamente, éstas serían totalmente reprochables.

Por todo, como puede verse, Luis Prieto, identifica teorías neoconstitucionalistas de corte iuspositivistas, pues éstas, fundamentalmente, rechazan la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral; pero también teorías neoconstitucionalistas no-positivas, las cuales, sin embargo, afirman dicha tesis. Un ejemplo paradigmático de las primeras, sería la teoría de Luigi Ferrajoli, de la cual nos ocuparemos a continuación.

c. Teorías constitucionalistas, según Luigi Ferrajoli. Dos teorías constitucionalistas del Derecho (en tres actos teóricos)

En un escrito reciente, Luigi Ferrajoli (2012: 15-53 –en adelante, *CPyCG-*) realiza tres acciones teóricas con un objetivo particular: diferenciar dos concepciones del «constitucionalismo jurídico». La primera acción es revisar y, con ello, proponer una distinta terminología asociada a la expresión «constitucionalismo jurídico». La segunda la

³⁰³ Él lo dice así (PRIETO SANCHÍS, 2013: 71): «Aun cuando, como hemos visto, los concretos perfiles del neoconstitucionalismo estándar tampoco resultan indubitados, sugiero aquí las tres siguientes notas distintivas, que representan otros tantos puntos de discordia» entre teorías neoconstitucionalista.

³⁰⁴ PRIETO SANCHÍS, 2013: 72.

realiza en tres etapas: primero, afirma que el «constitucionalismo jurídico» puede ser entendido como una teoría del Derecho; segundo, señala que existen dos concepciones opuestas de dicha teoría: una tendencialmente iusnaturalista, la otra estrictamente iuspositivista, la primera pretende superar el positivismo jurídico, la segunda pretende su expansión o perfeccionamiento; tercero, no obstante la distinción hecha anteriormente, introduce una adicional: distingue entre el constitucionalismo argumentativo o principialista, que sería una variación del constitucionalismo iusnaturalista (o también llamado neoconstitucionalismo), y el constitucionalismo normativo o garantista, que sería expresión del constitucionalismo positivista. Finalmente, tras criticar las tesis defendidas por el Constitucionalismo principialista y/o argumentativo y/o no iuspositivista y/o post-positivista, una tercera acción consiste en afirmar (y defender) el proyecto normativo del Constitucionalismo garantista que supone (a) un preciso modelo o sistema de Derecho, (b) una determinada teoría del Derecho y (c) una específica filosofía y teoría política respecto del Derecho.

Nuestro propósito en los apartados siguientes será describir sintéticamente la caracterización que Luigi Ferrajoli hace del Constitucionalismo principialista (en adelante, CP) y del Constitucionalismo garantista (en adelante, CG). Con esto, probablemente, estaremos en condiciones de advertir por qué se afirma que estos enfoques jurídicos son las teorías jurídicas más exitosas en el Estado constitucional.

c.1 CP y CG. Un paso preliminar: el constitucionalismo jurídico como teoría jurídica

Como se mencionó, para Luigi Ferrajoli tanto el CP como CG son dos concepciones opuestas de una teoría jurídica que él llama «constitucionalismo jurídico». Así, para determinar qué caracteriza a ambas concepciones, el primer paso que realiza el profesor italiano es aclarar el sentido de esa última expresión.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli, existen diversas concepciones del constitucionalismo jurídico, sin embargo, un rasgo común a éstas es

(*CPyCG*: 7) «la idea de la subordinación de los poderes públicos – incluido el legislativo- a una serie de normas superiores»; estas normas serían las que establecen derechos fundamentales en una Constitución.

Reconoce también que el constitucionalismo suele emplearse en dos sentidos: uno jurídico y otro político. El constitucionalismo jurídico suele designar un sistema jurídico y una teoría del Derecho; como sistema jurídico (*CPyCG*: 12) «equivale a un conjunto de límites y vínculos, no sólo formales sino también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas»; como teoría jurídica es (*CPyCG*: 12) «una concepción de la validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos». El constitucionalismo político, por su parte, designa una práctica y una concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación, como garantía de ciertos ámbitos de libertad. Así, esta última acepción no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del Derecho.

Tras criticar el uso de algunas expresiones del lenguaje iusfilosófico contemporáneo asociadas al constitucionalismo tanto jurídico como político³⁰⁵, Ferrajoli (*CPyCG*: 19-21) adopta una terminología y una tipología propia del constitucionalismo jurídico en los dos sentidos aludidos, esto es, distingue entre el constitucionalismo jurídico como sistema jurídico y como teoría jurídica. Crítica crítica

Así, propone identificar al sistema jurídico e institucional de las democracias constitucionales contemporáneas, con independencia de cuál sea su concepción filosófica o metodológica, con las expresiones

³⁰⁵ Ferrajoli critica el uso de las expresiones neoconstitucionalismo y constitucionalismo. Particularmente (*CPyCG*: 18, n. 4), objeta la presentación que Paolo Comanducci (2003) realiza del neoconstitucionalismo como una teoría, una ideología y una metodología. Para Ferrajoli, es equivoco y engañoso el empleo de la expresión «neoconstitucionalismo» para contraponerla tanto al constitucionalismo (en un sentido ideológico) como al positivismo jurídico (en sentido teórico, ideológico y metodológico), ya que con esta acción no se captan los rasgos esenciales del constitucionalismo jurídico contemporáneo. Una crítica similar a ésta, puede verse en GARCÍA FIGUEROA, 2012.

siguientes: «ius-constitucionalismo» o «constitucionalismo jurídico» o «Estado constitucional de Derecho» o, sencillamente, «constitucionalismo». Para Ferrajoli la tercera expresión sería la mejor, puesto que ésta permite advertir el cambio del Estado legal o Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho. El rasgo característico de este modelo sería, pues, (CPyCG: 12) «la existencia *positiva* de una *lex superior* a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad».

A continuación, Ferrajoli (CPyCG: 16) identifica dos concepciones teóricas contemporáneas del constitucionalismo jurídico: el constitucionalismo iusnaturalista (o, según él, «neoconstitucionalismo») y el constitucionalismo iuspositivista. Sin embargo, este autor propone una segunda distinción que es «más importante». En efecto, dado que algunos autores anti-positivistas no se asumen iusnaturalista, antes bien se asumen como no-positivistas o post-positivistas³⁰⁶, entonces, distingue dos nociones teóricas del constitucionalismo: el argumentativo y/o principialista y el normativo y/o garantista.

De acuerdo a este autor, por un lado, el constitucionalismo argumentativo o principialista se caracteriza por defender las tres tesis siguientes: 1) la conexión necesaria entre el Derecho y la moral; 2) la contraposición fuerte entre principios y regla; y 3) considerar a la ponderación como elemento fundamental en la aplicación del Derecho. Por su parte, el constitucionalismo normativo o garantista básicamente niega las tres tesis descritas. Veamos con un poco más de detalle esta caracterización.

³⁰⁶ Autores del constitucionalismo no positivista, según Ferrajoli, son: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero y José Juan Moreso.

c.1.1 La relación entre Derecho y moral

c.1.1.1 La conexión necesaria entre Derecho y moral del CP

En *CPyCG*, Ferrajoli afirma que, una de las características fundamentales del CP es atacar una de las tesis más importantes del positivismo jurídico: la separación entre Derecho y moral.

Esta embestida tiene un claro punto de referencia: la incorporación de principios o valores morales en las modernas constituciones. De esto se sigue, por un lado, el abandono del positivismo jurídico, pues éste no resultaría idóneo para dar cuenta de los modernos ordenamientos jurídicos, y, por otro, la conexión necesaria entre Derecho y moral, ya que, en los sistemas contemporáneos, la moral no sería externa al Derecho, en realidad, la moral forma parte del Derecho. Esta conexión implica que (*CPyCG*: 28) «todo ordenamiento jurídico satisface objetivamente alguna “pretensión de corrección” y algún “mínimo ético”», de tal suerte que «Derecho y moral estarían conectados, y la justicia, al menos en una mínima medida, sería un rasgo necesario del Derecho y una condición de validez de las normas jurídicas».

Defender la tesis de la conexión, además, según Ferrajoli, supone fuertes compromisos con una concepción objetivista de la moral y con una concepción cognoscitivista de la misma; la tesis de la conexión supone, finalmente, el cognoscitivismo ético. Esto conllevaría inevitablemente el (*CPyCG*: 27) «absolutismo moral y, consiguientemente, la intolerancia ante las opiniones morales disidentes». En este sentido, la moral católica sería la expresión del cognoscitivismo ético defendido por el CP, según siempre Ferrajoli.

Adicionalmente, la conexión entre Derecho y moral supone la afirmación de una versión del legalismo ético, en este caso, de un constitucionalismo ético, puesto que las constituciones incorporan principios o valores que se pretenden objetivamente justos.

En definitiva, según Ferrajoli, el CP se caracterizaría por ser incompatible con el positivismo jurídico y por afirmar la tesis de la conexión entre Derecho y moral.

c.1.1.2 La no conexión entre Derecho y moral del CG

Para Ferrajoli, sin embargo, que las constituciones efectivamente hayan incorporado algún contenido moral, como también lo hacen las leyes ordinarias, aunque frente a éstas con una diferencia relevante: la constitución incorpora valores (*CPyCG*: 25) «en normas positivas de nivel supra-ordenado al de la legislación ordinaria y, por ello, son vinculantes para esta última», no permite derivar con ello la tesis de la conexión conceptual entre Derecho y moral, ni mucho menos la asunción del iusnaturalismo, que presupone dicha conexión.

Luigi Ferrajoli afirma que el CG no cae en la tentación de confundir Derecho y moral. A través de la tesis de la separación, esta versión del constitucionalismo defiende que tanto la moral como la política son puntos de vista externos al Derecho. El CG acepta que este punto de vista externo es superior al punto de vista jurídico interno. Esto permite garantizar el pluralismo moral, ideológico y cultural de nuestras sociedades. También, posibilita la garantía de la sujeción de los jueces a la ley y de su independencia, y es el fundamento del liberalismo y de la misma democracia constitucional.

La tesis de la separación afirmaría que (*CPyCG*: 28) «la existencia o la validez de una norma no implica en absoluto su justicia, y ésta no implica en absoluto su validez». Esto posibilita que el CP sea el único enfoque jurídico para evidenciar el carácter normativo de la constitución, en el sentido de que esta norma fundamental es supra-ordenada a cualquier otra fuente, y, con ello, según Ferrajoli, establecer la distinción entre validez y vigencia, así como entre vigencia y efectividad. Con esto se evitan dos falacias: la normativista y la realista, esto es, (*CPyCG*: 20) «reconocer la existencia de normas inválidas, aunque vigentes» e «impedir reconocer la existencia de normas válidas, aunque inefectivas, o de normas invalidas aun cuando efectivas».

La tesis de la separación y el no cognoscitivismismo ético son, por tanto, la base del CP.

c.1.2 La distinción entre reglas y principios

c.1.2.1 La distinción fuerte entre reglas y principios del CP

Para Luigi Ferrajoli, la caracterización de las normas constitucionales, particularmente, de los derechos fundamentales, como principios y no como reglas, es otro de los rasgos fundamentales del CP.

Ferrajoli da cuenta de dos formas de concebir la distinción entre reglas y principios. La primera, la distinción fuerte, se basa en diferencias de naturaleza ontológica, estructural o cualitativa, es decir, según esta versión las reglas y los principios son dos tipos de normas con características distintas e incompatibles. La segunda, la distinción débil, es de tipo cuantitativo, de acuerdo con esta versión, la distinción entre reglas y principios depende del grado de reconocimiento de las características atribuidas a estas normas. El CP suscribiría la distinción fuerte.

En los discursos de los autores principialistas³⁰⁷, según Ferrajoli, los principios jurídicos se caracterizarían porque son normas constitucionales de la mayor importancia que formulan objetivos políticos y/o valores morales y/o derechos fundamentales, tienen además un grado de indeterminación y generalidad mayor que las reglas, se aplican a casos no previstos, se respetan, se pesan, se comparan entre sí cuando entran en conflicto –particularmente, si el conflicto es entre ellos-, se conciben de forma abierta y son razones para la acción, no perentorias sino ponderables con otras razones o principios. Las reglas, por su parte, se aplican a casos concretos, se subsumen a los hechos previstos por ellas y son razones perentorias para la acción.

³⁰⁷ Particularmente, Ferrajoli (*CPyCG*: 34-35) se refiere a las obras de Ronald Dworkin (1984), Robert Alexy (1993) y Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (1996).

c.1.2.2 La no distinción entre reglas y principios del CG

Sin embargo, para Ferrajoli, la tesis de la distinción entre reglas y principios, es criticable tanto por su escaso fundamento empírico, como por su reducida capacidad explicativa, pero además porque esta tesis genera prácticas indeseables.

Que la tesis de la distinción tenga un escaso fundamento empírico se debe al hecho de que algunas de las características más significativas que generalmente se atribuyen a los principios, como la generalidad, la indeterminación e, incluso, la ponderación, son rasgos que también pueden atribuirse a las reglas. Para Ferrajoli, la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es de carácter no estructural, sino poco más que de estilo. Incluso, más allá de la fuerza retórica y política que distingue la forma en la que los principios son redactados en los textos constitucionales, en realidad, principios y reglas son «las dos caras de una misma moneda, equivaliendo la violación de los primeros –ya sea por acción o por omisión- a la violación de las segundas» (*CPyCG*: 37).

De la misma forma, la capacidad explicativa de la distinción, es objetada por Ferrajoli. Para él, la mayor parte de lo que se considera como principios, en realidad, se comportan como reglas. Es cierto, admite este autor, que existen normas que enuncian valores y directivas de carácter político, cuya observancia o inobservancia es difícil de identificar. Estas normas, que son para él «relativamente marginales», las llama principios directivos o directivas, en oposición a otros principios que denomina principios regulativos o imperativos. Los principios directivos se caracterizarían por ser expectativas generales e indeterminadas, no de hechos sino de resultados. En cambio, los principios regulativos enunciarían expectativas específicas y determinadas, a los que corresponden límites o vínculos, es decir, garantías, consistentes en las correspondientes prohibiciones y obligaciones. Como ejemplo de los primeros señala los principios rectores de la política social y económica (que es el nombre que la

Constitución española emplea para el Capítulo III del título I). Para ejemplificar a los segundos refiere los principios o derechos de igualdad y de libertad. Otro tipo de principios, que se ubicarían en un punto intermedio entre los directivos y los regulativos, son los principios de carácter social, por ejemplo, el derecho fundamental a la educación, el acceso a la salud, etcétera; estos principios se caracterizarían por imponer al legislador la producción de leyes de actuación que introduzcan sus garantías primarias, pero sin precisar sus formas, ni calidad ni el grado de protección, estos principios comparten, por tanto, características de los principios regulativos y de los directivos, puesto que no sólo son inderogables y de actuación legislativa, también establecen las formas y la medida de la actuación misma. En definitiva, según Ferrajoli, la tesis de la distinción tiene un carácter explicativo restringido, puesto que es posible afirmar que detrás de cada regla hay también un principio, pero también detrás de cada principio (regulativo) hay una regla que determina cómo se aplica dicho principio.

Una objeción más a la tesis de la distinción (fuerte) se refiere a los riesgos prácticos que genera dicha tesis. Uno de ellos es la reducción vinculante de los principios de rango constitucional. Esta escasa fuerza vinculante de los principios se debe a la disposición de éstos a ser «derrotables». La derrotabilidad, se afirma, acontece cuando «“una norma N *puede* resultar inaplicada y *debe* serlo *si y solo si* se manifiestan nuevas excepciones no previstas *ex ante* y justificadas” a través de la ponderación» (CPyCG: 38).

Pero también, el debilitamiento normativo de los principios, supone la neutralización de los mismos a partir de ciertas prácticas judiciales. A través de éstas, incluso se genera un riesgo «más perverso e insidioso»: abrir la puerta a la discrecionalidad argumentativa del intérprete. En efecto, observar a la Constitución como un conjunto de valores o principios morales antes que, como normas vinculantes, no sólo oscurece el alcance normativo de los principios constitucionales, también permite la creación de principios que no tienen fundamento en la letra de la constitución, estos, en realidad, sólo son producto de argumentaciones morales. Sin embargo, para Ferrajoli los principios son normas prescriptivas, no neutralizables por principios ético-políticos, ni

ponderables con principios no expresados. Ésta es la particularidad relevante del CG frente al CP: el no poner en riesgo el carácter rígidamente normativo de las constituciones, normatividad que además es oponible a todos los poderes.

En definitiva, si es posible una distinción entre reglas y principios, ésta no es estructural u ontológica, tan sólo es de grado, o sea, es una distinción débil, con una fuerza explicativa y un fundamento empírico muy limitado.

c.1.3 La ponderación y la subsunción en la aplicación del Derecho

c.1.3.1 La ponderación del CP

La tercera tesis que, según Luigi Ferrajoli, se puede atribuir al CP es la tesis según la cual los principios constitucionales siempre son objeto de ponderación. Frente al razonamiento de la subsunción, que es el único para aplicar las reglas, la ponderación sería el nuevo e insustituible tipo de razonamiento para los derechos fundamentales.

La ponderación consiste en una operación en virtud de la cual la importancia de un principio se determina a partir de su peso. En otras palabras, cuando dos principios entran en conflicto, la elección del principio de más peso se determinará valorando la importancia de éste frente al otro, uno de ellos, finalmente, deberá ceder.

Para Ferrajoli, es imposible negar la importancia de la ponderación. Ésta es una técnica legítima y fisiológica tanto en el ámbito de las decisiones políticas, como en el ámbito de las decisiones judiciales.

La «época de la ponderación» está acompañada también por un innegable papel de la teoría de la argumentación. Según Ferrajoli, la importancia de la argumentación es fundamental porque ésta permite racionalizar la discrecionalidad que inevitablemente práctica la jurisdicción. En efecto, para este autor, tiene mucho sentido y valor una

teoría de la argumentación jurídica que reduzca y guíe a través de la motivación de las decisiones los espacios de la discrecionalidad judicial.

c.1.3.2 La ponderación y la subsunción del CG

Es cierto que tanto la ponderación legislativa como la ponderación judicial, así como la argumentación, son necesarias en el mundo jurídico. Pero, en realidad, para Ferrajoli, la ponderación tiene, como la distinción entre reglas y principios, un alcance empírico limitado. Aceptar lo contrario, esto es, asignar un alcance excesivo a la ponderación, implicaría asumir graves riesgos tanto en el ámbito legislativo como judicial; particularmente, el aumento del uso de la ponderación, la convertiría sólo en una «burbuja terminológica» para designar con ella cualquier cosa. Por estas razones, Ferrajoli realiza las precisiones siguientes.

En relación a la ponderación legislativa, el autor italiano afirma que ésta sólo puede aplicarse a los principios directivos, pero no a los principios regulativos. En este sentido, para Ferrajoli, por ejemplo, los derechos de libertad, generalmente no admiten ponderación. Sin embargo, principios genéricos como el de seguridad, sí requieren de ella. Los principios o derechos sociales, tienen una particularidad, ya que estos, como afirmamos, están en un punto intermedio entre los principios regulativos y los directivos; en estos casos, la ponderación legislativa «es fisiológica en las opciones legislativas, inevitablemente discrecionales, en lo que se refiere a los medios, a las formas y también a los límites de su actuación» (*CPyCG*: 43). Es decir, la ponderación legislativa no puede extenderse en estos casos determinando «qué principios constitucionales actuar y cuáles no actuar sin resolverse en un incumplimiento de la Constitución, y, con ello, en la admisión de un poder del legislador de anular o derogar el dictado constitucional, en contraste con la jerarquía de las fuentes» (*CPyCG*: 43).

A Ferrajoli, por otro lado, le parece criticable la idea según la cual la garantía de cada derecho fundamental implica el sacrificio o la limitación de otros. Esta afirmación, para el autor italiano, es infundada, puesto que las relaciones entre derechos son, sobre todo, de sinergia, no

necesariamente de conflicto y, por tanto, no necesitan de ponderación legislativa. Esto quiere decir que los derechos para ser ejercitados requieren de otros derechos: «sin garantía de los derechos sociales, en particular a la educación y a la información, los derechos de libertad no son ejercitables con conocimiento de causa, y sin garantía de los derechos de libertad no lo son tampoco los derechos políticos» (CPyCG: 44). Algo similar ocurre entre las libertades fundamentales y el desarrollo económico: sin esas libertades no habría control democrático sobre el correcto funcionamiento de las instituciones; «y sin garantías de los derechos sociales a la educación, a la salud y la subsistencia, no se dan los presupuestos elementales de la productividad individual y colectiva» (CPyCG: 44).

Respecto a la ponderación jurisdiccional, Ferrajoli afirma que ésta aparentemente es una técnica argumentativa novedosa, pero en realidad no es más que la «vieja “interpretación sistemática”», que es conocida y practicada desde siempre por los juristas; la interpretación sistemática consiste «en la interpretación del sentido de una norma a la luz de todas las demás del sistema» (CPyCG: 44).

Para Ferrajoli, la base de la ponderación, la idea de que los principios se pesan, es equivocada, puesto que con esta técnica lo que se pondera son hechos, no principios. En efecto, dado que el juez pondera casos concretos, en el fondo, lo que está haciendo es una valoración de las circunstancias de hecho que justifican la aplicación de principios. Entendida de esta forma, no existiría diferencia epistemológica entre la ponderación de principios y la ponderación de reglas, porque si bien el concurso de varias normas, sean reglas o principios, motiva la realización de la ponderación, en realidad el objeto de ésta no son dichas normas, lo que se pondera, o sea, el objeto de la ponderación, son los hechos y las situaciones a las que esas normas son aplicables. Además, para Ferrajoli, las normas, sean reglas y principios, pesan lo mismo, porque son siempre las mismas, en cambio, las circunstancias de hecho son irrepitiblemente diversas y, por tanto, su peso es distinto en cada caso. La ponderación, entendida así, sería una actividad fisiológica a cualquier actividad jurisdiccional.

Por otro lado, para Ferrajoli, es un hecho innegable que, por razón de la también indiscutible vaguedad, ambigüedad e indeterminación del lenguaje legal, determinados principios ético-políticos sean el fundamento de cualquier interpretación judicial. Sin embargo, para él, también es cierto que la constitucionalización de los principios como derechos fundamentales reduce la discrecionalidad interpretativa, puesto que, entre las diversas interpretaciones de un texto legal, se elegirá como válida la más compatible con la Constitución. Pero, si la indeterminación semántica de las normas y la ausencia de garantías son excesivas, para el autor italiano, es indudable que ello generará un poder creativo en el juez que, no obstante, es totalmente «ilegítimo», puesto que invade las competencias de otros poderes, negando la división de poderes e, incluso, imposibilitando el desarrollo del Estado de Derecho.

Este riesgo, según el autor italiano, es inadvertido por los defensores de la ponderación. Al contrario, para ellos, el papel creativo de la ponderación se acentúa en la fatal colisión de los principios. En efecto, la tesis según la cual los principios están generalmente en conflicto, permite afirmar el papel sustancialmente creativo de la ponderación judicial, pues a través de ésta se pesan los principios colisionados y después se elige cuál de ellos debe prevalecer en el caso concreto. Empero, para Ferrajoli, debe distinguirse entre la cuestión de aplicabilidad de los principios y el carácter opinable de su aplicación en concreto. Efectivamente, para él, en muchos de los ejemplos que se emplean para evidenciar el papel de la ponderación, se puede confirmar la realización efectiva de ésta, pero en otros no necesariamente. Por ejemplo, en los llamados casos difíciles, que Ferrajoli llama de «conflicto o dilemas», la ponderación ciertamente se realiza, pero, como se mencionó, sólo para ponderar las circunstancias de hecho. En otros casos, por ejemplo, los derechos de libertad consistentes en inmunidades o facultades, así como todos los conflictos entre normas de grado diverso y los incumplimientos de normas supra-ordenadas, no dan lugar a conflictos solucionables a través del argumento de la ponderación. En realidad, los últimos casos, solo generarían antinomias y lagunas estructurales, esto es, a vicios consistentes en violaciones de reglas o de principios regulativos que se solucionan por «intervenciones

reparadoras: por anulación jurisdiccional de las normas inválidas y por la producción legislativa de las normas que faltan» (CPyCG: 47).

Para Ferrajoli, frente al CP, que confía la solución de conflictos entre principios a la ponderación, debilitando con ello tanto el carácter vinculante de las normas constitucionales, como el carácter cognoscitivo de la jurisdicción, en el que reside su fuente de legitimación, el CG promueve y alienta el no activismo ni la creación normativa por parte de los jueces así como la reducción de la discrecionalidad a partir de la sujeción de los jueces a la ley y la constitución respetando la separación de poderes y la naturaleza de la jurisdicción, que es más legítima cuanto más cognoscitiva y no discrecional.

Por todo, el CP admite el papel de la ponderación tanto en el ámbito legislativo como jurisdiccional, sin embargo, de acuerdo con Ferrajoli, el papel de esta técnica en estos ámbitos, es muy reducido. Así, la ponderación legislativa es requerida sólo para ponderar algunos principios constitucionales, los directivos y, en parte, los sociales, pero no es exigida normalmente a los principios regulativos. En el caso de la ponderación jurisdiccional el papel de ésta se limita sólo a la ponderación de hechos, no de principios. Dado que éstos en su mayoría se comportan como reglas, su aplicación es, en todo caso, por medio de la subsunción.

c.2 Acuerdos y desacuerdos sobre CP y CG

La caracterización de Luigi Ferrajoli del CP y del CG, ha sido objeto de un intenso debate³⁰⁸. A continuación, daremos cuenta de algunas de las posiciones que aparecen en él. En este sentido, es posible identificar tres grupos de acuerdos y desacuerdos en relación a las tres acciones teóricas que Luigi Ferrajoli realiza en su artículo «*Constitucionalismo principialista y Constitucionalismo garantista*».

³⁰⁸ Nos referimos a FERRAJOLI, *et. al.*, 2012.

Así, el primero grupo, se refiere a la terminología que Ferrajoli, por un lado, crítica y, por otro, propone para redefinir al neoconstitucionalismo; el segundo, se refiere a la caracterización de las dos concepciones teóricas con las que dicho autor rotula su trabajo; el último grupo, se relaciona con la defensa ferrajoliana del Constitucionalismo garantista.

Pues bien, sobre las cuestiones terminológicas, dada la confusión que genera en los discursos iusfilosóficos, expresiones como la de «neoconstitucionalismo», entonces, algunos autores³⁰⁹, están de acuerdo no sólo con la crítica que Ferrajoli hace de dicha expresión, sino que además valoran positivamente su redefinición, por ser ésta «oportuna» y «significativa». Para otros, sin embargo, ni la crítica, ni el uso de nuevos términos para referirse al fenómeno neoconstitucionalista, son acciones acertadas. Fundamentalmente, los miembros de la Escuela genovesa que participan en este debate³¹⁰, aunque no sólo ellos³¹¹, son quienes, por un lado, hacen una defensa del término neoconstitucionalismo³¹², pero, por otro, también de lo que con él se designa, o sea, de las tesis que se pueden atribuir a dicha etiqueta³¹³.

Por otro lado, en relación a la caracterización que Luigi Ferrajoli hace del CP y del CG, algunos opinaron que, el mapa trazado por Ferrajoli, «tendría que ser más de detalle»³¹⁴, para no confundir tesis y autores neoconstitucionalistas; otros comentaron que dicha distinción se basa en «dicotomías trasnochadas (como positivismo y jusnaturalismo)» y dicotomías «desenfocadas (como reglas y principios)»³¹⁵; asimismo, se dijo que la reconstrucción del neoconstitucionalismo es «muy sumaria» y «un tanto sesgada»³¹⁶; también se señalaron los «errores interpretativos» en los que cayó Ferrajoli, pues, al caracterizar al neoconstitucionalismo, atribuyó tesis que son «manifiestamente falsas»,

³⁰⁹ ATIENZA, 2012: 70; CHIASSONI, 2012: 97-98; GARCÍA FIGUEROA, 2012: 119-120; GREPPI, 2012: 136 y MORESO, 2012: 180.

³¹⁰ Nos referimos a Paolo Comanducci (2012) y Mauro Barberis (2012).

³¹¹ PRIETO, 2012: 228; LAPORTA: 168; PINO, 206-207.

³¹² En este sentido, BARBERIS, 2012: 90.

³¹³ En este otro, COMANDUCCI, 2012: 98.

³¹⁴ CHIASSONI, 2012: 98.

³¹⁵ GARCÍA FIGUEROA, 2012: 126.

³¹⁶ LAPORTA, 2012: 168.

tesis que «no defienden» directa o indirectamente los autores identificados con esta corriente jurídica³¹⁷; además, se afirmó que la caracterización de Ferrajoli lo único que logra es «desconocer los genuinos problemas» planteados por el neoconstitucionalismo³¹⁸; finalmente, se sugirió que el sentido asumido por Ferrajoli respecto a las tesis atribuibles al neoconstitucionalismo no necesariamente «conllevan ni la asunción del iusnaturalismo ni las consecuencias perniciosas de rechazo del liberalismo político, debilitamiento de la fuerza normativa de la constitución o activismo judicial»³¹⁹.

Por último, por cuanto hace a la definición y defensa del «paradigma garantista», las críticas pueden considerarse como internas y externas³²⁰, es decir, dado que algunos de los autores que comentan esta parte del texto de Ferrajoli se mantienen próximos a su pensamiento, las divergencias con él son menores³²¹; sin embargo, las críticas externas provienen de autores que, claramente, no comparten muchas de las tesis defendidas por Ferrajoli³²². De hecho, para dar respuesta a estas críticas, Ferrajoli (2012c) distingue entre dos grupos de autores, por un lado, aquellos que defienden el «paleo-iuspositivismo» (es decir, aquellos que sostienen que la rigidez de las Constituciones no ha producido ninguna significativa innovación estructural en el viejo modelo iuspositivista, de modo que aún éstos sostiene la vieja reducción iuspositivista de la validez de las normas legales a su existencia y afirman la aproximación avalorativa de la ciencia jurídica a su objeto de estudio) y, por otro, aquellos que defienden una especie de «neo-iusnaturalismo» (esto es, autores que, por el contrario, interpretan la rigidez de las Constituciones como una renovada conexión entre Derecho y moral ocurrida con la incorporación en las Constituciones de principios ético-políticos).

³¹⁷ ATIENZA, 2012: 70-71.

³¹⁸ BARBERIS, 2012: 86.

³¹⁹ MORESO, 2012: 180; en un sentido similar, PINO, 2012.

³²⁰ ATIENZA, 2012: 74.

³²¹ Por ejemplo, entre los autores que comenta *CPJCG*, CHIASONI, 2012 y REDONDO, 2012 mantienen una posición muy cercana a Ferrajoli en relación al paradigma constitucionalista.

³²² Por ejemplo, los autores señalados en las citas precedentes.

II.2.2 De los «neoconstitucionalismos» al «neoconstitucionalismo»

No sin razón, como hemos tenido oportunidad de constatar a lo largo de este capítulo, para algunos autores, dado el estado actual del neoconstitucionalismo, está justificado hablar de él, en plural, o sea, «neoconstitucionalismos», y no en singular, o sea, «neoconstitucionalismo».

Sin embargo, este cambio del singular al plural, ha sido valorado tanto de forma negativa como de forma positiva. Esto es, para algunos autores, el hecho de que el neoconstitucionalismo designe cosas tan distintas, supone un «gran inconveniente»³²³ para este fenómeno. Para otros autores, no obstante, esto no es así, ya que, el problema de la heterogeneidad del neoconstitucionalismo, no debe ser visto como un vicio³²⁴, esto por algunas razones: primero, si esta crítica se refiere a la pluralidad de tesis sostenidas por los autores supuestamente neoconstitucionalistas, de modo que dichas tesis, por lo demás, heterogéneas e incluso contradictorias entre ellas, hacen del neoconstitucionalismo «poco más que un *meme* afortunado»³²⁵, entonces, no sólo el neoconstitucionalismo se derrumbaría, también, bajo el filo de esta crítica, caerían las cabezas de muchas, probablemente todas, las corrientes filosófico jurídicas (y filosóficas en general) descritas en un nivel suficiente de abstracción³²⁶; segundo, frente al inestable equilibrio conceptual del neoconstitucionalismo, debe estimarse, por el contrario, el hecho de que los simpatizantes del neoconstitucionalismo y los teóricos usualmente citados como sus

³²³ Da cuenta de esta objeción, GARCIA FIGUEROA, 2012: 124.

³²⁴ PINO, 2012: 206.

³²⁵ Esta expresión es de GARCÍA FIGUEROA, 2012: 122.

³²⁶ PINO, 2012: 206-207; para este autor, en efecto, el problema de la heterogeneidad del neoconstitucionalismo, es muy exigente, de modo que, si esta objeción es correcta, entonces, también caería, por ejemplo, el positivismo jurídico, ya que éste no exhibe un grado de homogeneidad y compactibilidad tal que se libre de aquella crítica. Para un análisis del estado actual del positivismo jurídico, véase: MORESO 2015.

representantes parecen compartir algunas intuiciones «acordes con los tiempos que vive nuestra cultura jurídica y también que sus actitudes presentan algo más que un cierto aire de familia»³²⁷; y, finalmente, tercero, porque las tesis atribuibles a los distintos fenómenos neoconstitucionalistas, son respuestas a los distintos problemas de nuestra cultura jurídica, reflejando con ello «el carácter controvertido y vivo»³²⁸ de este fenómeno, de modo que, en definitiva, para algunos autores, la mejor forma de referirse al neoconstitucionalismo, no es ésta, más bien, es esta otra: «neoconstitucionalismo(s)»³²⁹.

Además, en opinión de algunos autores, la reconstrucción de los distintos significados del neoconstitucionalismo, es una buena estrategia, pero no sólo para comprender este fenómeno³³⁰, sino también para que dicha expresión deje «de ser simplemente un *meme* afortunado» y, eventualmente, se convierta «en una teoría compacta»³³¹.

Si esto es posible, entonces, parece que la suerte del neoconstitucionalismo recorre un camino inverso al de su surgimiento: ahora, estamos transitando de los distintos fenómenos neoconstitucionalistas, a la conformación de «un canon»³³² o «una filosofía»³³³ neoconstitucionalista, en definitiva, la ruta en este momento es del plural al singular, es decir, de los neoconstitucionalismos al neoconstitucionalismo.

Más allá de esto, algo que, según uno de los seguidores y promotores del neoconstitucionalismo³³⁴, depende, entre otras cosas, de una «ruptura profunda» del neoconstitucionalismo respecto del iuspositivismo y del iusnaturalismo; es importante, sin embargo, señalar

³²⁷ GARCÍA FIGUEROA, 2012: 119.

³²⁸ *Ibidem*: 125.

³²⁹ Como se sabe, éste fue el título que dio origen a una colección homónima editada por Miguel Carbonell (2003).

³³⁰ En este sentido, véase: RATTI 2015 y POZZOLO, 2015.

³³¹ Ésta es la sugerencia optimista de Alfonso García Figueroa (2012: 123) frente al neoconstitucionalismo (por cierto, este autor, es uno de los pocos autores abiertamente declarado neoconstitucionalista).

³³² CARBONELL & GARCÍA JARAMILLO, 2010.

³³³ PRIETO SANCHÍS, 2013: 24.

³³⁴ GARCÍA FIGUEROA, 2012: 127; pero más en específico de este autor y sobre la conformación de una teoría neoconstitucionalismo, véase: 2009, en donde se encontrará un verdadero programa de acción del neoconstitucionalismo.

que las distintas reconstrucciones conceptuales de este fenómeno, lo han hecho más comprensible. Ahora, al menos, sabemos que el neoconstitucionalismo puede referir un tipo de ordenamiento jurídico, un conjunto de prácticas jurisprudenciales, una teoría del Derecho, una metodología jurídica y una ideología jurídica, o todos estos en su conjunto.

Y, si bien es cierto, no sólo se han hecho comentarios críticos en cuanto al uso de la etiqueta neoconstitucionalismo para referir todas estas cuestiones, sino que también se ha sugerido no emplear esa etiqueta para significar alguna de ellas –especialmente, se podría rechazar su uso para designar una forma de Estado y una metodología jurídica-; no obstante, esto también nos permite concluir, como ya se ha dicho, que no debemos discutir a favor o en contra del neoconstitucionalismo, sin antes especificar a qué tipo de neoconstitucionalismo se está haciendo referencia. Así, ya sea que la defensa o crítica del neoconstitucionalismo tenga como objeto la etiqueta, el uso de ésta o las tesis atribuibles a los fenómenos que se refieren con ella, será necesario, en cualquier caso, determinar con exactitud cada una de estas posibles discusiones. A continuación, al señalar algunas de las posibles actitudes que un teórico puede adoptar frente al neoconstitucionalismo, seguiremos todas estas recomendaciones.

Antes, sin embargo, de lo expuesto en este capítulo, es importante advertir lo siguiente: primero, en algunos discursos iusfilosóficos del mundo latino, pueden distinguirse dos versiones de la teoría neoconstitucionalista; ambas versiones, sin embargo, son teorías que dan cuenta tanto del ordenamiento jurídico, como de las prácticas que caracterizan al Estado constitucional. Segundo, la distinción entre estos enfoques puede presentarse a partir del distinto modo de interpretar tesis como estas: a) la relación entre Derecho y moral, b) la distinción entre reglas y principios, y c) la ponderación. Tercero, ambas aproximaciones teóricas son exitosas. Esta última cuestión, guiará el resto de nuestro trabajo.

CAPÍTULO III

TRES ACTITUDES, CINCO AUTORES Y UN BALANCE DEL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA

III.1 Introducción

En este capítulo, en primer lugar, reflexionaremos sobre las distintas objeciones que se han formulado al neoconstitucionalismo; de este modo, intentamos ofrecer una conclusión particular del capítulo anterior; en segundo lugar, esbozaremos un balance del paradigma constitucionalista y su relación con la cultura constitucional mexicana, es decir, proporcionaremos algunas conclusiones tanto del fenómeno de la constitucionalización, como del fenómeno neoconstitucionalista; desde esta perspectiva, también intentamos ofrecer una conclusión general de los capítulos precedentes; todo esto, sin embargo, con el fin de preparar el camino que habremos de recorrer en la parte final de esta investigación.

III.2 Tres actitudes y cinco autores frente al neoconstitucionalismo

Frente al neoconstitucionalismo se pueden asumir fundamentalmente tres actitudes:

- 1) La indiferencia, que implica observarlo desinteresadamente;
- 2) La escéptica, que puede adoptar tres formas:
 - a) Se puede reconstruir el neoconstitucionalismo, pero se objeta la etiqueta y sus usos;
 - b) Se puede reconstruir el neoconstitucionalismo, pero se duda de la etiqueta, de sus usos y, fundamentalmente, de las tesis neoconstitucionalistas;
 - c) Se puede reconstruir el neoconstitucionalismo, pero no necesariamente se duda de la etiqueta, ni de sus usos –incluso,

tras una lectura «caritativa», tanto la etiqueta como sus usos, son defendidos-, en realidad, desde esta perspectiva, se objetan algunas tesis neoconstitucionalistas;

- 3) La optimista, que supone valorarlo positivamente y apostar por su desarrollo y su consolidación.

Sobre estas formas de observar al neoconstitucionalismo, es preciso realizar algunos comentarios: primero, esta caracterización pretende dar cuenta de los distintos debates que ha suscitado el neoconstitucionalismo; así, se representa tanto la discusión sobre la etiqueta y sus usos, así como el debate sobre las tesis que comúnmente se asocian a los fenómenos neoconstitucionalistas.

Segundo, tal vez, esta reconstrucción no incorpore todas las actitudes que se pueden adoptar frente a este fenómeno³³⁵, aunque sí creemos son algunas de las más comunes y de las más relevantes.

Tercero, esta caracterización, asume la recomendación de no confundir el fenómeno o movimiento neoconstitucionalista, con los distintos fenómenos o, mejor aún, con las tesis que se designan con la palabra «neoconstitucionalismo».

Cuarto, aunque esta distinción es relevante, lo cierto es que, como veremos, algunas reconstrucciones del neoconstitucionalismo pueden implicar su «destrucción» o «liquidación», lo que significa que, desde esta perspectiva, la distinción entre el fenómeno neoconstitucionalista y los

³³⁵ Por ejemplo, Luis Prieto Sanchís (2013: 23) afirma que «dos autores que suelen citarse como principales impulsores del movimiento [neoconstitucionalista], bastante heterogéneos entre sí por otra parte, no suelen calificarse a sí mismos como neoconstitucionalistas; y, a su vez, quienes hacen uso de esa expresión [«neoconstitucionalismo»] generalmente adoptan un sentido crítico y en ocasiones destructivo»; entonces, de lo expuesto por este autor, tenemos: 1) autores críticos, 2) autores críticos-destructivos, y 3) autores partidarios del neoconstitucionalismo, ya que, en la nota 2, afirma lo siguiente: «A. García Figueroa, quien de modo expreso manifiesta el deseo de “contribuir sinceramente” [al desarrollo del neoconstitucionalismo]». Asimismo, puede verse POZZOLO, 2015: 399, quien ha sugerido: «frente al fenómeno neoconstitucionalista se puede adoptar diversas posturas y tener diferentes creencias. Muchos han sostenido que la perspectiva iuspositivista no podría representar ya la base teórica para dar cuenta del derecho constitucionalizado; otros han sostenido que no sería necesaria una nueva teoría; alguno, finalmente, ignora el fenómeno». También, véase: ATIENZA, 2011: 5.

fenómenos neoconstitucionalistas, sería totalmente irrelevante, ya que, por decirlo de un modo, si no sobrevive el fenómeno neoconstitucionalista, tampoco lo hacen los fenómenos vinculados a él.

Quinto, aunque ocuparemos las ideas de cinco autores para ejemplificar las actitudes descritas, también citaremos otras obras para el mismo fin.

Sexto y último, dado que el neoconstitucionalismo es un fenómeno relativamente reciente, podría estar perfectamente justificado adoptar una actitud de ignorancia o de desconocimiento hacia dicho fenómeno, justamente, por la novedad que supone; sin embargo, como dicen sus optimistas promotores –aunque, como veremos, no sólo ellos³³⁶–, el neoconstitucionalismo es un fenómeno ampliamente difundido, de modo que su desconocimiento no sólo es menor³³⁷, incluso, es razonable que este «paradigma» cuente «cada día con más seguidores»³³⁸, sobre todo en «Latinoamérica (particularmente en Argentina y México)», pero también «en Europa (particularmente en España e Italia)»³³⁹; es algo discutible si, a la fecha, el neoconstitucionalismo tiene más seguidores³⁴⁰; de lo que no existe duda, sin embargo, es de su ámbito de popularidad, éste, en efecto, se encuentra en países latinos, tanto del “viejo” como del “nuevo” continente; así, sobre este último punto, es importante señalar lo siguiente: aunque la primera actitud que

³³⁶ Me refiero, por supuesto, a la denominada «Escuela genovesa», quienes comúnmente critican el fenómeno neoconstitucionalista, pero, a la vez, señalan su éxito y su amplia difusión en determinados contextos. Así, por ejemplo, véase: RATTI, 2015; POZZOLO, 2015; COMANDUCCI, 2009; BARBERIS, 2015.

³³⁷ Para Leonardo García Jaramillo (2010: 316), en Colombia «casi cualquier persona, no sólo abogada sino cercana disciplinariamente a los estudios jurídicos cree tener por lo menos alguna idea vaga, creencia o intuición sobre aquello que (al menos) parece implicar el uso del concepto “*neoconstitucionalismo*”».

³³⁸ CARBONELL, 2010: 161.

³³⁹ COMANDUCCI, 2009: 87.

³⁴⁰ Para Luis Prieto Sanchís (2013: 23), esto no es así: «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». Para Manuel Atienza (2014: 10), Luis Prieto tiene razón en este punto. Sin embargo, para Alfonso García Figueroa (2012: 123, n.6), la realidad es que, «en el área italoiberoamericana el impacto [del neoconstitucionalismo] está siendo sostenida. Particularmente ilustrativo es el interés, cuando no la adhesión, que ha concitado el neoconstitucionalismo en Brasil». También, en el mismo sentido, véase: CARBONELL & GARCÍA JARAMILLO, 2010.

veremos –la indiferencia- puede presuponer una forma de ignorancia – en tanto que un fenómeno puede ser extraño a los intereses del observador-, sin embargo, nosotros asumiremos que, en determinados contextos, particularmente, en algunos discursos de teoría y filosofía del Derecho, pero también en algunos discursos de la dogmática constitucional, del mundo italo-ibero-americano, el fenómeno neoconstitucionalista, es conocido; por tanto, descartaremos todo punto de vista que implique cuestionar o, incluso, negar la «existencia» del fenómeno neoconstitucionalista³⁴¹, para centrarnos en las distintas perspectivas de análisis que ha supuesto este fenómeno.

III.2.1 Discursos neoconstitucionalistas y discursos constitucionalistas frente a frente: la mirada externa de Ma. Ángeles Ahumada

La primera perspectiva implica observar desinteresadamente el fenómeno neoconstitucionalista. Específicamente, se podría decir que desde esta óptica este fenómeno carece de interés o de relevancia, básicamente, porque no representa ninguna novedad, ni afecta, en mayor medida, las reflexiones que ya se tienen a propósito de los objetos que se abordan desde la mirada neoconstitucionalista. Ésta, por ejemplo, puede ser la posición adoptada por Ma. Ángeles Ahumada (2009) en *Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci)*.

Así, de inicio, es importante señalar que, para la profesora Ahumada (2009: 134), el neoconstitucionalismo es: «un término acuñado para introducir y plantear en el terreno de la filosofía jurídica una discusión a propósito de los desafíos que diversos aspectos del funcionamiento

³⁴¹ Recientemente, uno de los creadores del neoconstitucionalismo, Mauro Barberis (2015), se ha cuestionado si «¿existe el neoconstitucionalismo?», a esta pregunta –sin duda, retórica-, sin embargo, Barberis, contestándose a sí mismo, pero contestando a las dudas “existencialistas”, que, según él, Riccardo Guastini (2013: 55) ha planteado entorno al neoconstitucionalismo, afirma esto: «no sólo el neoconstitucionalismo existe, sino que los iuspositivistas como Guastini deberían tomarlo muy en serio: como de hecho lo hacen ya, sin admitirlo».

de los sistemas constitucionales actuales lanzan a la teoría del derecho “tradicional”».

En otras palabras, en un primer sentido, para la autora referida, el neoconstitucionalismo es una expresión creada por iusfilósofos para discutir cuestiones iusfilosóficas que sin embargo se vinculan a algunas cuestiones complejas del funcionamiento de las democracias constitucionales contemporáneas.

Aparentemente, esta definición es poco esclarecedora, así que, más explícitamente, Ahumada (p. 135), añade lo siguiente:

«El neoconstitucionalismo parece servir como término genérico para referirse a todas aquellas teorías explicativas y justificativas de ciertas prácticas constitucionales que, en conjunto (y para abreviar), alientan un tipo de constitucionalismo fuertemente judicialista y judicializado, fundamentalista en materia de definiciones y derechos, y más o menos abiertamente desconfiado con el principio de la mayoría. [...] El término designaría a una variedad de racionalizaciones *post hoc* de prácticas constitucionales del presente».

Es muy probable que esta última reconstrucción conceptual del neoconstitucionalismo guarde cierta fidelidad con aquello que se pretende referir con dicho concepto³⁴²; ahora bien, para Ma. Ángeles Ahumada (p. 138 y ss.), el hecho de que algunas cuestiones constitucionales sean llamativas y, por tanto, sean analizadas desde la óptica neoconstitucionalista, implica que, en algunos casos, dado que dichas cuestiones también son analizadas desde la perspectiva del derecho constitucional, los discursos neoconstitucionalistas, sean o «equivocos», o «exóticos», o «confusos», o, simplemente, «indistinguibles» de los discursos constitucionalistas. Así, por ejemplo, la teoría neoconstitucionalista, sería indistinta del «corriente derecho constitucional que se ocupa del estudio de los sistemas constitucionales del presente»; o, por otro lado, pero en relación a la etiqueta «neoconstitucionalismo teórico», si ésta se asocia al «análisis de la teoría

³⁴² Particularmente, si se observa que esta reconstrucción de Ma. Ángeles Ahumada se basa en las opiniones de algunos filósofos del Derecho atentos a las cuestiones constitucionales; en efecto, esta autora, recurre a la exposición de Susanna Pozzolo, Mauro Barberis, Alfonso Ruiz Miguel, Luis Prieto, entre otros, quienes, como dice el propio Luis Prieto (2003: 101), son «filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas».

y práctica constitucional de nuestro tiempo, ¿qué verdadero constitucionalista podría dejar de ser “neoconstitucionalista”?», es decir, la etiqueta, en este contexto, «aporta poco»; o, en fin, si una de las cuestiones que se debaten desde el neoconstitucionalismo es el desarrollo e implicaciones del Estado constitucional, en opinión de esta autora, es una cuestión que «no se hace más clara recurriendo a terminología de precisión, pero inusual» en los debates entre constitucionalistas y politólogos a propósito de ese modelo de Estado.

Aunque pudiera pensarse que, como lo dice Ahumada (p. 138), esto es un «“*lost in translation*” interdisciplinar», es decir, que algunos desencuentros entre neoconstitucionalistas y constitucionalistas, pueden ser meras divergencias terminológicas, ya que se analizan problemas similares, pero desde disciplinas distintas, sin embargo, es importante señalar que, para la autora citada, esto no siempre es así; es decir, el neoconstitucionalismo –o, más explícitamente, los discursos sobre éste-, en algunos casos, realmente, sobre las cuestiones constitucionales, aportan poco o, de hecho, nada.

En suma, desde esta perspectiva, efectivamente, el neoconstitucionalismo puede ser observado y analizado, pero al final, se puede advertir un desinterés sobre este fenómeno, ya que, en el fondo, éste no dice nada nuevo³⁴³.

III.2.2 Tres formas de escepticismo frente al neoconstitucionalismo: Ferrajoli, Ratti y Barberis

El escepticismo es, sin duda, uno de los rasgos más distintivos de la mayoría de los estudios sobre el neoconstitucionalismo. De hecho, esta actitud ha acompañado a este fenómeno desde su nacimiento: quienes inventaron el término, paradójicamente, lo hicieron para criticarlo y, en algún sentido, destruirlo. A la fecha, sin embargo, tanto el término como

³⁴³ Ésta, por cierto, es una posición que se puede encontrar también en GARCÍA AMADO, 2009: 24, quien, en efecto, ha puesto en duda la «novedad» del neoconstitucionalismo, puesto que, para este autor, con esta expresión, no se está diciendo nada distinto de aquello que con anterioridad ya circulaba en los pasillos de la teoría del Derecho.

sus usos, así como las tesis asociadas a él, son defendidas, inclusive – también por paradójico que parezca – por quienes en su momento trataron de liquidarlo.

A pesar de esto, en tanto que se duda individualmente, o en conjunto, de la etiqueta, de sus usos o de las tesis que comúnmente se asocian al neoconstitucionalismo, es posible identificar tres tipos de escepticismo frente al neoconstitucionalismo.

Una primera perspectiva, según la cual es posible reconstruir el fenómeno neoconstitucionalista, pero se objeta –al grado de liquidar- la etiqueta y sus usos, puede ser ejemplificada mediante las ideas de Luigi Ferrajoli (2012b). En efecto, para este autor, la etiqueta «neoconstitucionalismo», así como la terminología asociada a ésta³⁴⁴, es «equivoca» y «engañosas». Por esta razón, Ferrajoli nos propone adoptar una nueva y distinta terminología, que implique redefinir al neoconstitucionalismo de dos formas distintas: por un lado, como constitucionalismo «argumentativo» o «principlista» y, por otro, como constitucionalismo «garantista» o «normativo» (generalmente, distinguibles a partir de la relación entre Derecho y moral, el primero basado en la conexión, el segundo en la separación).

Más allá de si la revisión terminológica de Ferrajoli cumple o no su objetivo³⁴⁵: por un lado, denunciar una sesgada reconstrucción del neoconstitucionalismo en la que se incluyó su teoría³⁴⁶, por otro,

³⁴⁴ En la nota número 4 del trabajo que estamos comentado, Luigi Ferrajoli, para dar cuenta y criticar al neoconstitucionalismo, fundamentalmente, se refiere al trabajo de Paolo Comanducci (2003) en el que se reconstruye críticamente el fenómeno neoconstitucionalista para presentarlo como una teoría, como una ideología y como una metodología; así, Ferrajoli duda de toda esta terminología por ser «confusa» y «engañosas», pero más explícitamente por no identificar una teoría constitucionalista iuspositivista, como la que él defiende.

³⁴⁵ Para una reconstrucción muy general de las distintas posturas, sobre esta acción teórica de Ferrajoli, véase las notas 189 a 193 de este trabajo.

³⁴⁶ Éste, en efecto, parece ser uno de los motivos que originaron la participación de Ferrajoli en el debate sobre el neoconstitucionalismo. Para confirmar este apunte, véase: BARBERIS, 2012: 90, quien afirma: «[La teoría del Derecho de Ferrajoli] fue varias veces apresuradamente asimilada al neoconstitucionalismo: también por parte del suscrito, en el manual *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto* (Mulino, Bologna, 2011, pp. 233-234). En CP, reaccionando ante estas asimilaciones, Ferrajoli toma distancia del neoconstitucionalismo».

defender su versión iuspositivista y garantista del constitucionalismo jurídico; es importante señalar que, para el profesor italiano, la simple etiqueta «neoconstitucionalismo» –aunque también los usos y la terminología asociada a ésta-, generan confusiones y equívocos, que es preferible evitar, de modo que, desde su perspectiva, en definitiva, es mejor deshacerse de ella³⁴⁷.

Por otro lado, de acuerdo con la segunda postura escéptica, es posible reconstruir el fenómeno neoconstitucionalista, pero al dar cuenta de él, no sólo se critica la etiqueta, también los usos de ésta, así como las tesis que comúnmente se le atribuyen. Esta actitud, se puede observar en la mayoría de los integrantes de la Escuela genovesa³⁴⁸. Pero, como ejemplo, podemos citar el trabajo de Giovanni Battista Ratti titulado «*Neoconstitucionalismo negativo y Neoconstitucionalismo positivo*» (2015).

Para este autor, el neoconstitucionalismo es un término que ha tenido mucho éxito, sobre todo en el mundo de habla hispana; en este contexto, afirma lo siguiente (p. 230): «la mayoría de los juristas, de los jueces e incluso de los legisladores (y en particular de los legisladores constitucionales) se conciben a sí mismos como defensores del neoconstitucionalismo». Pero, a pesar de este deslumbrante éxito, el neoconstitucionalismo, para el autor genovés, es un término sumamente

³⁴⁷ También, aunque por razones distintas, otros autores que han dudado, incluso, liquidando la etiqueta «neoconstitucionalismo», son: LAPORTA, 2007; ATIENZA, 2014; FABRA ZAMORA, 2015. Para este último autor, dado que el concepto «neoconstitucionalismo» «no es producto del análisis conceptual, sino que éste es un concepto construido para entender nuestras doctrinas», y dado que esto último no se cumple, entonces, la etiqueta «neoconstitucionalismo» «no constituye una herramienta analítica óptima», de modo que, sugiere este autor, es momento de dejarla atrás. Aunque esta conclusión es muy sugerente, no todos los autores que se refieren al neoconstitucionalismo, están de acuerdo con ella. En este sentido, por ejemplo, véase: PINO, 2012; BARBERIS, 2015; GARCÍA FIGUEROA, 2012; COMANDUCCI, 2012. Pero, más allá de las dudas que genera la reconstrucción del neoconstitucionalismo y la objeción a la etiqueta por parte de Jorge Fabra en su «nota sobre el neoconstitucionalismo», creemos oportuno realizar también «una nota» sobre su crítica a este fenómeno; pues bien, por un lado, su análisis es acertado en el sentido de plantear una cuestión muy relevante para el neoconstitucionalismo: su estatus metateórico; pero, por otro lado, es desafortunado, entre otras cosas, por presuponer que, en este ámbito, sólo el «análisis conceptual» es la forma «óptima» y «adecuada» de dar cuenta tanto de teorías como de prácticas jurídicas.

³⁴⁸ Al respecto, véase nota 25 y 26 de este trabajo.

ambiguo, ya que designa fenómenos distintos: una forma de estado, una política de activismo judicial, una reconstrucción teórica de los sistemas jurídicos contemporáneos, una metodología jurídica y una forma de adhesión ideológica al Derecho.

En el artículo que estamos comentado, Ratti reconstruye todos estos conceptos; sin embargo, para criticar al neoconstitucionalismo, realiza dos acciones: por un lado, se centra en las cuestiones de política jurisprudencial, de teoría del derecho y de metodología jurídica que el fenómeno neoconstitucionalista refiere; pero, por otro lado, nos propone dos formas de reconstruir este fenómeno: así, distingue entre el «neoconstitucionalismo negativo» y el «neoconstitucionalismo positivo».

El primero se caracterizaría por negar las tesis de las dos grades concepciones tradicionales del derecho: el positivismo jurídico³⁴⁹ y el iusnaturalismo³⁵⁰. Más específicamente, Ratti afirma (p. 233): «en su

³⁴⁹ Para Ratti (pp. 234-239), si se opone el neoconstitucionalismo al iuspositivismo, sobre la cuestión de política judicial, aquél negará la interpretación formalista o literalista de la Constitución, abogando, en todo caso, a favor de una lectura holista y expansiva de las disposiciones constitucionales; en relación a la teoría del Derecho, debe observarse en dos sentidos –pues, de acuerdo con Ratti, así es como se ha reconstruido el neoconstitucionalismo–: primero, dado que algunas de las tesis del positivismo clásico, como el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, ya no reflejan la realidad de las modernas democracias constitucionales, entonces, la teoría neoconstitucionalista, constituye una alternativa a ese tipo de positivismo, por dar cuenta de mejor forma de la realidad de los sistemas jurídicos contemporáneos; segundo, dado que el positivismo clásico no distingue adecuadamente no sólo entre reglas y principios, sino también entre subsunción y ponderación, como sí lo hace la teoría neoconstitucionalista, entonces, también desde esta perspectiva, ésta última se presenta como una alternativa a aquélla; finalmente, en relación a la cuestión de metodología jurídica, también se presentan dos formas de reconstruir esta oposición: la primera, se refiere a la conexión necesaria entre Derecho y moral, que es negada por los primeros, pero afirmada por los segundos; la segunda, se refiere a la avaloratividad o no de la ciencia jurídica, dado el puente entre Derecho y moral a partir de la incorporaciones de cláusulas morales en las disposiciones constitucionales.

³⁵⁰ Por su parte, aunque Ratti (pp. 239-244) intenta enfrentar al iusnaturalismo con el neoconstitucionalismo, en realidad, para él, habría una cierta continuidad entre estos enfoques, por esta razón, en algún sentido, serían indistinguibles, por las razones siguientes: en relación a la política judicial, porque la clásica preocupación de los iusnaturalistas sobre la obligación de los jueces de acatar el derecho positivo en caso de que éste sea contrario al derecho natural, ahora, se traslada al ámbito de la interpretación constitucional: particularmente, se puede observar en técnicas

versión negativa, el neoconstitucionalismo se perfila, [...], como una serie de tesis en conflicto con otras tesis asentadas acerca de la naturaleza y la estructura del derecho, su aplicación por parte de los jueces y su estudio por parte de los juristas». Esta versión, a decir del autor citado, es verificable si se observa, por un lado, las primeras reconstrucciones del fenómeno neoconstitucionalista³⁵¹ y, por otro, el hecho de que los autores pertenecientes a las corrientes neoconstitucionalistas «casi siempre se han concebido a sí mismos como partidarios de una *third theory of law*, distinta tanto del positivismo como del iusnaturalismo clásico»³⁵².

Por su parte, el neoconstitucionalismo positivo, que es la versión del neoconstitucionalismo «más ambiciosa» de dicho fenómeno, ya que pretende encarnar un verdadero «cambio de paradigma», tanto en aspectos de teoría y metodología del Derecho, como en aspectos relacionados con la estructura de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, se podría caracterizar a partir de las tesis siguientes: 1) el Derecho de los Estados constitucionales es una combinación de

interpretativas como la interpretación conforme, pues si ésta pretende hacer conforme una disposición legal con la Constitución, y si en ésta se han incorporado derechos naturales, entonces, aunque cambie «el estatus jurídico del conjunto normativo al cual adecuar el resultado interpretativo», en realidad, «no ha cambiado la naturaleza de la actividad que consiste en interpretar un cierto texto conformemente al significado que se le asigna a otro», así que, en definitiva, «la interpretación conforme es un elemento común a los iusnaturalistas y a los neoconstitucionalistas»; pero, además de esto, la continuidad entre iusnaturalismo y neoconstitucionalismo, también puede verse en relación a la noción de sistema jurídico, pues éste, desde la óptica neoconstitucionalista, como en su momento desde la óptica iusnaturalista, se mira completo (es decir, carente de lagunas), de tal suerte que, la validez y/o obligatoriedad de las disposiciones dictadas por el legislador, deben ser consideradas válidas y obedecidas; en relación a la teoría del Derecho, ni el iusnaturalismo, ni el neoconstitucionalismo, han formulado una teoría jurídica que además de completa, sea general, como, en cambio, lo hicieron algunos autores iuspositivistas (como Austin, Bobbio, Kelsen o Ross); para Ratti, en realidad, la teoría neoconstitucionalista gira entorno a dos nociones principales: las nociones de principio (en cuanto opuesto a la de regla) y la de ponderación (en cuanto opuesta a subsunción); respecto a las cuestiones de metodología jurídica, tanto el iusnaturalismo como el neoconstitucionalismo afirman la tesis de la conexión (identificativa y/o justificativa) necesaria entre derecho y moral.

³⁵¹ Aquí, por supuesto, la referencia es a las reconstrucciones de COMANDUCCI, 2003; BARBERIS, 2003 y, sobre todo, POZZOLO, 1998.

³⁵² En este sentido, véase: BARBERIS, 2003.

reglas y principios; 2) reglas y principios son aptos para constituir un conjunto normativo completo, consistente y axiológicamente coherente; 3) las Constituciones contemporáneas incorporan valores morales, de manera que habrían creado una conexión contingente, pero muy relevante, entre Derecho y moral; 4) esta incorporación implica un deber de interpretar las disposiciones constitucionales mediante una lectura moral y sistemática de las mismas; 5) toda norma jurídica es derrotable, esto es, toda norma puede considerarse abierta a excepciones implícitas, lo que implica que siempre se pueden encontrar excepciones basadas en las razones morales, incorporadas por los principios; 6) los principios constitucionales requieren de un razonamiento ponderativo o de balance, opuesto al tradicional razonamiento subsuntivo; 7) interpretando holísticamente las disposiciones jurídicas, los jueces pueden llegar a decidir cualquier controversia; y 8) las normas jurídicas no pueden tener cualquier contenido, porque su contenido es determinado en última instancia por juicios morales.

Ahora bien, de acuerdo con el autor citado, aunque algunas de estas tesis pueden, en algún sentido, ser acertadas, la realidad, es que todas son criticables (p. 247 y ss.): la primera, no sólo por ser inviable, sino más específicamente por ser engañosa, esto es, porque la atribución a una cierta norma del carácter de “principio” responde decididamente a razones ideológicas y no a razones genuinamente conceptuales.

La segunda, porque al describir un sistema jurídico, no se debe recomendar ningún tipo de metodología interpretativa, sino que simplemente se debería describir las metodologías efectivamente empleadas por los juristas cuando estos sistematizan los materiales jurídicos “preinterpretativos”.

La tercera, dada la gran dosis de vaguedad de las disposiciones constitucionales, éstas lo único que generan en su aplicación, es una gran discrecionalidad; no establecen, por tanto, ninguna lectura moral, por dos razones, porque la existencia de principios morales objetivos, necesitaría ser probada por medios empíricos; y porque la aplicación obligatoria de conceptos morales incorporados a la Constitución, no es

una afirmación «pacífica entre los jueces y es rechazada en algunos documentos constitucionales».

La cuarta, tanto la lectura moral, como el «equilibrio reflexivo de Rawls»³⁵³, son metodologías interpretativas constitucionales muy cuestionables; la primera, porque, desde una óptica garantista, no se puede dejar a los jueces la posibilidad de derivar el Derecho válido sobre la base de lo que ellos creen que es el Derecho justo o moralmente correcto; la segunda, porque, por un lado, no se trata de una práctica de los jueces, más bien, se trata de una doctrina que recomienda lo que los jueces deben hacer y, por otro, asume implícitamente alguna forma de cognoscitivism ético, según el cual los valores morales son objetivos y cognoscibles, afectando con ello el liberalismo político y la democracia.

La quinta, porque no se distingue entre la posibilidad que tiene una norma de que se le atribuyan excepciones implícitas y la posibilidad de que una norma sea aplicada deductivamente, cualquier norma –afirma Ratti– que admita excepciones implícitas puede ser aplicada deductivamente, en la medida que se expliciten todas las excepciones implícitas.

La sexta, porque la ponderación no sólo se puede aplicar a los principios, sino a todo tipo de norma (incluyendo a las normas de detalle), además de que no hay nada que impida la aplicación deductiva de los principios, ya que, si los principios son redactados de manera más exacta, entonces, su aplicación puede ser deductiva.

La séptima, porque no es un misterio que los juristas completen y armonicen el Derecho, de forma que aparezca como un sistema de normas siempre determinado; así, la solución moralmente correcta obtenida sobre la base de la interpretación holística de los principios constitucionales, no es viable, ya que la solución es “correcta” sólo en el sentido mínimo de que es admitida por una de las posibles operaciones de “coherentización” del sistema jurídico; pero además esta

³⁵³ Éste, básicamente, consistiría en individualizar casos paradigmáticos de aplicación de un derecho fundamental y casos paradigmáticos de violación, sobre la base de una argumentación sustantiva que estime su relación con los valores relevantes en un proceso de continua adaptación de la relación entre casos y valores. Sobre este método y la aplicación del Derecho, véase: MORESO, 2009: 293-308.

tesis no es «muy novedosa», puesto que se trata de una revitalización de una tesis clásica del positivismo teórico: la tesis de las necesarias completitud y consistencia de los sistemas jurídicos.

Finalmente, la octava tesis del neoconstitucionalismo positivo, conforme a la cual las normas jurídicas no pueden tener cualquier contenido, porque su contenido es determinado en última instancia por juicios morales, para Ratti, es un total desacierto, básicamente, porque no es muy claro cuál sería la doctrina moral exacta que (todas) las Constituciones contemporáneas supuestamente encarnarían.

En resumen, como puede verse, para Giovanni Battista Ratti, ni el neoconstitucionalismo negativo, ni el neoconstitucionalismo positivo, son aceptables; fundamentalmente, porque las tesis atribuibles al primero, harían de éste un iusnaturalismo actualizado; y porque las tesis del segundo, son una mezcla «peculiar» y «equivoca» de tesis profundamente descriptivas y otras manifiestamente prescriptivas, que hacen del neoconstitucionalismo un fenómeno, al menos, impugnable.

De acuerdo con la última forma escéptica, es posible reconstruir críticamente el fenómeno neoconstitucionalista, pero esta reconstrucción no pretende dudar de la etiqueta, ni de sus usos, al contrario, éstas, tras una lectura caritativa, son defendidas; en realidad, desde esta perspectiva se objetan algunas tesis neoconstitucionalistas. Ésta es una perspectiva que podemos ejemplificar con un autor genovés: Mauro Barberis.

En efecto, Barberis (2003), junto con Susanna Pozzolo (1998) y Paolo Comanducci (2003), crearon el término neoconstitucionalismo, sobre todo para criticarlo, ahora, paradójicamente, no sólo defienden el término³⁵⁴, sino también sus usos³⁵⁵ y algunas tesis atribuibles a este fenómeno³⁵⁶. Esta actitud escéptica, pero defensiva, del neoconstitucionalismo, tiene al menos dos objetivos: la sugerencia de no confundir las distintas formas de neoconstitucionalismo³⁵⁷, pero

³⁵⁴ Véase: BARBERIS, 2012 y 2015.

³⁵⁵ En este sentido, véase: COMANDUCCI, 2012.

³⁵⁶ Sobre esta cuestión, véase: BARBERIS, 2012, 2015, 2016, 2016a; COMANDUCCI, 2009, 2012; POZZOLO, 2015.

³⁵⁷ COMANDUCCI, 2012: 98.

también la sugerencia de tomar en serio el fenómeno neoconstitucionalista³⁵⁸.

Particularmente, la defensa del neoconstitucionalismo, por parte de Mauro Barberis, tiene como fin dar respuesta a tres objeciones comúnmente formuladas al neoconstitucionalismo: las dudas relativas a la etiqueta, a la forma de definirlo o reconstruirlo y, finalmente, a la viabilidad de algunas tesis neoconstitucionalistas; para Barberis, estas cuestiones plantean tres tipos de problemas que es importante distinguir; así, la primera cuestión, refiere un problema metodológico; la segunda, plantea un problema metateórico; y, por último, la tercera, supone un problema teórico.

Para dar respuesta a la primera cuestión –que el autor plantea con esta pregunta (p. 460): «¿qué autoriza a hablar de diversas tesis sostenidas por autores diferentes bajo varias etiquetas en términos de una (nueva) teoría del Derecho?»–, primero, ensaya un paralelismo entre la etiqueta «neoconstitucionalismo» y otras etiquetas como «iuspositivismo», «iusnaturalismo», «iusrealismo», etcétera; esto, con el fin no sólo de evidenciar que, en determinados contextos de reflexión, pero particularmente en el ámbito de la filosofía del Derecho, sería imposible prescindir de las etiquetas, pero además para afirmar que las etiquetas sirven para sintetizar y seleccionar tesis de autores diversos y para introducir discusiones a propósito de algún tema relevante o, incluso, inexistente.

Para ejemplificar lo anterior, Barberis se refiere al trabajo de Herbert Hart; a decir de Barberis, Hart al abordar tanto la cuestión de la relación entre Derecho y moral, como la de la interpretación jurídica, inventa no sólo etiquetas con los fines mencionados –sintetizar y seleccionar ideas e introducir debates–, sino más explícitamente crea técnicas definitorias que, entre otras cosas, incorporan el «principio de caridad interpretativa», según el cual hay que esforzarse en atribuir un sentido racional incluso a las tesis con las que no se coincidan. Desde esta perspectiva, para tomar en serio la etiqueta «neoconstitucionalismo», aunque no sólo ésta, también aquellas como «iuspositivismo»,

³⁵⁸ BARBERIS, 2015: 460.

«iusnaturalismo» «iusrealismo», etcétera, dichas etiquetas, deben ser analizadas con un mínimo de indulgencia, de lo contrario, sugiere Barberis, ninguna se salvaría.

En definitiva, la objeción a la etiqueta «neoconstitucionalismo», conforme a la cual ésta es sólo una expresión vacía, por incorporar tesis diversas de autores también diversos, no es decisiva para liquidarla; el uso de etiquetas, sugiere el profesor genovés (p. 463), en determinados contextos, es «lícito, oportuno y tal vez inevitable».

Después de esto, el profesor italiano, se propone definir al neoconstitucionalismo; sin embargo, para esto, según este autor, antes, se deben ofrecer respuestas a estos tres problemas: primero, resolver la ambigüedad teoría/objeto de la teoría; segundo, buscar una técnica definitoria que convenga al nombre de las teorías; y tercero, evitar la particular forma de vaguedad común a todos los nombres de teorías; entonces, los resuelve de este modo: el primero, afirmando (p. 463) que la etiqueta «neoconstitucionalismo» «no pretende ciertamente indicar todo el conjunto de prácticas y de doctrinas significadas como “constitucionalismo”», más bien, «pretende indicar sólo una teoría sostenida en los últimos cincuenta años con referencia al Derecho característico de una particular forma de Estado: el así llamado Estado constitucional de Derecho, o mejor aún, el Estado constitucional».

Sobre el segundo, afirma (p. 464) que, para definir y distinguir al neoconstitucionalismo de otras teorías jurídicas, la técnica consiste en «individuar una serie de tesis características del neoconstitucionalismo», después sin embargo estas tesis se deben distinguir respecto de quién las sostiene, así como si se trata de tesis iusnaturalistas, iuspositivistas, iusrealistas, etcétera, y así sucesivamente.

Finalmente, el tercer problema, aunque para Barberis éste es un problema «verdaderamente irremediable», sin embargo, la vaguedad combinatoria de los nombres de teorías, como el que afecta al neoconstitucionalismo, pero no sólo a éste, también al iuspositivismo, al iusnaturalismo, al iusrealismo, etcétera, ya que los nombres de teorías como éstas rara vez indican tesis comunes a los autores así etiquetados –por ejemplo, en opinión del autor citado, esto ocurriría con el iuspositivismo en relación a la tesis de la separabilidad, que al ser

interpretada de formas diversas, produce que el iuspositivismo sea clasificado de formas varias y que no todos los autores llamados «positivistas» se representen con dicha tesis o, mejor dicho, con alguna versión de esa tesis-; por tanto, de acuerdo con Barberis (p. 465), una posible solución a este problema, en relación al neoconstitucionalismo, consiste en forjar «una doble lista de temas y de tesis, de problemas y de soluciones, típicamente neoconstitucionalistas», especialmente, afirma el autor genovés, se podrá «remediar con una definición para casos paradigmáticos (y semejanza de familia): forjando una lista de ejemplos típicos de problemas y soluciones neoconstitucionalistas».

Tras todo esto, Barberis (pp. 465 y 467) nos propone dos definiciones del neoconstitucionalismo, una más ambiciosa que la otra, así, tenemos, por un lado, al neoconstitucionalismo «como tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral en el Estado constitucional»; pero, por otro, al neoconstitucionalismo «considerado como una familia de tesis teóricas respectivas a las relaciones Derecho-moral, la distinción reglas/principios, y la aplicación de las primeras para la subsunción y de las segundas para la ponderación».

Basándose en esta última definición –que Barberis prefiere por «ser más útil», «más actual» y «menos defectuosa» que la primera³⁵⁹–, particulariza aún más los elementos que definen al neoconstitucionalismo; así, en opinión de este autor (p. 469 y ss.), el neoconstitucionalismo es una teoría de las relaciones entre Derecho y moral –típicamente, de la conexión necesaria-, pero también es una teoría de las normas –típicamente, de la distinción entre reglas y principios-, así como una teoría del razonamiento jurídico –típicamente, de la distinción entre ponderación y subsunción-; por todo, aunque el filósofo del Derecho citado reconoce que, en relación a estas tesis, éstas «pueden variar de neoconstitucionalista a neoconstitucionalista», de modo que, por ejemplo, la conexión entre Derecho y moral, para algunos, puede ser necesaria, pero para otros, sólo contingente, en cualquier caso, el neoconstitucionalismo, es una teoría que «privilegia»

³⁵⁹ Barberis, cita su *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica* de 2008, en el que, en efecto, definía (p. 32) de esta forma al neoconstitucionalismo: «“neoconstituzionalismo” come tesi della connessione necessaria tra diritto e morale nello stato di diritto».

los tres temas señalados; por estas razones, Barberis (p. 473) concluye: del neoconstitucionalismo se puede decir todo, pero no que no tenga una teoría, ni que no sea una teoría, ni mucho menos que se trate «sólo de un cúmulo de ideologías».

Algo distinto, por otro lado, afirma el profesor Barberis, es suponer que no existan teorías mejores que las neoconstitucionalistas. En efecto, en relación a esta última cuestión, que es la cuestión teórica planteada en estos términos: ¿el neoconstitucionalismo es una teoría aceptable?, o, en otras palabras: ¿el neoconstitucionalismo representa una alternativa teórica plausible al positivismo jurídico? Barberis responde de manera negativa, ya que, si se articula una teoría iuspositivista «más actualizada», entonces, los problemas propuestos por el neoconstitucionalismo, tendrían mejores respuestas desde una versión «mejorada» del iuspositivismo.

De este modo, esta versión del iuspositivismo (pp. 473-482), básicamente, frente a las relaciones entre Derecho y moral, optaría, primero, por una conexión contingente, admitida, por lo demás, por el iuspositivismo incluyente, y segundo, por establecer límites de esa conexión, en dos sentidos: primero, la apertura del Derecho a la moral, debe excluir sólo aquella que es «*indefinida*», que no permita que el Derecho colapse con la moral, como, ocurriría si los jueces aplican directa e indiscriminadamente los principios constitucionales; segundo, dado que los principios constitucionales que incorporan cláusulas morales, pueden ser ponderados, y al ser ésta una actividad bastante discrecional, entonces, «debería ser reservada al Parlamento, en positivo, y a la Corte constitucional, en negativo».

Por otro lado, en relación a la tesis típica de la distinción fuerte entre principios y reglas, el iuspositivismo defendido por Mauro Barberis, ofrece básicamente esta respuesta: aquella distinción no puede ser fuerte, pero sí débil, aunque siempre cuasi-dicotómica; esto, por tres razones: primero, una misma disposición puede interpretarse como regla o como principio, aunque las reglas pueden aplicarse directamente (deductivamente) al caso concreto y los principios sólo indirectamente, mediante la ponderación y especificación en una regla; segundo, las mismas normas, pueden clasificarse no sólo como reglas, sino también

como principios (por ejemplo, los principios discrecionales del *common law* y los principios general del *civil law*); tercero, reglas y principios son, en definitiva, complementarias: de las reglas pueden siempre obtenerse diversos principios, pero también de los principios pueden obtenerse reglas diferentes.

Finalmente, en relación a la tesis típicamente neoconstitucionalista de la distinción entre ponderación y subsunción, de manera general, el profesor Barberis (p. 479), no considera «a la ponderación una elección arbitraria entre valores irracionales, utilizada por los jueces constitucionales que quieren arrebatar al Parlamento de sus poderes, sino un razonamiento hecho que deviene inevitable por el pluralismo de los valores».

En conclusión, para Mauro Barberis, no es posible liquidar ni la etiqueta, ni las tesis neoconstitucionalistas, por el contrario, asumiendo una interpretación caritativa de éstas, es posible analizarlas, discutir las y, sobre todo, mostrar sus equívocos; en definitiva, parafraseando al propio Barberis, se podría decir que no tomar en serio al neoconstitucionalismo, no sólo se evitan sus debilidades, sino también se ignoran sus aciertos. Estos, por otro lado, son valorados positivamente por algunos optimistas del neoconstitucionalismo, de quienes hablaremos a continuación.

III.2.3 La apuesta optimista de Alfonso García Figueroa por el neoconstitucionalismo

Una actitud optimista frente al neoconstitucionalismo implica valorarlo positivamente, pero también supone apostar por su desarrollo y su consolidación. Esta actitud, para algunos autores³⁶⁰, es verdaderamente excepcional, por más difundido y exitoso que sea el neoconstitucionalismo. Si se considera, como vimos, que la mayoría de autores que abordan el neoconstitucionalismo, lo hacen en sentido crítico, tal vez, aquellos autores estén en lo correcto: es muy extraño ver a un optimista del neoconstitucionalismo.

³⁶⁰ Por ejemplo, véase: ATIENZA, 2014: 7; y PRIETO SANCHÍS, 2013: 23.

Esto, sin embargo, no es así. En los discursos iusfilosóficos del mundo italo-ibero-americano, al menos, hay un autor optimista frente a este fenómeno: Alfonso García Figueroa. Este autor, ciertamente, es uno de los pocos autores declarados «neoconstitucionalistas» abiertamente³⁶¹. Pero, de acuerdo con algunos autores, además de este caso, también es posible identificar «militantes»³⁶², «simpatizantes»³⁶³, «seguidores»³⁶⁴ y «defensores»³⁶⁵ del neoconstitucionalismo.

Aunque nuestro propósito en este momento es ejemplificar, mediante las ideas de Alfonso García, la actitud optimista descrita al inicio de este apartado, nos detendremos brevemente para hacer algunos comentarios en relación a las actitudes señaladas en el párrafo anterior, puesto que algunas de ellas pueden interpretarse como equivalentes a la que estamos analizando.

Pues bien, descartando al ya referido optimismo de García Figueroa, la verdad es que muy pocos autores se conciben a sí mismos como militantes, simpatizantes y/o seguidores del neoconstitucionalismo; en realidad, lo que ocurre es que algunos autores atribuyen esas etiquetas a otros autores cuando estos muestran alguna forma de adhesión o simpatía hacia el neoconstitucionalismo³⁶⁶, de manera que son pocos los que explícitamente se nombran «militantes», «simpatizantes» y/o «seguidores» del neoconstitucionalismo³⁶⁷.

³⁶¹ GARCÍA FIGUEROA, 2012: 122.

³⁶² PRIETO SANCHÍS, 2013: 23.

³⁶³ GARCÍA FIGUEROA, 2012: 122.

³⁶⁴ CARBONELL, 2010: 161.

³⁶⁵ BARBERIS, 2015: 482.

³⁶⁶ Esta atribución, en algunos casos, suele ser arbitraria e indiscriminada. Por ejemplo, la realizada por VICIANO PASTOR & MARTÍNEZ DALMAU, 2010: 16 –sin embargo, *Cfr.* VICIANO PASTOR, 2013-; al afirmar lo siguiente: «Para ello, Guastini, un *insigne representante* del neoconstitucionalismo, determina siete condiciones de constitucionalización...» (énfasis añadido). Por esta razón, Mauro Barberis (2015: 465), nos ha sugerido distinguir al neoconstitucionalismo a partir de una doble lista de temas y de tesis, de problemas y de soluciones típicamente neoconstitucionalistas; de esta forma, aunque Guastini se ocupa de un tema «típico» del neoconstitucionalismo, como es la constitucionalización del Derecho, no podría ser etiquetado como «neoconstitucionalista»: no se puede sostener que para encontrarse adscrito al neoconstitucionalismo basta discutir los problemas típicos de éste.

³⁶⁷ *Cfr.* GARCÍA FIGUEROA, 2012: 123, nota 6; para este autor, sin embargo, el neoconstitucionalismo, en el área italoiberoamericana, ha tenido un impacto consistente. Particularmente, según García Figueroa, en Brasil, se pueden observar

Por otro lado, se ha sugerido distinguir entre «simpatizantes del neoconstitucionalismo» y «autores neoconstitucionalistas»³⁶⁸, en el sentido de que aquéllos todavía guardan una cautelosa distancia frente a la etiqueta «neoconstitucionalismo» -por distintas razones, pero básicamente por su «heterogeneidad»-, mientras que los últimos han aceptado explícitamente dicha etiqueta; en este sentido, sin embargo, es importante advertir que los autores así llamados «neoconstitucionalistas», esto es, los que en su momento se tuvieron como referentes del neoconstitucionalismo, como sus autores más representativos, tales como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, entre otros³⁶⁹, ni se representan ni se reconocen a sí mismos como «neoconstitucionalistas»³⁷⁰; al contrario, uno de ellos, Ferrajoli (2012b), ha reaccionado en contra del neoconstitucionalismo, distanciándose de él, de una manera, por demás, enfática: liquidando la etiqueta «neoconstitucionalismo»; por esta razón, en este contexto, se podría distinguir entre los autores paradigmáticamente neoconstitucionalistas y los autores neoconstitucionalistas; los primeros, serían aquellos autores que se tienen como referentes del neoconstitucionalismo, cuyas tesis son interpretadas individualmente, pero también en su conjunto, suministrando con ello las tesis seminales, fundamentales o típicamente neoconstitucionalistas; mientras que los segundos, serían aquellos autores que, primero, se reconocen a sí mismos en tal condición, pero, segundo, porque se representan con algunas de las tesis desarrolladas por los autores paradigmáticamente neoconstitucionalistas; esta distinción es, sin duda, muy compleja y, sobre todo, muy artificiosa, pero nos permite hacer un apunte adicional, sobre los autores neoconstitucionalistas, a saber: dado el estado actual del neoconstitucionalismo, en realidad, la calificación de un autor como

voces que directamente se han adherido al neoconstitucionalismo, algunas de ellas, incluso, no sólo defensivas, sino que además brindando al neoconstitucionalismo «un soporte iusfilosófico idóneo».

³⁶⁸ Esta distinción puede verse en GARCÍA FIGUEROA, 2012: 122.

³⁶⁹ La lista, como bien lo han hecho notar, entre otros, AHUMADA, 2009 y FABRA ZAMORA, 2015, incrementa entre los dialogantes del neoconstitucionalismo; además de los autores citados, algunos adhieren a Joseph Raz, Jürgen Habermas, John Rawls, Jules Coleman, Tom Campbell, y así.

³⁷⁰ AHUMADA, 2009: 133.

neoconstitucionalista depende del mayor o menor grado de aceptación o adhesión de las tesis o notas que se desdoblán bajo el paraguas de este fenómeno jurídico: «tanto más merecerá la calificación de neoconstitucionalista un autor cuantas más de esas notas aparezcan en él»³⁷¹.

Por último, sobre los defensores del neoconstitucionalismo, como pudimos ver, se trata de una posición claramente adoptada por los inventores del neoconstitucionalismo; estos autores, en efecto, han defendido al neoconstitucionalismo de distintos ataques, pero especialmente de aquellos que implican objetar la etiqueta, sus usos e incluso sus tesis. Aunque pudiera pensarse que esta defensa es sólo aparente, ya que ésta se hizo también con el objetivo de criticar al neoconstitucionalismo, pero con más precisión: individuando tesis, autores y teorías jurídicas implicadas en él³⁷²; así que más que una

³⁷¹ GARCÍA AMADO, 2009: 28. No obstante, autores manifiestamente neoconstitucionalistas serían Miguel Carbonell en México y Leonardo García Jaramillo en Colombia; el fin de la obra coordinada por ambos autores, *El canon neoconstitucionalista* (2010: 14), confirma lo dicho: «este libro [...] procura insertarse en (y contribuir con) la referida renovación teórica que comporta el cada vez más profuso y cualificado debate sobre el neoconstitucionalismo». También, véase: CRUZ, 2006: 97 y ss.

³⁷² En sendos trabajos, Mauro Barberis, de hecho, se ha ocupado de esto; es decir, tras defender en su trabajo *¿Existe el neoconstitucionalismo?* (2015) la invención de la etiqueta «neoconstitucionalismo» y, con ello, justificar sus usos, después, también en *«Neoconstitutionalist challenges to Legal Positivism»* (2016) nos ofreció una reconstrucción de autores paradigmáticamente neoconstitucionalistas, es decir, autores referentes del neoconstitucionalismo, cuyas tesis conforman el ideario neoconstitucionalista; así, Barberis, se refiere a Ernesto Garzón Valdés y su interpretación «del punto de vista interno»; a Carlos Santiago Nino y su «conexión justificativa del Derecho y la moral»; a Robert Alexy y su «concepción no-positivista del Derecho»; a Jürgen Habermas y su visión de la «complementariedad del Derecho y la moral»; a Luigi Ferrajoli y su «Garantismo» como teoría del Derecho; a Gustavo Zagrebelsky y su «Derecho dúctil» como teoría constitucionalista del Derecho; por otro lado, en *«Legal Positivism's answers to the Neoconstitutionalist Challenge»* (2016a), Barberis describe los esfuerzos de algunos autores positivistas que han ofrecido alguna respuesta a las tesis de los autores paradigmáticamente neoconstitucionalistas; así se refiere a Eugenio Bulygin y su «Positivismo “simple”» dando respuesta a Alexy, a Nino y a Garzón Valdés; a José Juan Moreso y su versión del *«Inclusive Legal Positivism»* como una forma de hacer compatibles los retos del neoconstitucionalismo –este esfuerzo latitudinario de Moreso, por cierto, para Barberis, lo ha aproximado tanto al neoconstitucionalismo que, incluso, termina *«in a sort of neoconstitutionalism»*; a Juan Carlos Bayón y su interpretación de la derrotabilidad de las normas; a Jorge Rodríguez y su «resistencia»

defensa, se trata de un nuevo ataque al neoconstitucionalismo –eso sí, más certero que los anteriores-, sin embargo, como el propio Mauro Barberis (2015: 482) afirma, por más «blanda» –y, sobre todo, estratégica- que sea la defensa del neoconstitucionalismo, ésta debe interpretarse en el sentido de tomar en serio al neoconstitucionalismo.

Ahora, tras todo lo dicho, regresemos a la posición optimista. Ésta, como dijimos, pretendemos ejemplificarla mediante las ideas de Alfonso García Figueroa, quien expresamente no sólo se ha declarado «neoconstitucionalista», también, en distintos trabajos³⁷³, ha valorado positivamente este fenómeno y, sobre todo, ha pugnado por su desarrollo y su consolidación.

En efecto, aunque sus primeras aproximaciones fueron siempre en sentido crítico³⁷⁴, dada su originaria, pero después apostatada, «fe iuspositivista»³⁷⁵, ahora, muy probablemente, la voz de Alfonso García Figueroa, dentro del concierto neoconstitucionalista, sea una de las más claras y paradigmáticas de dicho fenómeno.

La apuesta de Alfonso García Figueroa por el neoconstitucionalismo tiene distintos motivos: por ser «el paradigma jurídico emergente de mayor éxito en la actualidad»³⁷⁶; por «las herramientas que nos

a la receptibilidad de algunos temas neoconstitucionalistas, particularmente los argumentos de la derrotabilidad.

³⁷³ Sobre neoconstitucionalismo, de este autor, véase: GARCÍA FIGUEROA, 2003; 2005; 2012; 2015; sin embargo, su obra más representativa de ese tema, es, sin duda, *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* (2009); en su momento, este libro, fue reseñado como «un serio candidato a formar parte de las obras selectas del» neoconstitucionalismo, ya que en él «cabe resaltar la brillantez con la que se presenta» dicho tema y «el rigor intelectual» del autor (al respecto, véase las reseñas de MORA SIFUENTES, 2011: 433; y DE PRADA, 2010: 244; lo que, en ambos casos, ahora, es totalmente cierto.

³⁷⁴ El interés de García Figueroa por el neoconstitucionalismo, se remonta a su tesis doctoral, publicada en 1998 como *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. En esta obra examinó críticamente las ideas de dos autores paradigmáticamente neoconstitucionalistas: Robert Alexy y Ronald Dworkin. Especialmente, desarrolló una objeción «al no positivismo principialista» de aquellos dos autores.

³⁷⁵ Tal y como lo dice en el «preludio introspectivo» de su libro *Criaturas de la moralidad* (p. 14): «Este cambio de opinión se formula como una *apostasía* (de la fe iuspositivista), pero sobre todo como una apuesta por el neoconstitucionalismo».

³⁷⁶ GARCÍA FIGUEROA, 2009: 14.

proporciona la reflexión»³⁷⁷ de este fenómeno; incluso, por ser «un paradigma» y «la propia idea de paradigma implica una cierta ruptura que en este caso puede servir para indicar el cuestionamiento de toda una forma de hacer filosofía del Derecho por parte de positivistas y antipositivistas tradicionales»³⁷⁸; es posible que estos y otros motivos expliquen no sólo la optimista valoración de este fenómeno por parte de García Figueroa, sino que también representen su confianza y, sobre todo, su elección a favor del neoconstitucionalismo, aunque esto signifique asumir compromisos intelectuales un tanto riesgosos.

Es decir, si se considera, como afirma el propio García Figueroa (2012: 123), que «la suerte del neoconstitucionalismo como nuevo paradigma jurídico todavía está por ver y seguramente ello sea así porque todavía no se ha conseguido fijar claramente lo que mantiene», entonces, parece quedar claro que la apuesta de García Figueroa, es muy arriesgada, ya que, parafraseando a este autor, al parecer, en este momento, el neoconstitucionalismo no es más que una expresión afortunada que aglutina información iusfilosófica expresada por otras tantas expresiones también afortunadas –como «la relación entre Derecho y moral», «el concepto y la naturaleza del Derecho», «la distinción entre principios y reglas», etcétera-, pero cuya supervivencia en la cultura jurídica, dista de estar asegurada.

Así, pareciera que la posición optimista de García Figueroa frente al neoconstitucionalismo, en realidad, no es tan optimista, ya que, si tomamos en serio las afirmaciones de este autor, el neoconstitucionalismo sería poco más que un concepto vacío, por esta razón, lo mejor que podríamos hacer frente a este fenómeno, es asumir una posición de desconfianza o de escepticismo.

Ahora bien, que el neoconstitucionalismo tenga aún cosas por definir, como el propio García Figueroa reconoce, no significa que no sea defendido, ni mucho menos que no se pugne por su desarrollo y su consolidación, como de hecho lo hace el autor referido.

³⁷⁷ GARCÍA FIGUEROA, 2009: 17.

³⁷⁸ *Ídem.*

Alfonso García Figueroa (2012: 123), en efecto, ha justificado persistir en el intento de conseguir un canon del neoconstitucionalismo que sirva, por un lado, «para encauzar la discusión jusfilosófica actual», pero, por otro lado, para que el neoconstitucionalismo «deje de ser simplemente un *meme* afortunado» y se transforme «en una teoría compacta». Entonces, para estos fines, no sólo ha defendido la etiqueta «neoconstitucionalismo», también sus usos y, sobre todo, las tesis del neoconstitucionalismo.

Esto, por cierto, ha sido muy original: por ejemplo, al defender al neoconstitucionalismo, nos ha sugerido un paralelismo entre la genética, la *memética* y la cultura social³⁷⁹, por lo cual, desde esta perspectiva, el *meme* «neoconstitucionalismo» estaría luchando por su supervivencia en la cultura jurídica de una manera muy similar a la lucha de supervivencia que los genes realizan bajo principios evolucionistas en los seres vivos³⁸⁰, lo que puede interpretarse de diversos modos: por un lado, como una defensa de la etiqueta «neoconstitucionalismo», pues ésta es producto de una operación de “ingeniería genética” realizada deliberadamente por algunos iusfilósofos para introducir críticamente una teoría del Derecho del Estado constitucional, de manera que, si bien esta técnica iusfilosófica, en términos de metateoría del Derecho, puede ser objetada³⁸¹, ya que aquella etiqueta no es producto del análisis conceptual, sino más bien es una etiqueta defectuosamente creada para dar cuenta de algunas posiciones teóricas, por lo demás, incompatibles entre sí; no obstante, y siguiendo con las analogías, desde hace mucho tiempo, en el campo de la evolución y los genes, la ingeniería genética,

³⁷⁹ Véase: GARCÍA FIGUEROA, 2012: 122, nota 1; en esta nota, en efecto, García Figueroa, cita al biólogo Richard Dawkins, quien en su famoso libro *El gen egoísta* (1993), sugirió una analogía entre la evolución genética y la evolución cultura operada a través de los «*memes*», esto es, estructuras, elementos o unidades culturales aprendidas o asimiladas de persona a persona o de generación en generación; Dawkins (1993: 260), lo dice así: «Al igual que los genes se propagan en un acervo génico al saltar de un cuerpo a otro mediante los espermatozoides o los óvulos, así los memes se propagan en el acervo de memes al saltar de un cerebro a otro mediante un proceso que, considerado en su sentido más amplio, puede llamarse imitación». Para una reconstrucción de esta idea, así como una reconstrucción crítica a la teoría de la evolución social y su relación con la tesis del «*meme*», puede verse: DISTIN, 2011.

³⁸⁰ GARCÍA FIGUEROA, 2012: 122. También, FABRA ZAMORA, 2015: 520, ha sugerido una analogía de este tipo.

³⁸¹ En este sentido, véase: FABRA ZAMORA, 2015.

desempeña un papel muy relevante –distinto y criticable, sí, pero, al final, relevante-, por tanto, ni la ingeniería genética, ni sus técnicas, mucho menos, sus resultados, pueden desecharse, ni desconocerse.

Una forma crítica de interpretar aquella analogía, sin embargo, sería esta³⁸²: si el neoconstitucionalismo es producto de la “ingeniería iusfilosófico-genética”, entonces, se trata de un resultado vanguardista, ya que este tipo de “ingeniería” y sus técnicas, pero sobre todo sus resultados, también lo son. En otras palabras, se podría decir que, si el neoconstitucionalismo representa, en algún sentido, un progreso jurídico, se debe no sólo a la forma de su creación, sino más específicamente a la forma renovada y perfeccionada de dar cuenta a través de dicha etiqueta de ciertos debates contemporáneos; ésta, sin embargo, es una interpretación trivial, tanto del fenómeno neoconstitucionalista, como de lo que con él se designa; por decirlo con las palabras de Ma. Ángeles Ahumada (2009: 141): «en la medida en que el neoconstitucionalismo se asocie con el análisis de la teoría y práctica constitucional de nuestro tiempo, ¿qué verdadero constitucionalista podría dejar de ser “neoconstitucionalista”? Esto es, el neoconstitucionalismo, como dicen sus defensores³⁸³, es algo más que un simple neologismo «mal formado», no se trata –continúan los defensores- «de un concepto vacío, de una teoría jamás sostenida por ningún autor de carne y hueso».

Pues bien, y ya dejando de lado las analogías genéticas, aunque no tanto: uno autor de «carne y hueso» que se ha encargado de especificarnos ese «algo más» del neoconstitucionalismo, es el multicitado García Figueroa. Concretamente, para este autor, el neoconstitucionalismo es una corriente que se puede definir por alguna de estas tesis, o por la combinación de todas ellas, a saber³⁸⁴: 1) por la

³⁸² Véase, por ejemplo, AHUMADA: 2009: 141.

³⁸³ Particularmente, me refiero a BARBERIS, 2015.

³⁸⁴ Aunque aquí sigo lo expuesto en GARCÍA FIGUEROA, 2012: 123; una caracterización mucho más completa de las tesis que sostiene –o que debería sostener el neoconstitucionalismo, ya que dichas tesis, en su momento, se redactaron como parte de «un programa neoconstitucionalista», es la descrita en GARCÍA FIGUEROA, 2009: 201 y ss. De manera muy resumida, en «ese programa neoconstitucionalista», se apuesta por una teoría menos esencialista y más pragmática; menos objetualista y más interpretativa; menos sistemática y más problemática; una

relativización de la distinción entre Derecho y moral; 2) por la insistencia ocasional en la necesidad de renunciar a teorías generales del Derecho; 3) por su defensa de la unidad del discurso práctico general; 4) por el énfasis sobre la dimensión argumentativa e interpretativa del Derecho; 5) por la concepción de la aplicación del Derecho como una tarea escasamente silogística y siempre expuesta a la ponderación judicial.

Pero además de esto, García Figueroa, apartándose de algunas distinciones muy conocidas del neoconstitucionalismo³⁸⁵, nos ha ofrecido algunas formas de diferenciar este fenómeno: por ejemplo, aquella que distingue entre «neoconstitucionalismo conceptual»³⁸⁶ y «neoconstitucionalismo normativo»³⁸⁷; o entre «neoconstitucionalismo conceptual de alcance general»³⁸⁸ y «neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular»³⁸⁹; o entre «neoconstitucionalismo fuerte»³⁹⁰ y

teoría que disuelva un pseudoproblema, el de las relaciones conceptuales entre Derecho y moral; una teoría que sea más atenta al fenómeno de la constitucionalización, en la que se justifique la ponderación judicial y el papel de los jueces en el Estado constitucional.

³⁸⁵ Aunque en su momento Alfonso García Figueroa (2003) ocupó la distinción que Paolo Comanducci (2003) realizó del neoconstitucionalismo, sin embargo, en un trabajo reciente (2012), criticó la caracterización de Comanducci.

³⁸⁶ GARCÍA FIGUEROA, 2009: 18; para este autor, el neoconstitucionalismo conceptual define una teoría del Derecho; más específicamente, la teoría que reconstruye el modelo jurídico de los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales; así, sus conclusiones son sobre la naturaleza del Derecho. Además, este tipo de neoconstitucionalismo es antipositivista (porque cuestiona de algún modo la tesis de la separación de Derecho y moral).

³⁸⁷ *Ídem*; el neoconstitucionalismo normativo define una política del Derecho; más concretamente, se trata de una doctrina que busca justificar normativamente el modelo de Estado constitucional. Esta forma de neoconstitucionalismo es antiformalista y antilegalista (porque cuestiona de algún modo un conjunto de tesis tales como la centralidad de las reglas, el protagonismo de la ley, la omnipotencia del legislador, los principios de seguridad jurídica, la separación de poderes, etcétera).

³⁸⁸ *Ibidem*: 19; este tipo de neoconstitucionalismo extrae sus conclusiones sobre la naturaleza del Derecho a partir de la reconstrucción del Derecho bajo los Estados constitucionales.

³⁸⁹ *Ídem*; esta forma de neoconstitucionalismo, por otra parte, obtiene sus conclusiones sobre la naturaleza del Derecho a partir de la reconstrucción del Derecho de sistemas jurídicos concretos.

³⁹⁰ *Ibidem*: 51-54, 94-95; esta versión del neoconstitucionalismo, además, es normativo, conceptual, y no positivista, ya que mantiene que no es posible separar Derecho y moral, razonamiento jurídico y razonamiento moral, desde esta perspectiva, están unidos.

«neoconstitucionalismo débil»³⁹¹, o, en fin, entre «neoconstitucionalismo positivista»³⁹², «neoconstitucionalismo no-positivista»³⁹³, «neoconstitucionalismo neorrealista»³⁹⁴, «neoconstitucionalismo neoiusnaturalista»³⁹⁵, «neoconstitucionalismo anti-positivista y anti-no-positivista»³⁹⁶.

Por todo, como puede verse, aunque una visión como la de Alfonso García Figuroa frente al neoconstitucionalismo, por las razones expuestas, puede ser catalogada como optimista, para otros autores, su teoría, en realidad, es una teoría «totalizadora» por implicar aspectos metodológicos, descriptivos y prescriptivos, lo que, sin duda, es cierto; esto, sin embargo, refuerza la idea de ser una teoría optimista –ahora, tal vez, exageradamente optimista–; la cuestión es que apostar y, por tanto, confiar tanto en una teoría aparentemente «en formación» como el neoconstitucionalismo, nos sugiere, más bien, ser cautelosos ante dicha teoría, por mucho que, desde una óptica optimista, la teoría neoconstitucionalista se nos ofrezca como la mejor y más exitosa teoría del Derecho del Estado constitucional.

³⁹¹ *Ibidem*: 51, 94; éste es un neoconstitucionalismo solo normativo, no conceptual, ya que se mantiene fiel al positivismo jurídico, afirmando que es posible mantener la tesis fuerte de la separación entre Derecho y moral.

³⁹² *Ibidem*: 81, nota 35; esta etiqueta, particularmente, la emplea para referir la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli.

³⁹³ *Ibidem*: 18; esta forma de neoconstitucionalismo sería aquella contraria al neoconstitucionalismo positivista, especialmente, por negar la separación entre Derecho y moral.

³⁹⁴ *Ibidem*: 50, 250-251; este neoconstitucionalismo destaca el momento de la aplicación del Derecho o, concretamente, desplaza su atención al campo de la argumentación jurídica.

³⁹⁵ *Ibidem*: 251; éste destaca las razones justificatorias de las decisiones judiciales. Así, bajo el paradigma neoconstitucionalista se consume una íntima conexión entre la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación jurídica.

³⁹⁶ Éste sería la versión defendida por García Figuroa (2009, 2012), ya que se trata de un neoconstitucionalismo que se separa y supera a un paradigma tradicional conformado por el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

III.3 Un balance del paradigma constitucionalista: ¿son las teorías neoconstitucionalistas teorías jurídicas exitosas?

El paradigma constitucionalista, tal como aquí se ha reconstruido, se compone de dos fenómenos jurídicos: la constitucionalización y el neoconstitucionalismo.

Es común afirmar que este paradigma surgió después de la Segunda Guerra Mundial y en el contexto europeo, aunque también se ha señalado su expansión a otras partes del mundo.

En México se afirma que el paradigma constitucionalista se ha consolidado. Esto significa que el ordenamiento jurídico mexicano es un ordenamiento constitucionalizado y que la teoría más exitosa para dar cuenta de ello es el neoconstitucionalismo.

Partiendo de estas bases, en el capítulo primero, analizamos el fenómeno de la constitucionalización; particularmente, examinamos críticamente la tesis según la cual el ordenamiento mexicano es un ordenamiento constitucionalizado; en el capítulo segundo, analizamos los discursos sobre el neoconstitucionalismo; principalmente, de éste nos interesó su perspectiva teórica; por su parte, en este capítulo reconstruimos los distintos debates y, en consecuencia, las distintas perspectivas de análisis del neoconstitucionalismo.

De todo lo expuesto hasta ahora, es importante advertir lo siguiente: primero, que la constitucionalización es un fenómeno efectivamente vigente en algunos ordenamientos jurídicos —como el mexicano—; segundo, que en algunos discursos iusfilosóficos del mundo latino, existen distintas versiones de la teoría neoconstitucionalista, aunque todas tienen como objeto de estudio al Estado constitucional; tercero, usualmente, para distinguir a las teorías neoconstitucionalistas, se recurre al distinto modo de interpretar tesis como estas: a) la relación entre Derecho y moral, b) la distinción entre reglas y principios, y c) la distinción entre subsunción y ponderación; cuarto, algunos escépticos y, sobre todo, los optimistas de las teorías neoconstitucionalistas, sugieren que éstas son teorías exitosas para dar cuenta del Derecho del Estado constitucional.

Ahora bien, ¿por qué se afirma el éxito de las teorías neoconstitucionalistas? De acuerdo con algunos autores³⁹⁷, estos enfoques representan las aproximaciones más acreditadas para describir el Derecho del Estado constitucional. En otras palabras, la capacidad explicativa de estas teorías, sería el criterio para determinar su éxito.

Pero, ¿éste es el sentido en el que se puede afirmar el «éxito» de una teoría jurídica? Aparentemente, no. Por ejemplo, en la caracterización de Luigi Ferrajoli, aunque no lo diga expresamente³⁹⁸, en realidad, la única teoría exitosa en el (y para el) Estado constitucional, es la versión que él defiende, o sea, su «Constitucionalismo garantista o iuspositivista». Y, esto es así, porque, entre otras razones, Ferrajoli (2012b: 17) afirma que la realización efectiva de las tesis atribuibles al «Constitucionalismo principialista o argumentativo» conllevarían «una regresión premoderna del Derecho y de la cultura jurídica», en consecuencia, el Constitucionalismo garantista o iuspositivista, sería la única opción para denunciar y evitar dichas consecuencias perniciosas³⁹⁹. Esto significa que la capacidad explicativa de una teoría, no es el único sentido en el que se puede afirmar que una teoría es exitosa, pues además de ésta, otra condición para determinar el éxito de una teoría, sería su capacidad para señalar, evitar y, en su caso, corregir determinadas prácticas⁴⁰⁰.

³⁹⁷ ATIENZA, 2012: 70; COMANDUCCI, 2012: 94; FERRAJOLI, 2012b: 12; PRIETO SANCHÍS, 2013: 24; SALAZAR UGARTE, 2012: 288; GARCÍA FIGUEROA, 2009: 281.

³⁹⁸ *Cfr.* REDONDO, 2012: 244; para esta autora, Ferrajoli «no entiende que el constitucionalismo esté en competición con, o se agregue a las dos conocidas concepciones del Derecho: el positivismo y el iusnaturalismo». Sin embargo, para otros autores, «Ferrajoli afirma la superioridad neta del constitucionalismo garantista sobre aquel principialista» (por ejemplo, PINO, 2012: 206). Incluso, hay quien afirma que esto debe ser así, es decir, que la superioridad del Constitucionalismo garantista frente al Constitucionalismo principialista debe ser asumida, sobre todo, por los jueces constitucionales; al respecto, véase: SALAZAR UGARTE, 2012.

³⁹⁹ Esta característica de la teoría ferrajoliana, por cierto, ya había sido advertida por Alfonso García Figueroa (2005: 276), cuando afirma: «A su teoría del derecho no le preocupa tanto cómo sea el Derecho, sino más bien en qué pueda degenerar y, sobre todo, en qué no deba degenerar (sin olvidar que muchas veces lo que le interesa es lo garantista que pueda llegar a ser)».

⁴⁰⁰ GARCÍA FIGUEROA, 2005: 281; para este autor, si nos referimos al neoconstitucionalismo que él defiende, éste tiene como propósito describir los rasgos del Derecho, tomando como central el caso del Derecho constitucionalizado. De esta

Entonces, ¿el éxito de una teoría jurídica se refiere a su «capacidad explicativa» o a su «capacidad para señalar, evitar y corregir determinadas prácticas»? o, en definitiva, ¿cuáles son los criterios o las pautas para afirmar el éxito de una teoría jurídica? Estas son cuestiones vinculadas a uno de los problemas contemporáneos de la teoría del Derecho, nos referimos a la cuestión de la «neutralidad valorativa»⁴⁰¹, en particular, y de la metodología o metateoría de la teoría del Derecho⁴⁰², en general.

El problema de la neutralidad, para José Juan Moreso (2008: 188), supone dos tesis; de acuerdo con la primera, «la explicación conceptual de la naturaleza del Derecho es una tarea descriptiva y para llevarla a cabo no hace falta recurrir a consideraciones valorativas»; conforme a la segunda, «la determinación del contenido del Derecho, de aquello que el Derecho requiere, depende únicamente de determinados hechos sociales, que pueden describirse sin recurrir a consideraciones valorativas».

Al parecer, la cuestión de la neutralidad se encuentra en el debate sobre el neoconstitucionalismo teórico. Está presente al menos por dos razones. Primero, porque algunas teorías neoconstitucionalistas, son teorías normativas en el sentido de que, para dar cuenta del Derecho del Estado constitucional, estos enfoques realizan algún tipo de evaluación. Segundo, dado que la segunda tesis de la neutralidad parece evocar la cuestión de la relación entre Derecho y moral, y como hemos visto, la distinción entre las distintas teorías neoconstitucionalistas, se basa, precisamente, en esa relación, entonces, también esta segunda tesis se encuentra en dicho debate.

Ahora bien, en algunas caracterizaciones de las teorías neoconstitucionalistas, éstas se distinguen por rechazar o, en su caso,

forma, el neoconstitucionalismo, no pretende ser una teoría del Derecho general, más bien aspira a ser una teoría del Derecho particular. Esta circunstancia, para el autor referido, presenta al menos dos consecuencias de interés: primera, la teoría tiende a justificarse por su utilidad; segunda, la teoría debe colaborar con la práctica y nutrirse de ésta, lo que supone la vinculación y complementariedad, por ejemplo, de teoría del Derecho y dogmática constitucional.

⁴⁰¹ Véase, por ejemplo, FERRER BELTRAN, MORESO & PAPAYANNIS, 2012.

⁴⁰² Véase, por ejemplo, DEL MAR, GIUDICE & WALUCHOW, 2010.

aceptar la conexión necesaria entre Derecho y moral; sin embargo, conforme a las nociones modales de necesidad y posibilidad, las relaciones entre Derecho y moral pueden ser de tres tipos: necesarias, imposibles y contingentes⁴⁰³. Así, conforme a esta última, la relación entre Derecho moral no es ni necesaria ni imposible, es contingente. Ésta es una tesis vinculada al denominado «positivismo jurídico incluyente»⁴⁰⁴.

El positivismo jurídico incluyente, tanto para Wil Waluchow (2007) como para José Juan Moreso (2013), es capaz de ofrecernos «una mejor explicación» de las prácticas jurídicas de los sistemas constitucionales. Especialmente, para estos autores, frente a otras teorías «competidoras», el positivismo incluyente no sólo destaca por su «atractivo intuitivo», sino también por ser «una mejor explicación de la interpretación y aplicación de documentos constitucionales».

Ante este panorama, una dificultad más salta a la vista: si tanto el positivismo incluyente como las teorías neoconstitucionalistas, son teorías del Derecho de las democracias constitucionales, ¿cuál nos brinda «una mejor explicación», el positivismo incluyente o las teorías neoconstitucionalistas, o alguna otra teoría que «compita» con éstas? De esto, sin embargo, surgen más interrogantes: ¿positivismo incluyente y teorías neoconstitucionalistas, son teorías «competidoras»? Si es así, ¿cuáles son las bases o los criterios para juzgar posturas teóricas rivales como éstas? ¿«Dar una mejor explicación» es una condición de éxito para una teoría jurídica? ¿Puede una teoría jurídica ser más exitosa que otra? Nuevamente, estas son cuestiones vinculadas a los problemas de la neutralidad valorativa, en particular, y de la metateoría o metodología del Derecho, en general.

En la parte final de esta investigación, reflexionaremos sobre algunas de las cuestiones referidas; concretamente, por un lado, nos interesará reflexionar sobre el estatuto metodológico de las teorías neoconstitucionalistas del Derecho; pero, por otro lado, sobre todo, nos

⁴⁰³ MORESO, 2013, pp. 39-40.

⁴⁰⁴ COLEMAN, 2001; HIMMA, 2002; KRAMER, 2004; MORESO, 2009, Cap. 10 y WALUCHOW, 2007.

interesará examinar la importancia de estas teorías en relación con las prácticas iusconstitucionales mexicanas.

CAPITULO IV

LAS TEORÍAS NEOCONSTITUCIONALISTAS *AND THE FOURTH ISSUE*

IV.1 Introducción

En la parte final del capítulo anterior, reflexionamos brevemente sobre si las teorías neoconstitucionalistas son teorías jurídicas exitosas; advertimos que, para algunos autores, por distintas razones, lo son, pero también señalamos que, una respuesta adecuada a ésta y a otras cuestiones afines, nos remiten al problema de la neutralidad valorativa de la teoría del Derecho, que es un problema particular de otro general: la metodología de la teoría del Derecho.

«*The fourth issue*» –como Pierluigi Chiassoni (2011) denomina a este problema-, en los últimos años, ha sido debatido ampliamente⁴⁰⁵. En este contexto, las discusiones usualmente son o muy abstractas, o muy concretas, pero, en cualquier caso, los temas abordados son invariablemente sofisticados y complejos: ¿Qué significa hacer teoría del Derecho? ¿Cuáles son los problemas y objetivos de la teoría del Derecho? ¿Existe una forma apropiada de realizar teoría del Derecho? ¿Cuántos tipos de teoría del Derecho existen? ¿Qué criterios determinan el éxito de una teoría del Derecho? ¿Qué tipo de conocimiento es el conocimiento acerca del Derecho? ¿El conocimiento del concepto del Derecho es distinto del conocimiento del Derecho de un tiempo y lugar determinado? ¿Cómo podrían los problemas de la teoría del Derecho, o al menos nuestra comprensión de ellos, estar cambiando? ¿Los debates sustantivos pueden ser mejor entendidos, resueltos o posiblemente disueltos dependiendo de sus objetivos y aproximaciones metodológicas? ¿Cualquier decisión de un tribunal presupone alguna postura sobre la naturaleza del Derecho? ¿En qué sentido la explicación del concepto del Derecho es una tarea semántica? ¿Existe una única

⁴⁰⁵ Por ejemplo, en castellano, véase el libro *Neutralidad y teoría del Derecho* (FERRER BELTRAN, *et. al.*, 2012); por su parte, en inglés, véase: *The methodology of Legal Theory* (DEL MAR, *et. al.*, 2010); en ambos volúmenes se encontrarán artículos muy relevantes sobre los fundamentos metodológicos de la teoría del Derecho.

forma de explicar el concepto de Derecho? ¿Tiene el Derecho características o propiedades necesarias? ¿Existe algo acerca de la naturaleza del Derecho, por ejemplo, su normatividad, que determina cómo el conocimiento de determinados ordenamientos jurídicos o normas debería ser buscado? ¿Cuál es la relación entre la teoría del Derecho y la moral? ¿Cuál es el rol de las evaluaciones morales en la teoría del Derecho? ¿La teoría del Derecho es general y descriptiva? ¿Es posible una teoría del Derecho neutral? ¿Puede una teoría del Derecho explicar tanto prácticas normativas formales e informales como ordenamientos jurídicos internacionales?, etcétera⁴⁰⁶.

Por distintos motivos⁴⁰⁷, los filósofos del Derecho, han prestado una atención considerable a estas cuestiones. Para algunos autores⁴⁰⁸, la proliferación de estos debates ha implicado desviar la atención de la filosofía del Derecho hacia problemas de carácter metodológico (o de segundo orden) antes que a las cuestiones sustantivas (o de primer orden). Es decir, si una pregunta sustantiva es «¿qué es Derecho?» y una pregunta metodológica es «¿cómo y por qué se afirma que es Derecho?», los iusfilósofos han preferido ocuparse de esta última cuestión, esto es, han privilegiado la metodología de la teoría del Derecho.

⁴⁰⁶ Estas, y otras preguntas, están planteadas en la introducción del libro *The methodology of Legal Theory* (2010).

⁴⁰⁷ Para Brian Bix (2006: 167), el interés contemporáneo por la metodología de la teoría del Derecho, se debe a las habilidades fundamentalmente filosóficas que los teóricos del Derecho poseen actualmente; él lo dice así: «...los más importantes trabajos en teoría del Derecho fueron escritos por juristas, que tenían algún interés y, quizá, algún adiestramiento básico en filosofía. Más recientemente, muchos, tal vez la mayoría, de quienes trabajan en teoría jurídica en el mundo anglosajón tienen doctorados en filosofía o algún adiestramiento filosófico significativo. Por ello, es poco sorprendente que se haya producido una mayor sofisticación en el arsenal teórico con el que enfrentamos los tópicos en teoría del derecho y se dedique más atención a las cuestiones de metodología en filosofía». John Gardner (2006: XVII), por su parte, afirma que el interés por la «metajurisprudencia» se debe probablemente a una especie de narcisismo por parte de los filósofos del Derecho: «Si uno siempre había sospechado que la filosofía del derecho es una actividad autocomplaciente [...] entonces este crecimiento de la industria (de la filosofía del derecho o metajurisprudencia, como uno podría denominarla) puede sonar altamente narcisista». Andrei Marmor (2001: 12-13), al respecto, ha sugerido que el interés por parte de los iusfilósofos por las cuestiones metodológicas aumenta cuando no existe progreso en las explicaciones sustantivas sobre la naturaleza del Derecho.

⁴⁰⁸ ALEXY, 2008: 52-53; BAYÓN, 2012: 25-26.

Aun cuando existe un amplio y desbordante interés por la cuestión metodológica, éste es uno de los «problemas abiertos en la teoría del Derecho»⁴⁰⁹. Y se dice que es un problema abierto porque, al parecer, entre los autores que abordan esta cuestión existe un desacuerdo. Éste puede plantearse de la forma siguiente⁴¹⁰: para algunos autores la teoría del Derecho es descriptiva, mientras que para otros es normativa, entonces, de acuerdo con los normativistas, los descriptivistas se equivocan, y viceversa.

Ésta es una forma de trazar, en términos generales, el problema metodológico de la teoría del Derecho. Por supuesto, no todos están de acuerdo con esta caracterización⁴¹¹; básicamente, porque presupone al menos dos cuestiones discutibles: por un lado, una clara definición y distinción entre «teoría del Derecho descriptiva» y «teoría del Derecho normativa» y, por otro, un antagonismo entre esas dos perspectivas metodológicas –lo que, como veremos, no necesariamente es así: ni la definición e identificación de esas dos posiciones es clara y homogénea (entre otras razones, por la ambigüedad de los términos descriptivo y normativo⁴¹²), ni su enfrentamiento es necesario (pues esto depende de cómo se entienda lo descriptivo y lo normativo⁴¹³)–.

A pesar de sus desaciertos, caracterizar al problema metodológico en términos binarios y contradictorios, tal vez, puede ser útil, primero, para identificar a las distintas posiciones que se sostienen bajo las etiquetas «teoría del Derecho descriptiva» y «teoría del Derecho normativa»⁴¹⁴; pero, además, para sugerir y, en su caso, defender una forma correcta de concebir y desarrollar la metodología de la teoría del Derecho⁴¹⁵.

⁴⁰⁹ ESCUDERO ALDAY, 2010: XXVI-XXIX.

⁴¹⁰ RODRÍGUEZ BLANCO, 2006: 26.

⁴¹¹ En realidad, a la fecha, entre los autores que abordan estas cuestiones, el rechazo a esta forma de caracterizar el problema metodológico, es prácticamente unánime. Así, por ejemplo, véase: BAYÓN, 2012: 20; COLEMAN, 2002: 311-312; DICKSON, 2006: 4 y ss; MARMOR, 2006: 683-684; MORESO, 2008: 187 y ss; PERRY, 2002: 1759 y ss; PRIEL, 2010: 636; RODRÍGUEZ BLANCO, 2006: 26 y ss;

⁴¹² En este sentido, véase: DICKSON, 2006; PRIEL, 2010; COLEMAN, 2002.

⁴¹³ Al respecto, véase: BAYÓN, 2012; DICKSON 2006.

⁴¹⁴ Ésta es la estrategia de BAYÓN, 2012.

⁴¹⁵ El trabajo de DICKSON, 2006: 33, tiene ese propósito, es decir, intenta desarrollar y defender una postura metodológica que denomina «teoría jurídica de evaluación indirecta», que consiste en «desarrollar el tipo de enfoque hacia la teoría jurídica

Una afirmación de este tipo requiere sin embargo como paso preliminar ocuparse de, por lo menos, estas tres cuestiones: a) cuáles son los objetivos de la teoría del Derecho y cuáles son sus criterios de éxito; b) qué bases sirven o deben servir para juzgar posturas iusfilosóficas rivales; y c) cuál es el método correcto para el logro de los objetivos de la teoría del Derecho. De acuerdo con Julie Dickson (2006: cap. 1), la metateoría o metodología de la teoría del Derecho se ocupa de estas tres cuestiones.

En este capítulo, pretendemos determinar no sólo si las teorías neoconstitucionalistas son teorías del Derecho, sino además si éstas son exitosas. Tal y como señala Dickson, esto supone embarcarnos en una empresa de metateoría jurídica, porque analizaremos dos cuestiones metateóricas de dichas teorías: por un lado, sus fundamentos metodológicos o metateóricos y, por otro, sus criterios de éxito.

Otra cuestión, es determinar si una teoría neoconstitucionalista puede ser más exitosa que otra. Aunque es difícil de abordar, la idea de establecer la superioridad de alguna teoría neoconstitucionalista, es muy sugerente. Para algunos filósofos del Derecho del ámbito italo-iberoamericano, esta cuestión además es relevante⁴¹⁶, sobre todo por las consecuencias tanto teóricas como prácticas que dicha idea supone. Esto es, desde un punto de vista teórico, si se proclama la hegemonía de una teoría, entonces, se daría respuesta a una disputa en este ámbito: qué teoría nos proporciona la explicación más adecuada del Derecho del Estado constitucional. Por su parte, dado que para algunos teóricos del Derecho la resolución de casos particulares presupone el uso de alguna explicación acerca del Derecho, esto es, presupone el uso de una teoría del Derecho, entonces, la importancia de elegir entre una teoría u otra, adquiere sentido. Con todo, si bien, para algunos autores, existe una teoría claramente vencedora tanto en el ámbito teórico como en el práctico⁴¹⁷, en realidad, determinar qué teoría neoconstitucionalista es

adoptado por Raz y explicar cómo dicha postura reconoce y defiende que la teoría jurídica no puede encontrarse libre de toda valoración, pero a la vez rechazar que la evaluación que se lleva a cabo en la teoría jurídica sea necesariamente moral».

⁴¹⁶ Esta posición puede verse claramente en FERRAJOLI, 2012b y SALAZAR UGARTE 2012.

⁴¹⁷ Así, puede interpretarse el ensayo de SALAZAR UGARTE, 2012.

mejor, sin duda, es una cuestión sumamente compleja. En la parte final de este capítulo, desarrollaremos algunas ideas sobre estos temas.

Asentadas las anteriores premisas, a continuación, analizaremos críticamente la afirmación siguiente: las teorías neoconstitucionalistas son teorías del Derecho exitosas; para este fin, primero, nos ocuparemos de esta cuestión: qué es o qué puede ser una teoría del Derecho; después, pero relacionada con ésta, reflexionaremos sobre algunas cuestiones metateóricas o metodológicas de la teoría del Derecho, especialmente, desarrollaremos algunos argumentos en relación a la existencia de distintas teorías jurídicas, así como de distintos objetivos, métodos y criterios de éxito de dichas teorías; todo ello, con el fin de abordar la cuestión sobre si las teorías neoconstitucionalistas son teorías jurídicas exitosas.

Antes, sin embargo, es importante hacer algunos comentarios en relación a la metateoría jurídica o metodología de la teoría del Derecho: en primer lugar, entre las distintas formas de nombrar a esta disciplina jurídica⁴¹⁸, nosotros asumiremos una equivalencia nominal entre las expresiones «metateoría jurídica» y «metodología de la teoría del Derecho»; en segundo lugar, aceptaremos que se trata de una disciplina que pretende analizar «no la naturaleza del Derecho, sino la naturaleza sobre la teorización del Derecho»⁴¹⁹; en este sentido, en tercer lugar, si bien la metateoría jurídica estudia los fundamentos metodológicos de las distintas teorías acerca del Derecho, así como el estudio de las bases que sirven para juzgarlas, incluso puede ser una reflexión sobre si existe un método correcto para la teoría del Derecho, no obstante, también puede implicar un análisis sobre los fundamentos metodológicos de una

⁴¹⁸ Otras expresiones que suelen emplearse para referirse a esta disciplina, serían «metajurisprudencia», «metafilosofía jurídica», «epistemología jurídica», incluso «metodología del Derecho». Para un análisis crítico del uso de estas expresiones, véase: JIMÉNEZ CANO, 2008: 17-24. Para una caracterización –por ejemplo, de «metajurisprudencia» y para una distinción de las expresiones referidas – por ejemplo, entre «metajurisprudencia» y «meta-ciencia de la ciencia jurídica», véase, además de BOBBIO 1994: 91-106, también GUASTINI 1999: 15-45. Sobre «epistemología jurídica» y «metateoría del Derecho», véase: FERRAJOLI, 2004: 17-168. Sobre «epistemología jurídica», «ciencia del Derecho» y «teoría del Derecho», véase: COMANDUCCI, 2010: 175-185.

⁴¹⁹ DICKSON, 2006: 14.

teoría concreta del Derecho, así como un examen de las bases que sirven para juzgar a esa específica teoría jurídica y, si es el caso, una reflexión sobre el éxito de esa determinada teoría del Derecho; por tanto, en quinto lugar, considerando esta limitación al objeto de estudio de la disciplina referida, en este capítulo, realizaremos, en los términos descritos en el párrafo anterior, una metateoría de las teorías neoconstitucionalistas.

IV.2 Teoría del Derecho

IV.2.1 El problema terminológico

La expresión teoría del Derecho no es la única forma para referirnos a la actividad que supone involucrarse en debates teóricos acerca del Derecho⁴²⁰. Además de ésta, suelen emplearse frases como «filosofía del Derecho», «ciencia jurídica», «dogmática jurídica» o «jurisprudencia»⁴²¹.

Algunas de estas expresiones suelen emplearse de forma indistinta⁴²². No obstante, para algunos autores, es posible trazar algunas líneas divisorias entre ellas⁴²³.

⁴²⁰ Se refiere a este problema terminológico, entre otros, NINO, 2007: 9-18.

⁴²¹ Por ejemplo, aunque es verdad que uno de los propósitos del volumen «*Jurisprudence or Legal Science?*», editado por Sean Coyle y George Pavlakos (2005), es analizar la naturaleza de la teoría o filosofía del Derecho, sin embargo, para referirse a la actividad consistente en estudiar filosóficamente o teóricamente el Derecho, además de aquellas expresiones, también se emplean «ciencia jurídica» y «dogmática jurídica».

⁴²² Así, por ejemplo, para SHAPIRO 2014: 26, se puede emplear indistintamente las expresiones «*jurisprudence*», «teoría del Derecho» y «filosofía del Derecho».

⁴²³ Para un intento de demarcación entre «teoría del Derecho», «filosofía del Derecho», «ciencia jurídica» y «filosofía de la ciencia jurídica», véase, por ejemplo, GUASTINI 1999: 15-28; para un análisis de la expresión «ciencia jurídica», y su relación con otras expresiones, véase: CALSAMIGLIA 2000; sobre la expresión «dogmática jurídica», véase: NÚÑEZ VAQUERO 2014; para una aproximación sobre el uso anglosajón de la expresión «*jurisprudence*», véase: WACKS 2005: 1-13; en este mismo sentido, pero sobre el uso continental de la expresión «jurisprudencia», véase: ATIENZA 2004: 225-249.

Uno de los criterios comunes para diferenciar las expresiones citadas, se refiere al nivel de abstracción en el que se colocan sus discursos⁴²⁴. De acuerdo con este criterio, existirían tres niveles del lenguaje jurídico. En el nivel alto, se hallaría el lenguaje legislativo, es decir, las descripciones que hace el legislador de las situaciones jurídicas mediante operadores deónticos como prohibido, obligado y facultativo. En el nivel bajo, encontraríamos el lenguaje del dogmático jurídico, esto es, las descripciones e interpretaciones que hacen los juristas en relación al ámbito del sistema jurídico del que se ocupan (por ejemplo, Derecho civil, Derecho penal, Derecho constitucional, etcétera). Finalmente, entre el nivel alto y el bajo, se hallaría el discurso de los teóricos del Derecho, éste tendría por objeto analizar el lenguaje usado por los cultivadores de la dogmática jurídica (o, en este contexto, también denominada «ciencia jurídica»). Este criterio, por otro lado, también serviría para distinguir a la metateoría o metodología de la teoría del Derecho de aquellas dos empresas intelectuales: si se acepta que esta disciplina tiene por objeto el estudio de los discursos de los teóricos del Derecho, entonces, la metateoría jurídica se ubicaría en un nivel superior en relación a los discursos, por un lado, de la teoría del Derecho y, por otro, de la dogmática jurídica⁴²⁵.

⁴²⁴ MORESO & VILASOJANA, 2004: 125-127. Asimismo, el criterio de la abstracción del lenguaje, suele asociarse a la «generalidad» que caracteriza a los estudios iusfilosóficos (al respecto, véase: HIMMA, 2011; BIX, 2006: 169-170; FERRAJOLI, 2004: 18-20; JIMÉNEZ CANO, 2008: 63-73). Ahora, la generalidad puede ser entendida en dos sentidos (MORESO & VILASOJANA, 2004: 15-16): primero, un teórico o filósofo del Derecho se ocupa de aquello que tienen en común los distintos sistemas jurídicos positivos; segundo, el teórico o filósofo del Derecho pretende estudiar los problemas y conceptos compartidos por las distintas ramas del Derecho. Si se aceptan estas razones, la teoría o filosofía del Derecho sería una empresa distinta de la «dogmática jurídica». La diferencia entre los juristas dogmáticos y los teóricos, en definitiva, se fundamentaría en la idea de que aquéllos suelen describir, sistematizar e interpretar las normas y conceptos de un ámbito específico del Derecho, mientras que los teóricos del Derecho se ocupan de éste fenómeno, pero lo hacen de una forma «general». De hecho, en la literatura al respecto es común destacar dos tipos de preguntas para distinguir la labor de los filósofos del Derecho respecto de otros juristas, así, los primeros generalmente se interesan por la pregunta «¿Qué es el Derecho?», mientras que los segundos por la cuestión «¿Cuál es el Derecho?». Sobre este punto, véase: COLEMAN & SIMCHEN, 2003: 5 y ss; MARMOR & SARCH, 2015; COMANDUCCI, 2010: 184.

⁴²⁵ COMANDUCCI, 2010: 236-238.

El criterio del nivel de abstracción del lenguaje puede ser objetado de distintas maneras⁴²⁶. Particularmente, se podría dudar sobre la utilidad de un discurso cuando éste alcanza un nivel de abstracción muy alto⁴²⁷. De hecho, para algunos autores, el excesivo distanciamiento entre el lenguaje de los teóricos y el de los dogmáticos, ha propiciado que aquél no sólo sea catalogado como un discurso superfluo, sino también, en ocasiones, pernicioso⁴²⁸. Si esta crítica es correcta, el nivel de abstracción del lenguaje no sería relevante para disipar el problema terminológico. Pero, entonces, cómo resolverlo. Para algunos autores, en realidad, la disputa terminológica en la que se ve envuelta la teoría del Derecho, puede ser obviada, puesto que los distintos argumentos que se emplean para resolverla son poco claros y nada concluyentes⁴²⁹.

Esta investigación, naturalmente, no pretende resolver el problema terminológico. Sin embargo, en relación a lo expuesto, debemos advertir lo siguiente. Probablemente resulte más adecuado desplazar este problema por uno más sustantivo que no discuta etiquetas, sino más bien ideas o tesis concretas⁴³⁰. Es decir, para comprender la labor

⁴²⁶ MORESO & VILASOJANA, 2004: 127; para estos autores, un matiz importante que cabe hacer al criterio de abstracción del lenguaje, se refiere al hecho de que, en ocasiones, también los juristas dogmáticos realizan una labor teórica, en el sentido de no sólo «usar» expresiones como «compraventa», «donación», «heredero», sino también de «mencionar» dichas expresiones con el objetivo de determinar su significado, las relaciones que guardan entre sí y los criterios que deben regir su aplicación.

⁴²⁷ WALDRON 2005: 58, por ejemplo, sugiere esto: si la filosofía del Derecho respecto de las instituciones pretende ser neutral y afirmar estipulaciones muy abstractas, no sólo estaría «completamente desencaminada», también las ventajas de la «abstracción» y la «generalidad» de los estudios iusfilosóficos «comenzarían a evaporarse en los sensatos reinos de la abstracción, y nos abrumarían las distorsiones provocadas por una teoría que insiste en que todo encaja en una sola medida».

⁴²⁸ MORESO & VILASOJANA, 2004: 127; *cf.* JIMÉNEZ CANO, 2008: 124.

⁴²⁹ NINO, 2007: 9 y ss.

⁴³⁰ MORESO & VILASOJANA, 2004: 192. En su discusión acerca de la teoría del Derecho, por ejemplo, Robert Alexy (2007a: 88-89) rechaza debatir frente a Joseph Raz (2007) acerca de una cuestión terminológica: «Raz presenta su empresa bajo el rótulo “una teoría del Derecho”. Está usando esta expresión “en un sentido restringido, como haciendo referencia a una explicación de la naturaleza del derecho”. Las preguntas por la esencia y la necesidad son preguntas filosóficas genuinas. No obstante, no todas las preguntas teóricas son preguntas filosóficas. Por esta razón, preferiría llamar a “un conjunto de proposiciones verdaderas y sistemáticamente relacionadas sobre la naturaleza del derecho” una “filosofía del derecho”, o clasificarlo como una parte de una filosofía del derecho. Pero dado que Raz declara que su

de quien afirma teorizar el Derecho, quizá sea más interesante y provechoso analizar qué es o qué puede ser una teoría del Derecho, cuáles son sus objetivos y sus herramientas metodológicas, así como sus criterios de éxito.

IV.2.2 La(s) teoría(s) del Derecho

Una teoría del Derecho puede ser un estudio, análisis o explicación del Derecho. Entendida de esta forma tan general, la teoría del Derecho puede ser desarrollada de distintos modos y con diferentes objetivos. De hecho, para la mayoría de los filósofos del Derecho, existen distintas teorías jurídicas con distintos objetivos y métodos. Veamos, a título de ejemplo, algunas de ellas.

En varios escritos, Brian Bix (2006: 17-24, 167-188, y 2012) ha distinguido diferentes teorías del Derecho. Para este fin, primero, afirma que una teoría del Derecho puede ser un tipo de teoría que explica una práctica social. Segundo, sugiere que las teorías acerca de las prácticas sociales pueden ser de tres tipos: (a) teorías descriptivas, serían aquellas que pretenden determinar cuál es la situación actual de un caso, ofreciendo un relevamiento de las prácticas o concepciones; (b) teorías analíticas o conceptuales, son aquellas que hacen proposiciones acerca de la naturaleza necesaria o intrínseca de alguna práctica o institución; (c) teorías prescriptivas, normativas o críticas, son teorías que argumentan acerca de cómo las prácticas u opiniones deben ser reformadas.

Conforme a esta caracterización, para Bix, existirían tres tipos de teorías del Derecho con los mismos objetivos que las anteriores, así tendríamos teorías (1) descriptivas, (2) analíticas o conceptuales y (3) prescriptivas, normativas o críticas. Sin embargo, en relación a las teorías descriptivas, Bix introduce una subcategoría: las teorías (1.1) puramente descriptivas: este tipo de teorías se caracterizan por describir una práctica social, pero sin emitir ningún juicio de valor sobre él, ni

elección de los términos es “una cuestión de conveniencia terminológica”, no es éste, ciertamente, un punto que valga la pena discutir».

tampoco sugerir cursos de acción en relación a su objeto de estudio. Éstas serían teorías acerca del Derecho, pero no serían teorías estrictamente jurídicas. Ejemplos de este tipo serían las teorías sociológicas, antropológicas, psicológicas e históricas. Asimismo, en relación a las teorías analíticas o conceptuales hace otra distinción: por un lado, estarían las teorías (2.1) conceptuales puramente descriptivas y, por otro, las teorías (2.2) conceptuales descriptivas. La diferencia se basa en que las últimas no necesariamente pretenden hacer un reporte de datos u observaciones para comprender un concepto (como, al parecer, intentan las primeras), sino que pretenden algo más. Este «algo más» implica capturar la naturaleza o la esencia de un concepto o una práctica⁴³¹. Por otro lado, para el autor referido (2006: 21-22), también existen teorías del Derecho que se ubican entre las teorías puramente descriptivas y las (3.1) teorías puramente prescriptivas⁴³²; estas teorías intermedias serían (4) «semánticas», aquellas que pretenden brindarnos «una definición del significado de la palabra “derecho”»; basadas en la (5) «selección o simplificación» para evitar que una teoría colapse en una simple reformulación caótica de una realidad compleja; basadas en (6) «ideales, paradigmas o teleología» porque la comprensión o explicación adecuada de un fenómeno social como el Derecho puede depender de sus fines, objetivos e ideales; de (7) «reconstrucción racional», serían aquellas que intentan reformular una decisión judicial (o un ámbito del sistema jurídico) de tal suerte que esa reconstrucción sea más persuasiva; (8) con un «enfoque interpretativo», sería aquella teoría fundada «en la interpretación constructiva de las acciones oficiales».

⁴³¹ Es importante observar que, para Brian Bix (2006: 20), esta visión del análisis conceptual, puede comprometer al teórico a establecer «un concepto universal o intemporal (platonista) del Derecho», no obstante, afirma este autor, existen teorías conceptuales menos ambiciosas desde un punto de vista metafísico, de tal suerte que lo que éstas intentan es «explicar “nuestro” concepto de Derecho». También, en relación a las teorías analíticas o conceptuales, Bix afirma que algunas de éstas pretenden ser generales (en el sentido de que algunas teorías hacen aserciones verdaderas sobre el Derecho en general, frente a aquellas que hacen aserciones, pero sólo aplicables a un sistema jurídico particular y en un espacio de tiempo determinado) y descriptivas (en el sentido de que éstas pretenden describir el Derecho tal como es, antes que criticarlo o prescribir algo sobre él).

⁴³² Sobre este tipo de teorías, sin embargo, Bix (2006: 21) no nos ofrece mayor explicación.

Para Scott J. Shapiro (2014: 26-28), la teoría del Derecho puede ser normativa o analítica. Básicamente, la primera se ocupa de los fundamentos morales del Derecho, mientras que la segunda se propone examinar sus fundamentos metafísicos. La teoría normativa del Derecho, sin embargo, se divide en dos: interpretativa y crítica. La teoría interpretativa trata de ofrecernos una explicación de la lógica o los fundamentos morales concretos del derecho vigente. La teoría crítica pretende establecer cómo debería ser el derecho desde un punto de vista moral. Desde esta perspectiva, un teórico interpretativista trataría de dar respuesta a una pregunta como esta: ¿por qué el derecho penal castiga a los delincuentes? En cambio, un teórico crítico más bien analizaría si los delincuentes deberían ser castigados o no. Por otro lado, para Shapiro, la teoría analítica del Derecho analiza la naturaleza del Derecho y no se ocupa de la moral, al menos no directamente. Los teóricos analíticos pretenden establecer la esencia o naturaleza de conceptos jurídicos como sistema jurídico, derechos, autoridad, validez, legalidad, interpretación, etcétera.

Por su parte, Michael D. Bayles (1990) afirma la existencia de diferentes tipos de teorías del Derecho a partir de los propósitos u objetivos que estas teorías persiguen. Así, tenemos (1) teorías semánticas: intentan analizar el significado o el uso de las palabras, como deber jurídico o contrato; (2) teorías explicativas-conceptuales: pretenden aumentar la comprensión entre fenómenos relacionados mostrando sus diferencias y similitudes conceptuales, por ejemplo, analizan la diferencia entre Derecho y moral; (3) teorías explicativas empírico-predictivas: tratan de proveer mediante las ciencias sociales explicaciones causales de varios fenómenos jurídicos, como el comportamiento judicial; (4) teorías normativas: consideran o abordan cuestiones de justificación de normas y prácticas jurídicas, como los límites morales del Derecho penal.

Para Kennet E. Himma (2011) existen tres tipos de teorías jurídicas: la teoría analítica del Derecho, la teoría normativa del Derecho y la(s) teoría(s) crítica(s) del Derecho. La primera pretende proporcionar un análisis de la esencia del Derecho a fin de entender lo que lo diferencia de otros sistemas normativos, como la moral. La segunda implica el

análisis normativo, evaluativo y otro tipo de cuestiones prescriptivas acerca del Derecho. Finalmente, las terceras desafían las formas tradicionales de la filosofía del Derecho, ejemplos de este tipo son los *critical legal studies*, las teorías feministas o el realismo jurídico. Por otro lado, en relación a la teoría analítica del Derecho, para Himma existen dos tipos de estudios analíticos: aquellos que afirman la existencia de una relación conceptual entre Derecho y moral y, por otro lado, aquellos que niegan dicha relación.

Finalmente, Michael Giudice (2010) afirma que las teorías del Derecho pueden ser morales, políticas, normativas, descriptivas-explicativas, científicas sociales, internas o externas en relación al participante, etcétera. No obstante, dentro de esta «diversidad de reinos»⁴³³, se pueden distinguir tres perspectivas teóricas. La primera, que él llama «imperialista», se refiere a la afirmación que hacen algunas teorías en relación al método que emplean para conocer el Derecho, para este fin, y para este tipo de teorías, existe un único y correcto método; de acuerdo a esta visión, las teorías que no adopten ese método, serían teorías inadecuadas, o sea, teorías que fallan o distorsionan lo que es importante acerca del Derecho y sus prácticas. El imperialismo metodológico no es una característica exclusiva de una teoría del Derecho. En realidad, es una idea compartida por distintas teorías: tanto las teorías descriptivas-explicativas (por ejemplo, el análisis conceptual del Derecho), como las teorías científico-sociales (por ejemplo, el análisis económico del Derecho o el realismo jurídico), incluso las teorías morales del Derecho (como las teorías del Derecho natural), afirman la superioridad del método o aproximación que emplean para comprender el Derecho. Una visión «diferente», afirmaría, sin embargo, que existen distintas teorías del Derecho porque sus propósitos y métodos son diferentes; conforme a esta segunda visión, las teorías del Derecho no compiten ni rivalizan, simplemente son diferentes. Finalmente, una tercera visión sería la «continuista», conforme a esta visión existiría una continuidad y complementariedad entre distintas teorías del Derecho. La idea de continuidad en la teoría del Derecho se refiere al trayecto que habrá de recorrerse al desarrollar dicha empresa.

⁴³³ GIUDICE, 2010: 109.

El punto de inicio de ese recorrido sería una renovada concepción de la naturaleza del análisis conceptual del Derecho, ya que éste reconoce «sus límites y contribución parcial en la más amplia comprensión posible del Derecho, pero al mismo tiempo proporciona contextos (*backdrops*) conceptuales útiles en los que las investigaciones científico sociales y las evaluaciones de tipo moral y política pueden continuar»⁴³⁴. Así, si bien las aproximaciones conceptuales, científico sociales y de orden evaluativo pueden diferenciarse, no obstante, también pueden complementarse.

No pretendemos problematizar ninguna de las afirmaciones descritas. De lo anterior, simplemente nos interesa extraer una conclusión que, por lo demás, es bastante obvia: existen distintas teorías del Derecho con distintos objetivos y diferentes métodos. Esta conclusión, sin duda, es poco informativa. Sería más interesante explorar cuáles son esos objetivos y esos métodos, y cómo puede establecerse el éxito de una teoría del Derecho. Nos ocuparemos de esto un poco más adelante. Antes, debemos analizar un presupuesto que es común a todas las teorías jurídicas. Este presupuesto también es bastante obvio. Y, al ser muy evidente, tal vez puede ser evitado. Sin embargo, vale la pena abordarlo, al menos, por dos motivos. Primero, para enfatizar la idea de que existen distintas teorías del Derecho. Segundo, para comprender que no existen razones, al menos de inicio, para cuestionar o excluir alguna teoría jurídica porque todas teorizan el mismo fenómeno: el Derecho. Éste precisamente es el presupuesto al que nos referimos, es decir, toda reflexión teórica acerca del Derecho presupone la posibilidad de conocer un objeto llamado «Derecho».

IV.2.2.1 Un presupuesto para las teorías del Derecho

La disponibilidad del Derecho para ser conocido es un presupuesto común para todas las teorías del Derecho⁴³⁵. Que el Derecho pueda ser

⁴³⁴ *Ibidem*: 143.

⁴³⁵ COMANDUCCI, 2010: 175; FERRAJOLI, 2004: 20. También, SCHAUER, 2012: 41, afirma esto: «...la presuposición en la mayor parte de los escritos sobre ciencia general del derecho es que la naturaleza del fenómeno del Derecho posee una

conocido depende de dos cuestiones: del significado del término «Derecho» y del sentido en el que se afirme «conocer el Derecho».

Para Paolo Comanducci (2010: 175-185), ambas cuestiones están vinculadas a la epistemología jurídica, es decir, al estudio acerca de las formas en las que se conoce el Derecho⁴³⁶. Para este autor, así como existen distintas formas de conocer el mundo, también existen distintas formas de conocer el Derecho. Pero las distintas formas epistemológicas de conocer el Derecho dependen de la configuración del objeto llamado Derecho.

«¿Qué es el Derecho?», nos recuerda Comanducci, es una cuestión que, en la tradición analítica, puede interpretarse de dos formas: como una pregunta ontológica, es decir, como una explicación acerca de la naturaleza del Derecho; o bien como una pregunta lingüística, esto es, como una investigación acerca del significado de la palabra «Derecho». Esta distinción es relevante a efecto de configurar el Derecho, ya que cada pregunta se refiere a objetos potencialmente distintos. La segunda versa sobre un fenómeno lingüístico, mientras que la primera podría no ser sólo de este tipo, lingüístico.

No obstante, para Comanducci, contemporáneamente se pueden identificar dos formas generales de concebir el Derecho: como un conjunto de hechos o como un conjunto de normas. Si el objeto llamado «Derecho» es un conjunto de hechos, entonces, la epistemología adecuada para conocerlo estará determinada por las ciencias y la filosofía sociales: sociología, psicología, análisis económico, teoría jurídica de corte realista, etcétera. Por otro lado, si el objeto llamado «Derecho» es un conjunto de normas, entonces, la epistemología adecuada para conocerlo estará determinada por las técnicas semánticas generales, además de las específicamente jurídicas. En este contexto, se podría decir que existen dos enfoques para conocer el Derecho: el de las ciencias sociales y el de la dogmática jurídica (que,

existencia independiente del observador o independiente del teórico, y que el cometido del teórico es descubrir y explicar cuál es esa naturaleza».

⁴³⁶ Para Geoffrey Samuel (2003: 12), la epistemología jurídica «nos envuelve en una reflexión sobre la actividad de la ciencia jurídica o, si la noción de ciencia jurídica es inaceptable, sobre lo que sea conocer el Derecho».

a juicio de Comanducci, es la disciplina que se encarga de conocer y hacer conocer el Derecho como un conjunto de normas). Sin embargo, un tercer enfoque es el de la teoría del Derecho. Ésta, de acuerdo al autor referido, tendría los mismos objetos de estudio que los anteriores enfoques; la diferencia, sin embargo, radicaría en el mayor nivel de abstracción en el que se colocan los discursos de los teóricos del Derecho. Básicamente, para los teóricos jurídicos la abstracción sería una herramienta que les permitiría elaborar modelos reconstructivos y explicativos de la realidad, antes que describirla directamente. Para Comanducci, si bien se puede dudar sobre el estatuto epistemológico de la teoría del Derecho, concretamente, sobre si la teoría del Derecho pueda o no ser normativa, o si, en cambio, pueda y deba ser no-valorativa, no obstante, existe un acuerdo sobre las tareas centrales de este último enfoque epistemológico⁴³⁷, a saber: a) los conceptos jurídicos fundamentales, b) los razonamientos jurídicos y c) las relaciones entre Derecho y moral.

De lo expuesto, es importante advertir que el conocimiento del Derecho es un presupuesto común a todas las teorías del Derecho y que dicho conocimiento depende tanto de la configuración del objeto llamado «Derecho», como del enfoque epistemológico al que se adhiera. Ahora bien, como hemos dicho, estas afirmaciones sólo intentan fortalecer la idea de que existen distintas teorías del Derecho (o, en este contexto, distintas formas de conocer o explicar el Derecho). Además, como puede observarse, es difícil negar el título de teoría del Derecho a aquellas empresas intelectuales cuyo objetivo consiste en teorizar el mismo fenómeno, el Derecho.

No obstante, aunque las distintas teorías jurídicas comparten el mismo fenómeno, difieren en su explicación. ¿Por qué? Por sus propósitos y métodos, sería una posible respuesta. Veamos cuáles son esos propósitos y métodos.

⁴³⁷ En este sentido, véase: HART, 1967.

IV.2.3 Propósitos en la teoría del Derecho

Afirmar que la teoría del Derecho persigue distintos propósitos u objetivos en relación al Derecho puede ser útil en un sentido, pero falso en otro. En el primer sentido, se puede decir que dicha afirmación sirve para comprender «el estado del arte de la teoría del Derecho»⁴³⁸, pues el estado actual de esta disciplina presenta variados y complejos propósitos u objetivos que los teóricos y filósofos del Derecho intentan desarrollar y satisfacer⁴³⁹; pero, en el segundo sentido, si se mira en retrospectiva, la teoría del Derecho, en realidad, ha tenido un único objetivo: explicar la naturaleza del Derecho⁴⁴⁰.

En el ámbito iusfilosófico, es sumamente conocido que, hasta hace no mucho tiempo, la teoría del Derecho fue concebida y desarrollada con un único objetivo y de un modo particular. Para confirmar y ejemplificar esto, distintos autores suelen recurrir a las obras tanto de Jeremy Bentham como de John Austin⁴⁴¹. Particularmente, de este último autor se emplean dos ideas para delimitar el «objeto de la jurisprudencia»⁴⁴² y el modo en el que ésta debe ser concebida. Así, la teoría del Derecho (o «*jurisprudence*») debe ocuparse de «la esencia o naturaleza común a todas las leyes propiamente dichas»⁴⁴³ y debe concebirse como una disciplina de carácter descriptivo y general. La teoría sería descriptiva porque pretende dar cuenta del Derecho como es, antes que del Derecho como debe ser, ya que, como afirma Austin (2002: 188), «la existencia del Derecho es una cosa, su mérito o demérito otra». Y sería general porque pretende exponer «los principios, nociones y distinciones comunes a los nuevos sistemas de Derecho; comprendiendo por sistema de Derecho aquellos sistemas más amplios

⁴³⁸ DICKSON, 2004: 156.

⁴³⁹ Sobre el «estado del arte y futuro de la filosofía del Derecho», se puede consultar el número especial de «Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho», número 11, de 2017. En este volumen, se encontrarán interesantes entrevistas sobre este tópico; al respecto, véase: FABRA ZAMORA & MOLINA OCHOA, 2017.

⁴⁴⁰ LEITER & LANGLINAIS, 2012.

⁴⁴¹ Por ejemplo, véase: DICKSON, 2006; MORESO, 2008.

⁴⁴² Como se sabe, éste es el título en castellano del libro «*The Province of Jurisprudence Determined*» de John Austin (2002).

⁴⁴³ AUSTIN, 2002: 26.

y perfectos que, por razón de su perfección y amplitud, mayor doctrina poseen»⁴⁴⁴.

En la historia del pensamiento jurídico, las ideas de John Austin sobre la teoría del Derecho han tenido un éxito e influencia significativos⁴⁴⁵. Esto, tal vez, se explique por dos hechos. Primero, sobre las ideas de Austin (y Bentham, aunque no sólo de ellos⁴⁴⁶) se edificó una de las teorías jurídicas más relevantes del Derecho: el positivismo jurídico⁴⁴⁷. Segundo, la influencia de esta concepción jurídica es tal que incluso puede considerarse actual, en dos sentidos: primero, entre los más destacados exponentes contemporáneos del iuspositivismo, permanece la concepción de Austin sobre la teoría del Derecho⁴⁴⁸; segundo, también dicha concepción refleja tal vez «lo que mucha gente piensa *actualmente* de la teoría del derecho»⁴⁴⁹. En fin, aunque contemporáneamente las ideas de Austin presentan una especie de evolución (o, mejor dicho, «sofisticación»⁴⁵⁰), no puede dudarse que, dentro de la teoría del Derecho, dicha concepción sea una de las más influyentes y duraderas.

Para muchos autores, que el enfoque propuesto por John Austin haya sido exitoso y permanezca hasta nuestros días, también se debe a la notable influencia de Herbert Hart dentro de la filosofía del Derecho⁴⁵¹, esto incluso tanto del mundo anglosajón como del mundo de inspiración romano-germánica. En *El Concepto de Derecho*⁴⁵² –para algunos autores⁴⁵³, el libro más importante de teoría del Derecho de la

⁴⁴⁴ AUSTIN, 1981: 24.

⁴⁴⁵ Sobre «la teoría del Derecho de John Austin», véase: TAMAYO Y SALMORÁN, 1984; sobre la influencia de Austin en el debate metodológico de la teoría del Derecho, véase: DICKSON, 2006; BAYON, 2012.

⁴⁴⁶ En relación a las aportaciones de autores «que presentaron y consumaron el advenimiento del positivismo de los siglos XIX y XX», véase: SCHMILL ORDÓÑEZ, 2000.

⁴⁴⁷ Acerca del «positivismo jurídico», véase: GREEN, 2009.

⁴⁴⁸ Esta afirmación puede verse en PRIEL, 2012; también, en este sentido, de este autor, véase: PRIEL, 2010.

⁴⁴⁹ PRIEL, 2012: 362. Esta posición también puede verse en GREEN, 2009 y GARDNER, 2001.

⁴⁵⁰ BAYON, 2012: 18-19.

⁴⁵¹ DICKSON, 2006; BIX, 2006: 127-166.

⁴⁵² HART, 1961.

⁴⁵³ COLEMAN, 2001: v.

segunda mitad del siglo XX-, Hart, como se sabe, criticó la obra de Austin⁴⁵⁴, pero adoptó y desarrolló las ideas de este autor para concebir su propia teoría del Derecho. Especialmente, en el *Postscript* a su obra capital, Hart (1994: 239-240) concibió a la teoría del Derecho como una empresa que pretende «proporcionar una teoría de lo que es el derecho, teoría que es, a la vez general y descriptiva». Hart afirmó que la teoría del Derecho es general porque «no está vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares, sino que busca dar una descripción explicativa y esclarecedora del Derecho como institución social y política compleja, gobernada por normas (en este sentido, de aspecto “normativo”)». Y es descriptiva porque es «moralmente neutral y no tiene ningún propósito justificativo: no busca justificar o recomendar en fundamentos morales, o en otros, las formas o estructuras que aparecen en [la] descripción general del derecho».

Sobre la obra de Hart se ha escrito mucho⁴⁵⁵, sobre su enfoque metodológico, también⁴⁵⁶. De hecho, para algunos autores⁴⁵⁷, trazar un mapa de las discusiones que surgen en relación a la propuesta metodológica de Hart, es algo complejo. Sin embargo, podrían identificarse, al menos, dos objeciones generales a dicho enfoque⁴⁵⁸. Así, por un lado, estarían aquellas posiciones que dudan sobre si la teoría del Derecho debe explicar la naturaleza del Derecho o, mejor dicho, si la teorización acerca del Derecho debe hacerse a través del análisis conceptual⁴⁵⁹. Y, por otro lado, aquellas que objetan la idea de que la teoría del Derecho sea descriptiva y general⁴⁶⁰. Durante poco más de

⁴⁵⁴ Para una evaluación de la teoría de Austin, véase: BIX, 2011; RAZ, 2013: 61-100;

⁴⁵⁵ Véase, por ejemplo, KRAMER & GRANT, 2012; MACCORMICK 2010; COLEMAN, 2001; DUARTE D'ALMEIDA, *et. al.*, 2013.

⁴⁵⁶ Las primeras objeciones a la propuesta metodológica de Hart, como se sabe, fueron obra de DWORKIN 1978, FINNIS, 1980 y RAZ, 1979. Posteriormente, otros autores que se han ocupado de esta cuestión, por ejemplo: PERRY, 2001; COLEMAN, 2001, 2002; DICKSON, 2006.

⁴⁵⁷ BAYON, 2012: 20; DICKSON, 2006: 2-13.

⁴⁵⁸ En este punto sigo a LEITER & LANGLINAIS, 2012.

⁴⁵⁹ Acerca de este problema, por ejemplo, véase: GIUDICE, 2012; BIX, 2006: 27-44; RAZ, 2013: 31-100; DICKSON, 2004; PRIEL, 2015.

⁴⁶⁰ En cuanto a este debate, por ejemplo, véase: BIX, 2006; DICKSON, 2004, 2006; PERRY, 2002; PRIEL, 2010.

medio siglo, entorno a estas objeciones se ha desarrollado el debate acerca de la metodología de la teoría del Derecho⁴⁶¹.

En este momento, no pretendemos ofrecer una reconstrucción de este debate⁴⁶², ni mucho menos discutir los argumentos tanto a favor como en contra que se han formulado al respecto. Simplemente, debemos advertir que una de las concepciones más influyentes dentro de la historia de las ideas jurídicas es aquella según la cual la teoría del Derecho sería una empresa descriptiva y general cuyo objetivo consiste en explicar la naturaleza del Derecho por medio del análisis conceptual. Ahora bien, contemporáneamente, éste no es el único objetivo para la teoría del Derecho. En realidad, como hemos dicho al inicio, existen distintos objetivos teóricos en relación a este fenómeno.

Para Brian Bix (2006: 17-26), los objetivos o propósitos de una teoría del Derecho están relacionados a la naturaleza de ésta. Para este autor, como hemos visto, existen básicamente tres tipos de teorías jurídicas: (1) descriptivas, (2) analíticas o conceptuales y (3) prescriptivas, normativas o críticas. Por ello, si la naturaleza de una teoría del Derecho es descriptiva, entonces, dicha teoría tendría como objetivo ofrecer una explicación de lo que el Derecho es. Por otro lado, si la naturaleza de una teoría del Derecho es analítica o conceptual, entonces, el objetivo de dicha teoría sería hacer proposiciones acerca de la naturaleza necesaria o intrínseca del Derecho. Por último, si la naturaleza de una teoría del Derecho es prescriptiva, normativa o crítica, entonces, dicha teoría tendría por objetivo argumentar acerca de cómo las prácticas u opiniones en torno al Derecho deben ser reformadas. En definitiva, para Brian Bix, diferentes teorías generan diferentes propósitos u objetivos, y viceversa.

En relación a la propuesta de Bix, se pueden hacer algunos comentarios. Primero, como el propio Bix (2006: 18) afirma, en ocasiones los teóricos se refieren a sus teorías como «descriptivas», sin embargo, la ambigüedad de este término, puede ocasionar que, en una teoría de este tipo, la delimitación de su objetivo sea algo complejo. Por

⁴⁶¹ Para una reconstrucción de este debate, durante este tiempo, puede verse: HALPIN, 2006; GREEN, 2005; KULVER, 2010; LEITER, 2003; DICKSON, 2004.

⁴⁶² Una reconstrucción puesta al día, en BAYÓN, 2012.

ejemplo, si una teoría del Derecho se declara como una «sociología descriptiva»⁴⁶³, ésta podría entenderse como una «teoría semántica», es decir, como una teoría cuyo objetivo es proporcionar el significado de la palabra «Derecho»⁴⁶⁴, o bien podría entenderse como una «teoría conceptual» en el sentido de que esta teoría pretende ofrecernos una explicación de las características necesarias o esenciales del Derecho⁴⁶⁵; así, aunque el teórico afirme que su teoría es «descriptiva», no es claro si su objetivo es ofrecer una recolección de datos «lexicográficos»⁴⁶⁶ o, en todo caso, pretende hacer algo más. Esto último puede guiarnos a una segunda aclaración. Si bien Brian Bix no lo afirma de manera contundente, hacer coincidir los propósitos de una teoría jurídica con la naturaleza de ésta, tal vez no sea la forma más adecuada para delimitar dichos propósitos u objetivos, por la razón siguiente. Para algunos autores⁴⁶⁷, es importante que una teoría del Derecho haga alguna distinción entre su objeto de estudio, su(s) objetivo(s) o propósito(s) y el modo(s) de aproximación a ese objeto de estudio. Con esto, afirman dichos autores⁴⁶⁸, no sólo las virtudes metateóricas de una teoría del Derecho se ven incrementadas, también, por supuesto, se evitan malos entendidos. En otras palabras, si una teoría del Derecho tiene claro cuál es su objeto de estudio, así como cuáles son sus propósitos u objetivos y sus métodos de análisis, entonces, dicha teoría obtendría dos beneficios: primero, tendría un

⁴⁶³ Hart (1961: XI) en el «prefacio» a su *El Concepto de Derecho* afirmó que éste pretendía ser «un ensayo de sociología descriptiva». Para un análisis de esta expresión, puede verse: BIX, 2006: 180-182; especialmente, véase: LACEY, 2006.

⁴⁶⁴ Ésta, como se sabe, es la interpretación de Ronald Dworkin (1986) a las teorías positivistas –como la de Hart (1961), cuando éstas se declaran como ensayos de «teoría analítica» y de «sociología descriptiva».

⁴⁶⁵ A su vez, también como es sabido, ésta es la respuesta del propio Hart (1994) a los comentarios de Dworkin sobre las «teorías semánticas»; sobre este debate, véase: ENDICOTT, 2001; STAVROPOULOS, 200; RAZ, 2013: 61-100; LEITER & LANGLINAIS, 2012.

⁴⁶⁶ FINNIS, 2011: 4.

⁴⁶⁷ Dan Priel (2012: 363), para criticar el «modelo científico de la teoría del Derecho», siguiendo a Larry Laudan (1984: cap. 3), afirma: «...es conveniente distinguir, tal y como lo hacen habitualmente los filósofos de la ciencia, entre objetivos científicos, teorías y metodologías».

⁴⁶⁸ En este punto sigo a KULVER, 2010: 40; para este autor, en efecto, es importante distinguir que un propósito u objetivo en una teoría es distinto del objeto de estudio, del método, así como las virtudes metateóricas de esa teoría, son cuestiones distintas.

mejor y mayor nivel explicativo y, segundo, evitaría todo tipo de confusiones. Aun así, es importante advertir que, para otros autores⁴⁶⁹, tanto objetivos como modos de aproximación en una teoría del Derecho pueden coincidir. Por ejemplo, algunos autores afirman que el positivismo jurídico puede ser entendido no sólo como una empresa cuyo objetivo es describir el Derecho, sino también como un modo de aproximación al Derecho⁴⁷⁰.

Otra forma de identificar los propósitos u objetivos de una teoría del Derecho implica considerar la(s) pregunta(s) que dicha teoría se formula en relación al Derecho⁴⁷¹. En otras palabras, para señalar el (o los) objetivo(s) de una teoría jurídica bastaría con identificar cuál es la pregunta que dicha teoría pretende responder en relación al fenómeno jurídico. Así, preguntas como ¿cuál es la relación entre el Derecho y la Economía?, ¿por qué la antropología debe explorar la naturaleza del Derecho?, ¿cómo razonan los jueces cuando aplican el Derecho?, ¿cuál es la relación entre el Derecho y el Poder?, ¿de qué forma los intereses de distintos grupos sociales están representados en el Derecho? o, simplemente, ¿qué es el Derecho?, representarían los objetivos de una teoría del Derecho. A pesar de su razonabilidad y simplicidad, probablemente ésta no sea una forma adecuada para identificar los propósitos u objetivos de una teoría del Derecho, sobre todo porque si bien es cierto que de forma usual los teóricos se plantean alguna pregunta que guíe su trabajo, también es cierto que una investigación suele ofrecer respuestas a más de un cuestionamiento. O, dicho de otro modo, tal vez la respuesta a una pregunta, en realidad, presupone distintas respuestas porque la pregunta, a su vez, presupone distintas cuestiones⁴⁷².

De todo lo dicho, sin embargo, se puede extraer la conclusión siguiente: el Derecho es un fenómeno complejo que puede explicarse a partir de diversos intereses, propósitos u objetivos intelectuales⁴⁷³. Para

⁴⁶⁹ JIMÉNEZ CANO, 2008: 17-19.

⁴⁷⁰ *Ibidem*: 19.

⁴⁷¹ BIX, 2012a: 7.

⁴⁷² BIX, 2006: 167 y ss.

⁴⁷³ Éste es el argumento de BAYLES, 1990.

algunos autores⁴⁷⁴, esta conclusión, pese a su obviedad, revela algo interesante en relación a los estudios metateóricos o metodológicos de la teoría del Derecho, a saber: permite un mayor entendimiento y diálogo entre los autores que abordan estos temas. Dado que al parecer la falta de reconocimiento de los distintos intereses, objetivos y propósitos dentro de la teoría jurídica constituye una «barrera» para los estudios de este tipo, entonces, una forma de eliminar dicho problema sería precisamente admitir la variedad de propósitos, intereses y objetivos en la teoría del Derecho.

Una cuestión distinta, aunque relacionada con lo anterior, se refiere a las formas, modos o métodos que una teoría del Derecho debe considerar para satisfacer sus propósitos u objetivos. Es decir, puede ser cierto que existen distintos objetivos o propósitos en la teoría del Derecho, pero no está claro cómo es que esos propósitos u objetivos pueden o no ser satisfechos. Esto nos vincula a dos cuestiones. Por un lado, a la metodología de la teoría del Derecho, es decir, al modo en función del cual una teoría del Derecho debe aproximarse a su objeto de estudio con el fin de satisfacer sus objetivos o propósitos. Y, por otro lado, a la cuestión de cómo es que una teoría del Derecho satisface sus objetivos o propósitos o, dicho de otra forma, cuáles son los criterios que determinan que los objetivos o propósitos de una teoría del Derecho se han satisfecho. De esto último, nos ocuparemos más adelante. Sin embargo, es importante hacer notar que ambas cuestiones están vinculadas al problema de cómo se determina el éxito de una teoría del Derecho.

En las páginas siguientes, desarrollaremos, al menos brevemente, los aspectos metodológicos de la teoría del Derecho, sobre todo porque, para entender qué es una teoría del Derecho, no sólo es importante conocer cuáles son sus propósitos u objetivos, sino también lo es el modo, la forma o el método de acuerdo con el cual deben enfocarse esos propósitos u objetivos.

⁴⁷⁴ BIX: 2006: 17.

IV.2.4 Metodología de la teoría del Derecho

En la literatura jurídica, metodología y Derecho son dos tópicos analizados y desarrollados conjuntamente desde distintas perspectivas y con diversos intereses⁴⁷⁵. La metodología de la teoría del Derecho, por otro lado, es un tópico que usualmente les interesa a los filósofos del Derecho, y se vincula históricamente a una cuestión⁴⁷⁶: cuál es el método correcto para la teoría del Derecho.

Sin embargo, al examinar los debates contemporáneos sobre esta cuestión⁴⁷⁷, uno podría tener la impresión de que se trata incluso de un debate interno (en el sentido de que se desarrolla en un ámbito determinado de la filosofía jurídica: la teoría analítica del Derecho) y gira entorno a una cuestión específica (saber si el mejor modo para explicar la naturaleza del Derecho es el análisis conceptual).

En este sentido, en el debate metodológico iusfilosófico, es posible identificar tanto los temas objeto de discusión, así como sus participantes, incluso el contexto de su surgimiento. Así, para algunos autores⁴⁷⁸, la controversia metodológica contemporánea surge a partir de dos afirmaciones hechas por Herbert Hart en su obra *El concepto de Derecho* (1994, 2ª ed.). En la primera edición de esta obra (1961), Hart afirmó, por un lado, que su teoría jurídica es un ejercicio tanto de análisis lingüístico como de sociología descriptiva. Y, en la segunda edición (1994), declaró, por otro lado, que dicha teoría es general y descriptiva. Con esta última afirmación, como se sabe, Hart respondió a una serie de críticas metodológicas formuladas por Ronald Dworkin (1986).

⁴⁷⁵ Un ejercicio muy simple de búsqueda de las expresiones «metodología» y «derecho» en algún catálogo bibliotecario puede constatar la impresionante variedad y cantidad de literatura que se ha generado en el mundo jurídico con esas dos palabras.

⁴⁷⁶ Un ejemplo de una obra histórica interesada en esta cuestión es la «Metodología de la Ciencia del Derecho» de Karl Larenz (1994); también, puede verse: PECZENIK, *et. al.*, 1984.

⁴⁷⁷ Para una reconstrucción de estos debates, véase: DICKSON, 2004 y LEITER & LANGLINAIS, 2012.

⁴⁷⁸ Por ejemplo, LEITER & LANGLINAIS, 2012.

Es verdad que el problema metodológico de la teoría del Derecho tiene como antecedente directo el «debate Hart-Dworkin»⁴⁷⁹, pero también lo es que, durante los últimos años, las discusiones iusfilosóficas sobre la metodología jurídica no sólo han presentado nuevos actores⁴⁸⁰, también los temas discutidos se han profundizado y sofisticado.

Aun así, para algunos autores⁴⁸¹, básicamente existen dos posiciones en relación a las afirmaciones de Hart: por un lado, están quienes han explicado (o continuado, incluso, en algún sentido, defendido) la concepción metodológica de Hart y, por otro, quienes la han criticado. Los primeros, asumen su idea nuclear de la teoría del Derecho, a saber: la teoría del Derecho es una empresa descriptiva y general cuyo propósito consiste en explicar la naturaleza del Derecho a través del análisis conceptual. Por su parte, quienes critican esta concepción, básicamente ofrecen dos grupos de objeciones: por un lado, dudan sobre el análisis conceptual como método para explicar la naturaleza del Derecho y, por otro lado, rechazan la neutralidad valorativa de la teoría del Derecho. A pesar de que éstas son objeciones que pueden analizarse de forma separada⁴⁸², sin embargo, como puede observarse, ambas pretenden poner en tela de juicio el proyecto metodológico de Hart.

De hecho, es en oposición a la perspectiva metodológica de Hart que, de acuerdo con algunos autores⁴⁸³, se desarrolló una «teoría del Derecho normativa». Así, se han identificado dos posiciones metodológicas en la teoría del Derecho contemporánea: por un lado, la «teoría del Derecho descriptiva» y, por otro, la «teoría del Derecho normativa». A pesar de que estas etiquetas capturan de manera general las dos aproximaciones metodológicas predominantes entre los teóricos jurídicos contemporáneos, no obstante, lo cierto es que, dada la

⁴⁷⁹ Acerca del «debate Hart-Dworkin» y el problema metodológico de la teoría del Derecho, véase: LEITER, 2003; DICKSON, 2006; GREEN, 2005. Para una reconstrucción del debate referido y sus implicaciones en la iusfilosofía del mundo anglosajón, véase: SHAPIRO, 2017.

⁴⁸⁰ DICKSON, 2006.

⁴⁸¹ DICKSON, 2004; BAYON, 2012.

⁴⁸² En este sentido, véase: MORESO, 2008.

⁴⁸³ COLEMAN, 2002: 311-312; DICKSON, 2006: 37 y ss.

ambigüedad de los términos «descriptivo» y «normativo»⁴⁸⁴, ambas posiciones, que además suelen caracterizarse como rivales, son entendidas de distintas maneras⁴⁸⁵.

En efecto, para algunos autores⁴⁸⁶, la expresión «teoría del Derecho descriptiva» puede adoptar distintos sentidos. En primer lugar, puede ser entendida como una teoría que pretende explicar a través de la «simple o pura descripción» la naturaleza del Derecho, de modo que, a la pregunta «¿qué es el Derecho?», un teórico descriptivista respondería con una serie de datos históricos o presentes obtenidos a partir de la observación de todos o algunos objetos o comportamientos relacionados con el Derecho. A este modo de aproximación podríamos denominarlo simplemente como «análisis descriptivo del Derecho».

En segundo lugar, dado que la naturaleza del Derecho está relacionada con el significado de la palabra «Derecho», el teórico jurídico tendría por objeto hacer una descripción (o informar) de los usos lingüísticos de esa palabra. Esta forma podría ser denominada «análisis lingüístico o semántico del Derecho».

En tercer lugar, una teoría del Derecho descriptiva sería aquella que pretende que el teórico del Derecho realice una tarea descriptiva sobre los conceptos jurídicos, incluido por supuesto el concepto de Derecho. A este tipo de enfoque suele llamársele «análisis conceptual del Derecho».

En cuarto lugar, en tanto que la explicación de la naturaleza del Derecho depende de sus características necesarias o esenciales, el teórico del Derecho deberá hacer una descripción de esas características para explicar «nuestro» concepto de Derecho. A este enfoque podría denominársele «análisis descriptivo-conceptual del Derecho».

En quinto lugar, una teoría descriptivista del Derecho supondría una investigación empírica, de tal suerte que, para explicar la naturaleza del Derecho, además de que la teoría del Derecho dé un «giro naturalista»,

⁴⁸⁴ Esta cuestión es enfatizada en COLEMAN, 2002: 311, n. 2.

⁴⁸⁵ BAYÓN, 2012: 20-26.

⁴⁸⁶ En este punto sigo las óptimas reconstrucciones de BAYÓN, 2012; BIX, 2006; COLEMAN, 2002, 2012; MORESO, 2008; PRIEL, 2010; RODRÍGUEZ BLANCO, 2006.

ésta deberá hacer una tarea descriptiva de las «prácticas reales» del Derecho. A esta forma de aproximación hacia el Derecho podría identificarse como «análisis descriptivo-naturalista del Derecho»⁴⁸⁷.

En sexto lugar, otra forma de concebir la teoría del Derecho descriptivista sería aquella según la cual el Derecho es una «clase funcional», en el sentido de que los objetos que se refieren con el término «Derecho» comparten una «naturaleza» del tipo que habría que considerar para las «clases naturales», de modo que el teórico descriptivista asume la explicación de la naturaleza del Derecho a partir de las propiedades naturales o funcionales de éste. A este enfoque podría denominársele «análisis descriptivo-naturalista-referencial del Derecho»⁴⁸⁸.

En séptimo lugar, una teoría descriptivista del Derecho sería aquella que no pretende legitimar o justificar en absoluto ningún aspecto del Derecho, desde esta perspectiva, el teórico descriptivista explicaría lo que el Derecho es de una forma totalmente neutral, libre de cualquier tipo de evaluación.

En octavo lugar, una teoría del Derecho descriptivista sería aquella según la cual el teórico jurídico deberá seleccionar lo significativo o importante del Derecho, por tanto, aunque el teórico realice tareas evaluativas, éstas no serían de tipo moral, tan sólo serían evaluaciones «indirectamente valorativas». A este modo de aproximación podríamos denominarlo «análisis descriptivo de evaluación indirecta del Derecho»⁴⁸⁹.

Por otro lado, en relación a la denominada «teoría del Derecho normativa», ésta podría, en un primer sentido, entenderse como aquella según la cual la naturaleza del Derecho debe ser explicada adecuadamente, es decir, la explicación del concepto de Derecho debe

⁴⁸⁷ Acerca del «naturalismo» y la teoría del Derecho, véase: LEITER & ETCHEMENDY, 2017.

⁴⁸⁸ Sobre las teorías de la referencia, la interpretación jurídica y el positivismo jurídico, véase: RAMÍREZ LUDEÑA, 2015.

⁴⁸⁹ Para una reconstrucción más detallada de este tipo de análisis, véase: DICKSON, 2004, 2006.

ser una explicación en donde se establezcan criterios para el uso correcto de ese concepto.

En un segundo sentido, una teoría del Derecho normativa sería aquella conforme a la cual el teórico jurídico además de comunicar y desarrollar sus puntos de vista de forma comprensible hacia los interesados, también deberá satisfacer otras virtudes que no sean propiamente teóricas, sino más bien metateóricas, con la finalidad de que su teoría sea inteligible lo más ampliamente posible, tales virtudes metateóricas pueden ser: sencillez, claridad, elegancia, exhaustividad, coherencia, unidad, plausibilidad intuitiva, etcétera. Estos dos enfoques normativos de la teoría del Derecho, por cierto, están vinculados al argumento de los «valores metateóricos» o a la «construcción de teorías».

En un tercer sentido, para explicar adecuadamente la naturaleza del Derecho, el teórico normativista deberá considerar el mejor concepto de Derecho en vista de sus consecuencias morales o políticas, así este tipo de teoría no pretende dar cuenta de cuál es nuestro concepto de Derecho, más bien de cuál debería ser. A este enfoque suele denominársele «proyecto benthamiano» o argumento «de las consecuencias morales provechosas»⁴⁹⁰.

En un cuarto sentido, dado que nuestro concepto de Derecho es indeterminado en una medida significativa o, dicho de otra forma, puesto que no existe un único concepto de Derecho, que más bien lo que hay entre nosotros son conceptos de Derecho parcialmente diferentes, entonces, en función de razones de naturaleza moral y política, una teoría del Derecho normativa podría elegir o decidir el mejor concepto de Derecho. Esta perspectiva metodológica se le denomina «proyecto de ingeniería conceptual» o «argumento práctico-político»⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Una presentación completa de esta cuestión en COLEMAN, 2001: 209 y DICKSON, 2006: 106-118.

⁴⁹¹ Se puede consultar DICKSON, 2004: 145 y ss. Por cierto, esta perspectiva, como señala BAYON: 2012: 24, n. 25, suele estar vinculada al denominado «positivismo normativo», el cual como se sabe es una concepción jurídica que agrupa tesis acerca del modo en que debería formularse la legislación y respecto a la forma en que ésta debería ser interpretada y aplicada por los jueces, pero también este tipo de

En un quinto sentido, para explicar adecuadamente el Derecho, éste debe ser evaluado moralmente por el teórico jurídico que pretenden explicar correctamente su naturaleza.

En un sexto sentido, para entender adecuadamente al Derecho, un teórico jurídico debe mantener que éste es un fenómeno moralmente justificado, por tanto, además de desarrollar una argumentación moral o política de carácter sustantivo, también deberá captar acertadamente cuál es su fin o propósito para conferirle valor moral o político. Estos dos últimos enfoques suelen asociarse a la perspectiva metodológica normativa que considera el «fin, propósito o función del Derecho»⁴⁹².

Tras advertir todas estas formas de entender tanto lo descriptivo como lo normativo en la metodología de la teoría del Derecho, es importante tener en cuenta lo siguiente.

Primero, tal vez ahora sea más claro comprender por qué algunos autores rechazan la distinción descriptivo-normativo para caracterizar el problema metodológico de la teoría del Derecho. Como se recordará, los autores que suelen objetar esta distinción lo hacen a partir de tres argumentos. En primer lugar, por la ambigüedad de los términos «descriptivo» y «normativo». En segundo lugar, porque dicha distinción no establece una división clara entre dos posiciones metodológicas. Y, en tercer lugar, porque no necesariamente y en todos los casos existe rivalidad entre éstas.

Pues bien, tal como hemos visto, efectivamente los términos descriptivo y normativo son ambiguos, y ciertamente no existe un enfrentamiento necesario entre esas dos posiciones metodológicas, así como tampoco es posible hacer una distinción clara de ellas. En efecto, ni la división es evidente, ni el enfrentamiento es necesario, precisamente porque existen distintas formas de entender lo descriptivo y lo normativo. Por ejemplo, si una teoría del Derecho normativa es

positivismo, en ocasiones, sugiere tesis iusfilosóficas sobre el concepto de Derecho y la naturaleza de la teoría del Derecho. Para una reconstrucción más detallada del «positivismo normativo», véase: SCARPELLI, 1965; SCHAUER, 2001; WALDRON, 2001; CAMPBELL, 1996; MORESO, 2009: 35-51; MARTÍ, 2008.

⁴⁹² Para una reconstrucción exhaustiva y puesta al día de esta cuestión, véase: BIX, 2012; LEITER & LANGLINAIS, 2012.

entendida en el sentido de que un teórico jurídico debe ofrecer una explicación de la naturaleza del Derecho de forma comprensible/sencilla/elegante/coherente/etcétera, es indudable que no existe una distinción entre teorías normativas y descriptivas, como tampoco rivalidad entre éstas, pues todas las teorías jurídicas serían, al menos en este sentido, normativas. En definitiva, aunque es cierto que las expresiones «teoría del Derecho descriptiva» y «teoría del Derecho normativa» pueden referir a dos posiciones metodológicas contemporáneas en la teoría del Derecho, también es cierto que, para algunos autores, dicha distinción es poco clara y poco útil, puesto que con ella no necesariamente se refleja el nivel de complejidad de la cuestión metodológica.

Un segundo comentario en relación a la distinción descriptivo-normativo, se refiere precisamente a la complejidad del debate metodológico dentro de una concreta perspectiva metodológica, sea ésta descriptiva o normativa. Es decir, al parecer, los problemas metodológicos de una teoría del Derecho no sólo serían externos (en el sentido de que, frente a otras formas metodológicas, dicha teoría debe aclarar el modo en el que se aproxima a su objeto de estudio), sino también internos (en el sentido de que, una vez establecido su modo de aproximación, dicha teoría además deberá aclarar la forma en el que ese modo debe entenderse y desarrollarse). En otras palabras, si un teórico jurídico asume que su teoría es descriptiva en el sentido de que pretende explicar la naturaleza del Derecho a través del análisis conceptual, con ello solamente estaría determinando cuál es la perspectiva metodológica que asume frente al Derecho, pero no necesariamente elimina las objeciones que internamente surgen a propósito de esa perspectiva metodológica⁴⁹³ –en este caso, el análisis conceptual–.

De hecho, a pesar de que el análisis conceptual ha dominado la filosofía analítica del Derecho durante la última mitad del siglo XX⁴⁹⁴ -

⁴⁹³ Tal y como afirma BIX, 2006: 17 «dos teóricos del Derecho son en cierto modo culpables por la falta de una discusión más clara acerca de cuestiones metodológicas, en la medida en que, con frecuencia, no son tan claros como podrían serlo si prestasen atención a la naturaleza de las afirmaciones que hacen (*e.g.* descriptivas vs prescriptivas, conceptuales vs empíricas), o al proyecto general del cual sus teorías son parte».

⁴⁹⁴ BIX, 2006: 13-15.

especialmente, en el mundo anglosajón-, sin embargo, existen una serie de críticas entorno a esta herramienta metodológica⁴⁹⁵. Estas críticas, por otro lado, pueden ser tanto internas como externas en el sentido de que teóricos conceptualistas como no-conceptualistas dudan sobre la naturaleza y objetivos de este tipo de análisis. Por ejemplo, Joseph Raz (2007: 49), que es uno de los teóricos del Derecho identificados con el análisis conceptual⁴⁹⁶, ha afirmado que existen «algunas diferencias importantes» entre «una explicación de la naturaleza del Derecho» y «una explicación del concepto de Derecho», en otras palabras, que el objetivo de la teoría del Derecho es explicar la naturaleza del Derecho, antes que el concepto de Derecho⁴⁹⁷.

Con todo, lo que pretendemos señalar en este punto, es que, para ciertos autores, los problemas metodológicos no inician, ni se agotan, con la determinación de un modo de aproximación hacia el Derecho, en realidad, una vez señalada cierta perspectiva de análisis, las dificultades metodológicas se proyectan hacia el interior de esa forma de aproximación.

Que existan estas dificultades metodológicas en la teoría jurídica quizá también explique por qué algunos autores asumen cierta gradualidad al caracterizar a las distintas formas de entender tanto la teoría del Derecho descriptiva como la teoría del Derecho normativa⁴⁹⁸. Es decir, para algunos autores, existen, por un lado, formas simples o banales y, por otro, formas fuertes o sustantivas, de comprender las

⁴⁹⁵ De acuerdo con Michael Giudice (2012), existen tres objeciones hacia este tipo de análisis. Así, los críticos del análisis conceptual serían, primero, quienes sostienen que la diversidad de tipos de Derecho hace imposible la búsqueda de un único concepto de Derecho. Segundo, dado que involucrarse en una tarea de análisis conceptual no soluciona disputas en los límites acerca del concepto de Derecho, siendo precisamente esa la labor del análisis conceptual, dicha tarea es absurda. Y tercero, hay quien duda sobre el análisis conceptual como método filosófico general y jurídico particular, ya que éste descansa en una epistemología fallida. También, véase: BIX, 2006: 27-44, 167-191; BOUVIER, *et. al.*, 2007.

⁴⁹⁶ BIX, 2012: 344-346.

⁴⁹⁷ Esta posición de Raz sobre la teoría del Derecho ha sido discutida, entre otros, por Alexy (2007a) y Bulygin (2007); también, véase la respuesta de Raz (2007b) a los comentarios de Alexy y Bulygin; para una reconstrucción de esta «discusión», véase: BOUVIER, *et. al.*, 2007 y GAIDO, 2011.

⁴⁹⁸ Nos referimos a BAYÓN, 2012.

perspectivas metodológicas en el Derecho. Por ejemplo, una forma simple o banal de entender la teoría del Derecho descriptiva sería aquella según la cual es posible captar la naturaleza del Derecho observándolo «tal y como realmente es»; por su parte, un sentido fuerte o sustantivo de este tipo de teoría sería aquel sustentado en la idea de que, para dar respuesta a la pregunta «¿qué es el Derecho?», el teórico jurídico tendría que proporcionarnos una teoría descriptiva pero ahora como una investigación genuinamente empírica, es decir, una «teoría del Derecho naturalizada»⁴⁹⁹. Así, en definitiva, al parecer, la distinción entre una forma «simple» y una forma «fuerte» de entender la teoría del Derecho descriptiva, se refiere a la «complejidad» que supone desarrollar dicha teoría. Sin embargo, la «simple» y «pura» descripción de un fenómeno no necesariamente debe ser considerada una forma banal de entender esa tarea, en realidad, una empresa de este tipo suele presentar distintas objeciones, de modo que «la descripción puede ser difícil aun en las condiciones más favorables»⁵⁰⁰.

Por esta razón, tal vez, una forma más elemental de entender la gradualidad de las distintas posiciones expuestas bajo las etiquetas «descriptivo» y «normativo», sería aquella que considere las distintas objeciones formuladas a una determinada forma de aproximación hacia el Derecho. En este sentido, es indudable que una forma fuerte o sustantiva de entender una teoría descriptiva como aquella vinculada al «giro naturalista» suele tener una mayor objeción que una que adopta como tarea la simple descripción de su objeto de estudio, de manera que, la gradualidad de las caracterizaciones mencionadas, también puede ser explicada en relación al nivel de intensidad del debate al interior de una perspectiva metodológica.

Finalmente, es importante señalar que, a pesar de que los debates acerca de la metodología de la teoría del Derecho, presuponen cuestiones muy variadas, es posible que esta discusión, se refiera a un único problema: la neutralidad valorativa. En el contexto de la teoría del

⁴⁹⁹ Un ejemplo de esta propuesta puede verse en LEITER, 2007; también, véase: JIMÉNEZ CANO, 2008: 147-167.

⁵⁰⁰ *Cfr.* BIX, 2006: 78; para este autor, en efecto, «la descripción puede ser difícil aun en las condiciones más favorables, y las complicaciones pueden incrementarse cuando uno es crítico en relación a lo que describe».

Derecho, esta cuestión –como ya se ha mencionado- implica dos tesis⁵⁰¹: de acuerdo con la primera, la explicación conceptual de la naturaleza del Derecho es una tarea descriptiva y avalorativa; conforme a la segunda, la determinación del contenido del Derecho, de aquello que el Derecho requiere, depende únicamente de determinados hechos sociales descritos sin recurrir a consideraciones valorativas.

De acuerdo con José Juan Moreso (2008), estas dos tesis son independientes entre sí, aunque en algún momento de la historia del pensamiento jurídico ambas se hayan vinculado al positivismo jurídico: es posible –afirma Moreso- que dichas tesis se relacionen al ideal de pureza que Hans Kelsen perseguía en el ámbito jurídico⁵⁰², pero también se correspondan a la caracterización de Norberto Bobbio del iuspositivismo, particularmente, cuando éste es caracterizado como «*approach*»⁵⁰³; en cualquier caso, afirma Moreso, se trata de tesis independientes entre sí, pues una se refiere a la naturaleza de la teoría jurídica, la otra se vincula a la identificación del Derecho.

A pesar de ser dos tesis vinculadas al iuspositivismo, han sido desafiadas no sólo por autores no-positivistas⁵⁰⁴, incluso por autores que se califican como iuspositivistas⁵⁰⁵. En general, las críticas que se formulan a la primera tesis afirman el necesario carácter «evaluativo» de la teoría del Derecho⁵⁰⁶; mientras que los argumentos que objetan a la segunda tesis afirman que es posible que el Derecho incorpore conceptos y consideraciones morales⁵⁰⁷. Con todo, la gran distinción entre ser y deber ser, presupuesta tanto en la tesis metodológica como en la tesis identificativa, desde esta perspectiva, no es tan nítida como pretenden algunos autores iuspositivistas.

⁵⁰¹ Sigo la presentación de MORESO, 2008.

⁵⁰² En efecto, Kelsen (1979) pretendió, como es sabido, construir una teoría «pura» del Derecho, es decir, una teoría «que libra a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños», de modo que la labor del teórico jurídico no es aprobar o reprobar su objeto de estudio, sino conocerlo y describirlo.

⁵⁰³ BOBBIO, 1994: 37 y ss.

⁵⁰⁴ LEITER & LANGLINAIS, 2012; DICKSON, 2004.

⁵⁰⁵ MORESO, 2008: 188-189.

⁵⁰⁶ DICKSON, 2006: 12.

⁵⁰⁷ MORESO, 2009: 183-203.

Pero, más allá de esto, es importante insistir –como también lo hace Moreso (2008: 188)- en que se trata de dos tesis relacionadas, pero diferentes. En efecto, como hemos visto, ambas tesis se relacionan con el proyecto tanto metodológico como identificativo del positivismo jurídico, pero son cuestiones distintas, de modo que no sólo su análisis puede ser realizado por separado, también sus implicaciones son distintas: una afecta a la naturaleza de la teoría del Derecho, la otra a la naturaleza del Derecho.

Por todo, es importante observar no sólo que la cuestión de la neutralidad se halla en el debate contemporáneo de la teoría del Derecho, sino que, de manera particular, está presente en el debate a propósito de la metodología de la teoría del Derecho; a pesar de esto, también es importante advertir que el problema metodológico no se reduce a la cuestión de la neutralidad valorativa; en realidad, como sugiere algunos autores⁵⁰⁸, las disputas metodológicas en teoría jurídica sugieren distintos problemas⁵⁰⁹, cuyas implicaciones son variadas y complejas.

Aquí no hemos pretendido dar cuenta de todas esas cuestiones, ni mucho menos debatirlas exhaustivamente, únicamente hemos intentado señalar algunas cosas: primero, la complejidad del debate metodológico de la teoría del Derecho; segundo, tanto las objeciones como las justificaciones a las distintas metodologías de la teoría del Derecho, demandan una mayor reflexión y, sobre todo, comprensión entre los dialogantes⁵¹⁰; tercero, como afirma Joseph Raz (2007: 47), examinando todas esas reflexiones «obtenemos una comprensión más profunda de qué puede ser una teoría del Derecho, y cómo puede establecerse su éxito».

⁵⁰⁸ LEITER & LANGLINAIS, 2013; BIX, 2006, 2012.

⁵⁰⁹ *Cfr.*, RODRIGUEZ BLANCO, 2015: 17; para esta autora, sin embargo, el problema metodológico plantea un único problema: «si existen otros métodos filosóficos que expliquen el carácter dual del Derecho: su aspecto normativo y social».

⁵¹⁰ BIX, 2006: 17.

IV.2.5 La teoría del Derecho y sus criterios de éxito

En el renovado interés por la metodología de la teoría del Derecho, algunos iusfilósofos se han ocupado de los criterios de éxito de dicha teoría. La diversidad de criterios, como veremos, es equivalente a la diversidad de autores que abordan esta cuestión.

Así, aunque Brian Bix (2006: 79-80) identifica algunos criterios de éxito determinados por algunas «convenciones», de modo que, por ejemplo, en la cultura jurídica norteamericana, un tratado jurídico es exitoso si es «descriptivo» y «neutral», pero, por otro lado, una «reseña jurídica» es exitosa si es «fuertemente prescriptiva», sin embargo, Bix (27-43) ha sugerido que, para considerar exitosa a una teoría del Derecho, ésta debe especificar sus propósitos u objetivos; así, por ejemplo, una teoría conceptual del Derecho debe explicitar si su análisis tiene, al menos, alguno de estos objetivos: 1) afirmar un concepto como una estipulación arbitraria; 2) buscar y explicar los usos lingüísticos de un concepto; 3) explicar lo importante o interesante de un concepto; 4) establecer un criterio o estándar moral que debe ser satisfecho antes que el concepto o la etiqueta analizada pueda ser aplicada; con todo, para el autor citado, si una teoría conceptual no especifica sus propósitos u objetivos, corre el riesgo, como mínimo, de ser confusa. En definitiva, para Bix, un criterio de éxito de la teoría del Derecho, se refiere a la determinación que ésta realiza de sus objetivos o propósitos.

Joseph Raz (2007: 47-48), por su parte, afirma que, si bien todas las teorías del Derecho apuntan a ser exitosas, o al menos más exitosas que sus rivales, lo cierto es que, si se emplea la expresión «teoría del Derecho» en un sentido restringido según el cual ésta consiste en «una explicación de la naturaleza del Derecho», su éxito depende de la satisfacción de dos criterios: primero, si consiste en proposiciones necesariamente verdaderas acerca del Derecho; segundo, si estas proposiciones explican lo que el Derecho es. Por tanto, para Raz, una teoría exitosa del Derecho es un conjunto de proposiciones verdaderas y sistemáticamente relacionadas sobre la naturaleza del Derecho.

En los últimos años, las ideas de Joseph Raz sobre la manera de entender la teoría del Derecho, fueron asimiladas por la mayoría de

autores iuspositivistas⁵¹¹. Pero, es en *Evaluation and Legal Theory* de Julie Dickson (2006) en donde las afirmaciones de Raz han tenido su más amplia defensa. En efecto, para Dickson, como para Raz, una teoría del Derecho es exitosa si explica la naturaleza del Derecho, esto es, si hace proposiciones que (a) «son necesariamente verdaderas» y (b) «explican *adecuadamente* la naturaleza del Derecho». Como puede verse, Dickson realiza un ligera, pero relevante, modificación a los criterios de éxito que Raz había señalado para una teoría (conceptual o analítica) del Derecho. Particularmente, el segundo criterio resulta modificado por Dickson, ya que, de acuerdo con esta autora, lo que el Derecho es, en una teoría exitosa, debe ser explicado «adecuadamente». Así, una teoría exitosa del Derecho no tiene «simplemente que mencionar verdades, sino además tiene que sostener verdades que iluminen aquello que resulta ser lo *más importante* y *más característico* de los fenómenos que se están investigando»⁵¹². En este sentido, el teórico jurídico al dar cuenta del Derecho no puede hacerlo completamente libre de valoraciones, puesto que, para seleccionar lo «más importante» y lo «más característico» de ese fenómeno, necesariamente ha de recurrir a algún tipo de «evaluación».

Ahora bien, de acuerdo con Dickson (2006: 13 y ss.), este tipo de evaluación no es del tipo moral, ya que el teórico analítico o conceptual del Derecho no adopta un punto de vista moral o justificativo acerca del Derecho, tan sólo realiza una «evaluación indirecta» en el sentido de que, para dotar de un valor explicativo adecuado a su teoría, selecciona lo importante y lo característico de lo que el Derecho es. Así, Dickson propone distinguir entre «evaluación indirecta» y «evaluación directa», pero además entre «valores metateóricos» y «valores morales». Para la profesora de la Universidad de Oxford, una proposición del tipo «X es bueno», representa una evaluación directa; pero, una proposición del tipo «X es importante», representa una evaluación indirecta. A su vez, valores metateóricos serían, por ejemplo, la coherencia, la claridad, la

⁵¹¹ PRIEL, 2010: 635, nota 5; para Dan Priel, Jules L. Coleman, Matthew H. Kramer, Leslie Green, Andrei Marmor, Wil Waluchow y, por supuesto, Julie Dickson, son algunos de los autores que adoptaron una posición similar a la de Raz sobre la naturaleza de la teoría del Derecho.

⁵¹² DICKSON, 2006: 32.

simplicidad, la eficacia, la razonabilidad o la plausibilidad; valores morales serían, por ejemplo, lo bueno, lo malo, lo correcto, lo incorrecto, lo justo, lo injusto. En definitiva, para Dickson, una teoría exitosa del Derecho exige para su «construcción» y para su «evaluación» realizar algún tipo de juicio evaluativo, ya metateórico, ya de evaluación indirecta.

También, para José Juan Moreso (2008), es importante distinguir entre valores «epistémicos» y valores «morales» como criterios para determinar el éxito de una teoría del Derecho⁵¹³. Así, para Moreso, si bien la explicación de lo que el Derecho es exige, ocasionalmente, recurrir a consideraciones valorativas, éstas son del tipo epistémico; pese a que esta afirmación desvanece la distinción entre el Derecho como es y el Derecho como debe ser, ya que, afirma este autor, «el Derecho como es no puede ser comprendido sin una adecuada comprensión del Derecho como debe ser», sin embargo, esto no significa que la evaluación que el teórico jurídico realiza en su empresa intelectual tenga necesariamente que ser «moral», pues su actuar no sólo demanda una actitud de «servidumbre epistémica», o sea, la «sujeción a la regla epistémica de una realidad independiente», sino que también exige que la tarea evaluativa que realiza sea de naturaleza muy abstracta y, por tanto, no autoriza la introducción de juicios de valor particulares.

En este mismo sentido, Eugenio Bulygin (2007) afirma que, en relación a las «consideraciones evaluativas» que caracterizan a una teoría exitosa del Derecho, es importante distinguir no sólo entre los conceptos «evaluar» y «valorar», sino también entre «evaluación epistémica» y «evaluación ética». Para Bulygin, en contextos científicos, es común realizar evaluaciones epistémicas (por ejemplo, «en ciencia *evaluamos* un experimento para ver si confirma o no una teoría»), que son distintas de las evaluaciones éticas (por ejemplo, valorar una acción como buena o mala, correcta o incorrecta, justa o injusta); así, para este

⁵¹³ En otro lugar, Moreso (junto con Pablo Navarro) (2004: 9), señala que una teoría del Derecho también debe pretender ser «imparcial» «en la reconstrucción de alternativas teóricas», debe tener «dominio de los acontecimientos culturales asociados al surgimiento y consolidación de propuestas teóricas o diseños institucionales» y, finalmente, «creatividad en el análisis crítico»; estas «virtudes», en definitiva, están asociadas al desarrollo y progreso en filosofía.

autor, «los juicios de valor éticos, cualquiera que sea su naturaleza, implican alguna clase de aprobación o desaprobación, no así los juicios de valor “epistémicos”», estos —continúa Bulygin— conducen al establecimiento de la «verdad de enunciados empíricos» o determinan «la corrección del razonamiento lógico». Por todo, para Bulygin, a pesar de que el Derecho contiene muchas evaluaciones de tipo ético, esto no es una razón para negar que la teoría del Derecho es —o más bien debería ser— descriptiva y que, por tanto, el tipo de evaluación que se realiza en ésta es epistémica.

Otro autor que distingue entre valores epistémicos y valores morales no sólo como criterios para construir teorías exitosas del Derecho, sino más específicamente para evaluar dichas teorías, es Wil Waluchow (2007: cap. II). En efecto, aunque no es una cuestión central en su análisis, para Waluchow, es importante reconocer que ninguna teoría está exenta de juicios evaluativos. Pero, que esto sea cierto, afirma este autor, no significa que no se deba distinguir entre «consideraciones valorativas metateóricas» y «consideraciones valorativas morales». Para Waluchow, la simplicidad, el alcance, la coherencia, entre otros, son criterios valorativos metateóricos que toda teoría del Derecho debe, por un lado, perseguir y, por otro, cumplir a efectos de determinar si es una teoría más valiosa que otra. Así, estos criterios metateóricos no sólo se refieren a la construcción de una teoría del Derecho, sino también a la evaluación de esa teoría. Por su parte, las consideraciones valorativas morales, aun siendo relevantes para un teórico del Derecho, ya que, afirma Waluchow, una teoría del Derecho puede estar motivada por preocupaciones morales, por ejemplo, aquella que pretenda justificar el lugar de la coerción en el Derecho, sin embargo, como afirma este autor, describir un elemento moralmente relevante en el Derecho, como la coerción, no compromete al teórico que lo describe a argumentar sobre si está o no moralmente justificada, es decir, «puede verse la relevancia moral sin asumir un compromiso moral». En definitiva, para Waluchow, una teoría jurídica que es mejor que otra, es decir, una teoría exitosa del Derecho, debe distinguir entre las consideraciones valorativas metateóricas y las consideraciones valorativas morales, pero también entre dar cuenta de la relevancia del valor moral de algo y ofrecer una justificación moral de «ese algo».

Para Jules Coleman (2012), por tanto, es importante distinguir entre los criterios para evaluar y los criterios para construir una teoría exitosa del Derecho, pero además entre los criterios teóricos y los criterios normativos que permiten evaluar y construir dichas teorías. Así, de acuerdo con este autor, si evaluamos a una teoría del Derecho desde un punto de vista teórico, los criterios de éxito de dicha teoría incluyen su «poder predictivo y explicativo; su unidad, elegancia y simplicidad; y especialmente su plausibilidad intuitiva o su relativa invulnerabilidad a contraejemplos hipotéticos». Por su parte, si la evaluación es «normativa», los criterios de éxito pueden estar determinados por las «consecuencias prácticas» de dicha teoría, Coleman (*Ibidem*: 127) lo dice así: «afirmar que las teorías pueden ser evaluadas normativamente podría suponer que ellas deberían ser elegidas por sus consecuencias políticas o prácticas», de este modo, sugiere este autor, la mejor teoría del Derecho sería aquella que tiene las mejores consecuencias prácticas, es decir, «la que mejora, o es probable que mejore en mayor medida la vida de los individuos», ya que «las ideas importan en el sentido de que tienen consecuencias prácticas». Por su parte, de acuerdo con este autor, también la construcción de teorías exitosas del Derecho, puede exigir la adopción de un criterio «normativo» en el sentido de que, para dar cuenta de su objeto, se exige a dicha teoría «una *condición de adecuación*», es decir, el teórico del Derecho debe contar con los recursos adecuados para explicar por qué el Derecho es valioso. Así, a efecto de que una teoría sea no sólo exitosa, sino también adecuada o persuasiva, además de incorporar criterios evaluativos teóricos, también debe adicionar una explicación del valor de su objeto de estudio. Esto, finalmente, para Coleman, puede significar alguna ventaja cuando se comparan teorías jurídicas.

Por otro lado, de acuerdo con algunos autores⁵¹⁴, dado que, para comprender una práctica social, como el Derecho, es relevante explicar el punto de vista interno de los participantes en dicha *praxis*, entonces, éste puede ser un criterio de éxito para una teoría del Derecho⁵¹⁵. Como

⁵¹⁴ Acerca del «punto de vista», las prácticas sociales y las teorías jurídicas, véase: SHAPIRO, 2006; DICKSON, 2006.

⁵¹⁵ Esta idea, para Brian Bix (2006: 127), es una de las aportaciones más relevantes de Hart para la teoría analítica del Derecho.

se sabe, Herbert Hart sostuvo esta idea en *El Concepto de Derecho* (1994: 89 y ss.), aunque después fue criticada y refinada por otros autores⁵¹⁶. En este contexto, con el fin de sugerir una diferencia no sólo metodológica, sino evaluativa de una teoría del Derecho, es común diferenciar el punto de vista del participante y el punto de vista del observador⁵¹⁷. Así, básicamente, se ha dicho que la perspectiva del observar está basada en la descripción del Derecho, pero la perspectiva del participante está conectada con su aplicación para la resolución de problemas prácticos, de modo que existe una diferencia entre las perspectivas señaladas en relación al modo de aproximarse al Derecho. Pero, además de esta diferencia, existiría otra desde una perspectiva metateórica, es decir, al parecer, la perspectiva del participante tiene un valor añadido⁵¹⁸: explica más y mejores cosas acerca del Derecho, algo que no se obtiene desde la perspectiva del observador. Con todo, aunque algunos autores han observado que tanto el punto de vista del participante, como el punto de vista del observador, deben implicarse en la construcción de teorías del Derecho⁵¹⁹, lo cierto es que, como criterio de éxito, esta distinción es una cuestión controvertida.

⁵¹⁶ De acuerdo con Brian Bix (2006: 145-14), esta idea de Hart ha sido criticada, pero también «refinada» por Joseph Raz (1990: 170 y ss.) y John Finnis (2011: 11-18). También, para WALUCHOW (1994: 37-44), Ronald Dworkin (1986: 35-36) asume, en algún sentido, el punto de vista teorizado por Hart para construir su teoría como «integridad», sin embargo, de acuerdo con Waluchow, Dworkin falla en este intento. Para un análisis del «punto de vista interno» en «la interpretación de los derechos», véase: SIMÓN YARZA, 2016.

⁵¹⁷ Para una reconstrucción de estos dos puntos de vista y una discusión de los mismos, véase Robert Alexy (2012: 78-83) y Eugenio Bulygin (2012: 63-67).

⁵¹⁸ En este sentido, véase: BIX, 2006: 136-137; para este autor, «el valor de añadir una perspectiva interna» a una teoría del Derecho, puede ser muy relevante: «Dejando de lado la cuestión de su y cuando debemos tratar al derecho como dándonos razones (morales) para la acción, más allá de las razones prudenciales que nos dan las sanciones, el hecho es de que actuar bajo una obligación (“porque lo debemos hacer” o “porque el derecho lo dispone”) es distintivamente diferente de actuar porque uno se siente obligado (“me ocurría algún contratiempo si no lo hago”), y cualquier teoría que no pueda trazar esta distinción es, por esa razón, una teoría menor. Un observador externo no puede decir cuándo alguien hace algo en virtud de una obligación antes que por el hecho de que se siente obligado: podemos distinguir los dos tipos de conducta sólo cuando tenemos en cuenta la actitud del participante hacia su propio comportamiento»

⁵¹⁹ WALUCHOW, 2007: 44; BIX: 2006, 143.

Finalmente, para Juan Carlos Bayón (2012), dado que es posible que existan conceptos de Derecho parcialmente diferentes y que los juicios sobre qué es importante en estos conceptos pueden estar determinados inexorablemente en consideraciones de naturaleza moral y política, entonces, existe un margen para decidir la adopción de tal o cual modo de concebir el Derecho sobre la base de razones de naturaleza moral y política; así, el cometido de una teoría (exitosa) del Derecho, consistiría en dar cuenta de los «distintos, aunque parcialmente coincidentes, conceptos de Derecho», pero observando siempre sus consecuencias sociales, morales y políticas. Esta última idea, para Bayón (p. 35, nota 67), es importante, ya que, en ocasiones, las teorías acerca de qué es el Derecho, marcan una diferencia en la resolución de casos particulares, de modo que, afirma este autor, «si “nuestro” concepto de Derecho es parcialmente indeterminado (...), [tiene] perfecto sentido abogar por una cierta manera de configurar dicho concepto a la vista del valor moral o político que uno crea que tengan las consecuencias para la práctica jurídica que se seguirían de su adopción».

Tras todo lo dicho, es importante señalar lo siguiente: para algunos iusfilósofos, los criterios de éxito de una teoría del Derecho operan en dos contextos: en su construcción y en su evaluación; así, para construir una teoría exitosa, un teórico del Derecho necesita considerar valores metateóricos tales como la simplicidad, la coherencia, la claridad, la adecuación, etcétera, pero también puede realizar una evaluación indirecta de su objeto de estudio, de modo que señale sus aspectos más relevantes o más importantes; incluso, en este contexto, para dar cuenta de lo relevante o lo importante, se puede sugerir algún tipo de juicio moral o político, sin que esta afirmación implique necesariamente un juicio justificativo; por su parte, para evaluar como exitosa a una teoría del Derecho, se puede considerar la satisfacción tanto de los valores metateóricos que han guiado al teórico en su labor, como sus consecuencias; así, por ejemplo, una teoría jurídica es exitosa si da cuenta adecuadamente de su objeto de estudio, pero, por otro lado, si produce alguna consecuencia, ya sea de orden teórico o de orden práctico, prevista y, de algún modo, justificada por el autor de la teoría de referencia.

IV.3 Teorías neoconstitucionalistas: un análisis metateórico

Aunque las teorías jurídicas pueden discrepar en la identificación de su objeto de estudio, en sus propósitos u objetivos, en sus herramientas metodológicas y en sus criterios de éxito, todas deben presuponer esos elementos metateóricos o metodológicos, es decir, toda actividad teórica en el ámbito jurídico necesita de un objeto de estudio, de un propósito u objetivo relacionado con ese objeto, de alguna herramienta metodológica para la satisfacción de ese propósito u objetivo y de algún criterio de éxito.

En los discursos sobre las teorías neoconstitucionalistas, es posible identificar, no sin diferencias en su interpretación y explicación, esos elementos. Así, estas teorías tienen como objeto de análisis al Estado constitucional; intentan describir las características que define a las democracias constitucionales, pero, al dar cuenta del funcionamiento de los sistemas democráticos, también pretenden articular, explicar y postular alguna tesis sobre la relación entre Derecho y moral, la distinción entre reglas y principios y la ponderación; para la satisfacción de estos objetivos o propósitos, adoptan alguna herramienta metodológica, ya normativa y valorativa, ya descriptiva y a-valorativa; y, finalmente, tanto su capacidad explicativa, como sus consecuencias, están vinculadas a sus criterios de éxito.

Estos fundamentos de las teorías neoconstitucionalistas, nos sugieren lo siguiente: primero, desde un punto de vista metateórico o metodológico, a estas teorías es difícil negarles el título de teorías del Derecho, ya que presuponen los elementos que, pese a sus diferencias, toda teoría jurídica debe poseer al momento de enfrentarse al fenómeno jurídico; segundo, el antagonismo que las teorías neoconstitucionalistas exhiben sobre sus fundamentos metateóricos, puede ser útil tanto para distinguir las como para evaluarlas; tercero, éste es un ejercicio que pretendemos realizar a continuación.

De acuerdo con Julie Dickson (2006: cap. 1), un análisis de este tipo, en primer lugar, identifica el objeto, los objetivos, las herramientas y los criterios de éxito de una teoría concreta; pero, en segundo lugar, si dicha teoría presenta alguna rivalidad o compite con alguna otra, entonces,

también, analiza las bases que sirven o deben servir para juzgar posturas iusfilosóficas rivales; finalmente, una metateoría puede reflexionar sobre si una teoría puede ser más exitosa que otra; pues bien, si observamos las diferencias que las teorías neoconstitucionalistas presentan en relación a sus fundamentos metateóricos, se puede advertir la rivalidad o la competencia en la que se encuentran dichas teorías, pues alguna de ellas, de algún modo, intentan afirmar su superioridad sobre sus rivales; en cualquier caso, es posible compararlas, distinguirlas y evaluarlas considerando sus diferencias en relación a su objeto, sus objetivos, sus herramientas y sus criterios de éxito; en definitiva, además de ser viable, también puede ser relevante y pertinente realizar un análisis metateórico de las teorías neoconstitucionalistas.

Antes de iniciar con este análisis, sin embargo, es importante hacer algunos comentarios sobre las formas comunes de distinguir y evaluar al neoconstitucionalismo teórico⁵²⁰, pues es verdad que, comparado con éstas, nuestro análisis no es en absoluto novedoso; es, en todo caso, un poco más amplio y, en algún sentido, diferente.

En efecto, por un lado, nuestro estudio aumenta las bases para comparar y distinguir a las teorías neoconstitucionalistas, ya que, para hacer esto, es común considerar sus diferencias sobre tres cuestiones iusfilosóficas⁵²¹: la relación entre Derecho y moral, la distinción entre reglas y principios y la ponderación, sin embargo, también dichas teorías discrepan acerca de su objeto, sus herramientas y sus criterios de éxito, de modo que, si se incorporan estas últimas cuestiones en una metateoría de las teorías neoconstitucionalistas, obviamente, ésta será más amplia.

Pero, por otro lado, nuestro estudio pretende ser diferente en relación a la evaluación de las teorías neoconstitucionalistas, puesto que, generalmente, al caracterizarlas, se termina declarando, directa o indirectamente, la superioridad de alguna de ellas; por lo regular, esto se hace considerando las fortalezas teóricas y los beneficios prácticos de la teoría vencedora, oponibles a las debilidades teóricas y los riesgos

⁵²⁰ Nos referimos, por ejemplo, a FERRAJOLI, 2012; SALAZAR UGARTE, 2012; COMANDUCCI, 2003; PRIETO SANCHÍS, 2013.

⁵²¹ FERRAJOLI, 2012.

prácticos de la teoría vencida; no obstante, un estudio metateórico no necesariamente tiene que concluir declarando como ganadora o, en su caso, como perdedora a una teoría del Derecho; en todo caso, una metateoría puede ser una forma de dar cuenta de los aspectos relevantes que cada teoría captura acerca de su objeto de estudio; ciertamente, este tipo de análisis puede examinar las ventajas y debilidades, así como los beneficios y los riesgos que las teorías analizadas presentan, pero, al final, desde una perspectiva metateórica, entre los puntos de vista opuestos de las teorías observadas, se puede advertir alguna forma de hacer compatibles sus divergencias.

También, considerando el distinto modo de interpretar las tres cuestiones referidas, por lo general, se distinguen dos formas opuestas del neoconstitucionalismo teórico⁵²²; sin embargo, una tipología que divide un tema complejo en dos grupos antagónicos, no siempre es una caracterización adecuada de dicho tema, entre otras razones, porque se asume una clara distinción y necesaria oposición entre esos dos grupos, además de que, para reconstruirlos, se refieren algunos rasgos que, si bien son comunes a ellos, pueden interpretarse de modos diversos; pues bien, para el caso del neoconstitucionalismo teórico, ocurriría algo similar⁵²³, es decir, si bien las dos versiones que surgen de la reconstrucción del neoconstitucionalismo teórico, pueden efectivamente caracterizar dos posiciones en relación a las tres cuestiones señaladas –por ejemplo, una versión afirma, mientras que otra niega, la relación entre Derecho y moral–; sin embargo, si dichas cuestiones se reconstruyen de un modo diverso –por ejemplo, afirmando que las relaciones entre Derecho y moral o bien son necesarias, o bien son imposibles, o bien son contingentes, esto es, que dichas relaciones pueden ser no de dos, sino de tres tipos–, entonces, la representación del neoconstitucionalismo puede ser diferente, de modo que no sólo no existirían dos orientaciones de éste, sino que además tampoco existiría una división nítida y un enfrentamiento sólo entre dos versiones del neoconstitucionalismo.

⁵²² *Ibidem.*

⁵²³ En este sentido, véase: COMANDUCCI, 2012; BARBERIS, 2012; GARCÍA FIGUEROA, 2012.

Pues bien, a continuación, daremos cuenta de las distintas posiciones teóricas que se sostienen bajo el denominado neoconstitucionalismo teórico. Así, además de identificar las dos versiones típicas del neoconstitucionalismo, también identificaremos una tercera versión que se halla a mitad de camino entre el constitucionalismo principialista y el constitucionalismo garantista. Esta otra forma del neoconstitucionalismo teórico, como veremos, también se refiere a las tesis que típicamente caracterizan a las teorías neoconstitucionalistas, pero las interpreta de una forma distinta.

Tal vez, la representación de una tercera teoría neoconstitucionalista nos permita abordar adecuadamente el éxito de las teorías neoconstitucionalistas, así como la rivalidad o competencia en la que aparentemente se encuentran dichas teorías; es decir, advertir un espacio entre el constitucionalismo principialista y el constitucionalismo garantista, que son, sin duda, dos de las teorías neoconstitucionalistas más acreditadas del mundo jurídico italo-ibero-americano⁵²⁴, posiblemente, sea útil a la hora de determinar la alternativa o la preferencia por alguna de ellas, sea desde el punto de vista teórico o desde el punto de vista práctico.

IV.3.1 Un objeto de estudio común: el Estado constitucional

Aunque las teorías neoconstitucionalistas presuponen como objeto de estudio al Estado constitucional⁵²⁵, debaten, fundamentalmente, sobre el mejor modo de caracterizarlo.

Al respecto, existen cuatro tipos de discusiones. La primera puede plantearse en estos términos: para algunos autores⁵²⁶, la diferencia del Estado constitucional respecto de otros sistemas jurídicos

⁵²⁴ SALAZAR UGARTE, 2012: 287.

⁵²⁵ Ésta es una postura común entre los dialogantes del neoconstitucionalismo teórico, véase: POZZOLO, 2003; COMANDUCCI, 2012; PRIETO SANCHÍS, 2013; entre otros.

⁵²⁶ Básicamente, nos referimos a FERRAJOLI, 2012, pero una posición próxima a ésta se puede ver en REDONDO, 2012; CHIASSONI, 2012 y PRIETO SANCHÍS, 2012.

históricamente determinados, radica en los límites que la Constitución establece a todos los poderes, pero especialmente al poder legislativo, ya que la producción legislativa está sujeta a determinados límites constitucionales, como los derechos fundamentales, que son condición de su validez; sin embargo, para otros autores⁵²⁷, esa diferencia no es significativa para caracterizar el específico modelo institucional del Estado constitucional, ya que la incorporación de límites sustanciales al poder del legislador en el texto constitucional, ya existía en otros modelos de Estado, de modo que, en definitiva, no se trata de un rasgo exclusivo del Estado constitucional; en todo caso, se afirma, dado que es posible dar cuenta del hecho de que no sólo como ideología, sino como un rasgo institucional, que la validez de las leyes era (y es) una cuestión no sólo de forma, sino también de contenido, entonces, existe continuidad entre los sistemas jurídicos y políticos de las sociedades modernas. En definitiva, desde esta perspectiva, el problema de la caracterización del Estado constitucional radica en afirmar o bien el cambio, o bien la continuidad, de dicho modelo respecto de otros modelos de Estado.

Otra discusión sobre la caracterización del Estado constitucional, implica advertir no sólo la irrelevancia, sino también la insuficiencia de una explicación en términos únicamente estructurales, descriptivos e históricos del Estado constitucional⁵²⁸; en otras palabras, si bien el Estado constitucional puede caracterizarse a partir de la descripción tanto de sus propiedades estructurales o institucionales – específicamente, señalando la existencia de una Constitución rígida y garantizada-, así como refiriendo su realización efectiva en algunos sistemas jurídicos determinados –particularmente, señalando la experiencia histórica del constitucionalismo del Siglo XX, surgida después de la Segunda Guerra Mundial y desarrollada en algunos países de la Europa continental-, sin embargo, esta caracterización sería irrelevante porque se trata de un hecho histórico que muy pocos negarían, pero también sería insuficiente porque una caracterización adecuada del Estado constitucional, no se agota describiendo su

⁵²⁷ Puede verse, COMANDUCCI, 2012.

⁵²⁸ Sobre este punto de vista, véase: AGUILÓ REGLA, 2012.

estructura jurídica y política, también es necesario dar cuenta de la dimensión normativa-valorativa que dicha expresión posee, sobre todo a partir de la incorporación en el texto constitucional de contenidos específicos considerados valiosos.

Por otro lado, dado que la caracterización del Estado constitucional suele estar asociada a una serie de cambios originados por el fenómeno de la constitucionalización que no sólo afectan la estructura, sino también el funcionamiento de dicho modelo de Estado, entonces, las teorías neoconstitucionalistas tendrían, en realidad, como objeto de análisis no sólo el proceso de transformación de los sistemas constitucionales, sino más específicamente la transformación del funcionamiento de dichos sistemas, pues es en este ámbito en donde los cambios además de ser más numerosos, son más relevantes⁵²⁹. En efecto, la constitucionalización, como se indicara en el capítulo I, es un proceso de transformación de un sistema jurídico y político originado por la Constitución, ya que ésta es capaz de invadir y condicionar la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, la política y las relaciones sociales; en otras palabras, al término del proceso de constitucionalización, tanto la estructura como el funcionamiento de un sistema jurídico terminan saturados, impregnados, o embebidos por la Constitución. Particularmente, la estructura de dicho sistema se transforma por la existencia de una Constitución rígida y garantizada; por su parte, el funcionamiento es afectado por la presencia de un conjunto de prácticas o de actitudes jurídicas que modifican la cultura jurídica del sistema de referencia: una cultura jurídica constitucionalizada se caracteriza, básicamente, por asumir tanto la idea de la fuerza normativa y la supremacía de la Constitución, como la idea de la incorporación al texto constitucional no sólo de normas formales, sino también de normas sustantivas, así como la idea de la rigidez constitucional y de su garantía jurisdiccional. En definitiva, las teorías neoconstitucionalistas presuponen un desacuerdo en relación al Estado constitucional, pues éste demanda teorías que expliquen los cambios que afectan su estructura, pero también exige teorías que expliquen la transformación de su funcionamiento, esto es, de su cultura jurídica, de

⁵²⁹ Ésta, en algún sentido, es la posición asumida por POZZOLO, 2010.

modo que o las teorías neoconstitucionalistas son teorías acerca de prácticas jurídicas, o son teorías acerca de estructuras institucionales.

Finalmente, existe un desacuerdo entre las teorías neoconstitucionalistas a propósito de la delimitación del Estado constitucional, esto es, dado que éste es un concepto que suele estar asociado a algunos sistemas jurídicos contemporáneos, entonces, la expresión «Estado constitucional» puede referirse o bien a un sistema jurídico concreto, o bien al conjunto de dichos sistemas⁵³⁰; lo que a su vez generaría otro desacuerdo: las teorías neoconstitucionalistas o bien son «particulares», o bien son «generales»⁵³¹.

Ahora, es importante de inicio advertir que, en las discusiones sobre el Estado constitucional, no sólo se desacuerda sobre la forma adecuada de caracterizarlo, tampoco existe acuerdo sobre la forma de justificarlo o fundamentarlo, ni respecto a la manera de concebir el funcionamiento del ideal que dicho modelo instancia⁵³². Aunque en el debate sobre el neoconstitucionalismo, es posible observar estos tres problemas⁵³³, sin embargo, como hemos señalado, se ha discutido intensamente sobre el modo correcto o adecuado de caracterizar al Estado constitucional. Así, en términos generales, se discuten cuatro grupos de tesis opuestas entre sí: primero, la tesis de la continuidad se opone a la tesis del cambio; segundo, la tesis del carácter descriptivo-explicativo se contraponen a la tesis del carácter normativo-valorativo; tercero, la tesis de la preferencia descriptiva y explicativa de la estructura institucional se antepone a la tesis de la preferencia descriptiva y explicativa de las prácticas jurídicas; finalmente, la tesis de la generalidad se enfrenta a la tesis de la particularidad.

La cuestión de si alguna de estas tesis caracteriza adecuadamente o, incluso, es la mejor explicación del Estado constitucional, es una

⁵³⁰ Para una reconstrucción más detallada, véase GARCÍA FIGUEROA, 2009: 18 y ss. Cfr. PRIETO SANCHÍS, 2003.

⁵³¹ *Ídem.*

⁵³² Para una breve, pero completa, reconstrucción de estos problemas, véase: MORESO, 2009: 21-66.

⁵³³ Tal como afirma PRIETO SANCHÍS, 2013: 24; es decir, para este autor, en los debates neoconstitucionalistas, no es difícil encontrar alguna posición sobre alguna cuestión controvertida sobre el Estado constitucional.

cuestión compleja, que, al menos, entre sus dialogantes, ni está cerrada, ni agota, por supuesto, el debate sobre el Estado constitucional; sobre éste, como ya mencionamos, existen distintas discusiones con diversos desacuerdos, incluso, en algún sentido, más profundos que la forma de reconstruirlo o representarlo.

Pero, más allá de esto, es importante observar que las distintas tesis que las teorías neoconstitucionalistas afirman en relación a la reconstrucción del Estado constitucional, son tesis que, pese a sus diferencias, tratan de dar cuenta de un objeto determinado, así que, la centralidad asignada a ese objeto, en este caso, al Estado constitucional, es algo característico a todas las teorías neoconstitucionalistas⁵³⁴.

Ahora, que las teorías neoconstitucionalistas presupongan un objeto de estudio común, no significa que no sólo no presenten diferencias sobre el modo de interpretar y explicar ese objeto, sino que tampoco no exista ninguna alternativa teórica, ni ninguna diferencia práctica, entre dichas teorías. De hecho, la preferencia por alguna de estas formas de comprender y representar al Estado constitucional, así como la deferencia por alguna teoría neoconstitucionalista a la hora de aplicar el Derecho, tal vez, sea la cuestión más controvertida en el debate sobre el neoconstitucionalismo. Sin embargo, antes de analizar esta afirmación con más detalle, necesitamos dar cuenta de las distintas formas de explicar e interpretar tanto la estructura como el funcionamiento del Estado constitucional.

IV.3.2 Tres objetivos o propósitos comunes de las teorías neoconstitucionalistas

Generalmente, las teorías neoconstitucionalistas intentan dar cuenta de los rasgos que caracterizan al Estado constitucional; esta actividad

⁵³⁴ Incluso, las tesis neoconstitucionalistas sobre su objeto de estudio, presentan una dimensión metateórica común no sólo porque evalúan la afirmación a la que se oponen –por ejemplo, para quien afirma la tesis del cambio, es incorrecta o inadecuada la tesis de la continuidad, y viceversa-, también porque intentan ser descripciones adecuadas de un objeto –por ejemplo, para quien afirma la tesis del cambio, asume que ésta es la mejor explicación del Estado constitucional-.

teórica puede implicar también que dichas teorías articulen, expliquen y postulen alguna tesis acerca de la relación entre Derecho y moral, la distinción entre reglas y principios y la ponderación.

Así, la afirmación de alguna tesis sobre estas cuestiones, además de ser un rasgo típico de todas las teorías neoconstitucionalistas, también representa un objetivo o propósito común de dichas teorías en relación a su objeto de estudio.

Ahora bien, pese a estos presupuestos comunes, las teorías neoconstitucionalistas discrepan sobre el modo de interpretar y explicar las cuestiones referidas, de modo que no sólo dichas teorías afirman tesis diferentes, también, como resultado de esto, se han caracterizado diversas teorías neoconstitucionalistas.

IV.3.2.1 La conexión contingente. Entre la conexión necesaria y la conexión imposible

En el debate sobre el neoconstitucionalismo, se han identificado dos versiones teóricas de éste⁵³⁵: una que afirma la conexión necesaria entre Derecho y moral, otra que niega esta relación. Después de que Luigi Ferrajoli (2012b) interviniera en este debate, a la primera versión, se le ha denominado como constitucionalismo principialista (y/o no-positivista y/o anti-positivista y/o post-positivista y/o, simplemente, iusnaturalista); por su parte, a la segunda versión, se le ha denominado como constitucionalismo garantista y/o iuspositivista. Más allá de la cuestión terminológica, es importante observar que, de acuerdo con algunos autores, el neoconstitucionalismo puede distinguirse a partir de dos tesis: por un lado, la conexión necesaria y, por otro, la conexión imposible entre Derecho y moral.

Sin embargo, de acuerdo con el punto de vista de su modalidad, las relaciones entre Derecho y moral pueden ser de tres tipos⁵³⁶: o bien son necesarias, o bien son imposibles, o bien son contingentes. Aunque esta

⁵³⁵ Véase lo expuesto en el capítulo II.

⁵³⁶ Para una reconstrucción más detallada, véase: MORESO, 2013; COLEMAN, 1998; KRAMER, 2004: 143-171; ORUNESU, 2012: 221-224.

forma de reconstruir las relaciones entre Derecho y moral suele vincularse al debate entre el «positivismo jurídico incluyente»⁵³⁷ y el «positivismo jurídico excluyente»⁵³⁸, no obstante, también dicha caracterización se ha referido en el debate sobre el neoconstitucionalismo.

Particularmente, la tesis de la conexión contingente se ha citado de tres formas distintas: primero, para señalar su ausencia a la hora de reconstruir y distinguir al neoconstitucionalismo teórico⁵³⁹; segundo, para advertir la incompatibilidad entre una versión del neoconstitucionalismo y una versión del positivismo jurídico⁵⁴⁰; tercero, para referir un modo no sólo de interpretar el hecho de que las Constituciones incorporen conceptos y consideraciones morales, sino también de explicar los alcances y los límites de la incorporación de la moralidad al Derecho⁵⁴¹.

Si bien estas formas de referir la tesis de la conexión contingente tienen objetivos específicos: la primera, restar utilidad a la reconstrucción de las teorías neoconstitucionalistas en términos binarios; la segunda, negar la superioridad del neoconstitucionalismo frente al positivismo jurídico; la tercera, reconstruir y ofrecer una teoría del Derecho adecuada para explicar no sólo la relación entre Derecho y moral, sino más específicamente para advertir las implicaciones de operar el Derecho de acuerdo con dicha teoría; sin embargo, más allá de la satisfacción de estos objetivos, es importante señalar que, entre la tesis de la conexión necesaria y la tesis de la conexión imposible, efectivamente, existe una tercera posibilidad: la tesis contingente.

⁵³⁷ Para una reconstrucción detallada y puesta al día de esta versión del positivismo jurídico, véase: MORESO 2015; también, como antecedente de esta perspectiva iuspositivista, puede verse: CARRIÓ, 1971; SOPER, 1977; LYONS, 1977; HART, 1994; a fin de conocer las defensas más articuladas de esta concepción, véase: WALUCHOW, 2007; COLEMAN, 2001; KRAMER, 2004; para una reconstrucción general del positivismo jurídico incluyente, también llamado incorporacionismo o soft-positivismo, véase: HIMMA, 2002; ETCHEVERRY, 2006.

⁵³⁸ Sobre esta otra versión del positivismo jurídico contemporáneo, se puede consultar: MARMOR, 2002; SHAPIRO, 2014: 319-344; y, sobre todo, RAZ, 2013: 193-212.

⁵³⁹ BARBERIS, 2012: 87.

⁵⁴⁰ COMANDUCCI, 2009: 100.

⁵⁴¹ MORESO, 2012: 182-183.

a. José Juan Moreso: la tesis de la incorporación y el objetivismo moral en el debate sobre el neoconstitucionalismo teórico

José Juan Moreso (2012; especialmente, 2013) ha defendido la tesis contingente de las relaciones entre Derecho y moral. En su defensa, Moreso (p. 38) ha formulado una tesis que ha denominado «tesis de la incorporación» (TI), de acuerdo con la cual: «cuando las fuentes del Derecho (la Constitución, las leyes, los precedentes judiciales, por ejemplo) incluyen conceptos y consideraciones morales, lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral». Así, la TI es una tesis contingente de las relaciones entre Derecho y moral.

Para José Juan Moreso, la TI es asumida por el «positivismo jurídico incluyente», que es una concepción del Derecho que suele señalar a las democracias constitucionales como ejemplos de sistemas jurídicos que incorporan en sus textos jurídicos conceptos y consideraciones morales⁵⁴². Así, de acuerdo con esta concepción, en las democracias constitucionales, el hecho de que, por ejemplo, las Constituciones contengan expresiones valorativas como dignidad humana, igualdad, prohibición de tratos inhumanos o degradantes, debido proceso, etcétera, además de ser uno de los mecanismos relevantes de la incorporación de la moral al Derecho, también supone que su contenido, lo que dichas expresiones establecen, sólo puede determinarse mediante el recurso a la argumentación moral.

Aunque José Juan Moreso ha argumentado a favor del positivismo jurídico incluyente en distintos momentos⁵⁴³, con distintos propósitos⁵⁴⁴

⁵⁴² WALUCHOW, 2007: 21.

⁵⁴³ Inicialmente, en MORESO, 2001; pero, recientemente, nos ha ofrecido una serie de trabajos en donde además de refinar también ha modificado algunas de sus tesis en relación a la incorporación de la moralidad al Derecho; así, véase: 2010a; 2010b; 2012; 2012a; 2012b; 2012c; 2013a; 2015a; 2015b; 2015c.

⁵⁴⁴ En realidad, del mismo modo que otros autores que han vindicado el *Inclusive Legal Positivism* –por ejemplo, véase: WALUCHOW, 2007: 155–, también José Juan Moreso ha argumentado a favor de esta versión del positivismo jurídico casi siempre de un modo defensivo; el título de una de sus primeras contribuciones sobre este tema, confirma esta nota: «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», 2001. Sin

y contra distintas objeciones⁵⁴⁵, en el debate sobre el neoconstitucionalismo teórico (2012: 189), derivó en la defensa de una teoría neoconstitucionalista denominada «constitucionalismo incorporacionista». Este enfoque, de acuerdo con Moreso, se caracteriza, fundamentalmente, por la afirmación de la TI; por la aceptación de un objetivismo moral —«hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias)- con sus implicaciones ontológicas —«hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias)»-, epistémicas —«los seres humanos disponemos de acceso epistémico confiable a este conjunto privilegiado de pautas morales válidas»- y semánticas —«los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad»-; por una determinada interpretación de los principios constitucionales y la ponderación que no menoscabe la dimensión normativa de la Constitución y no conlleve un activismo judicial intolerable; en definitiva, el constitucionalismo incorporacionista, es una concepción apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que los textos jurídicos recurren con alguna frecuencia al lenguaje de la moralidad, pero también se trata de una concepción adecuada para explicar las razones, el alcance y los límites

embargo, no se puede decir que todos los argumentos de Moreso son defensivos, pues sobre estas cuestiones ha presentado tesis “positivas”, es decir, tesis que proponen y desarrollan una concepción jurídica consistente y atractiva en el contexto iusfilosófico contemporáneo. Para una representación más completa de la obra de este autor, véase «Los intocables del Derecho. Entrevista a Josep Joan Moreso» a cargo de Francisco Mora Sifuentes (2016), así como MORESO, 2009.

⁵⁴⁵ Efectivamente, Moreso (2009, 2009a, 2013) ha rechazado los argumentos que objetan al incorporacionismo; así, ha replicado a Ronald Dworkin (1986) y sus críticas no sólo al positivismo jurídico en general, sino también al positivismo jurídico incluyente en particular, referente a los «desacuerdos jurídicos»; pero, también, ha argumentado en contra de los enemigos “naturales” del *Inclusive Legal Positivism*: el *Exclusive Legal Positivism*; de este modo, ha rechazado las críticas de Joseph Raz (1979: cap. 3; 2013: 193-212), de Andrei Marmor (2002) y Scott Shapiro (2014); incluso, se ha ocupado de algunas objeciones que se han formulado desde el denominado «positivismo jurídico ético o normativo», así como por autores tales como Juan Carlos Bayón (2002), Luigi Ferrajoli (2007), Jules L. Coleman (2001) y Kenneth E. Himma (2002, 2011).

del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del Derecho.

Más allá del cambio que ha supuesto para José Juan Moreso la articulación de este modelo del constitucionalismo, sobre todo al aceptar el objetivismo moral y sus consecuencias ontológicas, epistémicas y semánticas, para el autor referido, el constitucionalismo incorporacionista, es una concepción consistente y atractiva si, por un lado, se le configura como una posición iuspositivista por cuanto rechaza la tesis iusnaturalista o no-positivista de la conexión necesaria entre Derecho y moral, pero, por otro lado, si se admite la tesis del objetivismo moral, que permite que los juicios morales sean aptos para la verdad y la falsedad sobre la base de las razones que seamos capaces de ofrecer a su favor, de modo que dichos juicios pueden ser aceptables por los agentes morales racionales y razonables.

Desde esta perspectiva, el constitucionalismo incorporacionista de Moreso, es compatible con el constitucionalismo garantista de Ferrajoli, en el sentido de negar la conexión necesaria entre Derecho y moral; en realidad, para Moreso (2013: 61), Ferrajoli podría contarse como un autor que defiende la tesis de la incorporación, pues en distintos escritos, efectivamente, ha vindicado una forma de positivismo incluyente; así, por ejemplo, Ferrajoli (2012b: 21) escribe:

«De este modo, el antiguo y recurrente contraste entre *razón y voluntad*, entre *ley de la razón y ley de la voluntad*, entre *derecho natural y derecho positivo*, entre Antígona y Creonte, que recorre la filosofía jurídica y política en su totalidad, desde la antigüedad hasta el siglo XX, y que corresponde al antiguo y también recurrente dilema y contraste entre el *gobierno de las leyes* y el *gobiernos de los hombres*, ha sido en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, a través de la positivización de la “ley de la razón” –aun cuando históricamente determinada y contingente- bajo la forma de los principios y de los derechos fundamentales estipulados en ellas, como límites y vínculos a la “ley de la voluntad”, que en democracia es la ley del número expresada por la voluntad de la mayoría».

Este pasaje, de acuerdo con Moreso, es perfectamente compatible con la tesis de la incorporación, que, como ya se dijo, establece una relación contingente entre la identificación del Derecho y la argumentación moral.

Incluso, podría decirse que Ferrajoli es un autor incorporacionista porque no niega que, en la interpretación de principios constitucionales, exista un tipo de conexión entre Derecho y moral; en efecto, aunque Ferrajoli (2012c: 336-337) admite que se trata de un tipo de conexión «irrelevante» y que por tanto puede «darse por descontada», sin embargo, ha escrito:

«Es claro que tras la interpretación de los términos morales hay elecciones morales: un liberal y un reaccionario darán, respectivamente, interpretaciones restrictivas y extensivas de los conceptos de ultraje o de vilipendio. Pero el estatuto moral de un concepto retroactúa sobre el razonamiento jurídico de una manera no distinta del estatuto de cualquier otro concepto valorativo. Si luego queremos denominar a todo esto “conexión entre Derecho y moral” debemos admitir que se trata de una conexión no distinta de la cuarta conexión [546] que he dado por descontada y como irrelevante sobre el plano teórico y, en todo caso, plenamente compatible con la tesis iuspositivista de la separación».

Así, aunque para algunos autores existen otros modos de mostrar la compatibilidad entre la tesis de la incorporación y el constitucionalismo garantista, por ejemplo, señalando que, la distinción ferrajoliana entre validez y vigencia⁵⁴⁷, presupone un tipo de conexión entre Derecho y moral⁵⁴⁸, sin embargo, es importante señalar que, si bien el

⁵⁴⁶ FERRAJOLI, 2012c: 336: «...4) finalmente, que, en la interpretación jurídica, sobre todo de textos constitucionales, intervienen elecciones orientadas por opciones morales o, en todo caso, ético-políticas, por lo que debe ser argumentada racionalmente la máxima conformidad o, al menos, la compatibilidad con los principios de justicia establecidos en ellos».

⁵⁴⁷ De acuerdo con Ferrajoli (2012: 22), la teoría del constitucionalismo garantista «tematiza la divergencia entre deber ser (constitucional) y ser (legislativo) del Derecho. Con respecto a la teoría paleo-positivista, se caracteriza por la distinción y la virtual divergencia entre *validez* y *vigencia*, dado que admite la existencia de normas vigentes – por resultar conformes a las normas formales sobre su formación– pero que, sin embargo, son inválidas por resultar incompatibles con las normas sustanciales sobre su producción».

⁵⁴⁸ Por ejemplo, nos referimos a lo expresado por Luis Prieto Sanchís (2012: 230): «Conviene subrayar que el positivismo o una buena parte del mismo no encuentra ninguna dificultad en considerar la presencia de conceptos sustantivos o morales en la regla de reconocimiento llamada a identificar las normas del sistema; es decir, que la pertenencia de una norma ya no dependería únicamente del *hecho evidente* de su promulgación, sino de que su significado resulte conforme o no contradictorio con los principios de justicia incorporados al Derecho. Tan solo un positivista exclusivo o excluyente que sostenga que la validez o identificación de una norma no puede apelar *nunca*, o *necesariamente* no puede apelar, a la moralidad, resultaría inadecuado para

constitucionalismo incorporacionista puede ser interpretado como un modelo opuesto tanto al constitucionalismo principialista, como al constitucionalismo garantista, sin embargo, también se trata de un modelo que hace compatibles algunas de las tesis no sólo teóricas, incluso tesis metaéticas⁵⁴⁹, que caracterizan a esas concepciones, lo que, desde un punto de vista metodológico o metateórico, puede representar una «ventaja comparativa»⁵⁵⁰.

IV.3.2.2 La importancia de los principios. Entre la distinción fuerte y la distinción débil de reglas y principios

A las teorías neoconstitucionalistas, sobre todo después de Ferrajoli (2012b)⁵⁵¹, también se las ha diferenciado conforme a la distinción, fuerte o débil, de las reglas y los principios. Así, una versión del neoconstitucionalismo afirma la distinción fuerte, según la cual reglas y principios son dos tipos de normas mutuamente exclusivas, que tienen propiedades claramente distintas e incompatibles; mientras que otra versión asume la distinción débil, conforme a la cual entre reglas y principios tan sólo existirían diferencias cuantitativas, no cualitativas o estructurales, sino más bien graduales.

describir el modelo constitucionalista. Pero, en realidad, esto es algo que tal vez no aceptaría ni el propio Kelsen, que desde luego no aceptaría Hart, y que según creo tampoco acepta Ferrajoli...».

⁵⁴⁹ En la respuesta que Ferrajoli (2012c: 341) da al comentario de Moreso (2012) sobre el objetivismo moral, si bien sus diferencias son evidentes en este plano, sin embargo, Ferrajoli deja ver un desacuerdo solo de palabras, pues escribe: «Tomemos la tesis moral obvia ejemplificada por Moreso según la cual es moralmente inaceptable torturar a los niños por diversión. Ninguna persona razonable, dice Moreso, sostendría lo contrario. Pero esto quiere decir, no tanto que sea verdadera sino, sencillamente, que es trivialmente justa por las “razones” obvias que, como dice Moreso, “estamos en capacidad de ofrecer a su favor”. Pero es precisamente aquí que se manifiesta nuestra discrepancia: tales razones obvias, a mi parecer, sustentan su justicia mas no su verdad. Felizmente nuestro vocabulario es lo bastante rico para permitimos usar, en cada ocasión, términos distintos y apropiados».

⁵⁵⁰ COLEMAN, 2012: 131.

⁵⁵¹ *Cfr.* COMANDUCCI, 2009: 90-95; para este autor, aunque no enfatizaba la distinción entre reglas y principios, sí advertía una diferencia entre el neoconstitucionalismo teórico –o constitucionalismo principialista– y otras concepciones jurídicas, pues éstas no señalaban, como sí lo hacía aquél, la presencia de principios y no sólo de reglas en la Constitución.

Pues bien, aunque es verdad que la distinción entre reglas y principios, suele dividir a los autores que se ocupan de ella en dos grupos⁵⁵²: por un lado, quienes sostienen la distinción fuerte; por otro, quienes sostienen la distinción débil; también lo es que, contemporáneamente, las posiciones en el debate acerca de la contraposición entre reglas y principios, además de ser menos «animadas»⁵⁵³, también se han matizado y, en algún sentido, aproximado, ya que, normalmente, la mayoría de autores que desarrollan estas cuestiones, terminan asumiendo alguna versión de la distinción débil.

Al parecer, esto también ha ocurrido en el debate sobre el neoconstitucionalismo a propósito de esta cuestión. Es decir, a pesar de que un autor ha vindicado una posición «extrema»⁵⁵⁴, de acuerdo con la cual no existe distinción entre reglas y principios, ya que todas las normas, incluso las reglas, son derogables y ponderables, sin embargo, la mayoría converge en aceptar alguna versión de la distinción débil, aunque, obviamente, esto lo hagan por razones diferentes: por considerar que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica son formuladas de manera diferente entre las reglas y los principios, en éstos son genéricas e indeterminadas, mientras que en aquéllas son más o menos determinadas⁵⁵⁵; por observar que los principios pueden justificar otras normas, de modo que un principio puede justificar muchas normas diversas, en lugar de ser equivalente a una única regla⁵⁵⁶; por afirmar que, dependiendo de su interpretación, en la Constitución existen tanto reglas –por ejemplo, las disposiciones en materia penal- como principios –por ejemplo, las disposiciones sobre

⁵⁵² Para una reconstrucción general de esta cuestión, véase: RUIZ MANERO, 2000; también, véase: ALEXY, 1997; ATIENZA & RUIZA MANERO, 1996; BAYÓN, 1996; GARCÍA FIGUEROA, 2009; COMANDUCCI, 2010: 75-92.

⁵⁵³ PRIETO SANCHÍS, 2012: 235.

⁵⁵⁴ Nos referimos a GARCÍA FIGUEROA, 2012: 129; para este autor, en efecto, «todas las normas jurídicas en el Estado constitucional son principios»; pero, parafraseando al propio García Figueroa, Ferrajoli también asumiría una posición «extrema», pues para él «la inmensa mayoría de las normas son reglas».

⁵⁵⁵ MORESO, 2009: 277.

⁵⁵⁶ PINO, 2012: 209-213.

derechos sociales⁵⁵⁷, etcétera⁵⁵⁸; sea como fuere, debemos señalar que ningún autor niega la importancia de los principios en la configuración de las normas iusfundamentales.

a. Los derechos fundamentales como «defeaters» y el no debilitamiento de la normatividad de la Constitución

Una cuestión debatida en este contexto, se refiere a las implicaciones de los principios en la aplicación del Derecho. Así, se ha sugerido que su uso tiene efectos indeseables; especialmente, se afirma el debilitamiento de la normatividad de las Constituciones⁵⁵⁹.

Sin embargo, es importante observar que, para algunos autores⁵⁶⁰, éste es un riesgo exagerado: el uso argumentativo de los principios en la aplicación del Derecho, de hecho, en algunos casos, ha supuesto su afianzamiento normativo, de modo que no necesariamente existe un debilitamiento de tales principios.

Incluso, para algunos autores, dado que la disputa sobre la distinción entre reglas y principios, no es de carácter teórica, sino más bien «normativa»⁵⁶¹, en el sentido de sugerir cuál debe ser la forma de configurar, especialmente, los principios constitucionales, entonces, se han sugerido, para este fin, distintos mecanismos, enfatizando, siempre, su importancia.

Una de estas propuestas es la ofrecida por José Juan Moreso (2012: 192). De acuerdo con este autor, en efecto, «la distinción entre reglas y principios no debilita la fuerza normativa de la Constitución de un modo análogo a como la presencia en nuestros códigos penales de causas de justificación –que tienen, en el lenguaje actual, a todos los efectos la textura de principios- no debilita la fuerza normativa de nuestra legislación penal». En efecto, aunque es un argumento que

⁵⁵⁷ BARBERIS, 2012: 87-88.

⁵⁵⁸ Para otras observaciones sobre esta cuestión, véase: ATIENZA, 2012.

⁵⁵⁹ FERRAJOLI, 2012: 31-41.

⁵⁶⁰ Particularmente, nos referimos a PINO, 2012: 212.

⁵⁶¹ Así, PRIETO SANCHÍS, 2012: 238.

Moreso ha empleado no sólo para objetar algunas tesis características del denominado positivismo ético⁵⁶², sino también para justificar su propuesta especificacionista de la aplicación de principios constitucionales⁵⁶³, en el debate sobre el neoconstitucionalismo, afirma que la incorporación de derechos morales no implica un rechazo del ideal ilustrado de la certeza del Derecho, como tampoco un debilitamiento de la normatividad de la Constitución.

Concretamente, para Moreso, los conceptos morales que el Derecho incorpora funcionan, generalmente, como «*defeaters*», es decir, como causas de revocación, permitiendo a los ciudadanos ciertos comportamientos, por ejemplo, la legítima defensa, o prohibiendo determinadas regulaciones a las autoridades, por ejemplo, el establecimiento de penas crueles. Así, para este autor, los conceptos y consideraciones morales, incorporados al Derecho, funcionan como modos habilitados de acceso a las razones que subyacen a nuestras regulaciones, reduciendo así la posibilidad de una aplicación ciega de las reglas; en definitiva, de acuerdo con Moreso (2012: 192), por un lado, «para hacer honor a la certeza del Derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida», pero, por otro lado, la incorporación de pautas morales en los textos constitucionales, también permite «que la aplicación del Derecho sea más respetuosa con los derechos básicos de todos los ciudadanos», lo que, afirma Moreso, no implica un debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución.

IV.3.2.3 El lugar central de la ponderación en la adjudicación constitucional. Entre la ponderación y la subsunción

Otro modo de distinguir a las teorías neoconstitucionalistas, se refiere al papel de la ponderación en la adjudicación constitucional⁵⁶⁴; así, para una versión de esta teoría, dado que los derechos fundamentales establecidos en los textos constitucionales son principios que pueden

⁵⁶² MORESO, 2009: caps. 11 y 12.

⁵⁶³ *Ibidem*: 257 y ss.

⁵⁶⁴ FERRAJOLI, 2012: 41-50.

entrar en conflicto, la ponderación sería el único, novedoso e insustituible tipo de razonamiento para la resolución de este tipo de conflictos; para otra versión del neoconstitucionalismo, sin embargo, esto no necesariamente es así: primero, la ponderación no representa ninguna novedad, pues ésta no es más que una forma de la tradicional «interpretación sistemática»; segundo, la ponderación no es un técnica exclusiva de la interpretación constitucional; tercero, en los conflictos entre principios constitucionales, el uso de la ponderación no sólo es marginal, también se trata de una operación que tiene por objeto «pesar» las «circunstancias de hecho» que justifican la aplicación de las normas o los principios de cada caso; incluso, si los derechos fundamentales son configurados como principios regulativos, su aplicación exige rigurosamente el clásico modelo de la subsunción, no el de la ponderación.

La interpretación y aplicación de los derechos constitucionales es, sin duda, una cuestión compleja⁵⁶⁵. Ésta, en algunos debates contemporáneos, suele enfrentar a dos posiciones: por un lado, quienes teorizan y sugieren el modelo ponderativo; por otro, quienes teorizan y sugieren el modelo subsuntivo. En términos generales, el primero implica que, cuando existe un conflicto entre derechos fundamentales, es posible ponderarlos, al hacer esto, uno de ellos resulta vencedor, conservando su fuerza, mientras que otro pierde su aplicabilidad al caso concreto; el segundo supone que las normas de derechos fundamentales establecen una cierta consecuencia normativa para un caso individual, para tal fin, se trata de mostrar mediante la subsunción que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. Aunque ambas posiciones iluminan aspectos relevantes de la cuestión referida, al parecer, terminan siendo dos extremos irreconciliables.

Este cuadro no es la excepción en el debate de las teorías neoconstitucionalistas, pues, como se mencionó, el antagonismo de

⁵⁶⁵ Para una reconstrucción general de esta cuestión, por ejemplo, véase: COMANDUCCI, 2010: 75-144; GUASTINI, 2011; MORESO, 2014; para una presentación de este tema en el debate sobre el neoconstitucionalismo, véase: ATIENZA, 2006; GARCÍA AMADO, 2007; GARCÍA FIGUEROA, 2009; PRIETO SANCHÍS, 2013; POZZOLO, 1998, 2010.

dichas teorías sobre la ponderación, es evidente. Así, aunque algunos tratan de establecer puntos de encuentro⁵⁶⁶, por ejemplo, concediendo que la ponderación ni es novedosa, ni es exclusiva de la adjudicación constitucional, como tampoco se trata de una técnica distinta de la llamada «interpretación sistemática», siempre que ésta sea debidamente definida, sin embargo, las diferencias subsisten sobre si la ponderación tiene por objeto no normas o principios, sino las «circunstancias de hecho» que justifican la aplicación de las normas y, por otro lado, sobre el mayor grado de discrecionalidad que dicha técnica argumentativa provoca, sobre todo porque el juez constitucional establece el peso de las normas que son objeto de ponderación, mediante un juicio subjetivo de valor.

Aunque estas discrepancias sobre la ponderación muestran que, en efecto, se trata de una cuestión controvertida, sin embargo, la mayoría de autores afirma que dicha técnica –sea entendida como «connotación equitativa» o como «ponderación» o «balance»-, es una herramienta argumentativa que ocupa un lugar central en la adjudicación constitucional.

Asimismo, se ha sugerido que, al ser inevitable la discrecionalidad en la tarea de interpretar y aplicar los textos constitucionales, sobre todo cuando existen conflictos de derechos fundamentales, cualquier propuesta sobre cómo deberían solucionarse racionalmente dichos conflictos, puede ser, en principio, valorada positivamente. A continuación, desarrollaremos dos de estas propuestas vinculadas a la concepción incorporacionista.

a. Dos propuestas para el problema de la adjudicación de derechos fundamentales: el modelo «especificacionista» y el «equilibrio reflexivo ampliado» de Moreso y la «Community's Constitutional Morality» de Waluchow

Entre las distintas maneras de representar y de resolver los conflictos constitucionales, José Juan Moreso (2009: 257 y ss.) ha sugerido una

⁵⁶⁶ Especialmente, MORESO, 2012; PINO, 2012; PRIETO SANCHÍS, 2012.

posición que se encuentra a mitad de camino entre el enfoque subsuntivo y el enfoque ponderativo; Moreso denomina a esta posición intermedia como modelo «especificacionista» de aplicación de los derechos fundamentales.

Este método, en efecto, intentan ofrecer un modo de concebir la ponderación que la haga compatible con la subsunción y con una limitada generalidad, de modo que no sólo la reconstrucción de las normas iusfundamentales sea coherente con la función que realizan los jueces constitucionales cuando resuelven conflictos entre derechos constitucionales, también se trata de un modelo argumentativo que evita los riesgos implicados en la aplicación de la Constitución: el activismo judicial y el debilitamiento de la certeza del Derecho, pues se ha afirmado que, al realizar dicha actividad, los jueces constitucionales expresan juicios totalmente subjetivos y, como tal, no controlables racionalmente, sin embargo, este modelo intermedio implica no considerar que la evaluación de la aplicabilidad de los principios sea una tarea plenamente subjetiva y que tampoco se trate de un mecanismo sin control racional.

El enfoque especificacionista de Moreso (2009: 267 y ss.) consiste, sustancialmente, en reducir el alcance de los principios, pero conservar su fuerza. Así, frente a otros modelos⁵⁶⁷, el método de Moreso implica considerar a la ponderación como un paso previo a la subsunción; esto es, la ponderación es la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios –pautas con las condiciones de aplicación abiertas- a reglas –pautas con las condiciones de aplicación clausuradas-, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado.

Para Moreso, el método especificacionista tiene cinco etapas⁵⁶⁸; éstas las explica mediante el «caso *Titanio*»⁵⁶⁹ -que es un caso de colisión entre

⁵⁶⁷ Moreso (2009: 268 y ss.) se refiere y analiza críticamente tanto el modelo «proporcionalista» de Alexy (1997), como el enfoque escéptico de Guastini (2011).

⁵⁶⁸ Para una presentación más completa, véase: MORESO, 2009: 302-305.

⁵⁶⁹ Éste, como se sabe, es un caso que, al menos, en el mundo hispano hablante, ha hecho famoso Robert Alexy (2005, 2007).

la libertad de expresión y el derecho al honor-: en primer lugar, se delimita el problema normativo; esto permite hacer el problema normativo manejable, pues sólo se refieren un conjunto delimitado de acciones humanas, no al conjunto de todas las acciones humanas posibles; así, en el caso *Titanic*, el universo del discurso podría ser el siguiente: acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas; en segundo lugar, se identifican las pautas *prima facie* aplicables a este ámbito de acciones; de modo que, para el caso referido, se señala el principio que establece la libertad de expresión e información y el principio que protege el derecho al honor de las personas; en tercer lugar, se considera la determinación de casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del ámbito normativo previamente establecido en la primera etapa, los casos paradigmáticos –afirma Moreso- tienen la función de constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles: sólo son admisibles aquellas reconstrucciones que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente; como ejemplo para el caso referido, Moreso nos propone dos casos: 1) publicar una noticia falsa, sin comprobación alguna de su veracidad de que X está implicado en una trama de prostitución infantil, en este caso, de acuerdo con el autor citado, la libertad de información cede ante el derecho al honor; y 2) publicar la noticia verdadera de que, por ejemplo, un funcionario público ha cobrado indebidamente una cantidad de dinero, en este caso, según siempre Moreso, la libertad de información desplaza al derecho al honor; en cuarto lugar, se establecen las propiedades *relevantes* de ese universo del discurso, puesto que con esto se plantean posibles soluciones normativas; así, en el caso ejemplificado, serían relevantes las propiedades siguientes: por un lado, la relevancia pública de la noticia, que la noticia sea veraz, o, si es falsa, cuando menos diligentemente contrastada, y que la noticia no sea injuriosa; finalmente, la última etapa, consiste en la formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso; por esta razón, obtendríamos dos reglas indiscutidas: 1) las informaciones de relevancia pública, veraces y no injuriosas están permitidas; y 2) las informaciones que no son de relevancia pública o carecen de veracidad o son injuriosas están prohibidas y, en el caso que se produzcan, generan un derecho a ser

indemnizado. De acuerdo con Moreso, al final, como puede verse, estas reglas se aplican de modo subsuntivo, lo que permite hacer compatible la ponderación con la subsunción y, sobre todo, controlar racionalmente la aplicación del Derecho.

Es verdad que el modelo especificacionista de Moreso ha recibido críticas que señalan una falta de coherencia interna⁵⁷⁰ y una reducida capacidad explicativa de la realidad⁵⁷¹; ahora, es importante señalar que, el modelo moresiano, es un intento de reducir un espacio inevitable: la discrecionalidad judicial, de modo que éste es un mecanismo de control racional posible.

En este sentido, recientemente, José Juan Moreso (2017) nos ha hecho otra propuesta sobre la interpretación y aplicación de la Constitución, pues entre las prácticas jurídicas de lo que se ha denominado «cultura del constitucionalismo», existe una práctica controvertida, pero común a dicha cultura, consistente en el uso del derecho extranjero, concretamente, el uso de decisiones judiciales extranjeras, por parte de los jueces cuando aplican e interpretan la Constitución de su propia jurisdicción; en otras palabras, para Moreso (p. 2), existen dudas sobre «si nuestros altos tribunales deben tomar en cuenta, en las decisiones de su jurisdicción, las decisiones tomadas por otros tribunales extranjeros (nacionales o internacionales) en casos de aplicación de la Constitución».

Pues bien, esta cuestión, comúnmente llamada «diálogo judicial»⁵⁷², a juicio de Moreso, aunque puede no presentar un problema, pues la aplicación del derecho extranjero no es extraña en las prácticas constitucionales contemporáneas; sin embargo, sobre estas cuestiones, no sólo no existe acuerdo entre los operadores que las practican, sino más específicamente entre las teorías que las explican y las justifican.

Desde esta perspectiva, Moreso (p. 8) avanza la siguiente hipótesis: «Los tribunales que aplican la Constitución en las democracias

⁵⁷⁰ En relación a esta crítica, véase: CELANO, 2002.

⁵⁷¹ Sobre esta objeción, véase: COMANDUCCI, 2010: 248-249.

⁵⁷² Para una reconstrucción general de este tópico, en el sentido propuesto por Moreso, se puede ver: CANALE, 2015; HALMAI, 2012; sobre la expresión «diálogo judicial», véase: TORRES PÉREZ 2009: 98 y ss; DÍAZ CREGO, 2015.

constitucionales, sean tribunales o cortes supremas, adoptarán decisiones más perspicuas en los casos controvertidos de su jurisdicción si toman en cuenta en su razonamiento las justificaciones ofrecidas por tribunales de otras jurisdicciones, nacionales de otras democracias constitucionales o internacionales».

Esta idea, según Moreso, puede estar fundamentada en dos ideas de Rawls sobre la noción de justificación: por un lado, el método del equilibrio reflexivo; por otro, la idea de la razón pública. De acuerdo con Moreso, con estas ideas, Rawls nos propone un método para justificar nuestras decisiones prácticas. Así, el proceso de la justificación práctica reside, por un lado, en una operación que implique procurar que nuestros principios morales y nuestros juicios considerados, nuestras intuiciones, resulten en un equilibrio reflexivo; pero, además, según Moreso, Rawls precisa ampliar y transitar de un equilibrio reflexivo «estrecho» a un equilibrio reflexivo «amplio», según el cual debemos poner en tela de juicio nuestras intuiciones con los principios de todas las teorías morales razonables y buscar un equilibrio más ambicioso; por otro lado, también para justificar nuestras decisiones prácticas, Moreso refiere la idea rawlsiana de la razón pública, conforme a la cual no se apela a cuestiones controvertidas que fundan nuestros valores políticos, se apela solamente a cuestiones de justicia institucional básica y a lo que Rawls denomina los “elementos constitucionales esenciales (*constitutional essentials*)”, que pueden ser aceptados por diversas concepciones comprensivas.

Después de desarrollar estas ideas, Moreso nos invita a reflexionar sobre su aplicación al diálogo judicial. Concretamente, nos sugiere representar el diálogo judicial como expresión de la razón pública, pero también como un equilibrio reflexivo amplio. Así, el juez constitucional al decidir un caso controvertido puede aplicar no sólo los materiales jurídicos de su jurisdicción, sino también los extranjeros, pues estos pueden iluminar de un modo insospechado alguno de los precedentes domésticos, o puede mostrar que una interpretación minoritaria de un texto constitucional armoniza mejor con otros presupuestos de otras prácticas constitucionales; en definitiva, un equilibrio reflexivo amplio permite mejorar nuestras prácticas constitucionales; pero, sugiere

Moreso, a este diálogo judicial, es necesario incorporar la idea de razón pública, de forma que, en primer lugar, la deliberación compartida entre los tribunales de las democracias constitucionales, esté restringida, precisamente, a estos tribunales, esto implica que sólo las concepciones presupuestas por las democracias constitucionales pueden ser consideradas *razonables* en el sentido rawlsiano –nos recuerda Moreso-, pero, también, en segundo lugar, otra restricción a la doctrina de la razón pública, se refiere a que no todos los presupuesto de un ordenamiento extranjero deben ser admitidos en la deliberación, porque no todos los presupuesto de los sistemas jurídicos nacionales están en condiciones de pasar el filtro de la razón pública.

Por otro lado, también Wil Waluchow, quien, sin duda, es uno de los autores más representativos del *Inclusive Legal Positivism (ILP)*⁵⁷³, nos ha sugerido una forma interesante de comprender y explicar la

⁵⁷³ A Waluchow se le debe una de las articulaciones más sofisticada, extensa y completa de esta versión del positivismo jurídico. Waluchow (2007: 16 y ss.) desarrolló y defendió su positivismo incluyente sobre el positivismo jurídico de Herbert Hart. En su versión del positivismo hartiano, Waluchow afirma la idea de que algunos sistemas jurídicos pueden incluir consideraciones morales como criterios para determinar la existencia, contenido y significado de las leyes válidas; pero, además, sugiere que su versión incluyente tiene una capacidad explicativa relevante, pues ofrece una mejor descripción y explicación de la interpretación y aplicación de los textos constitucionales de las democracias contemporáneas, sobre todo cuando dichos textos incorporan derechos que se refieren a conceptos morales. En este sentido, para Waluchow, algunos rasgos sobresalientes de la práctica constitucional de los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales, además de mostrar que la argumentación moral figura con frecuencia en la adjudicación constitucional, también demuestra que, de modo más relevante, algunos sistemas jurídicos han reconocido explícitamente tests morales, como los derechos fundamentales, para determinar la validez y el contenido del Derecho. Aunque la versión waluchiana del positivismo incluyente, es una de las más conocidas y aceptadas, sin embargo, existen diferentes y variadas expresiones del positivismo jurídico incluyente. Así, otros de sus defensores son Jules Coleman (2001) y Matthew Kramer (2004). En la iusfilosofía del mundo latino, el *ILP* ha sido defendido, principalmente, por José Juan Moreso (2013) y Ángeles Ródenas (2003). Desde sus orígenes, el *ILP* de Waluchow declaró como sus principales oponentes tanto al *Exclusive Legal Positivism* de Joseph Raz como al anti-positivismo de Ronald Dworkin. Sin embargo, más tarde se enfrascó en otros debates con otros autores próximos a las ideas de Raz y Dworkin, pero también debatió con otros positivistas incluyentes como los ya referidos Jules Coleman y Matthew Kramer. En fin, no sin razón, para algunos autores, el debate sobre el positivismo jurídico se ha convertido en uno «escolástico»⁵⁷³ y con escasas, tal vez, nulas, consecuencias prácticas –sobre esta cuestión, véase ETCHEVERRY, 2006: 269-.

interpretación constitucional. En efecto, en una obra dedica a la defensa del constitucionalismo, Waluchow (2009) desarrolla una teoría de la interpretación constitucional basado en la doctrina interpretativa denominada del «árbol vivo», que es un modelo de interpretación desarrollado en la práctica constitucional canadiense, de acuerdo con la cual la Constitución de Canadá es un «árbol vivo capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales», por lo que, siguiendo lo expuesto en el «caso Personas»⁵⁷⁴, afirma: los jueces no están limitados a la «interpretación estrecha y técnica» de los derechos, sino que deben darle a ellos «una interpretación amplia y liberal».

Esta idea del «árbol vivo», sirve a Waluchow (p. 309 y ss.) para desarrollar su teoría de la interpretación. Ésta, básicamente, consiste en negar que los jueces constitucionales privilegien sus juicios morales a la hora de aplicar la Constitución. Así, aunque es verdad que los textos constitucionales incorporan conceptos y consideraciones morales, en estos no se fija una determinada comprensión de los derechos contenidos en ella a perpetuidad, sino que estos derechos y su significado pueden desarrollarse y cambiar en diferentes contextos, en la medida en que los diferentes casos sean debatidos y resueltos. Por esta razón, la metáfora del «árbol vivo», es tan útil para Waluchow.

Más específicamente, Waluchow (p. 322), para dar respuesta a una serie de objeciones que pueden plantear teorías interpretativas como el originalismo o las teorías críticas⁵⁷⁵, desarrolla y defiende la idea de la *Community's Constitutional Morality*, de acuerdo con la cual los jueces constitucionales pueden resolver los casos difíciles que se les presentan acudiendo al «conjunto de normas morales y juicios ponderados propiamente atribuibles a la comunidad en su conjunto como las que representan sus auténticos compromisos, si bien con la siguiente propiedad adicional: están de algún modo vinculadas a sus prácticas y derecho constitucional». Así, el juez constitucional no debe fundamentar su decisión ni en sus convicciones morales, ni en la moral

⁵⁷⁴ WALUCHOW, 2009: 47, 268.

⁵⁷⁵ Para una reconstrucción más detallada de este punto, véase: MORESO, 2012; WALUCHOW, 2009: 108-134; sobre el «originalismo», véase: SCALIA, 1997; LORA, 1998.

de una institución, ni en la moral decretada por Dios, tan sólo debe recurrir a las normas morales que existen en la comunidad.

Entre otras aclaraciones⁵⁷⁶, Waluchow afirma que la *CCM* no consiste en simples «opiniones morales», sino que, siguiendo a Rawls, se refiere a «compromisos morales verdaderos», «profundos» y «razonados». Así, para Waluchow, al aplicar la *CCM*, un juez constitucional no sólo estará respetando los deseos y compromisos *auténticos* de la comunidad, sino que estará de hecho *afirmando el derecho*. Finalmente, según Waluchow, en casos extremos, en donde los jueces no puedan recurrir a la *CCM* para decidir un caso, son ellos los que deben crear las normas de la *CCM*, pero para hacer esto deben justificar sus decisiones considerando no sólo la idea de Rawls de las «razones públicas», también, en estos casos, recientemente, Waluchow (2015) ha sugerido que los jueces pueden emprender esa tarea, pero sin involucrar deliberadamente sus propias convicciones morales⁵⁷⁷.

Con todo, tanto la aplicación del Derecho, en general, como la aplicación de los textos constitucionales, en particular, son cuestiones muy controvertidas, no sólo desde la óptica de la filosofía jurídica, sino también desde otras ramas de la filosofía, especialmente, desde las filosofías política, social y moral, pues se trata de cuestiones cuyas implicaciones se relacionan con los fundamentos del constitucionalismo, ya como ideología o filosofía, ya como sistema o modelo institucional, ya como teoría o concepción.

⁵⁷⁶ La *CCM* ha generado un debate entre STOLJAR, 2009 y O'BRIEN, 2015.

⁵⁷⁷ Específicamente, para Waluchow (2015: 25 y ss), cuando se interpretan textos constitucionales, esta tarea se puede realizar por parte de un juez «sin involucrar deliberadamente sus propias convicciones morales», ya que puede recurrir al «punto de vista de la comunidad democrática y su moral constitucional»; estas tesis, Waluchow las defiende haciendo compatibles tanto la teoría dworkiniana de la interpretación constructiva («*constructive interpretation*») como a la teoría raziana de los enunciados y del razonamiento desde un punto de vista normativamente distanciado («*detached normative statements and reasoning from a point of view*»).

IV.3.3 La cuestión metodológica. Entre la metodología descriptiva y avalorativa y la metodología normativa y valorativa

El enfrentamiento entre las teorías neoconstitucionalistas, también se da en el terreno de la metodología de la teoría del Derecho. Así, es usual contraponer dos teorías neoconstitucionalistas⁵⁷⁸: por un lado, una teoría descriptiva y avalorativa; por otro, una teoría normativa y valorativa.

No es extraño que ésta sea una forma de diferenciar a las teorías neoconstitucionalistas, pues, como hemos visto en este capítulo, la distinción descriptivo-avalorativo y normativo-valorativo, es una forma común de distinguir, en el plano metodológico, a las teorías del Derecho.

En efecto, tradicionalmente, los teóricos del Derecho han concebido su labor considerando esas dos opciones metodológicas. Así, la mayoría de autores positivistas han concebido y desarrollado su labor teórica asumiendo que ésta es descriptiva y libre de valoraciones⁵⁷⁹; mientras que autores no positivistas niegan, primero, que el Derecho pueda sencillamente describirse «como es» y, segundo, que para caracterizarlo adecuadamente no se necesite ofrecer una explicación del objetivo, propósito o función del Derecho en términos de valores, generalmente considerados como morales, a los que el Derecho sirve⁵⁸⁰.

Estas «dos trincheras»⁵⁸¹ metodológicas en la teoría del Derecho, están relacionadas con la «gran división» entre ser y deber ser. En el ámbito jurídico, esta idea se ha representado como una tesis identificativa y/o conceptual y como una tesis metodológica del Derecho⁵⁸², de acuerdo con esto, un teórico del Derecho puede distinguir entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, de modo que puede realizar dos tareas teóricas diferentes: por un lado, describir

⁵⁷⁸ FERRAJOLI, 2012; pero, también, véase: COMANDUCCI, 2009.

⁵⁷⁹ Para una reconstrucción de las posiciones metodológicas de estos autores, véase: DICKSON, 2004, 2006; PRIEL, 2010.

⁵⁸⁰ *Ídem*.

⁵⁸¹ DICKSON, 2006: 10.

⁵⁸² COMANDUCCI, 2010: 61 y ss.

el Derecho «como es»; por otro, explicar el Derecho «como debería ser»; en otras palabras, la distinción entre ser y debe ser, también implica distinguir entre describir y valorar. En definitiva, se han distinguido dos perspectivas metodológicas en la teoría del Derecho, por un lado, quienes afirman que ésta es descriptiva y libre de valoraciones, mientras que otros asumen que es normativa y cargada de valoraciones⁵⁸³.

Esta distinción, como hemos visto, no sólo se ha considerado simplista, también ha sido objetada, básicamente, por tres razones: primero, porque los términos «descriptivo» y «normativo», así como «valorativo» y «avalorativo», son ambiguos; segundo, porque se asume equivocadamente que esas dos posiciones metodológicas son internamente homogéneas y pueden ser definidas con claridad; tercero, porque no necesariamente y en todos los casos existe rivalidad entre una teoría descriptiva y avalorativa y una teoría normativa y valorativa.

A la distinción metodológica de las teorías neoconstitucionalistas, se le podrían hacer las mismas objeciones, ya que no sólo los términos «descriptivo», «normativo», «valorativo» y «avalorativo», son empleados con cierta imprecisión⁵⁸⁴, además, se asume desacertadamente tanto una definición clara y homogénea de esas dos posiciones metodológicas, así como su enfrentamiento constante y necesario.

La cuestión es que, aun aclarando los desaciertos que la distinción descriptivo-avalorativo y normativo-valorativo presenta, es decir, esclareciendo no sólo el significado de los términos implicados, sino también las complejidades que supone caracterizar al problema metodológico en términos binarios y antagónicos, el problema que la

⁵⁸³ DICKSON, 2006.

⁵⁸⁴ Así, por ejemplo, se ha dicho que la teoría jurídica es «normativa» porque «valora positivamente» el proceso que ha implicado la afirmación del Estado constitucional – en este sentido, véase: COMANDUCCI, 2009: 96-; pero también es «normativa» porque es «crítica» de la «práctica jurídica» –según la reconstrucción de GREPPI, 2012: 144-; incluso, sería «normativa» porque se le «prescribe» «denunciar la invalidez de los materiales normativos infraconstitucionales que se oponen a [los valores depositados en la Constitución], prescribiendo a los órganos competentes la anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales, y llenar las lagunas» –ésta es la opinión de COMANDUCCI, 2012: 95, en relación a la concepción de la teoría del Derecho de Luigi Ferrajoli-; la posición de este último autor, en este debate, puede verse en FERRAJOLI, 2012c: 321-328.

distinción referida plantea no desaparece, sigue siendo polémico, pues se trata de uno de los problemas profundos y constantes sobre el que no existe acuerdo entre los teóricos del Derecho: el mejor modo de concebir y desarrollar la teoría del Derecho.

Aunque es verdad que, como afirman algunos autores⁵⁸⁵, en los niveles más profundos de la teoría del Derecho existen severos y omnipresentes desacuerdos, como el referido, de modo que, al parecer, no sólo las discusiones son inagotables, también las posiciones son irreconciliables, esto, sin embargo, no significa que, sobre estas cuestiones, no exista alguna alternativa, ni mucho menos que, entre los dialogantes, exista un mayor entendimiento, de modo que sus diferencias sean menos radicales. Regresaremos sobre este punto.

IV.3.4 Los criterios de éxito. Entre la capacidad explicativa y las consecuencias

Los criterios de éxito de las teorías neoconstitucionalistas, están asociados tanto a su capacidad explicativa, como a sus consecuencias. Estos criterios suelen emplearse para evaluar a las teorías neoconstitucionalistas, de modo que, considerando las debilidades y/o fortalezas teóricas, así como los beneficios y/o riesgos prácticos de las teorías analizadas, se termina declarando, directa o indirectamente, la superioridad de alguna de esas teorías.

Para algunos autores⁵⁸⁶, efectivamente, entre las teorías neoconstitucionalistas existe una teoría de mayor éxito no sólo porque da cuenta, mejor que su oponente, de los rasgos que caracterizan al Estado constitucional, también porque dicha teoría evita algunas consecuencias perniciosas y orienta adecuadamente las prácticas jurídicas desarrolladas en dicho modelo de Estado. Específicamente, se considera que una teoría neoconstitucionalista es superior a otra porque, por un lado, nos ofrece la mejor explicación y descripción tanto de la estructura y del funcionamiento del Estado constitucional, pero, por

⁵⁸⁵ Véase, por ejemplo, BIX, 2012; COMANDUCCI, 2010: 185.

⁵⁸⁶ Especialmente, nos referimos a SALAZAR UGARTE, 2012 y REDONDO, 2012.

otro lado, porque es la mejor guía para orientar la práctica del Derecho, de modo que además de denunciar, criticar y deslegitimar determinadas prácticas consideradas perniciosas o riesgosas, también promueve su reducción mediante la introducción de garantías adecuadas, sea en el ámbito de la legislación, sea en el ámbito de la jurisdicción, incluso en el ámbito teórico, pues a la propia teoría del Derecho se le imponen tareas que debe cumplir con el fin de garantizar la normatividad de la Constitución.

En oposición a lo anterior, otros autores⁵⁸⁷, han argumentado lo siguiente: primero, aunque el criterio de las consecuencias puede ser parte de los criterios de éxito de las teorías del Derecho, particularmente, puede ser un criterio útil para evaluarlas, no obstante, si dicho criterio se emplea para construir una teoría del Derecho, de modo que dicha teoría se edifique sobre la base de sus consecuencias provechosas o beneficiosas en relación a la práctica jurídica, no es un criterio adecuado para las teorías del Derecho –y, por extensión, para las teorías neoconstitucionalistas–, porque éstas además de ser, en ocasiones, irrelevantes para la práctica jurídica⁵⁸⁸, son teorías que centralmente intentan dar cuenta de los fenómenos jurídicos, no pretenden, por tanto, ni criticar, ni evaluar, ni corregir, mucho menos influir sobre dichos fenómenos; segundo, también se ha argumentado críticamente que, si se verifica adecuadamente la satisfacción de los criterios de éxito de las teorías neoconstitucionalistas⁵⁸⁹, la conclusión sobre la teoría más exitosa podría ser otra: o bien la teoría vencida termina como vencedora; o bien ni la teoría vencedora, ni la teoría vencida, son tales, pues existe una tercera teoría superior a éstas; o bien que no existen ni teorías vencidas, ni teorías vencedoras.

Sea como fuere, el debate que surge sobre los criterios de éxito de las teorías neoconstitucionalistas, como puede verse, se refiere, en buena medida, a la forma de concebirlas y, sobre todo, al modo de

⁵⁸⁷ Por ejemplo, COMANDUCCI, 2012; PINO, 2012; GARCÍA FIGUEROA, 2012.

⁵⁸⁸ Sobre esta cuestión, véase: BIX, 2006: 144; RAZ, 2007: 95; *Cfr.* BAYÓN, 2012; SHAPIRO, 2014; FERRAJOLI, 2012c; para quienes, la teoría del Derecho sí tiene relevancia en la aplicación del Derecho.

⁵⁸⁹ En relación a este punto, véase, respectivamente: PINO, 2012; GARCÍA FIGUEROA, 2012; MORESO, 2012.

reconstruir su satisfacción. Ahora bien, estos son problemas muy controvertidos, pues existen distintas formas de representar y de satisfacer los criterios que las teorías neoconstitucionalistas presuponen para ser exitosas. Por ejemplo⁵⁹⁰, el criterio de la capacidad explicativa puede requerir el establecimiento de determinados meta-criterios como el de la conciliencia, la simplicidad, la analogía, la coherencia, entre otros; por su parte⁵⁹¹, el criterio de las consecuencias, además de requerir tanto la determinación de qué consecuencias se producirían con la adopción de una determinada teoría, así como la especificación de qué consecuencias no se producirían con la adopción de dicha teoría, también demandaría establecer si una teoría jurídica puede o no orientar la práctica jurídica.

En este sentido, es importante señalar que, en el debate sobre el neoconstitucionalismo teórico, no existe un tratamiento adecuado sobre los criterios de éxito de las teorías neoconstitucionalistas; tal vez, la escasa atención a estas cuestiones ha derivado en su incompreensión: si observamos que la comparación entre teorías neoconstitucionalistas se realiza con el fin no sólo de distinguirlas, sino más específicamente de evaluarlas sobre la base de su capacidad explicativa, se podrá advertir una visión relativamente ingenua de la satisfacción de este criterio, así como una confusión sobre el tipo de conocimiento esperado al proponer una teoría del Derecho, es decir, se nos ha sugerido que una teoría exitosa del Derecho es tal si nos ofrece la mejor, la correcta o, incluso, la verdadera descripción, interpretación y explicación de su objeto de estudio, de modo que, frente a otras teorías, esta teoría sería juzgada como la más valiosa; la cuestión es que, por un lado, el criterio de la capacidad explicativa exige especificar cómo determinamos si estamos frente a la mejor, la correcta o la verdadera explicación de un fenómeno –algo que, desafortunadamente, no es común encontrar en el debate al que nos estamos refiriendo⁵⁹²–, pero, por otro lado,

⁵⁹⁰ Se puede ver, THAGARD, 1978; LAUDAN, 1984; VAN HOECKE, 2014.

⁵⁹¹ BAYÓN, 2012: 34.

⁵⁹² *Cfr.* FERRAJOLI, 2012c: 311; para quien, en efecto, las teorías neoconstitucionalistas pueden evaluarse por su capacidad explicativa, que, para este autor, implica «dar cuenta de la estructura normativa de las actuales democracias constitucionales y del rol garantista de las constituciones»; más adelante, también Ferrajoli afirma: «Si, en cambio, entendemos por “ideas” a las ideas de la teoría del

representar el trabajo teórico mediante la producción de conocimiento verdadero, es, sin duda, confundir lo que se espera de una teoría del Derecho y de la labor de un teórico jurídico al proponer dicha teoría, pues en estos contextos es realmente difícil desarrollar y proponer una –o, más específicamente, *la-* «teoría verdadera» acerca del Derecho.

Algo similar ocurriría con el criterio de las consecuencias, pues en el debate sobre las teorías neoconstitucionalistas, si bien estas teorías se han evaluado de acuerdo con aquel criterio, sin embargo, no es del todo claro cómo es que se configura dicho criterio, pero sobre todo cómo es que se verifica su satisfacción. Así, aunque para la mayoría de los dialogantes en este debate, es indudable que las teorías neoconstitucionalistas producen alguna consecuencia, de modo que su evaluación también depende de sus consecuencias, no siempre están de acuerdo sobre qué consecuencias se generan con dichas teorías, ni mucho menos sobre si dichas consecuencias efectivamente se verifican. En otras palabras, si bien en el debate sobre el neoconstitucionalismo teórico, se ha rechazado una versión de éste por considerar que conlleva consecuencias perniciosas/perversas/insidiosas/riesgosas, etcétera, tales como la asunción del iusnaturalismo, la aceptación de un constitucionalismo ético, la afirmación del objetivismo moral, el debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución, el rechazo del liberalismo político, el incremento del activismo judicial, entre otros, sin embargo, no sólo se ha puesto en duda la realización efectiva de todas estas consecuencias⁵⁹³, sino que también se ha argumentado de modo tal que dichas consecuencias sean evitadas o, cuando menos, debilitadas⁵⁹⁴.

Con todo, a pesar de su dificultad y de los desacuerdos que plantea, la discusión sobre los criterios de éxito de las teorías

Derecho, debemos admitir que entre ellas y el Derecho existente hay, y debe hacer, la necesaria conexión en virtud de la cual: a) una determinada teoría es tal respecto de su objeto, y es tanto más válida, cuando está dotada de mayor alcance empírico respecto a dicho objeto, e, inevitablemente, b) un determinado objeto requiere una teoría adecuada capaz de explicar sus rasgos distintivos». Aunque estas aclaraciones son útiles para comprender el criterio de la capacidad explicativa, sin embargo, no es claro cómo es que dicho criterio verdaderamente debe satisfacerse.

⁵⁹³ Por ejemplo, PINO, 2012.

⁵⁹⁴ En este sentido, MORESO, 2012.

neoconstitucionalistas saca a la luz una serie de cuestiones que vale la pena puntualizar. En primer lugar, es verdad que, en el mundo latino, las teorías neoconstitucionalistas han tenido un impacto considerable tanto en el ámbito de la teoría del Derecho, como en el ámbito de la práctica jurídica. En segundo lugar, tal vez, por esta razón, algunos autores, tratan de determinar no sólo las diferencias que existen entre esas teorías, sino más específicamente intentan establecer qué teoría es más exitosa. En tercer lugar, al señalar la alternativa entre las teorías neoconstitucionalistas, éstas se evalúan tanto por su capacidad explicativa como por sus consecuencias teóricas y prácticas. En cuarto lugar, si bien estos criterios sirven para evaluar a las teorías del Derecho, no obstante, su uso requiere de ciertas especificaciones, particularmente, se debe clarificar el (o los) modo(s) de caracterizarlo(s) y el (o los) modo(s) de verificar su satisfacción. Sobre esto, diremos algo más.

IV.3.5 El constitucionalismo incorporacionista. Entre el constitucionalismo garantista y el constitucionalismo principialista

En las páginas precedentes, uno de nuestros objetivos ha sido mostrar el espacio que ocupa el constitucionalismo incorporacionista entre las teorías neoconstitucionalistas. Al proponer el rol del incorporacionismo como una teoría neoconstitucionalista, hemos advertido su interés por dar cuenta del Estado constitucional, pero también su pretensión de formular alguna tesis sobre las cuestiones a las que típicamente se refieren las teorías neoconstitucionalistas.

Así, se ha mostrado cómo el constitucionalismo incorporacionista teoriza sobre la relación entre Derecho y moral, la distinción entre reglas y principios y el papel de la ponderación. La interpretación y la explicación de estas cuestiones, por supuesto, es, en algún sentido, diferente a las otras versiones del neoconstitucionalismo teórico: la versión incorporacionista afirma las tesis de la conexión contingente, la distinción débil entre reglas y principios y la importancia de la ponderación en la adjudicación constitucional.

Es importante advertir que este modo específico de interpretar y explicar las tesis típicamente neoconstitucionalistas, presenta algunas implicaciones relevantes en el debate sobre el neoconstitucionalismo teórico: primero, además del constitucionalismo principialista y del constitucionalismo garantista, es posible caracterizar otra forma del neoconstitucionalismo teórico⁵⁹⁵; segundo, una adecuada distinción de las teorías neoconstitucionalistas, supone considerar esta tercera concepción neoconstitucionalista⁵⁹⁶; tercero, la posibilidad de que el constitucionalismo incorporacionista, sea considerado como una teoría jurídica consistente y atractiva, hace que la comparación y, sobre todo, la evaluación de las teorías neoconstitucionalistas, sea una cuestión aún más compleja, pues ahora el incorporacionismo se suma a la competencia de ofrecernos una mejor descripción y explicación del Estado constitucional.

De hecho, si, como sugiere José Juan Moreso (2012), al constitucionalismo incorporacionista se le configura como una especie del género «positivismo jurídico incluyente», éste, no sólo para Moreso, sino también para otros autores, es, sin duda, una teoría mucho mejor calificada para dar cuenta de los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales. Entre las razones que sustentan esta afirmación, se puede señalar el modelo metateórico o metodológico presupuesto y desarrollado en la versión del positivismo incluyente de Wil Waluchow (2007); de acuerdo con este autor, el *Inclusive Legal Positivism (ILP)* es una teoría del Derecho que presenta ventajas descriptivas y explicativas superiores a otras concepciones jurídicas. Concretamente, para Waluchow, el *ILP* es una mejor teoría descriptiva-explicativa del Derecho, pues da cuenta, mejor que sus rivales, del uso de argumentos morales que en ocasiones en la adjudicación constitucional determinan la existencia, contenido y significado del Derecho.

⁵⁹⁵ Cfr. GARCÍA FIGUEROA, 2012; para quien, en efecto, existe una tercera posibilidad, pero no es la incorporacionista, pues, de acuerdo con este autor, el «neoconstitucionalismo» es un «paradigma» que demanda la ruptura con modelos iuspositivistas y iusnaturalistas, algo que, como se ha mencionado, no pretende el constitucionalismo incorporacionista

⁵⁹⁶ Al respecto, adviértase el reclamo hecho por BARBERIS, 2012: 87 a FERRAJOLI, 2012a, por no considerar esta tercera opción en su caracterización del neoconstitucionalismo teórico.

Ahora, aunque es verdad que, para algunos autores⁵⁹⁷, tanto desde un punto de vista metateórico como desde una perspectiva específicamente teórica, el *ILP* puede ser declarado como la mejor teoría del Derecho del Estado constitucional, puesto que, por un lado, no sólo presupone y desarrolla, sino que también satisface adecuadamente algunos criterios de éxito como la simplicidad⁵⁹⁸, la adecuación⁵⁹⁹, la conciliación⁶⁰⁰ y,

⁵⁹⁷ Entre otros, véase: COMANDUCCI, 2009: 100; BARBERIS, 2015: 473; MORESO, 2013; LUQUE, 2014: 32.

⁵⁹⁸ De acuerdo con Waluchow (2007: 157-180), el *ILP* es superior a otras teorías jurídicas por describir de forma «simple» y no «distorsionada» las prácticas constitucionales de las democracias constitucionales; específicamente, el *ILP* escapa «de una representación distorsionada del modo en que las Constituciones son entendidas, interpretadas y aplicadas», el positivismo incluyente, por el contrario, nos ofrece «una mejor explicación teórica de los casos constitucionales», por ejemplo, afirma el autor citado, «al determinar el estatus constitucional de las leyes en Canadá, los tribunales deben a menudo considerar sus “méritos morales”. Sea para bien o para mal, en Canadá la existencia del Derecho no es algo completamente distinto de su mérito o demérito. Ambas cosas han sido unidas por la regla de reconocimiento de Canadá y la Carta que ésta valida». Aunque es verdad que el denominado «argumento del contraste con la práctica» (véase, BAYÓN, 2002: 57), es una cuestión controvertida, sin embargo, es importante advertir que Waluchow lo emplea como una forma de mostrar la viabilidad de su metodología: descriptiva-explicativa e «impura», es decir, una teoría que describe y explica adecuadamente algunos rasgos sobresalientes de las prácticas jurídicas constitucionales.

⁵⁹⁹ Considerando las críticas metodológicas de Dworkin al iuspositivismo – básicamente, que su labor descriptiva y moralmente neutral no sólo es deficiente, sino que el resultado de esa labor es erróneo (para una reconstrucción de esta crítica, véase: VEGA GÓMEZ, 2014: cap. 2)-, Waluchow afirma, primero, que una teoría descriptiva-explicativa no está libre de valoraciones: los valores tienen un papel muy importante tanto en la construcción como en la evaluación de teorías jurídicas; pero, de acuerdo con este autor, es importante distinguir entre (1) consideraciones valorativas metateóricas y consideraciones valorativas morales; las primeras se refieren a criterios valorativos como la simplicidad, la claridad, la coherencia, etcétera; las segundas se refieren a la evaluación moral o justificativa del Derecho; en definitiva, la metodología del *ILP* de Waluchow afirma que es posible describir y explicar los elementos morales que se han incorporado al Derecho a través de las prácticas jurídicas, sin que ello signifique ofrecer una justificación moral de esas prácticas; en palabras de Waluchow (2007: 37): «Descubrir que vale la pena destacar ciertos elementos de la práctica jurídica porque son moralmente relevantes en modo alguno compromete a decir que éstos son elementos en virtud de los cuales la práctica está en realidad moralmente justificada (o no justificada). [...] En resumen, puede verse la relevancia moral sin asumir un compromiso moral».

⁶⁰⁰ Un rasgo relevante de la metodología del *ILP* de Waluchow, se refiere a su «tesis de la compatibilidad», de acuerdo con la cual es posible conciliar de manera consistente teorías jurídicas rivales; para el caso del *ILP*, Waluchow (2007: 156) afirma: «el positivismo incluyente combina virtudes del positivismo excluyente con aquellos

sobre todo, la confiabilidad del conocimiento que nos ofrece⁶⁰¹; sino que, por otro lado, también, describe y explica adecuadamente el Derecho contemporáneo, ya que, se afirma, parece contingente que los ordenamientos jurídicos de nuestros días contienen disposiciones cuya interpretación y aplicación requieren consideraciones morales sustantivas.

Sin embargo, como ha destacada Brian Bix (2012), uno de los autores que mejor ha comprendido el problema metateórico o metodológico de la teoría del Derecho, dada la multiplicidad de aspectos y propósitos en el Derecho, «tal vez nunca se pueda encontrar la mejor teoría o la teoría correcta», pues las distintas teorías jurídicas capturan verdades básicas del Derecho, de modo que identificar una única teoría del Derecho que prevalezca sobre todas las otras, es una labor difícil, cuando no imposible.

Pero, si bien ésta es una conclusión razonablemente compartida entre quienes discuten estos temas, ya que se ha aceptado que debatir no sólo sobre la verdad o la falsedad de las teorías jurídicas, sino también sobre si existe la mejor teoría del Derecho, no siempre son discusiones útiles para el progreso del conocimiento jurídico, sin embargo, esto no es impedimento para que, desde una perspectiva metateórica, se sugiera

puntos de vista rivales como la teoría de la integridad de Dworkin». Una de las estrategias que Waluchow desarrolla para estos fines, es mostrar los argumentos que, por un lado, Hart ofrece para preferir el positivismo jurídico sobre el derecho natural, pero, por otro, también expone y objeta los argumentos de Raz para elegir al positivismo excluyente sobre el positivismo incluyente; de este análisis, Waluchow concede que teorías jurídicas como las de Hart, Raz y Dworkin nos explican aspectos relevantes de la práctica jurídica, sin embargo, algunas de sus explicaciones o bien son defectuosas, o bien son consistentes con el *ILP*; de modo que, la «mayor virtud» del *ILP*, es no sólo su «amplitud de alcance», sino también la combinación y compatibilidad que realiza de teorías rivales.

⁶⁰¹ De acuerdo con Waluchow (2007: 155), el potencial explicativo de su teoría jurídica, radica en dar cuenta de «un hecho obvio» y «generalmente aceptado»: «que los tests morales para la validez y contenido de las leyes han sido explícitamente reconocidos en algunos sistemas jurídicos»; así, la superioridad del *ILP* radica en explicar y describir esta realidad obvia y generalmente aceptada. Ahora, a pesar de que, para algunos autores (véase, COLEMAN, 2001: 109; especialmente: SHAPIRO, 2009; ORUNESU, 2012: 220-222), ésta es la razón más débil para preferir al *ILP*, efectivamente, pocos autores, dudan de la precisión y la adecuación que nos ofrece el positivismo incluyente al describir y explicar un «hecho obvio» y «generalmente aceptado» como lo es la incorporación de la moralidad al Derecho.

hacer de una teoría lo que mejor pueda ser; así, por ejemplo, el propio Brian Bix (2012) nos ha propuesto la tesis de la complementariedad de las teorías jurídicas; por su parte, José Juan Moreso (2013) ha sugerido la tesis de la compatibilidad que toda teoría debe pretender en relación al Derecho; esto es, dado que, para estos autores, el Derecho parece ser una combinación de lo inmutable y de lo contingente, de institución social y razonamiento práctico, de voluntad política y elaboración razonada, entonces, para Bix, las teorías jurídicas pueden ser teorías «complementarias», puesto que, mientras algunas teorías avanzan en la explicación sobre la naturaleza del Derecho, otras nos explican otros aspectos relevantes del fenómeno jurídico; a su vez, para Moreso, la compatibilidad de los aspectos tanto sustantivos como procedimentales del Derecho, debe ser una tarea que toda teoría jurídica debe pretender capturar y explicar adecuadamente, pues al dar cuenta de dichos aspectos, pese a estar en tensión, permite un gran avance en la comprensión del Derecho.

Aunque estas actitudes conciliadoras se pueden observar en el constitucionalismo incorporacionista, sin embargo, es una cuestión controvertida afirmar que, pese a sus ventajas teóricas y metateóricas, dicha concepción, es una teoría mejor que sus rivales, pues, como ha quedado claro, no existe acuerdo sobre cuál es la mejor teoría neoconstitucionalista. Tal vez, las diferencias sobre estas cuestiones no desaparezcan. No obstante, es cierto que, en la cultura jurídica del mundo latino, el debate sobre el neoconstitucionalismo teórico ha supuesto una reflexión útil no sólo sobre el modo de concebir y desarrollar la teoría jurídica, sino también sobre el papel que ésta debe desempeñar en relación a la práctica jurídica. En este sentido, si bien la relevancia pragmática de las teorías jurídicas también es una cuestión controvertida, sin embargo, no se puede negar que las teorías neoconstitucionalistas intentan no sólo describir y explicar, sino que, también, pretenden sugerir un modo de mejorar determinadas prácticas del Estado constitucional. Especialmente, como hemos visto, las teorías neoconstitucionalistas intentan reconstruir algunas prácticas relativas a la interpretación y aplicación de los textos constitucionales, pero también pretende, de algún modo, orientar y mejorar dichas prácticas.

Para finalizar, en las páginas siguientes, analizaremos algunos casos relevantes de la práctica constitucional mexicana; nos interesará mostrar el modo en el que el constitucionalismo incorporacionista da cuenta de la práctica constitucional mexicana; será interesante observar cómo las tesis afirmadas por esta tercera concepción del neoconstitucionalismo teórico se relacionan con los rasgos que caracterizan el funcionamiento del constitucionalismo mexicano.

IV.3.5.1 El constitucionalismo incorporacionista y la práctica constitucional mexicana

a. La tesis de la incorporación: tres casos constitucionales

Como se recordará, la tesis de la incorporación, de acuerdo con José Juan Moreso (2013: 38), puede formularse de este modo: «Cuando las fuentes del Derecho (la Constitución, las leyes, los precedentes judiciales, por ejemplo) incluyen conceptos y consideraciones morales, lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral». A continuación, intentaremos mostrar la relación de la TI y la práctica constitucional mexicana; valiéndonos de algunos casos relevantes de la Suprema Corte de Justicia mexicana, analizaremos la relevancia de la TI para explicar el hecho de que, en ocasiones, las prácticas jurídicas apelan a argumentos morales para determinar el contenido del Derecho, tal como sostiene la TI.

a.1 El “caso Cassez”

El 23 de enero de 2013, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia mexicana resolvió por mayoría de votos conceder un amparo y con ello la libertad inmediata a la ciudadana francesa Florence Cassez por considerar que no gozó de un debido proceso ni de un juicio justo⁶⁰². En diciembre de 2005, la señora Cassez fue detenida y exhibida en

⁶⁰² Amparo en revisión 517/2011.

televisión como secuestradora. A partir de un montaje televisivo, y antes de que fuera juzgada, Florence fue señalada como culpable de varios delitos, pero el principal era el de secuestro de al menos tres personas.

En la sentencia de primera instancia, Cassez fue condenada a 96 años de prisión por los delitos de privación de la libertad y por posesión y portación de armas prohibidas; esta sentencia posteriormente fue recurrida, al resolver el recurso de apelación, la segunda instancia determinó modificar la condena de Cassez, pues ésta se redujo a 60 años de prisión; inconforme con esta decisión, Florence solicitó un amparo que fue resuelto en su contra; finalmente, tras más de siete años en prisión, la Suprema Corte conoció el día 7 de marzo de 2011 de un escrito de Cassez solicitando la revisión de la sentencia de amparo referida.

Después de una primera discusión en la que no hubo acuerdo entre los jueces constitucionales, el 23 de enero de 2013, la Primera Sala de la Suprema Corte, discutió y resolvió conceder la libertad de Cassez; la resolución se justifica en la violación grave de tres derechos humanos: 1) la asistencia consular; 2) la puesta a disposición inmediata del detenido ante las autoridades correspondientes y 3) la presunción de inocencia; un punto esencial de la resolución, se refiere a la escenificación o montaje televisivo organizado por las autoridades con el objetivo de transmitir hechos ajenos a la realidad, lo que generó un «efecto corruptor» en todo el proceso, de tal manera que se afectó el derecho fundamental del debido proceso.

Para su resolución, los jueces constitucionales acudieron al «contenido esencial» o el «núcleo fundamental» de los derechos y garantías involucrados en el caso analizado⁶⁰³; así, interpretaron y

⁶⁰³ En algunos puntos de su resolución, se pueden leer frases como las siguientes: «En definitiva, el núcleo fundamental del derecho a la defensa adecuada de un extranjero es preciso ubicarlo, no sólo en la modalidad de la designación de un perito en Derecho, sino en la efectividad de la defensa» (p. 93). «Una vez que se ha desarrollado el contenido esencial del derecho fundamental a la notificación, contacto y asistencia consular, es necesario analizar el derecho fundamental del detenido a ser puesto a disposición inmediata ante el Ministerio Público, a fin de contar con los elementos necesarios para determinar si, efectivamente, se actualiza la violación de esos derechos en el caso concreto» (p. 95).

argumentaron no sólo las disposiciones constitucionales mexicanas que contienen esos derechos y garantías, sino que también analizaron diversos instrumentos internacionales con el mismo fin.

El caso Cassez ha sido uno de los más relevantes para la justicia mexicana en los últimos años. Es un caso emblemático no sólo desde una perspectiva jurídica, también lo fue desde una lectura política, mediática e internacional. Desde el punto de vista jurídico, este caso derivó en algunos criterios jurisprudenciales que han impactado en todo el ordenamiento jurídico del país⁶⁰⁴.

a.2 El “caso ABC”

El 05 de junio de 2009, en la ciudad de Hermosillo, Sonora, alrededor de las 14:40 horas, se registró un incendio en las instalaciones de la guardería infantil denominada «Guardería ABC, S. C.». En estos hechos, 49 menores perdieron la vida y 106 resultaron heridos, todos de entre cinco meses y cinco años de edad. El 06 de agosto de 2009, la Suprema Corte de Justicia mexicana determinó, por mayoría de votos, con fundamento en el artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución mexicana⁶⁰⁵, investigar los hechos ocurridos en la Guardería ABC⁶⁰⁶. Finalmente, el día 14 de junio de 2010 fue presentado un proyecto de resolución, el cual fue analizado y discutido durante seis sesiones.

⁶⁰⁴ En uno de estos criterios, se puede leer lo siguiente: «A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la vulneración de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal puede provocar, en determinados supuestos, la invalidez de todo el proceso, así como de sus resultados, lo cual imposibilitará al juez para pronunciarse sobre la responsabilidad penal de una persona» EFECTO CORRUPTOR PROCESO PENAL. CONDICIONES PARA SU ACTUALIZACIÓN Y ALCANCES (Registro IUS: 2003563).

⁶⁰⁵ El artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución mexicana establecía lo siguiente: «La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún juez de distrito o magistrados de circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las cámaras del Congreso de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. [...]». Mediante decreto de 10 de junio de 2011, se eliminó esta facultad constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México.

⁶⁰⁶ Facultad de Investigación 1/2009.

Básicamente, en su resolución la Suprema Corte resolvió dos cuestiones: primero, se confirmó una violación grave de los siguientes derechos fundamentales: 1) de los niños y su interés superior, 2) del derecho a la integridad física, 3) del derecho a la protección de la vida, 4) del derecho a la seguridad social, y 5) del derecho a la salud; segundo, se señaló la vinculación de algunas autoridades en relación a la vulneración de estos derechos fundamentales.

En los últimos años, éste ha sido uno de los casos más relevantes que ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de México. Entorno a este caso se debatieron⁶⁰⁷ (y se siguen debatiendo⁶⁰⁸) distintos temas. Un aspecto llamativo de esta decisión constitucional, se refiere a los argumentos empleados por los jueces constitucionales durante las sesiones en las que se discutió este asunto; así, se citaron a distintos teóricos del Derecho; fue citado Tomás de Aquino, Cicerón, Luis Recasens Siches, Carlos Santiago Nino, Robert Alexy, Ronald Dworkin, entre otros. Por ejemplo, Robert Alexy fue citado de la forma siguiente: «Esta distinción [aquí el juez constitucional se refiere a una distinción entre, por un lado, principios de «moral laica o pública»⁶⁰⁹ y, por otro,

⁶⁰⁷ En el ámbito jurisdiccional, se debatieron cuatro cuestiones: 1) la naturaleza de la facultad de investigación consagrada en el artículo 97, párrafo segundo; 2) la suficiencia de la investigación realizada por integrantes del Poder Judicial de la Federación; 3) los hechos que motivaron la facultad de investigación; 4) el estado general del sistema de guarderías; 5) un supuesto desorden generalizado en el sistema de guarderías; 6) la violación grave de derechos fundamentales, así como la determinación de autoridades involucradas. En el ámbito de la opinión pública, se discutieron temas como: 1) el Estado de Derecho en México; 2) el papel de la Suprema Corte mexicana en un Estado constitucional y democrático de Derecho; 3) la responsabilidad de los servidores públicos, entre otros. En el ámbito académico, se analizó fundamentalmente: 1) la naturaleza de la interpretación constitucional; 2) la naturaleza de la Suprema Corte como intérprete de la Constitución; 3) la ponderación de principios y valores constitucionales aparentemente en pugna, por ejemplo, el debido proceso y el acceso a la justicia; 4) la eliminación de la facultad de investigación establecida en el artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución, entre otros.

⁶⁰⁸ Actualmente, en relación al caso ABC, se siguen discutiendo cuestiones como: 1) el origen del incendio; 2) las sentencias a los implicados en este acontecimiento; 3) la exoneración de altos funcionarios involucrados; 4) la eficacia de una ley publicada para mejorar «la prestación de servicios para la atención, cuidado y desarrollo integral infantil».

⁶⁰⁹ De acuerdo con este juez constitucional, estos son «principios que han sido juridificados, a través de su incorporación al texto constitucional». Puede verse la versión taquigráfica de la sesión de la Suprema Corte, celebrada el 15 de junio de 2010,

principios de «moral privada o religiosa»⁶¹⁰] ha sido recogida por un gran número de teóricos del derecho, en este momento me gustaría recordar las palabras de Robert Alex[y] al momento de señalar que, cito: “la vigencia de las normas de derechos fundamentales significa que el sistema jurídico es un sistema abierto frente a la moral, esto se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos *ius* fundamentales materiales: los de dignidad, libertad e igualdad, éstos son al mismo tiempo conceptos básicos de la filosofía práctica, con ellos han sido incorporados a la Constitución y así al derecho positivo los principios más importantes del derecho racional moderno”; consecuentemente, esto no es ajeno a la función de un tribunal, al contrario»⁶¹¹.

Incluso, algunos jueces constitucionales, en este caso, estimaron que la Constitución tiene un contenido moral, de modo que la interpretación y aplicación de los valores y principios constitucionales demandan directamente un razonamiento de tipo moral. Por supuesto, en oposición a estos razonamientos, otros de los dialogantes, argumentaron que, pese a que las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales están vinculadas con valores o principios éticos o morales, esto no significaba que los razonamientos jurídicos sean de esa naturaleza, pues éstos, más bien, deben fundamentarse en juicios jurídicos sustentados en el marco constitucional mexicano.

a.3 El matrimonio entre personas del mismo sexo

La Suprema Corte mexicana se ha pronunciado en distintos momentos sobre la constitucionalidad del requisito que impide el matrimonio entre personas del mismo sexo. En una de sus últimas resoluciones sobre este tema⁶¹², determinó declarar la invalidez del artículo 300 del Código Civil para el Estado de Puebla, que disponía: «no pueden contraer

páginas 8-10, en el siguiente enlace: https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/jun5.pdf.

⁶¹⁰ Conforme a este juez, estos pueden ser «un camino para alcanzar la autonomía o la independencia moral, un proyecto de salvación, o de realización de la condición humana desde una concepción del bien, la virtud o la felicidad» *Ídem*.

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 9.

⁶¹² Acción de inconstitucionalidad 29/2016.

matrimonio el hombre y la mujer antes de cumplir dieciocho años de edad»; de acuerdo con la corte mexicana, esta disposición legal es contraria a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación.

La justicia constitucional mexicana inició estos debates en el año 2010 declarando la constitucionalidad de algunas disposiciones legales civiles del entonces Distrito Federal (ahora, Ciudad de México)⁶¹³, pero después se ha pronunciado en otros casos, como los amparos 567/2012 y 457/2012; en todos estos casos, la Suprema Corte al interpretar derechos constitucionales como la igualdad, la libertad, la autonomía personal, la no discriminación y la protección de la familia, ha declarado, según el caso, la inconstitucionalidad de aquellas disposiciones legales que impiden el acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo.

Pues bien, más allá de los aspectos técnico-jurídicos de los casos analizados⁶¹⁴ e independientemente de la posición que se adopte en

⁶¹³ Uno de los artículos analizados fue el 146 del Código Civil; este artículo antes de su reforma disponía: «Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respecto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige»; después de la reforma, se puede leer así: «Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respecto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código»

⁶¹⁴ Particularmente, del caso Cassez, paradójicamente, se alegó la afectación del «debido proceso», pues el tipo de amparo a través del cual la Corte mexicana le dio respuesta tiene reglas procesales y técnicas definidas con precisión, de modo que los efectos de dicha resolución no eran los que estimó la Corte, es decir, dado que el caso Cassez se trató de un amparo directo en revisión y no de un amparo directo, entonces, la Corte no sólo actuó de manera excepcional, incluso no respetó las reglas procesales constitucionales del juicio de amparo; asimismo, de ese caso, también se cuestionó los efectos que se derivaron de la figura «efecto corruptor», pues con éste se generó la invalidez de todo el proceso, siendo que, en opinión del juez que se apartó de la mayoría, esto no debió ser así. Por su parte, en relación al caso ABC, si bien la facultad constitucional a través de la cual el máximo tribunal mexicano decidió dicho caso ya no forma parte de sus competencias, sin embargo, en su momento fue considerado como *sui generis*, por ser verdaderamente excepcional en la tarea realizada por los Tribunales Constitucionales, así como por el hecho de que dicha «facultad de investigación» no era propiamente jurisdiccional, ni tenía efectos vinculantes, pues sólo consistía en un señalamiento de carácter ético o político hacia las personas o autoridades que se consideraban involucradas (o responsables).

relación a dichos casos, lo importante es observar que la TI es una tesis apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que las fuentes jurídicas constitucionales, legales y jurisprudenciales mexicanas acuden usualmente al lenguaje de la moralidad. En efecto, como puede verse, en los tres casos expuestos, los jueces constitucionales mexicanos al interpretar y aplicar conceptos valorativos como debido proceso, igualdad, derechos humanos de los niños, etcétera, recurren y emplean argumentos de la moralidad para determinar su contenido.

b. El no debilitamiento de la normatividad de la Constitución

Tal como en su momento se expuso, para algunos autores, la configuración de los derechos fundamentales como principios morales no necesariamente conlleva un debilitamiento normativo de dichos derechos, pues estos pueden tener un afianzamiento normativo también a través de la interpretación y aplicación por parte de los tribunales.

Asimismo, se argumentó sobre la configuración de los derechos constitucionales como pautas morales que funcionan a menudo como *«defeaters»*, esto es, como modos habilitados de acceso a las razones que subyacen a nuestras regulaciones, reduciendo así la posibilidad de una aplicación ciega de las reglas. Veamos estos extremos a través de dos casos.

b.1 El caso “Pabellón 13”

El 15 de octubre de 2014, por mayoría de votos, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia mexicana⁶¹⁵, determinó conceder un amparo a favor de tres pacientes del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER) “Ismael Cossío Villegas”, que es el instituto mexicano que atiende la mayor cantidad de pacientes que viven con VIH/SIDA; de acuerdo con los jueces constitucionales, a los quejosos

⁶¹⁵ Amparo en revisión 378/2014.

se les violó el derecho «al nivel más alto posible de salud» contenido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶¹⁶, así como el «derecho a la salud» establecido en el artículo 4 de la Constitución mexicana⁶¹⁷; asimismo, la Corte mexicana en su resolución ordenó que las autoridades mexicanas consideren qué medida resulta más adecuada para brindar a los quejosos un tratamiento médico apropiado a su padecimiento, ya sea mediante la remodelación del Pabellón 4, en donde eran tratados, o bien mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario.

De hecho, la cancelación del Pabellón 13, un nuevo hospital para atender adecuadamente a las personas que viven con VIH/SIDA, por parte del INER, fue uno de los motivos por los cuales los quejosos acudieron ante las instancias jurisdiccionales mexicanas. Por su parte, las autoridades de salud, aceptaron que dicho pabellón era necesario, pues, como es sabido, en estados avanzados de la enfermedad, el sistema inmunológico de los pacientes de VIH/SIDA, se ve muy deteriorado, de modo que su atención requiere la contención de agentes infecciosos y de bioseguridad, en definitiva, requiere de una unidad hospitalaria adecuada. Sin embargo, de manera injustificada, el proyecto del Pabellón 13 quedó, en su momento, suspendido.

Para los jueces constitucionales mexicanos, la omisión en llevar a fin la ejecución del proyecto del Pabellón 13, lesiona los derechos humanos citados, de modo que, con su resolución, obligaron a las autoridades responsables a respetar y garantizar los derechos de los quejosos; especialmente, la Corte mexicana obligó al Estado mexicano a cumplir sus compromisos internacionales en relación al derecho al nivel más alto posible de salud, de ahí que, también estimó la Corte, no basta la simple afirmación de la limitación presupuestaria para no cumplir dichos compromisos, en todo caso, el Estado deberá acreditar que ha realizado

⁶¹⁶ Artículo 12: «1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental».

⁶¹⁷ Artículo 4: «(...) Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta constitución».

todos los esfuerzos posibles para utilizar hasta el máximo los recursos con que dispone para alcanzar ese objetivo.

b.2 El autoconsumo de la marihuana

El 4 de noviembre de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte mexicana, resolvió amparar a algunos miembros de la asociación civil “Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerable A.C.” (SMART) para que se les otorgase autorización para el consumo personal de marihuana, lo anterior con fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁶¹⁸.

En su momento, los miembros de la referida asociación solicitaron ante las instancias administrativas mexicanas una autorización para consumir marihuana de forma regular y personal, con fines lúdicos o recreativos, así como realizar las actividades correlativas al autoconsumo (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer, transportar y en general todo acto relativo al consumo lúdico y personal de marihuana); esta solicitud, sin embargo, les fue negada. Después de agotar las instancias correspondientes, acudieron ante la Suprema Corte mexicana, la que resolvió declarando la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley General de Salud, por ser contrarios al derecho humano referido.

En su argumentación, la Corte estimó que, efectivamente, el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, permite que las personas mayores de edad decidan sin interferencia alguna qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, al tiempo que también permite llevar a cabo todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar esa elección, lo que, sin embargo, no significa que tal derecho no pueda ser limitado con la finalidad de perseguir objetivos protegidos por la Constitución mexicana, como la salud o el orden público. Sin embargo, en el caso analizado, los jueces constitucionales mexicanos admitieron que la prohibición absoluta del autoconsumo de la marihuana es inconstitucional.

⁶¹⁸ Amparo en revisión 237/2014.

Finalmente, la resolución enfatiza que, si bien los daños por el consumo que puede ocasionar la marihuana no deben ser minimizados, sin embargo, se entendió que la decisión sobre su uso sólo le corresponde tomarla a cada individuo; así, la posibilidad de decidir responsablemente si se desea experimentar los efectos de esas sustancia a pesar de los daños que esta actividad puede generar en una persona, pertenece al estricto ámbito de la autonomía individual protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Como puede verse, en algunos casos, la configuración de los principios constitucionales que establecen derechos fundamentales como pautas morales, no necesariamente implican un debilitamiento de su fuerza normativa; particularmente, en el caso del Pabellón 13, gracias a la actividad interpretativa de los jueces constitucionales mexicanos, se posibilitó que un derecho humano como el derecho a la salud adquiriera plena fuerza normativa. Es verdad que, como se ha argumentado, esto implica un mayor protagonismo judicial, lo que conlleva problemas de legitimidad y de discrecionalidad judicial, pero también lo es que, en algunos casos, esto resulta, en alguna medida, necesario para respetar y asegurar los derechos y la autonomía de las personas.

c. El lugar de la ponderación en la jurisprudencia mexicana

En su oportunidad, observamos que, si bien no existe acuerdo sobre el modo de representar, así como la forma de orientar adecuadamente la interpretación y aplicación de los principios constitucionales que establecen derechos fundamentales; sin embargo, también observamos que, para algunos autores, es deseable limitar y racionalizar la discrecionalidad que acontece en la aplicación del texto constitucional; en cualquier caso, en los siguientes apartados, intentaremos mostrar el lugar de la ponderación en la jurisprudencia mexicana, advirtiendo, al final, las propuestas que sobre esta cuestión nos ha ofrecido el constitucionalismo incorporacionista.

c.1 El caso «La Jornada vs Letras Libres»

En marzo de 2004, Fernando García Ramírez publicó en la revista *Letras Libres* una columna en la cual acusó al periódico *La Jornada* de haber firmado un presunto acuerdo con el diario *Gara*, periódico del brazo político del grupo separatista *ETA*, que sustituyó al periódico *Ergin* cerrado por el Juez Baltazar Garzón por su complicidad con la banda terrorista referida; de acuerdo con la columna de García Ramírez titulada «Cómplices del terror», *La Jornada* asumió una línea editorial contra el juez Garzón y, al mismo tiempo, lanzó una campaña para evitar su presencia en los interrogatorios de seis presuntos etarras detenidos en México. En respuesta, *La Jornada* promovió una demanda civil por daño moral en contra de *Letras Libres* y de García Ramírez; ambos fueron absueltos. Esta sentencia derivó en una serie de procesos judiciales, que, sin embargo, tuvieron su última respuesta en la Primera Sala de la Corte mexicana. Ésta determinó que las opiniones vertidas en la columna de *Letras Libres* deben enmarcarse en el ejercicio de la libertad de expresión.

En su resolución, la Corte explicó que el caso de *La Jornada vs Letras Libres*, se trató de un caso en el que estaban en conflicto dos derechos fundamentales: la libertad de expresión y el derecho al honor. Los jueces constitucionales consideraron que, en este caso, la libertad de expresión goza de una posición preferencial frente al derecho al honor, alcanzando un nivel máximo cuando se ejerce por los profesionales del periodismo.

Asimismo, dado que en este conflicto estaban implicados dos de los medios de comunicación más importantes de México, la Sala además de enfatizar su papel como figuras públicas y líderes de opinión, también observó que «el debate en temas de interés público debe ser desinhibido, robusto y abierto, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y desagradablemente mordaces sobre personajes públicos o, en general, ideas que puedan ser recibidas desfavorablemente por sus destinatarios y la opinión pública en general, de modo que no sólo se encuentran protegidas las ideas que son recibidas favorablemente o las que son vistas como inofensivas o indiferentes. Éstas son las demandas de una sociedad plural tolerante y abierta, sin la cual no existe una verdadera democracia».

c.2 El caso sobre los «conceptos peyorativos»

En el periódico *Intolerancia*, un periodista en su columna «Contracara» lanzó una fuerte crítica contra el dueño de otro periódico y un periodista de éste; en su crítica utilizó calificativos como «puñal» y «maricón», palabras que, para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia mexicana, fueron empleadas de manera ofensiva e impertinente, de modo que no estaban amparadas en el derecho a la libertad de expresión⁶¹⁹.

De hecho, al analizar el problema complejo entre la libertad de expresión y el derecho al honor, la Segunda Sala, consideró que las expresiones ofensivas e impertinentes no se encuentran protegidas por la libertad de expresión. Más específicamente, los jueces constitucionales observaron que, en este caso, las palabras analizadas eran expresiones homófobas y que, por tanto, constituían una categoría de los discursos de odio⁶²⁰; así, el parámetro establecido en relación a los derechos fundamentales analizados, implicó una limitación a la libertad de expresión consistente en que las expresiones ofensivas e impertinentes no se encuentran protegidas por el texto constitucional.

Puesto que el asunto implicaba analizar las expresiones discriminatorias y los discursos de odio, la Sala acudió a algunos criterios jurisprudenciales extranjeros para aclarar y conformar el criterio establecido en este caso; así, se citaron decisiones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo de España⁶²¹, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶²², del Tribunal Europeo de

⁶¹⁹ Amparo en revisión 2806/2012.

⁶²⁰ Así, la Corte (p. 48) señala: «Tanto el término “maricones” así como el diverso de “puñal”, desgraciadamente son utilizados en nuestro país como referencias burlescas hacia la homosexualidad generalmente en relación a los hombres, por medio de los cuales, mediante la construcción de estereotipos se hace referencia a la falta de virilidad, por una parte, y a una acentuación de actitudes y rasgos femeninos por la otra».

⁶²¹ Por ejemplo, sobre libertad de expresión y el derecho al honor, del Constitucional, sentencias 40/92 y 223/92, de 30 de marzo y 14 de diciembre de 1992; del Supremo, sentencias 179/2011, 1799/2011, entre otras.

⁶²² Por ejemplo, sobre libertad de expresión, caso Olmedo Bustos y otros vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de febrero de 2001.

Derechos Humanos⁶²³, de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América⁶²⁴, del Tribunal Constitucional alemán⁶²⁵.

Pues bien, por un lado, el último caso nos muestra una forma de diálogo judicial entre la Corte mexicana y otros tribunales a propósito de determinar el contenido de algunos derechos fundamentales; por su parte, en el primer caso se puede observar un caso típico de aplicación de la ponderación, pero que, no obstante, también se puede reconstruir del modo especificacionista, así: en la primera etapa, el universo normativo de dicho caso se refiere a las acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas, en este caso a personas morales; en la segunda etapa, los principios en contradicción son el principio de la libertad de expresión y el principio del derecho al honor; en la tercera etapa, por ejemplo podemos señalar como casos paradigmáticos: 1) publicar una noticia con expresiones ofensivas e impertinentes que expresen juicios de odio, de modo que, en este caso, la libertad de información cede ante el derecho al honor; y 2) publicar una noticia sobre algún persona pública que si bien emplea expresiones ofensivas no sean impertinentes ni inciten al odio, de modo que, en este caso, la libertad de información desplaza al derecho al honor; en la cuarta etapa, como propiedades relevantes, se podrían señalar las siguientes: primero, la relevancia pública de la noticia, que no sea injuriosa, que no sea impertinente, que no incite al odio; finalmente, la quinta etapa, se pueden formular dos reglas: 1) las informaciones de relevancia pública, que no sean injuriosas, impertinente, y que no inciten al odio, están permitidas; y 2) las informaciones que no son de relevancia pública, que son injuriosas, que son impertinentes, y que incitan al odio, generan una limitación a la libertad de expresión. Así, tendríamos que, en el primer caso, aplicamos la regla 1.

⁶²³ Por ejemplo, sobre términos excesivamente fuertes, sentencia *Case on Skalka v. Poland*, solicitud 43425/98 de 27 de mayor de 2003; sobre

⁶²⁴ Por ejemplo, sobre expresiones simbólicas, el caso *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, de 21 de junio de 1989.

⁶²⁵ Por ejemplo, sobre discursos de odio, las sentencias *BVerfGE* 90, 241 (1994) y 93, 266 (1995).

CONCLUSIONES

En esta tesis doctoral se analizó el paradigma constitucionalista y su relación con la cultura constitucional mexicana. De este análisis, se siguen estas conclusiones:

1. La expresión «paradigma constitucionalista» puede emplearse para referir dos fenómenos jurídicos contemporáneos: la constitucionalización y el neoconstitucionalismo. En los últimos años, el paradigma constitucionalista ha sido objeto de múltiples reflexiones. El interés por dicho paradigma se debe a la relevancia teórica y a la influencia pragmática que tanto el neoconstitucionalismo como la constitucionalización tienen en el mundo jurídico latino.
2. La constitucionalización y el neoconstitucionalismo son dos fenómenos que surgen en el contexto europeo después de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, progresivamente, se han expandido a otras partes del mundo. Por tanto, se trata de fenómenos no exclusivos de un sistema jurídico determinado.
3. Si bien se puede hablar de constitucionalización para referirse al reemplazo o a la reforma continua de un específico texto constitucional, sin embargo, en algunos discursos iusfilosóficos, la constitucionalización supone un proceso de transformación de un sistema jurídico resultado de la combinación de un conjunto de factores que pueden satisfacerse gradualmente. Más específicamente, la constitucionalización es un proceso que modifica no sólo la estructura, sino que también transforma progresivamente el funcionamiento de un sistema jurídico. En este sentido, el cambio estructural se identifica con la existencia de una Constitución escrita, rígida y garantizada. Por su parte, la transformación del funcionamiento de un sistema determinado se verifica cuando la Constitución juega un papel relevante en la legislación, en la adjudicación, en la política, en las relaciones sociales y en la teorización del Derecho.
4. En su oportunidad, reflexionamos sobre si el sistema jurídico mexicano puede considerarse un caso de constitucionalización. Al

examinar las condiciones que un sistema jurídico debe satisfacer para considerarse constitucionalizado, determinamos que, efectivamente, el caso mexicano es un caso más de constitucionalización. Así, observamos que, tanto en la estructura como en el funcionamiento del sistema jurídico mexicano, se ha impregnado, de algún modo, el texto constitucional.

5. Ahora, se nos ha sugerido que el neoconstitucionalismo es una teoría adecuada para comprender tanto el proceso como el resultado de la constitucionalización. Por esta razón, también nos ocupamos del fenómeno neoconstitucionalista.
6. La expresión «neoconstitucionalismo» ha sido muy exitosa en el mundo jurídico italo-ibero-americano. Aunque muy pocos niegan la popularidad del neoconstitucionalismo, la mayoría tiende a adoptar una actitud escéptica frente a él. Uno de los motivos de este escepticismo, se refiere al carácter ambiguo y vago que presenta el uso de la expresión «neoconstitucionalismo». Esta expresión, en efecto, se ha empleado para denotar no sólo un fenómeno o un movimiento jurídico contemporáneo, sino también para referir una forma de estado, una cultura jurídica, una teoría del Derecho, una metodología jurídica y una ideología jurídica.
7. Sin embargo, tras examinar los distintos usos de la expresión referida, se puede reservar el uso de la palabra neoconstitucionalismo para indicar tres fenómenos: una cultura jurídica –básicamente, un conjunto de actitudes y de prácticas adoptadas y desarrolladas por los juristas en el contexto de un sistema jurídico constitucionalizado, una teoría jurídica –esencialmente, una teoría que intenta describir y explicar un sistema jurídico constitucionalizado- y una ideología jurídica –fundamentalmente, una actitud de aprobación y adhesión moral o justificativa hacia la estructura y/o el funcionamiento de los sistemas constitucionalizados-; incluso también con dicha palabra se puede referir un fenómeno o un movimiento que, precisamente, denote esas tres formas de neoconstitucionalismo. Por otro lado, la palabra «neoconstitucionalismo» no es una forma adecuada para referir una forma de Estado, como tampoco una metodología jurídica -esto es, un conjunto de tesis sobre la naturaleza del

Derecho; para estos fines, en esta investigación, se adoptó la expresión «Estado constitucional» (o «democracias constitucionales») y «no-positivismo» o «anti-positivismo», respectivamente.

8. El Estado constitucional fue caracterizado como una particular forma de organización jurídica y política contemporánea. Pero, también, se señalaron otros rasgos definitorios de este modelo de Estado; así, se analizó su estructura normativa —ésta se caracteriza por la presencia de una Constitución escrita, rígida y garantizada-, su funcionamiento —éste se explicó a través de algunas de las condiciones del proceso de constitucionalización- y su justificación ideológica —ésta se relacionó con algunos rasgos tanto del constitucionalismo europeo como del constitucionalismo norteamericano; especialmente, se señalaron dos ideas fundamentales de estas dos tradiciones constitucionalistas: por un lado, la idea de la garantía constitucional, por otro, la idea del contenido normativo del texto constitucional-.
9. La reconstrucción del neoconstitucionalismo teórico implicó reflexionar sobre las distintas caracterizaciones de este enfoque jurídico. Así, se analizó la caracterización de la «*Scuola genovesa*», de Luis Prieto Sanchís y de Luigi Ferrajoli. Uno de los rasgos relevantes y comunes a todas estas caracterizaciones, se refiere a la distinción del neoconstitucionalismo teórico sobre la base de la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral, de modo que se identifican dos teorías neoconstitucionalistas: una que afirma, mientras que otra rechaza, la tesis referida.
10. La caracterización del neoconstitucionalismo de Luigi Ferrajoli ha significado un momento de inflexión no sólo para la teoría, también para el fenómeno neoconstitucionalista. De acuerdo con Ferrajoli, es posible identificar y, por tanto, diferenciar dos versiones del neoconstitucionalismo teórico según se interpreten tres tesis iusfilosóficas: la relación entre Derecho y moral, la distinción entre reglas y principios y el papel de la ponderación. Así, Ferrajoli contrapone dos formas de neoconstitucionalismo: por un lado, el constitucionalismo principialista (y/o no-positivista y/o anti-

positivista y/o post-positivista y/o iusnaturalista y/o argumentativo –según sea el caso-) y, por otro, el constitucionalismo garantista y/o iuspositivista. La primera versión, se caracteriza por aceptar estas tesis: 1) la conexión necesaria entre Derecho y moral; 2) la distinción fuerte entre reglas y principios; y 3) el papel fundamental de la ponderación en la adjudicación constitucional. Por otro lado, la segunda versión, básicamente, niega esas tres tesis.

11. Al examinar los discursos sobre el neoconstitucionalismo, pudimos observar que éste se enfrenta a distintas críticas; algunas de éstas, sin embargo, no son adecuadas. El problema de estas objeciones radica en no especificar a qué tipo de neoconstitucionalismo se están refiriendo cuando discuten sobre él. Así pues, en un intento por ordenar estos debates, identificamos tres tipos de actitudes frente al neoconstitucionalismo; estas actitudes se refieren al tipo de discusión que se sostiene en relación a este fenómeno; así, se puede adoptar una actitud de indiferencia, si se acepta que el fenómeno neoconstitucionalista no representa ninguna novedad, ni afecta las reflexiones que ya se tienen a propósito de los objetos que se abordan desde la mirada neoconstitucionalista; también, es posible adoptar una actitud de escepticismo, puesto que se puede dudar de la etiqueta «neoconstitucionalismo», de los usos de ésta y de las tesis atribuibles a los fenómenos que se refieren con dicha etiqueta; finalmente, una actitud optimista implica valorar positivamente tanto el fenómeno o el movimiento neoconstitucionalista, así como algunas de las tesis atribuibles a éste, de modo que, también, desde esta perspectiva, se apueste por su desarrollo y su consolidación.
12. En este contexto, fue interesante observar la actitud escéptica, pero defensiva, asumida por algunos integrantes de la «Escuela genovesa». Para estos autores, es posible defender no sólo la palabra «neoconstitucionalismo», también sus usos, así como algunas de sus tesis. Aunque es verdad que esta defensa es sólo aparente, ya que ésta se hizo también con el objetivo de criticar al neoconstitucionalismo, pero con más precisión: individuando tesis, autores y teorías jurídicas implicadas en él.

13. También, por otro lado, es relevante observar cómo Alfonso García Figuerola se ha comprometido con el neoconstitucionalismo; de hecho, es uno de los pocos autores que se autodenomina como neoconstitucionalista. Sin duda, la articulación y el desarrollo del neoconstitucionalismo que, en este contexto, nos propone García Figuerola es un esfuerzo altamente significativo.
14. Una cuestión muy sugerente para esta investigación ha sido analizar el éxito de las teorías neoconstitucionalistas. Esta cuestión es interesante porque dichas teorías se asumen como los enfoques más acreditados no sólo para dar cuenta, sino también para orientar las prácticas jurídicas desarrolladas en los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales.
15. Para realizar este análisis, en primer lugar, se determinó si las teorías neoconstitucionalistas, son teorías jurídicas; observamos que, desde un punto de vista metateórico, lo son, puesto que presuponen, no sin diferencias, los elementos metodológicos que todas las teorías jurídicas necesitan a la hora de enfrentarse al fenómeno jurídico. Así, estas teorías tienen como objeto de análisis al Estado constitucional; intentan describir las características que define a los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales, pero, al dar cuenta de los sistemas democráticos, también pretenden articular, explicar y postular alguna tesis sobre la relación entre Derecho y moral, la distinción entre reglas y principios y la ponderación; para la satisfacción de estos objetivos o propósitos, adoptan alguna herramienta metodológica, ya normativa y valorativa, ya descriptiva y a-valorativa; y, finalmente, tanto su capacidad explicativa, como sus consecuencias, están vinculadas a sus criterios de éxito.
16. Considerando estos presupuestos metodológicos o metateóricos, en segundo lugar, analizamos a las teorías neoconstitucionalistas. Si bien éstas sobre dichos elementos tienden a dividirse en dos grupos antagónicos, sin embargo, se pudo advertir una tercera versión del neoconstitucionalismo teórico denominada «constitucionalismo incorporacionista». Éste se caracteriza por la afirmación de la conexión contingente entre Derecho y moral, la distinción débil entre reglas y principios y la importancia de la ponderación en la

adjudicación constitucional. Asimismo, se señalaron algunas virtudes metateóricas del constitucionalismo incorporacionista, especialmente, se enfatizó su intento por hacer compatibles teorías rivales; pero, también, se citaron algunas propuestas encaminadas a mejorar determinadas prácticas constitucionales.

17. Aunque al señalar el espacio que ocupa el constitucionalismo incorporacionista entre las teorías neoconstitucionalistas, se puede trazar un mapa más adecuado de las distintas posiciones que se sostiene bajo el denominado neoconstitucionalismo teórico, sin embargo, esto también supone una mayor complejidad a la hora de examinar el éxito de las teorías neoconstitucionalistas, pues a la competencia en la que se hallan éstas, también se debe agregar aquella tercera versión del neoconstitucionalismo teórico. En este contexto, se ha declarado la superioridad del constitucionalismo garantista, sea por su mayor capacidad explicativa o bien por su idoneidad para guiar determinadas prácticas jurídicas; esto, sin embargo, no es aceptado por todos los autores que intervienen en esta discusión; de hecho, se ha sugerido que, desde un punto de vista metateórico, el constitucionalismo incorporacionista, configurado como una especie del género iuspositivismo incluyente, tendría más ventajas que sus rivales, de modo que, desde esta perspectiva, es una mejor teoría jurídica.
18. Ahora, el problema sobre si una teoría puede ser más exitosa que otra, es una cuestión muy controvertida. En realidad, se trata de uno de los problemas abiertos en la teoría del Derecho, de modo que no existe acuerdo sobre dicho problema. Tampoco existe acuerdo sobre el modo correcto de concebir y desarrollar la metodología de la teoría jurídica. Ambas son cuestiones muy disputadas y, al parecer, las diferencias son irreconciliables. Sin embargo, entre las cuestiones que ha sacado a la luz la discusión sobre las teorías neoconstitucionalistas, es importante enfatizar la siguiente: nuestra comprensión del fenómeno jurídico precisa de discusiones que enriquezcan tanto el modo de configurar, así como la forma de desarrollar la teoría del Derecho.

19. Finalmente, en un intento por mostrar la relevancia del constitucionalismo incorporacionista en relación a la práctica constitucional mexicana, analizamos algunos casos emblemáticos resueltos por la Suprema Corte de Justicia mexicana.
20. Así, mostramos que, en algunos casos relevantes, las tesis que afirma el constitucionalismo incorporacionista pueden describir y explicar adecuadamente las prácticas constitucionales mexicanas. Incluso, desde un plano normativo, es decir, desde una perspectiva que implique orientar determinadas prácticas jurídicas, también el incorporacionismo puede jugar un papel relevante, sobre todo en el ámbito de la adjudicación constitucional.

CONCLUSIONS

This doctoral thesis analyzed both: the constitutionalist paradigm and its relationship with the Mexican constitutional culture. From this analysis, we got the following conclusions:

1. The expression «constitutionalist paradigm» can be used to refer to two contemporary legal phenomena: constitutionalization and neoconstitutionalism. In recent years, the constitutionalist paradigm has been the subject of many reflections. The interest in this paradigm is due to the theoretical relevance and to the pragmatic influence that both neoconstitutionalism and constitutionalization have in the Latin legal world.
2. Constitutionalization and neoconstitutionalism are two phenomena that arise in the European context after World War II. However, they have expanded progressively to other parts of the world. Therefore, these phenomena are non-exclusive of a determined legal system.
3. «Constitutionalization» can be used to refer to the replacement or continuous reform of a specific constitutional text. However, in some iusphilosophical reflections, constitutionalization implies a process of transformation of a legal system resulting from the combination of a set of factors that can be gradually satisfied. In other words, constitutionalization is a process that not only modifies structure, but also transforms progressively the functionality of a legal system. In this sense, structural change is identified with the existence of a written Constitution, rigid and guaranteed. On the other hand, the transformation of the functionality of a determined system is verified when the Constitution plays a relevant role in legislation, adjudication, politics, social relations and legal theory.
4. In this point, we reflected on whether the Mexican legal system can be considered a case of constitutionalization. In examining the conditions that a legal system must satisfy to be considered a case of constitutionalization, we determined that the Mexican case is in fact

another case of constitutionalization. Thus, we observed that the constitutional text has permeated both the structure and the functionality of the Mexican legal system

5. However, it has been suggested that neoconstitutionalism is an adequate theory to understand both the process and the result of constitutionalization. For this reason, we also dealt with the neoconstitutionalist phenomenon.
6. The expression «neoconstitutionalism» has been very successful in the Italo-Ibero-American legal world. Although very few deny the popularity of neoconstitutionalism, most tend to adopt a skeptical attitude towards it. One of the reasons for this skepticism is the ambiguous and vague uses of the expression «neoconstitutionalism». Indeed, this expression has been used to denote not only a phenomenon or a contemporary legal movement, but also a form of the state, a legal culture, a legal theory, a legal methodology and a legal ideology.
7. However, having analyzed the different uses of the referred expression, the use of the term neoconstitutionalism can be restricted to indicate three phenomena: a legal culture –basically, a set of attitudes and practices adopted and developed by jurists in the context of a constitutionalized legal system-, a legal theory –essentially, a theory that attempts to describe and explain a constitutionalized legal system- and a legal ideology –fundamentally, an attitude of approval and moral adherence or justification towards the structure and / or functionality of the constitutionalized systems-; also, with this expression we can refer to a phenomenon or a movement that denotes precisely these three forms of neoconstitutionalism. On the other hand, the word «neoconstitutionalism» is not an adequate way of referring to a form of the State, nor is it a legal methodology –i.e., a set of thesis about the nature of law-; for this purpose, in this research we adopted the expression «constitutional state» (or «constitutional democracies») and «non-positivism» or «anti-positivism», respectively.
8. The constitutional state was characterized as a particular form of contemporary legal and political organization. But also, we analyzed

other relevant features of this state model; thus, we analyzed its normative structure –this was characterized by the presence of a written Constitution, rigid and guaranteed-, its functionality –this was explained through some of the conditions of the process of constitutionalization- and its ideological justification –this was related to some features of both European constitutionalism and American constitutionalism; in particular, we pointed out two fundamental ideas of these two constitutional traditions: on the one hand, the idea of constitutional guarantee, on the other hand, the idea of the normative content of the constitutional text-.

9. The reconstruction of the theoretical neoconstitutionalism implied reflecting on the different characterizations of this legal approach. Thus, we analyzed the characterization of the “Scuola Genovese”, Luis Prieto Sanchis and Luigi Ferrajoli. One of the relevant and common features of all these characterizations refers to the distinction of theoretical neoconstitutionalism based on the thesis of the necessary connection between law and morality, thus identifying two neoconstitutionalist theories: one affirms the referred thesis, while the other rejects it.
10. Ferrajoli’s characterization of neoconstitutionalism has meant a very important and transcendent moment not only for theory, but also for the neoconstitutionalism phenomenon. According to Ferrajoli, it is possible to identify and therefore, differentiate two versions of theoretical neoconstitutionalism depending on how we interpret three iusphilosophical thesis: the relationship between law and morality, the distinction between rules and principles and the role of weighting. Thus, Ferrajoli opposes two forms of neoconstitutionalism: first, the «Constitucionalismo principialista» (and/or non-positivist and/or anti-positivist and/or post-positivist and/or iusnaturalism and/or argumentative–according to the case-) and, on the other, the «Constitucionalismo garantista» and /or iuspositivist. The first version is characterized by accepting these thesis: 1) the necessary connection between law and morality; 2) the strong distinction between rules and principles; and 3) the

fundamental role of weighting in constitutional adjudication. But the second version basically denies these three theses.

11. In examining the discourses on neoconstitutionalism, we observed that it faces different criticisms; although, some of these are not appropriate. The problem with these objections is that they do not determine clearly what kind of neoconstitutionalism they are arguing about. Thus, to put these debates in order, we identified three types of attitudes towards neoconstitutionalism; these attitudes refer to the type of discussion that is held in relation to this phenomenon; thus, it is possible to adopt an attitude of indifference, if we accepted that the neoconstitutionalist phenomenon does not represent any novelty, nor does it affect the reflections that we already have about the objects that are approached from the neoconstitutionalist view; also, it is possible to adopt an attitude of skepticism, since it is possible to question the label «neoconstitutionalism», as well as its uses and the thesis attributable to the phenomena that such label is referring to; finally, an optimistic attitude implies assessing positively both the phenomenon or the neoconstitutionalist movement, as well as some of the thesis attributable to it, thus being, from this perspective, an optimist bet on its development and consolidation.
12. In this context, it was interesting to note the skeptical, but defensive attitude assumed by some members of the “Genoese School”. For these authors, it is possible to defend not only the word «neoconstitutionalism», but also its uses, as well as some of its thesis. It is true though that this defense is only apparent, since it was also done with the aim of criticizing neoconstitutionalism, but with more precision: individualizing thesis, authors and legal theories involved in it.
13. On the other hand, it is also relevant to observe how Alfonso Garcia Figueroa is committed to neoconstitutionalism; in fact, he is one of the few authors who calls himself neoconstitutionalist. The articulation and the development of neoconstitutionalism that Garcia Figueroa proposes to us is a highly significant effort.
14. A very suggestive question for this research has been the analysis of the success of neoconstitutionalist theories. This question is

interesting because these theories are assumed as the most successful approaches not only to account for, but also to guide the legal practices developed in the legal systems of constitutional democracies.

15. To do this analysis, it was first determined whether neoconstitutionalist theories are theories of law; we observed that, from a meta-theoretical point of view, they are legal theories, since they presuppose, not without differences, the methodological elements that all the legal theories need to confront the legal phenomenon. Thus, the constitutional state is the object of study of these theories; they try to describe the characteristics that define the legal systems of constitutional democracies, but, when they describe the democratic systems, they also make an attempt to articulate, explain and postulate some theses about the relationship between law and morality, the distinction between rules and principles and the weighting; for the achievement of these objectives or purposes, they adopt some kind of methodological tool, which can be normative and evaluative or descriptive and non-evaluative; and finally, both its explanatory capacity and its consequences are related to its criteria of success.
16. Secondly, considering these methodological or meta-theoretical presuppositions, we analyzed the neoconstitutionalist theories. Concerning these elements, the neoconstitutionalist theories tend to be divided into two antagonistic groups. However, we noticed a third version of theoretical neoconstitutionalism called «Constitucionalismo incorporacionista». This other version can be identified with the following thesis: the contingent connection between law and morality, the weak distinction between rules and principles and the importance of the weighing in the constitutional adjudication. We also pointed out some meta-theoretical virtues of the «Constitucionalismo incorporacionista», emphasizing in particular its attempt to make some competing theories compatible; but we also noted some proposals aimed to improve certain constitutional practices.

17. Although by pointing out the place that «Constitucionalismo incorporacionista» occupies among the neoconstitutionalist theories we draw a more adequate map of the different positions held under the called theoretical neoconstitutionalism, this generated greater complexity regarding the time for examining the success of neoconstitutionalist theories, since the third version of theoretical neoconstitutionalism must also be added to the competition in which these theories are involved. In this context, some authors have declared the superiority of the «Constitucionalismo garantista», either by its greater explanatory capacity or by its ability to guide certain legal practices; however, this is not accepted by all the authors involved in this discussion; in fact, it has been suggested that from a meta-theory point of view, the «Constitucionalismo incorporacionista», configured as a sub-genre of inclusive legal positivism, would have more advantages than its rivals, thus being a better legal theory from this perspective.
18. However, the problem about whether one theory can be more successful than another is a highly controversial issue. In fact, this is one of the open problems in legal theory, so there is no agreement on it. Neither is there an agreement on the correct way to conceive and develop the methodology of legal theory. Both are very disputed issues and, apparently, the differences are irreconcilable. However, among the issues raised in the discussion about the neoconstitutionalist theories, it is important to emphasize the following one: our comprehension of the legal phenomenon needs discussions that improve both the mode in which legal theory is configured and the way in which it is developed.
19. Finally, to show the relevance of «Constitucionalismo incorporacionista» in relation to Mexican constitutional practice, we analyzed some emblematic cases ruled by the Mexican Supreme Court.
20. Thus, we showed that, in some relevant cases, the thesis held by the «Constitucionalismo incorporacionista» can adequately describe and explain the Mexican constitutional practices. In addition, from a normative perspective, i.e., from a perspective that implies guiding

certain legal practices, the «incorporacionismo» can also play a relevant role, especially in the field of constitutional adjudication.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- AARNIO, A. (1984). Paradigms in legal dogmatics. Toward a Theory of Change and Progress in Legal Science. En A. PECZENICK, *et al.*, (Eds.). *Theory of Legal Science* (pp. 25-38). Dordrecht: D. Reidel.
- AGUILÓ REGLA, J. (2001). Sobre la constitución del Estado constitucional. *Doxa* (24), pp. 429-458.
- AGUILÓ REGLA, J. (2004). *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- AGUILÓ REGLA, J. (2007). Positivismo y post-positivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa* (20), pp. 665-675.
- AGUILÓ REGLA, J. (2008). “Tener una constitución”, “darse una constitución” y “vivir en Constitución”. *Isonomía* (28), pp. 67-86.
- AGUILÓ REGLA, J. (2010). Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución. En M. CARBONELL & L. GARCÍA JARAMILLO, (Eds.). *El canon neoconstitucional* (pp. 229-246). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- AGUILÓ REGLA, J. (2012). El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 51-68). Madrid: Marcial Pons.
- AHUMADA, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*. Madrid: Civitas.
- AHUMADA, M. Á. (2009). Neoconstitucionalismo y constitucionalismo. En P. COMANDUCCI, *et. al.*, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo* (pp. 123-159). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- ALEXANDER, L. (2009). Constitutionalism. En T. CHRISTIANO, (Ed.). *Contemporary debates in Political Philosophy* (pp. 283-299). Wiley-Blackwell.
- ALEXY, R. (1994 [1992]). *El concepto y la validez del derecho*. (J. Malem Seña, Trad.) Barcelona: Gedisa. [Original: Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg/München: Verlag Albert].

- ALEXY, R. (1997 [1986]). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. Garzón Valdés, Trad.) Madrid: CEPyC. [Original: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt: Srukham]
- ALEXY, R. (1999). A Defence of Radbruch's Formula. En D. DYZENHAUS, (Ed.). *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* (pp. 15-39). Oxford: Hart Publishing.
- ALEXY, R. (2003 [1997]). Los Derechos Fundamentales en el Estado constitucional democrático. En M. CARBONELL, (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (A. García Figueroa, Trad.) (pp. 31-47). Madrid: Trotta. [Grundrechte in demokratischen Verfassungsstaat, en A. Aarnio, R. Alexy, G. Bergholtz (Eds.). *Justice, Morality and Society*. Festchrift für Aleksander Peczenick, Lund].
- ALEXY, R. 2005. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. (P. Larrañaga, Trad.). México: Fontamara.
- ALEXY, R. (2007 [1983]). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (2ª edición actualizada). (M. Atienza & I. Espejo, Trad.) Madrid: CEPyC. [Original: *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der jurischen Begründung*, Frankfurt: Suhrkamp]
- ALEXY, R. 2007a. Acerca de dos yuxtaposiciones: conceptos y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del Derecho?” de Joseph Raz. En J. RAZ, *et. al.*, *Una discusión sobre la teoría del Derecho* (P. Gaido, Trad.) (pp. 87-98). Madrid: Marcial Pons.
- ALEXY, R. 2008. *El concepto y la naturaleza del Derecho*. (C. Bernal Pulido, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- ALEXY, R. 2012. ¿Entre positivismo y no positivismo? Tercera réplica a Eugenio Bulygin. En J. FERRER BELTRAN, *et. al.*, *Neutralidad y teoría del Derecho* (M. J. Viana & C. Bernal Pulido, Trad.) (pp. 75-91). Madrid: Marcial Pons.
- ALEXY, R. (2013). El no positivismo incluyente. (M.C. Quimbayo Duarte, Trad.) *Doxa* (36), pp. 15-23.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (2013). *Razón y voluntad en el Estado de Derecho: un enfoque filosófico-jurídico*. Madrid: Dykinson.

- ANÑÓN ROIG, M. J. (2002). Derechos fundamentales y Estado constitucional. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (40), pp. 25-36.
- ARTEAGA NAVA, E. (1999). *Derecho constitucional*. México: Oxford University Press.
- ASÍS ROIG, R. d. (1999). *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson.
- ASTUDILLO, C. (2010). El genotipo y los fenotipos de justicia constitucional. Particular referencia a América Latina. En C. ASTUDILLO REYES, (Ed.). *Derecho constitucional estatal* (pp. 19-58). México: IJ/UNAM.
- ATIENZA, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, M. (2006). *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, M. (2009). Imperio de la ley y constitucionalismo. *Isonomía* (31), pp. 205-223.
- ATIENZA, M. (2012). Dos versiones del constitucionalismo. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 69-83). Madrid: Marcial Pons.
- ATIENZA, M. (2014). Ni positivismo ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista. *Revista Argentina de Teoría Jurídica* (15), pp. 1-26.
- ATIENZA, M. & RUIZ MANERO, J. (1996). *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, M. & VIGO, R. L. (2011). *Argumentación constitucional. Teoría y práctica*. México: Porrúa.
- AUSTIN, J. (1981 [1863, 1954]). *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*. (F. González Vicén, Trad.). Madrid: CEC. [Original: On the Uses of the Study of Jurisprudence, H.L.A. Hart (Ed.). London: Weidenfeld & Nicolson].
- AUSTIN, J. (2002 [1832,1954]). *El objeto de la Jurisprudencia*. (J. R. de Páramo, Trad.). Madrid: CEPyC. [Original: The Providence of Jurisprudence Determined, H.L.A. Hart (Ed.). London: Weidenfeld & Nicolson].

- BARBERIS, M. (2003). Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. En M. CARBONELL, (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 259-278). Madrid: Trotta.
- BARBERIS, M. (2008). *Filosofía del derecho. Un'introduzione teorica*. Torino: Giappichelli.
- BARBERIS, M. (2012). Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio. En L. FERRAJOLI, *et. al., Un debate sobre el constitucionalismo* (D. Dei Vecchi, Trad.) (pp. 85-89). Madrid: Marcial Pons.
- BARBERIS, M. (2014). Genoa's realism: a guide for the perplexed. *Revista brasileira de filosofia* (240), pp. 13-25.
- BARBERIS, M. (2015). ¿Existe el neoconstitucionalismo? En J. L. FABRA ZAMORA, *Filosofía del Derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 459-482). México: IIJ/UNAM.
- BARBERIS, M. (2016). Neoconstitutionalist challenges to legal positivism. En E. PATTARO, (Ed.). *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Volume 12* (pp. 263-280). Netherlands: Springer.
- BARBERIS, M. (2016a). Legal positivism's answers to the neoconstitutionalist challenge. En E. PATTARO, (Ed.). *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Volume 12* (pp. 281-293). Netherlands: Springer.
- BARROSO, L. R. (2008). *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho. El triunfo del derecho constitucional en Brasil*. México: IIJ/UNAM.
- BAYLES, Michael D. (1990). What is Jurisprudence About? Theories, Definitions, Concepts, or Conceptions of Law?. *Philosophical Topics* (18), pp. 23-40.
- BAYÓN, J. C. (1996). Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional. *Jueces para la democracia* (27), pp. 41-49.
- BAYÓN, J. C. (2002). Derecho, convencionalismo y controversia. En C. REDONDO & P. NAVARRO, (Eds.). *La relevancia del Derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 57-92). Barcelona: Gedisa.
- BAYÓN, J. C. (2002a). El contenido mínimo del positivismo jurídico. En V. ZAPATERO GÓMEZ, (Ed.). *Horizontes de la filosofía del*

- derecho: homenaje a Luis García San Miguel* (pp. 33-54). Madrid: Universidad de Alcalá.
- BAYÓN, J. C. (2010). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En M. CARBONELL & L. GARCÍA JARAMILLO, (Eds.). *El canon neoconstitucional* (pp. 285-355). Madrid: IIJ/UNAM-Trotta.
- BAYÓN, Juan Carlos. 2012. ¿Cómo se determina el “Objeto de la Jurisprudencia”? En J. FERRER BELTRAN, *et. al.*, (Eds.). *Neutralidad y teoría del Derecho* (pp. 17-39). Madrid: Marcial Pons.
- BAYÓN, J. C. (2013). El constitucionalismo en la esfera pública global. *Anuario de Filosofía del Derecho* (29), pp. 57-99.
- BEYLEVELD, D. & R. BROWNSORD. (2001). *Human dignity in Bioethics and Biolaw*. Oxford: Oxford University Press.
- BIRD, A. (2017). *Thomas Kuhn*. Obtenido de: The Stanford Encyclopedia of Philosophy: <https://plato.stanford.edu/entries/thomas-kuhn/> (E. N. ZALTA, Ed.).
- BIX, B. (2006). *Teoría del Derecho: ambición y límites* (P. Navarro, *et. al.*, Trads.). Madrid: Marcial Pons.
- BIX, B. (2011). John Austin and Constructing Theories of Law. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* XXIV (2), pp. 431-440.
- BIX, B. (2012). Ideales, prácticas y conceptos en la teoría del Derecho. En J. FERRER BELTRAN, *et. al.*, (Eds.). *Neutralidad y teoría del Derecho*, (P. E. Navarro, Trad.) (pp. 343-360). Madrid: Marcial Pons.
- BIX, B. (2012a). *Jurisprudence. Theory and Context* (6ª ed.). North Carolina: Carolina Academic Press.
- BOBBIO, N. (1987). *Estado, gobierno, sociedad. Contribución a una teoría general de la política* (L. Sánchez García, Trad.). Barcelona: Plaza & Janes Editores.
- BOBBIO, N. (1990). Sobre los criterios para resolver las antinomias. En A. RUIZ MIGUEL, *Contribución a la teoría del derecho* (A. R. Miguel, Trad.) (pp. 339-353). Madrid: Debate.
- BOBBIO, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. (E. Garzón Valdés, Trad.) México: Fontamara.

- BOBBIO, N. (1993). *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho*. (R. Grepí, Trad.) Madrid: Debate.
- BOBBIO, N. (2011). *Saggi sulla scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.
- BONORINO, P. R. (2010). *Dworkin*. Lima: ARA.
- BOUVIER, H., GAIDO, P. & SÁNCHEZ BRIGIDO, R. (2007). Estudio preliminar. Teoría del Derecho y análisis conceptual. En RAZ, J., *et. al.*, *Una discusión sobre la teoría del Derecho* (pp. 9-46). Madrid: Marcial Pons.
- BOVERO, M. (2006). Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución. Prefacio. En P. SALAZAR UGARTE. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica* (pp. 13-43). México: Fondo de Cultura Económica.
- BROEKMAN, J. M. (1984). Changes of paradigm in the Law. En A. PECZENIK, *et. al.*, (Eds.). *Theory of Legal Science* (pp. 133-144). Dordrecht: D. Reidel.
- BRYCE, J. (1988). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* (P. L. Verdú, Est. Prel). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BULYGIN, E. (2007). Raz y la teoría del Derecho: comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del Derecho?” de Joseph Raz. En RAZ, J., *et. al.*, *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, (H. Bouvier, Trad.) (pp. 98-110). Madrid: Marcial Pons.
- BULYGIN, E. (2012). Alexy entre el positivismo y el no-positivismo. En J. FERRER BELTRAN, *et. al.*, (Eds.). *Neutralidad y teoría del Derecho*, (P. A. Rapetti, Trad.) (pp. 61-74). Madrid: Marcial Pons.
- BURGOA, I. (1979). *Derecho constitucional mexicano*. México: Porrúa.
- BUSTAMANTE, T. (2008). A Defence of Post-Positivism. *Analisi e diritto*, pp. 229-249.
- CABALLERO OCHOA, J. L. (2011). La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución). En M. CARBONELL & P. SALAZAR, (Eds.). *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma* (pp. 103-133). México: IIJ/UNAM.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A. (2006). *La constitucionalización de Europa*. Granada: Comares.
- CALSAMIGLIA, A. (1986). *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel.

- CALSAMIGLIA, A. (1998). Postpositivismo. *Doxa* (21-I), pp. 209-220.
- CALSAMIGLIA, A. (2000). Ciencia jurídica. En E. GARZÓN VALDÉS & F. J. LAPORTA, (Eds.). *El derecho y la justicia*, (pp. 17-27). Madrid: Trotta.
- CAMPBELL, T. (1996). *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot: Dartmouth.
- CANALE, Damiano. (2015). Comparative Reasoning in Legal Adjudication. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (28), pp. 5-27.
- CARBONELL, M. (1998). *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*. México: UNAM.
- CARBONELL, M. (1998b). La normatividad de la constitución mexicana: tres propuestas. En AA. VV., *El significado actual de la Constitución* (pp. 69-92). México: IIJ/UNAM.
- CARBONELL, M., (Ed.). (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- CARBONELL, M. (2003b). La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica. *Boletín mexicano de Derecho comparado* (108), pp. 839-861.
- CARBONELL, M. (2004). *Elementos de derecho constitucional*. México: Fontamara.
- CARBONELL, M. (2009). *Los derechos fundamentales en México* (3ª ed.). México: Porrúa-CNDH-IIJ/UNAM.
- CARBONELL, M. (2010). El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En M. CARBONELL & L. GARCÍA JARAMILLO, (Eds.). *El canon neoconstitucional* (pp. 153-164). Madrid: Trotta.
- CARBONELL, M., (Ed.). (2011). *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México: Porrúa-IIJ/UNAM.
- CARBONELL, M., (Ed.). (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta/IIJ-UNAM.
- CARBONELL, M. & SALAZAR, P., (Eds.). (2004). *La constitucionalización de Europa*. México: IIJ/UNAM.

- CARBONELL, M. & SALAZAR, P., (Eds.). (2005). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta.
- CARBONELL, M., & GARCÍA JARAMILLO, L., (Eds.). (2010a). *El canon neoconstitucionalista*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CARBONELL, M., & GARCÍA JARAMILLO, L., (Eds.). (2010b). *El canon neoconstitucionalista*. Madrid: Trotta-IIJ/UNAM.
- CARBONELL, M. & GARCÍA JARAMILLO, L. (2010c). Prólogo. En M. CARBONELL & L. GARCÍA JARAMILLO, *El canon neoconstitucional* (pp. 11-27). Madrid: Trotta-IIJ/UNAM.
- CARBONELL, M. & SÁNCHEZ, R. (2011). ¿Qué es la constitucionalización del Derecho?, *Quid Iuris* (15), pp. 33-55.
- CARBONELL, M. & SALAZAR, P., (Eds.). (2011a). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: IIJ/UNAM.
- CARBONELL, M. & SALAZAR, P. (2011b). Presentación. En M. CARBONELL & P. SALAZAR (Eds.). *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma* (pp. VII-XII). México: IIJ/UNAM.
- CÁRDENAS GRACIA, J. (1998). Hacia una Constitución normativa. En AA.VV., *El significado actual de la Constitución* (pp. 93-118). México: IIJ/UNAM.
- CÁRDENAS GRACIA, J. (2005). *Transición política y reforma constitucional en México* (2ª ed.). México: IIJ/UNAM.
- CÁRDENAS GRACIA, J. (2007). Hacia un cambio en la cultura jurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (119), pp. 295-324.
- CARPIZO, J. (1969). *La Constitución mexicana de 1917*. México: UNAM.
- CARPIZO, J. (1971). La interpretación constitucional en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (12), pp. 381-402.
- CARPIZO, J. (1991). *Derecho Constitucional*. México: UNAM.
- CARPIZO, J. (2009). Norma constitucional. En M. CARBONELL, (Ed.) *Diccionario de Derecho constitucional* (pp. 1042-1043). México: Porrúa-IIJ/UNAM.
- CARPIZO, J. (2011). ¿Se necesita una nueva Constitución en México? *Cuestiones constitucionales* (24), pp. 141-167.

- CARPIZO, J. (2011b). La reforma constitucional en México: procedimiento y realidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (131), pp. 543-598.
- CARRIÓ, G. R. (1971). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CASAR, M. A. & MARVÁN, I., (Coords.). (2014). *La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012*. México: Taurus.
- CASPER, G. (1986). Constitutionalism. En L. W. LEVY, (Ed.). *The Encyclopedia of the American Constitution*, pp. 473-480.
- CASTILLA, K. (2011). El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (XI), pp. 593-624.
- CEA EGAÑA, J. L. (2005). Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico. *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano*, pp. 43-56.
- CELANO, B. (2002). Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili. *Ragion Pratica* (18), pp. 223-239.
- CELOTTO, A. (2004). La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (1), pp. 3-14.
- CHIASSONI, P. (2010). Antinomias. En S. ORTEGA GOMERO, (Ed.). *Interpretación y razonamiento jurídico* (pp. 267-310). Lima: Ara editores.
- CHIASSONI, P. (2011). The simple and sweet virtues of analysis. A plea for Hart's metaphilosophy of Law. *Problema* (5), pp. 53-80.
- CHIASSONI, P. (2012). Un baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el Constitucionalismo garantista. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 97-116). Madrid: Marcial Pons.
- CHIASSONI, P. (2015). Neoconstitucionalismo, positivismo jurídico y modernidad. *Manuscrito inédito*.
- CHIASSONI, P. (2016). *El discreto placer del positivismo jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- CLAVERO SALVADOR, B. (2013). Constitucionalización mexicana de los derechos humanos, inclusive los derechos de los pueblos indígenas. *Revista española de derecho constitucional* (97), pp. 181-199.
- COLEMAN, J. L. (1998). Second Thoughts and Other First Impressions. En B. BIX, (Ed.). *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, (pp. 257-297). Oxford: Oxford University Press.
- COLEMAN, J. L. (2001). *The practice of principle, In defense of a pragmatist approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- COLEMAN, J. L, (Ed.). (2001b). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- COLEMAN, J. L. 2002. «Methodology.» En J. L. COLEMAN & S. SHAPIRO, (Eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp. 311-351). Oxford: Oxford University Press.
- COLEMAN, J. L. (2012). La arquitectura de la filosofía del Derecho. En J. FERRAR BELTRAN, *et. al.*, (Eds.). *Neutralidad y teoría del Derecho* (D. M. Papayannis Trad.) (pp. 93-178). Madrid: Marcial Pons.
- COLEMAN, J. L. & SIMCHEN O. (2003). Law. *Legal Theory* (9), pp. 1-41.
- COMANDUCCI, P. (2003). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En M. CARBONELL, (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 75-98). Madrid: Trotta.
- COMANDUCCI, P. (2009). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En P. COMANDUCCI, *et. al.*, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo* (pp. 85-121). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- COMANDUCCI, P. (2010). *Hacia una teoría analítica del Derecho*. Madrid: CEPyC.
- COMANDUCCI, P. (2012). «Constitucionalismo»: problemas de definición y tipología. En L. FERRAJOLI, *at. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 91-95). Madrid: Marcial Pons.
- COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. Á. & GONZALEZ LAGIER, D. (2009). *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- CONCHA CANTÚ, H. A. (2004). *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*. México: IIJ/UNAM.
- COSSÍO, J. R. (1998). *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. México: Fontamara.
- COSSÍO, J. R. (2001). *Cambio social y cambio jurídico*. México: Miguel Ángel Porrúa.
- COSSÍO, J. R. (2002). *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*. México: Fontamara.
- COSSÍO DÍAZ, J. R. (2006). Artículo 105 constitucional. En E. FERRER MAC-GREGOR, (Ed.). *Derecho Procesal Constitucional* (pp. 973-999). México: Porrúa.
- COSSÍO DÍAZ, J. R. (2011). *Sistemas y modelos de control constitucional en México*. México: IIJ/UNAM.
- COSSÍO DÍAZ, J. R. (2012). *El caso Radilla. Estudio y documentos*. México: Porrúa.
- COSSÍO DÍAZ, J. R. (2012b). Primeras implicaciones del caso Radilla. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional* (26), pp. 31-63.
- COSSÍO DÍAZ, J. R. (2015). ¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible? *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (32), pp. 81-109.
- COTTERRELL, R. (1997). The concept of legal culture. En D. NELKEN, (Ed.). *Comparing Legal Cultures* (pp. 13-31). Dartmouth: Aldershot.
- COYLE, S. & PAVLAKOS, G., (Eds.). (2005). *Jurisprudence or Legal Science? A Debate about the Nature of Legal Theory*. Oregon: Hart Publishing.
- CRUZ, L. M. (2005). *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*. Granada: Comares.
- CRUZ, L. M. (2006). *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa.
- CRUZ PARCERO, J. A. (2005). Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli. En M. CARBONELL & P. SALAZAR, (Eds.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli* (pp. 319-338). Madrid: Trotta.

- DAWKINS, R. (1993). *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta* (J. Robles Suárez, Trad.). Barcelona: Salvat.
- DE LORA, P. (1998). *La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la filosofía del Derecho*. Madrid: CEPyC.
- DEL MAR, M., GIUDICE, M. & WALUCHOW, W., (Eds.). (2010). *Methodology of legal theory*. Surrey, England: Ashgate.
- DIAZ, E. (1966). *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Cuadernos para el Diálogo.
- DÍAZ CREGO, M. (2015). Diálogo judicial. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad* (9), pp. 289-299.
- DICKSON, J. (2004). Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey. *Legal Theory* (10), pp. 117-156.
- DICKSON, J. (2006 [2001]). *Evaluación en la teoría del Derecho* (J. Vega, Trad.). México: IJ-UNAM. [Original: Evaluation and Legal Theory, Oxford-Portland: Hart Publishing].
- DISTIN, K. (2011). *Cultural evolution*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DUARTE D'ALMEIDA, L., et. al., (Eds.). (2013). *Reading HLA Hart's The concept of Law*. Oregon: Hart Publishing.
- DWORKIN, R. (1984 [1978]). *Los derechos en serio* (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Ariel. [Original: Taking Rights Seriously, London: Duckworth].
- DWORKIN, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- DWORKIN, R. (1996). Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise. En R. DWORKIN, *Freedom's Law, The Moral Reading of American Constitution* (pp. 1-38). Oxford: Oxford University Press.
- DWORKIN, Ronald. (2007 [2006]). *La justicia con toga* (M. Iglesias & I. Ortiz). Madrid: Marcial Pons. [Original: Justice in Robes, Cambridge, Mass.: Harvard University Press].
- ENDICOTT, T. (2001). Herbert Hart and the Semantic Sting. En J. L. COLEMAN, (Ed.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (pp. 39-58). Oxford: Oxford University Press.

- ESCUADERO ALDAY, R. (2010). Estudio preliminar. En P. COMANDUCCI, *Hacia una teoría analítica del Derecho* (pp. XIII-LI). Madrid: CEPyC.
- ETCHEVERRY, J. B. (2006). *El debate sobre el Positivismo Jurídico Incluyente. Un estado de la cuestión*. México: IIJ/UNAM.
- FABRA ZAMORA, J. L. (2015). Una nota sobre el neoconstitucionalismo. En J. L. FABRA ZAMORA, *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 517-524). México: IIJ/UNAM.
- FABRA ZAMORA, J. L. & MOLINA OCHOA, A. (2017). Presentación. *Problema* (11), pp. 491-494.
- FAVOREU, L. (2001). La constitucionalización del Derecho. *Revista Derecho (Valdivia)*, (1), pp. 31-43.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2004). *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: UNAM.
- FERRADA, J. C. (2003). *La constitucionalización del derecho chileno*. Santiago: Jurídica de Chile.
- FERRAJOLI, L. (1995 [1989]). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (P.A. Ibáñez, et. al., Trads.). Madrid: Trotta. [Original: Diritto e ragione. Teoria del Garantismo Penale, Roma-Bari: Laterza].
- FERRAJOLI, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (P. A. Ibáñez & A. Greppi, Trads.). Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En M. CARBONELL, (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (P. Allegue, Trad.) (pp. 13-29). Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara.
- FERRAJOLI, L. (2004a). *Razones jurídicas del pacifismo* (G. Pisarello, Ed.). Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia* (A. Greppi, Trad.). Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2007). *Principia Iuri: teoria del diritto e della democrazia* (Vol. I). Roma: Laterza.

- FERRAJOLI, L. (2011). *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L., *et. al.*, (2012). *Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.
- FERRAJOLI, L. (2012b). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (N. Guzmán, Trad.) (pp. 11-50). Madrid: Marcial Pons.
- FERRAJOLI, L. (2012c). El constitucionalismo garantista. Entre Paleiuspositivismo y Neo-iusnaturalismo. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (F. M. Luna, Trad.) (pp. 309-360). Madrid: Marcial Pons.
- FERRAJOLI, L. (2014). *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (P.A. Ibáñez, Trad.). Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L., *at. al.*, (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (A. De Cabo & G. Pisarello, Eds.). Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L., *et. al.*, (2008). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- FERRAJOLI, L. & RUIZ MANERO, J. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Madrid: Trotta.
- FERRER BELTRAN, J. & RATTI, G. B. (2011). Introducción. En J. FERRER BELTRAN & G. B. RATTI, (Eds.). *El realismo jurídico genovés* (pp. 11-14). Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRAN, J., MORESO, J.J. & PAPAYANNIS, D. M., (Eds.). (2012). *Neutralidad y Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRAN, J. & RATTI, G. B., (Eds.). (2011). *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons.
- FERRER MAC-GREGOR, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En M. CARBONELL & P. SALAZAR, (Eds.). *La reforma constitucional de Derechos Humanos* (pp. 339-429). México: IIJ/UNAM.

- FERRER MAC-GREGOR, E. (2011a). La ciencia del derecho procesal constitucional. En FERRER MAC-GREGOR, *et. al.*, *Curso de Derecho Procesal Constitucional* (pp. 1-53). México: Porrúa.
- FERRER MAC-GREGOR, E. & SILVA GARCIA, F. (2011). *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Porrúa-IIJ/UNAM.
- FERRER MAC-GREGOR, E. & SÁNCHEZ GIL, R. (2013). *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*. México: Porrúa-IMDPC-UNAM.
- FERRERES COMELLA, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPyC.
- FINNIS, J. (2011 [1980]). *Natural Law and Natural Rights*. 2a. Oxford: Oxford University Press.
- FIORAVANTI, M. (1996). *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones* (M. Martínez Neira, Trad.). Madrid: Trotta.
- FIORAVANTI, M. (2001). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. (M. Martínez Neira, Trad.) Madrid: Trotta.
- FIX-FIERRO, H. & LÓPEZ AYLLÓN, S. (2001). Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México. *Política y Gobierno*, III (2), pp. 347-393.
- FIX-FIERRO, H. & LÓPEZ AYLLÓN, S. (2002). Cambio jurídico y autonomía del derecho: un modelo de la transición jurídica en México. En J. A. CABALLERO JUÁREZ, *Transición y Estado de derecho en México* (pp. 95-137). México: IIJ/UNAM.
- FIX-FIERRO, H., *et. al.*, (2011). *Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional. Legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado*. México: IIJ/UNAM.
- FIX-FIERRO, H., *et. al.*, (2016). Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos México de 1917. En H. FIX-FIERRO, *et. al.*, (Coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Estudio académico* (pp. 1-30). México: IIJ/UNAM.
- FIX-FIERRO, H., *et. al.*, (Coords.). (2016). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Estudio académico*. México: IIJ/UNAM.

- FIX-FIERRO, H. (2017). *Los mexicanos y su constitución. Tercera Encuesta Nacional de Cultura Constitucional*. México: IIJ/UNAM.
- FIX-ZAMUDIO, H. (1993). *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*. México: CNDH.
- FIX-ZAMUDIO, H. (1998). *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. México: IIJ/UNAM-CCG.
- FIX-ZAMUDIO, H. (2011). Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos. En M. GONZÁLEZ OROPEZA & E. FERRER MAC-GREGOR, (Coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia. Tomo I* (pp. 424-471). México: IIJ/UNAM.
- FIX-ZAMUDIO, H. & VALENCIA CARMONA, S. (1999). *Derecho constitucional mexicano y comparado*. México: Porrúa.
- FLEMING, J. E. (2006). The Place of History and Philosophy in the Moral Reading of the American Constitution. En S. HERSHOVITZ, *Exploring law's empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin* (pp. 24-39). Oxford: Oxford University Press.
- FRIEDMAN, L. (1975). *The Legal System. A Social Science Perspective*. New York: Russell Sage Foundation.
- FRIEDMAN, L. M. (2000). Legal Culture. En L. W. LEVY & K. L. KARSTW., (Eds). *Encyclopedia of the American Constitution* (pp. 1576-1578). New York: Macmillan.
- GAIDO, P. (2011). The purpose of Legal Theory: some problems with Joseph Raz's view. *Law and Philosophy* (30), pp. 685-698.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2007). Derechos y pretextos. Elementos de crítica del Neoconstitucionalismo. En M. CARBONELL, (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* (pp. 237-264). Madrid: Trotta-IIJ/UNAM.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2009). Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. En F. MANTILLA ESPINOSA, *Controversias constitucionales* (pp. 24-69). Bogotá: Universidad del Rosario.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2010). Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy. En M. CARBONELL & L. GARCÍA JARAMILLO, (Eds.). *El canon neoconstitucional* (pp. 368-405). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1994). *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: CEPyC.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2003). La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. En M. CARBONELL, (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 159-186). Madrid: Trotta.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2005). Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. A propósito de la teoría del Derecho de Luigi Ferrajoli. En M. CARBONELL & P. SALAZAR, (Eds.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (pp. 267-284). Madrid: IIJ/UNAM-Trotta.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2005a). Entrevista a Luigi Ferrajoli. En M. CARBONELL & P. SALAZAR, (Eds.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (pp. 515-535). Madrid: Trotta-IIJ/UNAM.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2012). Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 117-133). Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2015). Legislación y Neoconstitucionalismo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (49), pp. 311-332.
- GARCÍA JARAMILLO, L. (2010). Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. En M. CARBONELL & L. GARCÍA JARAMILLO, (Eds.). *El canon neoconstitucional* (pp. 208-246). Madrid: Trotta-IIJ/UNAM.
- GARCÍA JARAMILLO, L. (2010). El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente? En M. CARBONELL, & L. GARCÍA JARAMILLO, *El canon neoconstitucionalista* (pp. 312-366). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- GARCÍA JARAMILLO, L. (2015). Intento de conceptualización y defensa del neoconstitucionalismo. En J. L. FABRA ZAMORA, *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 483-520). México: IIJ/UNAM.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (2011). El control interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (28), 123-159.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. & MORALES SÁNCHEZ, J. (2012). *La reforma constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011)* (2ª ed.). México: Porrúa-IIJ/UNAM.
- GARDNER, J. (2001). «Legal Positivism: 5 1/2 Myths.» *The American Journal of Jurisprudence* (46), pp. 199-227.
- GARDNER, J. (2006 [2001]). Prefacio (J. Vega, Trad.). En J. DICKSON, *Evaluación en la teoría del Derecho*, (pp. XI-XIII). México: IIJ/UNAM.
- GARGARELLA, R. (2013). *Latin American constitutionalism, 1810-2010 the engine room of the constitution*. New York: Oxford University Press.
- GARGARELLA, R. & COURTIS, C. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas*. Santiago de Chile: Naciones Unidas-CEPAL.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2005). La teoría general del garantismo: rasgos principales. En M. CARBONELL & P. SALAZAR, (Eds.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (pp. 21-39). Madrid: Trotta.
- GIANFORMAGGIO, L. (1993). *Le ragioni del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli.
- GIUDICE, M. (2010). Ways of Understanding Diversity Among Theories of Law. En DEL MAR, *et. al.*, (Eds.). *The Methodology of Legal Theory. Volume I*, (pp. 109-148). Surrey: Ashgate.
- GIUDICE, M. (2012). Conceptual Analysis and Its Critics. *Problema*. (6), pp. 3-38.
- GREEN, L. (2005). General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay. *Oxford Journal of Legal Studies* (25), pp. 565-580.
- GREEN, L. (2009). *Legal Positivism*. Obtenido de The Stanford Encyclopedia of Philosophy: <https://plato.stanford.edu/cgi->

bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=legal-positivism (E. N. ZALTA, Ed.).

- GREPPI, A. (2012). Semántica, Pragmática y Democracia. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 135-148). Madrid: Marcial Pons.
- GROPPI, T. & PONTTHOREAU, M. C. (2013). *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Oxford: Hart Publishing.
- GUASTINI, Riccardo. (1999). *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (J. Ferrer Beltran, Trad.). Barcelona: Gedisa.
- GUASTINI, R. (2003). La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. CARBONELL (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (J. M. Lujambio, Trad) (pp. 49-73). Madrid: Trotta.
- GUASTINI, R. (2006). Rigidez constitucional y normatiidad de la ciencia jurídica. En M. CARBONEL & P. SALAZAR, (Eds.). *Garantismo. Una discusión sobre el Derecho y la democracia* (pp. 245-249). Madrid: Trotta.
- GUASTINI, R. (2007). *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara.
- GUASTINI, R. (2007a). Sobre el concepto de Constitución. En M. CARBONELL, (Ed.). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos* (pp. 15-27). Madrid: Trotta.
- GUASTINI, R. (2011). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa-IIJ/UNAM.
- GUASTINI, R. (2013). *Distinguendo ancora*. Madrid: Marcial Pons.
- GUIBOURG, R. & MENDONCA, D. (2004). *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*. Madrid: Marcial Pons.
- HÄBERLE, P. (2016). *El estado constitucional* (2ª ed.). (H. Fix-Fierro, Trad.) México: IIJ/UNAM.
- HABERMAS, J. (1998 [1992]). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (M. J. Redondo, Trad.). Madrid: Trotta. [Original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt: Suhrkamp].
- HALMAI, G. 2012. The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation. En M. ROSENFELD & A. SAJÓ, (Eds.). *The*

- Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (pp. 1328-1347). Oxford: Oxford University Press.
- HALPIN, A. (2006). The Methodology of Jurisprudence: Thirty Years Off the Point. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (19), pp. 67-105.
- HAMILTON, W. H. (1931). Constitutionalism. En E. R. A. SELIGMAN, *et. al.*, (Eds.). *Encyclopedia of the Social Sciences* (pp. 255-258). New York: Macmillan.
- HART, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- HART, H. L. A. (1967). Philosophy of Law, Problems of. En *The Encyclopedia of Philosophy (VI)* (pp. 264-276). New York: The MacMillan.
- HART, H. L. A. (1994). *Postscript* (P. A. Bulloch & J. Raz, Eds.). En H. L. A. HART, *The Concept of Law* (2^a ed.) (pp. 238-276). Oxford: Oxford University Press.
- HELLER, H. (1947). *Teoría del Estado* (L. Tobío, Trad.). México: Fondo de Cultura Económica.
- HIERRO, L. (1998). *Estado de Derecho. Problemas actuales*. México: Fontamara.
- HIERRO, L. (2012). Sobre la odisea constitucionalista de Luigi Ferrajoli. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 149-162). Madrid: Marcial Pons.
- HIMMA, K. E. (2002). Inclusive Legal Positivism. En J. L. COLEMAN & S. SHAPIRO, (Eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp. 125-165). Oxford: Oxford University Press.
- HIMMA, K. E. (2011). *Derecho y mora: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente* (J. Fabra & C. Guzmán & M. Shrager, Trads.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HUERTA OCHOA, C. (2007). *Conflictos normativos*. México: IIJ/UNAM.
- JELLINEK, G. (2000). *Teoría general del estado* (F. de los Ríos, Trad.). Granada: Comares.
- JIMENEZ ASENSIO, R. (2001). *El constitucionalismo*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.

- JIMÉNEZ CANO, R. M. (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- KAY, R. S. (1998). American Constitutionalism. En L. ALEXANDER, (Ed.). *Constitutionalism. Philosophical Foundations* (pp. 16-63). Cambridge: Cambridge University Press.
- KELSEN, H. (1979 [1960]). *Teoría Pura del Derecho* (R. Vernengo, Trad.). México: IJ/UNAM. [Original: *Reine Rechtslehre*, Wien: Franz Deuticke].
- KELSEN, H. (1988 [1945]). *Teoría general del derecho y del estado* (E. García Máynez, Trad.). México: UNAM. [Original: *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press].
- KRAMER, M. H. (2004). *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press.
- KRAMER, M. H. & GRANT, C. (2012 [2008]). Introducción. En M. H. KRAMER, *et. al.*, *El legado de H.L.A Hart. Filosofía jurídica, política y moral* (pp. 19-25). Madrid: Marcial Pons. [Original: *The Legacy of H. L. A. Hart. Legal, Political and Moral Philosophy*]
- KUHN, T. S. (1971 [1963]). *La estructura de las revoluciones científicas*. (A. Contin, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica. [Original: *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: University of Chicago Press].
- KULVER, K. (2010). Leaving the Hart-Dworkin Debate. En DEL MAR, *et. al.*, (Eds.). *The methodology of legal theory* (pp. 37-68). Surrey, England: Ashgate.
- KUMM, M. (2006). Who is Afraid of the total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the constitutionalization of private law. *German Law Journal*, 7 (4), pp. 341-369.
- LACEY, N. (2006). Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology revisited. *Texas Law Review*, pp. 945-982.
- LANDA ARROYO, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Revista de la Facultad de Derecho* (71), pp. 13-36.
- LAPORTA, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta.
- LAPORTA, F. J. (2012). Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 163-177). Madrid: Marcial Pons.

- LARA CHAGOYÁN, R. (2011). *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*. México: Porrúa.
- LARENZ, K. (1994 [1960]). *Metodología de la Ciencia del Derecho* (E. Gimbernat Ordeig, Trad.). Barcelona: Ariel. [Original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin: Springer].
- LAUDAN, L. (1984). *Science and Values: The Aims of Science and Their Role in Scientific Debate*. Berkeley: University of California Press.
- LEITER, B. (2003). Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence* (48), pp. 17-51.
- LEITER, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- LEITER, B. & LANGLINAIS, A. (2012). *The Methodology of Legal Philosophy*. Disponible en: http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/398/.
- LEITER, B. & ETCHEMENDY, M. X. (2017). *Naturalism in Legal Philosophy*. Obtenido de The Stanford Encyclopedia of Philosophy: <https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-naturalism/> (E. N. ZALTA, Ed.).
- LOEWENSTEIN, K. (1986). *Teoría de la constitución* (A. Gallego, Trad.). Barcelona: Ariel.
- LÓPEZ-AYLLÓN, S. & FIX-FIERRO, H. (2003). “Tan cerca, tan lejos” Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-200). En FIX-FIERRO, H., et. al., *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización* (pp. 503-603). México: IJ/UNAM.
- LUQUE SÁNCHEZ, P. & RATTI, G. B., (Eds.). (2012). *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*. Madrid: Marcial Pons.
- LYONS, David. (1977). Principles, Positivism and Legal Theory. *Yale Law Journal* (87), pp. 415-436.
- MACCORMICK, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon.

- MACCORMICK, N. (2010 [1981]). *H.L.A. Hart* (J. M. Pérez Bermejo, Trad.). Madrid: Marcial Pons. [Original: *H. L. A. Hart*. Stanford: Stanford University Press].
- MACCORMICK, N. (2011 [2007]). *Instituciones del Derecho*. (F. Atria & S. Tschorne, Trads.) Madrid: Marcial Pons. [Original: *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press].
- MARMOR, A. (2001 [1992]). *Interpretación y teoría del Derecho* (M. Mendoza Hurtado, Trad.). Barcelona: Gedisa. [Original: *Interpretation and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press].
- MARMOR, A. (2002). Exclusive Legal Positivism. En J. L. COLEMAN & S. SHAPIRO, (Eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (pp. 104-124). Oxford: Oxford University Press.
- MARMOR, A. (2006). Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (4), pp. 683-704.
- MARMOR, A. (2007). *Law in the age of pluralism*. Oxford: Oxford University Press.
- MARMOR, A. & SARCH, A. (2015). *The Nature of Law*. Obtenido de: The Stanford Encyclopedia of Philosophy: <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=lawphil-nature> (E. N. ZALTA, Ed.).
- MARTÍ, J. L. (2008). Sobre la normatividad de la filosofía del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho* (25), pp. 427-454.
- MATTEUCCI, N. (1998 [1976]). *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. (F. J. Ansuátegui Roig & M. Martínez Neira, Trads.) Madrid: Trotta. [Original: *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino: UTED].
- MAZZARESE, T. (2002). *Neoconstituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli.
- MAZZARESE, T. (2007). Iuspositivismo y Globalización del Derecho: ¿Qué modelo teórico? En J. J. MORESO & M.C. REDONDO, (Eds.). *Un diálogo con la teoría del Derecho de Eugenio Bulygin* (pp. 61-88). Madrid: Marcial Pons.

- MCILWAIN, C. H. (1991 [1947]). *Constitucionalismo antiguo y moderno*. (J. Solozábal, Trad.) Madrid: CEPyC. [Original: *Constitutionalism, Ancient and Modern*, Ithaca, New York: Cornell University Press].
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. (2004). *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. México: Porrúa.
- MIJANGOS Y GONZALEZ, J. (2007). *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*. México: Porrúa.
- MORA SIFUENTES, F. M. (2011). Reseña bibliográfica: Criaturas de la Moralidad. . *Revista Española de Derecho Constitucional* (92), pp. 429-445.
- MORA SIFUENTES, F. M. (2016). Los intocables del Derecho. Entrevista a Josep Joan Moreso. *Ciencia Jurídica* (9), pp. 2016.
- MORALES LUNA, F. F. (2014). *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- MORESO, J. J. (1997). Sobre normas inconstitucionales. En J. J. MORESO, *Normas jurídicas y estructura del Derecho* (pp. 59-100). México: Fontamara.
- MORESO, J. J. (2001). In Defense of Inclusive Legal Positivism. En P. CHIASSONI, (Ed.). *The Legal Ought* (pp. 37-64). Torino: Giappichelli.
- MORESO, J. J. (2003). Comanducci sobre neoconstitucionalismo. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho* (19), pp. 267-282.
- MORESO, J. J. (2003a). Conflictos entre principios constitucionales. En M. CARBONELL, (Eds.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 99-121). Madrid: Trotta.
- MORESO, J. J. (2008). Teoría del Derecho y neutralidad valorativa. *Doxa* (31), pp. 177-200.
- MORESO, J. J. (2008a). Ferrajoli o el constitucionalismo optimista. *Doxa* (31), pp. 279-287.
- MORESO, J. J. (2008b). La lectura moral del Derecho. *Revista de Libros* (142), pp. 11-13.
- MORESO, J. J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.

- MORESO, J. J. (2009a). Legal Positivism and Legal Disagreements. *Ratio Juris* (22), pp. 62-73.
- MORESO, J. J. (2010a). La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables. En J.J. MORESO, *et. al.*, *Los desacuerdos en el Derecho* (pp. 49-86). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- MORESO, J. J. (2010b). Tomates, hongos y significado jurídico. En JJ. MORESO, *et. al.*, *Los desacuerdos en el Derecho* (pp. 15-48). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- MORESO, J. J. (2012). Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 179-195). Madrid: Marcial Pons.
- MORESO, J. J. (2012a). La ciudadela moral en la corte de los juristas. *Anuario de filosofía del derecho* (28), pp. 119-140.
- MORESO, J. J. (2012b). Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality. En J. FERRER & G. B. RATTI, (Eds.). *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility* (pp. 225-237). Oxford: Oxford University Press.
- MORESO, J. J. (2012c). Positivismo jurídico, relativismo moral y liberalismo político. *Teoría Política* (2), pp. 103-110.
- MORESO, J. J. (2013). *Ethica More Iuridico Incorporata*. México: Fontamara.
- MORESO, J. J. (2013a). Donde la pala se nos dobla: de nuevo sobre metaética y política. *Teoría Política* (2), pp. 287-299.
- MORESO, J. J. (2014). *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Lima: Palestra.
- MORESO, J. J. (2015). Positivismo jurídico contemporáneo. En J. L. FABRA ZAMORA & A. NÚÑEZ VAQUERO, (Eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho. Volumen uno* (pp. 171-205). México: IIJ/UNAM.
- MORESO, J. J. (2015a). Sobre seis posibles conexiones necesarias entre Derecho y moral. En J. A. SANTOS & C. HERMIDA, (Coords.). *Una filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero* (pp. 67-82). Madrid: Congreso de los Diputados-U. Rey Juan Cuarclos.

- MORESO, J. J. (2015b). Los intocables del Derecho. En J. M. SAUCA, (Ed.). *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho. Tomando en serio el imperio del erizo* (pp. 91-104). Madrid: CEPyC.
- MORESO, J. J. (2015c). Nino y Dworkin sobre los conceptos de Derecho. *Análisis Filosófico* (35), pp. 111-131.
- MORESO, J. J. (2017). *El diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio*. Obtenido de: https://www.academia.edu/32433703/EL_DIÁLOGO_JUDICIAL_COMO_EQUILIBRO_REFLEXIVO_AMPLIO?auto=download.
- MORESO, J. J. & NAVARRO, P. (2004). Introducción. En L. FERRAJOLI. *Epistemología Jurídica y Garantismo* (pp. 7-14). México: Fontamara.
- MORESO, J. J. & VILASOJANA, J. M. 2004. *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- MURPHY, W. F. (2001). Constitutionalism. *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, pp. 2641-2643.
- SCJN. (2007). *¿Qué son las controversias constitucionales?* México: SCJN.
- NEGRETTO, G. L. (2012). Replacing and Amending Constitutions: the logic of constitutional change in Latin America. *Law and Society Review*, 46 (4), pp. 749-779.
- NELKEN, D. (2010). Repensando el concepto de cultura jurídica. En J. A. CABALLERO JUÁREZ, *Sociología del Derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (R. Meneses, Trad) (pp. 137-175). México: IIJ/UNAM.
- NINO, C. S. (1983). *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- NINO, C. S. (1984). *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Paidós.
- NINO, C. S. (1993). *Derecho, moral y política*. Barcelona: Ariel.
- NINO, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. (R. P. Saba, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- NINO, C. S. (1999). *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*. México: Fontamara.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2006). *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*. Lima: Palestra.

- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. En E. FERRER MAC-GREGOR, (Ed.). *El control difuso de convencionalidad* (pp. 123-159). México: FUNDAP.
- NÚÑEZ VAQUERO, Á. (2014). Dogmática jurídica. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad* (6), pp. 245-260.
- NÚÑEZ VAQUERO, A. (2015). Ciencia jurídica. En J. L. FABRA ZAMORA & A. NÚÑEZ VAQUERO, (Eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Volumen uno* (pp. 601-631). México: IIJ/UNAM.
- O'BRIEN, M. (2015). Charter Interpretation, Judicial Review and Community's Constitutional Morality. Responding to Natalie Stoljar on Wil Waluchos. *Problema* (9), pp. 255-278.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. (2008). Justicia constitucional y desarrollo democrático en México. En S.C.J.N. *Tribunales Constitucionales y Democracia* (pp. 561-693). México: SCJN.
- ORTEGA GARCÍA, R. (2013). La constitucionalización del derecho en México. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46 (137), pp. 601-646.
- ORUNESU, C. (2012). *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons.
- PARDO REBOLLEDO, J. M. (2012). El caso Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos. *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano* (XVIII), pp. 333-346.
- PECZENIK, A. L., et. al., (Eds.). (1984). *Theory of Legal Science*. Dordrecht: D. Reidel.
- PEGORARO, L. (2004). Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (2), pp. 131-158.
- PEÑA FREIRE, A. M. (1997). *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta.
- PERRY, S. R. (2001). Hart's Methodological Positivism. En J. L. COLEMAN, (Ed.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (pp. 311-354). Oxford: Oxford University Press.

- PERRY, S. R. (2002). *Method and Principle in Legal Theory*. Obtenido de: University of Pennsylvania Law School. Legal Scholarship Repository: <https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/sperry/>.
- PINO, G. (2012). Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (D. Moreno Cruz, Trad.) (pp. 197-225). Madrid: Marcial Pons.
- POU GIMÉNEZ, F. (2012). *Judicial Review and Rights Protection in Mexico: The Limits of the 2011 Amparo Reform*. Obtenido de: SSRN https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=2210959.
- POU GIMÉNEZ, F. (2014). El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector? *Anuario de Derechos Humanos* (10), pp. 91-103.
- POU GIMÉNEZ, F. (2014). Las reformas en materia de derechos fundamentales. En M. A. CASAR & I. MARVÁN, (Coords.). *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México (1997-2012)* (pp. 87-137). México: Taurus.
- POU GIMÉNEZ, F. (2016). Constitucionalismo viejo, nuevo y desatado: el caso de México. En D. BONILLA MALDONADO, (Comp.). *El constitucionalismo en el continente americano* (pp. 215-263). Bogotá: Siglo de Hombres-Universidad EAFIT-Universidad de los Andes.
- POZZOLO, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa* (27), pp. 355-370.
- POZZOLO, S. (2001). *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli.
- POZZOLO, S. (2010). Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. En M. CARBONELL & L. GARCÍA JARAMILLO, (Eds.). *El canon neoconstitucionalista* (pp. 165-184). Madrid: Trotta-IIJ/UNAMA.
- POZZOLO, S. (2011). Introducción. En S. POZZOLO, (Ed.). *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos* (pp. 7-12). Lima: Palestra.
- POZZOLO, S. (2015). Apuntes sobre “Neoconstitucionalismo”. En J. L. FABRA ZAMORA & A. NÚÑEZ VAQUERO, (Eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Volumen uno* (pp. 363-405). México: IIJ/UNAM.

- PRADA, A. (2010). Recensión: Criaturas de la moralidad. *Persona y Derecho* (62), pp. 238-244.
- PRIEL, D. (2010). Description and Evaluation in Jurisprudence. *Law and Philosophy* (29), pp. 633-667.
- PRIEL, D. 2012. El Modelo Científico de la teoría del Derecho. En J. FERRER BELTRAN, *et. al.*, (Eds.). *Neutralidad y teoría del Derecho* (R. Gama & M. J. Ureña Muñoz, Trads.) (pp. 361-381). Madrid: Marcial Pons.
- PRIEL, D. (2015). *The Misguided Search for the Nature of Law*. Obtenido de SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=264246 1.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1997). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1998). Prólogo. En A. GARCÍA FIGUEROA. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (pp. 17-25). Madrid: CEPyC.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003a). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. CARBONELL, (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 123-158). Madrid: Trotta.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2005). Constitucionalismo y garantismo. En M. CARBONELL & P. SALAZAR, (Eds.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli* (pp. 41-57). Madrid: Trotta.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2008). Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. *Doxa* (31), pp. 325-353.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2009). Voz: neoconstitucionalismo. En M. CARBONELL, (Ed.). *Diccionario de Derecho Constitucional* (pp. 1031-1037). México: Porrúa-UNAM.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2010). Neoconstitucionalismo. Un catálogo de problemas y argumentos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, pp. 461-506.

- PRIETO SANCHÍS, L. (2012). Ferrajoli y el Neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 227-242). Madrid: Marcial Pons.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- RABASA, E. O. (2004). *La evolución constitucional de México*. México: IIJ/UNAM.
- RADBRUCH, G. (2006). Statutory lawlessness and supra-statutory law. *Oxford Journal of Legal Studies* (26), pp. 1-11.
- RAMÍREZ LUDEÑA, L. (2015). *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- RAMOS DUARTE, É. & POZZOLO, S, (Eds.) (2010). *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. Sao Paulo: Landy.
- RATTI, G. B. (2015). Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo. *Ius Humani. Revista de Derecho* (4), pp. 227-261.
- RAZ, J. (1985 [1979]). El Estado de Derecho y su virtud. En J. RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (R. Tamayo y Salmorán, Trad.) (pp. 265-285). México: IIJ/UNAM. [Original: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press].
- RAZ, J. (1991 [1990]). *Razón práctica y normas*. (J. Ruiz Manero, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. [Original: *Practical Reason and Norms*, 2ª ed., Princeton, NJ: Princeton University Press].
- RAZ, J. (2013 [2009]). *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del Derecho y la razón práctica* (H. Bouvier, P. Navarro & R. Sánchez Brígido, Trans.). Madrid: Marcial Pons. [Original: *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press].
- RAZ, J. (2007 [2005]). ¿Puede haber una teoría del Derecho? (R. Sánchez Brígido, Trad.). En RAZ, J., *et. al.*, *Una discusión sobre la teoría del Derecho* (pp. 47-86). Madrid: Marcial Pons. [Original: *Can There be a Theory of Law?* (pp. 324-342), en M.P. Golding & W. A.

- Edmundson, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell].
- RAZ, J. (2007). Teoría y conceptos: réplica a Alexy y Bulygin. En RAZ, J., *et. al.*, *Una discusión sobre la teoría del Derecho* (R. Sánchez Brigido, Trad.) (pp. 111-120). Madrid: Marcial Pons.
- RAZ, J., ALEXY, R & BULYGIN, E. (2007). Una discusión sobre la teoría del Derecho. Madrid: Marcial Pons.
- REDONDO, M. C. (2012). El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 243-262). Madrid: Marcial Pons.
- RIVAS PALÁ, P. (2007). *El retorno a los orígenes de la tradición positivista: una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*. Cizur Menor: Thomson Civitas.
- ROA ROA, J. E. (2015). La Justicia Constitucional en América Latina. Documentos de trabajo de Derecho Constitucional (34), pp. 1-31.
- RÓDENAS, Á. (2003). ¿Qué queda del positivismo jurídico?». *Doxa* (26), pp. 417-448.
- RODRÍGUEZ, G., *et. al.* (2013). *Interpretación conforme*. México: SCJN-OACNUDH-CDHDF.
- RODRÍGUEZ BLANCO, V. (2006). The Methodological Problem in Legal Theory: Normative and Descriptive Jurisprudence Revisited. *Ratio Juris* 19 (1), pp. 26-54.
- RODRIGUEZ BLANCO, V. (2015). Metodología del Derecho. Defensa parcial de una visión alternativa. En J. L. FABRA ZAMORA & A. NÚÑEZ VAQUERO, (Eds.). *Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho. Volumen 1*, (pp. 409-431). México: IJ/UNAM.
- ROSATI, C. S. (2016). The Moral Reading of Constitutions. En W. WALUCHOW & S. SCIARAFFA, (Eds.). *The Legacy of Ronald Dworkin* (pp. 324-349). Oxford: Oxford University Press.
- RUIZ MANERO, J. (2000). Principios jurídicos. En E. GARZÓN VALDÉS & F. J. LAPORTA, (Eds.). *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (pp. 149-159). Madrid: Trotta.

- RUIZ MIGUEL, A. (2000). Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional. *Doxa* (23), pp. 145-160.
- RUIZ MIGUEL, A. (2002). *Una Filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- RUIZ SANZ, M. (2002). *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*. Madrid: Dykinson.
- SALAZAR UGARTE, P. (2006). *La Democracia constitucional: una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica/IIJ-UNAM.
- SALAZAR UGARTE, P. (2012). Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción. En L. FERRAJOLI, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 287-307). Madrid: Marcial Pons.
- SALAZAR UGARTE, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). En L. R. GONZÁLEZ PÉREZ & D. VALADÉS, (Coords.). *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo* (pp. 345-387). México: IIJ/UNAM.
- SAMUEL, G. (2003). *Epistemology and Method in Law*. Aldershot: Ashgate.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, O. (2006). Controversia constitucional y nueva relación entre poderes. En E. FERRER MAC-GREGOR, (Ed.). *Derecho Procesal Constitucional. Tomo II* (pp. 1131-1145). México: Porrúa.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. (1993). *Introducción al Estado constitucional*. Barcelona: Ariel.
- SASTRE ARIZA, S. (2003). La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. En M. CARBONELL, (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 239-258). Madrid: Trotta.
- SCALIA, A. (1997). *A Matter of Interpretation*. Princeton: Princeton University Press.
- SCARPELLI, U. (1965). *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità.
- SCHAUER, F. (2001). Positivism Before Hart. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 24, pp. 455-471.

- SCHAUER, F. (2012). Necesidad, importancia y naturaleza del Derecho. En J. FERRE BELTRAN, *et. al.*, (Eds.). *Neutralidad y teoría del Derecho* (J. L. Rodríguez, Trad.) (pp. 41-60). Madrid: Marcial Pons.
- SCHMILL ORDONÉZ, U. (2000). El positivismo jurídico. En E. GARZÓN VALDÉS & F. J. LAPORTA, (Eds.). *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (pp. 65-76). Madrid: Trotta.
- SERNA DE LA GARZA, J. M. (2009). *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*. México: IJ/UNAM.
- SHAPIRO, S. J. (2006). What is the Internal Point of View?. *Fordham Law Review* (75), pp. 1157-1170.
- SHAPIRO, S. J. (2009). Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake? *Ratio Juris* (3), pp. 326-338.
- SHAPIRO, S. J. (2014 [2011]). *Legalidad* (D. M. Papayannis & L. Ramírez Ludeña, Trans.). Madrid: Marcial Pons. [Original: *Legality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press]
- SHAPIRO, S. J. (2017). *The Hart-Dworkin debate: A short Guide for the Perplexed*. Obtenido de SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657
- SIMÓN YARZA, F. (2016). La interpretación de los derechos en perspectiva teórica y práctica. En F. RUBIO LLORENTE, *et. al.* (Coords.). *La constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes* (pp. 895-918). Madrid: CEPyC.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L. (2002). *Historia del derecho mexicano*. México: Porrúa.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L. (2009). Garantías constitucionales. En M. CARBONELL, (Ed.). *Diccionario de Derecho constitucional* (pp. 688-690). México: Porrúa-IJ/UNAM.
- SOPER, P. (1977). Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin dispute. *Michigan Law Review* (75), pp. 511-542.
- SPANN, G. A. (2005). Constitutionalization. *Saint Louis University Law Journal*, (49), pp. 709-1229.

- STAVROPOULOS, N. (2001). Hart's Semantics. En J. L. COLEMAN, (Ed.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (pp. 59-98). Oxford: Oxford University Press.
- STOLJAR, N. (2009). Waluchow on moral opinions and moral commitments. *Problema* (3), pp. 102-132.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (1984). La teoría del Derecho de John Austin. *Anuario Jurídico* (XI), pp. 561-579.
- TARELLO, G. (1995 [1988]). *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. [Original: *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna: Il Mulino].
- THAGARD, P. R. (1978). The Best Explanation: Criteria for Theory Choice. *The Journal of Philosophy* 75 (2), pp. 76-92.
- TORRES PÉREZ, A. (2009). *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*. Oxford: Oxford University Press.
- TROPER, M. (2001 [1994]). *Por una teoría jurídica del Estado*. (M. Grau, Trad.) Madrid: Dykinson. [Original: *Pour une theorie juridique de l'Etat*, Paris: Presses Universitaires de France].
- TUSSEAU, G. (2011). *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*. México: Porrúa-IMDPC.
- UPRIMNY, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina. Tendencias y desafíos. En C. RODRÍGUEZ GARAVITO, (Coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- VALADÉS, D. (2010). La protección de los derechos fundamentales frente a particulares. En A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR & M. MORALES ANTONIAZZI, (Coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina? Tomo I* (pp. 681-710). México: IIJ/UNAM.
- VAN HOECKE, M. (2014). Doctrina Jurídica: ¿Qué método(s) para qué tipo de disciplina? *Ciencia Jurídica* (6), pp. 127-148.
- VÁZQUEZ, R. (2006). *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México: Fontamara.

- VEGA GÓMEZ, J. (2014). *Ensayos de filosofía jurídica analítica*. Madrid: Dykinson.
- VERNENGO, R. J. (2000). Interpretación del Derecho. E. GARZÓN VALDÉS & F. J. LAPORTA, (Eds.). *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (pp. 239-265). Madrid: Trotta.
- VICIANO, R. & MARTÍNEZ, R. (2010). Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En AA.VV. *El nuevo constitucionalismo en América Latina* (pp. 9-44). Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- VICIANO PASTOR, R. & MARTÍNEZ, R. (2013). La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *Revista El Otro Derecho. Debates constitucionales en nuestra América* (48), pp. 63-84.
- WACKS, R. (2005). *Understanding Jurisprudence. An Introduction to Legal Theory*. New York: Oxford University Press.
- WALDRON, J. (1999). *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WALDRON, J. (2001). Normative (or Ethical) Positivism. En J. L. COLEMAN, (Ed.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (pp. 410-433). Oxford: Oxford University Press.
- WALDRON, J. (2005 [1999]). *Derecho y desacuerdos*. (J. L. Martí & Á. Quiroga, Trans.). Madrid: Marcial Pons. [Original: Law and Disagreement, Oxford: Clarendon Press].
- WALDRON, J. (2009). Constitutionalism-A Skeptical View. En T. CRISTIANO, et. al., *Contemporary debates in Political Philosophy* (pp. 267-282). Malden, Mass.: Wiley-Blackwell .
- WALUCHOW, W. J. (2014). *Constitutionalism*. Obtenido de: The Stanford Encyclopedia of Philosophy: <https://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/> (E. N. ZALTA, Editor).
- WALUCHOW, W. J. (2007 [1994]). *Positivismo jurídico incluyente*. (M. S. Gil & R. Tesone, Trans.) Madrid: Marcial Pons. [Original: Inclusive Legal Positivism, Oxford: Oxford University Press].
- WALUCHOW, W.J. (2009 [2007]). *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el "common law". Un árbol vivo* (P. de Lora, Trad.). Madrid: Marcial Pons. [Original: A Common Law

Theory of Judicial Review. The Living Tree, Cambridge: Cambridge University Press].

WALUCHOW, W. J. (2015). Constitutional Rights and The Possibility of Detached Constructive Interpretation. *Problema* (9), pp. 23-52.

WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, E. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. (R. De Agapito Serrano, Trad.). Madrid: Trotta.

ZAGREBELSKY, G. (1995 [1992]). *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. (M. Gascón, Trad.) Madrid: Trotta. [Original: *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, Torino: Einaudi].