
Artículos

Memoria y balance del Neoconstitucionalismo

Gustavo Arballo*

Resumen

En el presente trabajo se realiza un estudio histórico del Neoconstitucionalismo, se caracterizan sus aspectos esenciales, sus postulados teóricos, y su relación con las distintas escuelas iusfilosóficas. Se analizan sus éxitos y fracasos, y el impacto que ha tenido sobre las prácticas judiciales.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo – Ponderación – Activismo – Principios jurídicos – Derrotabilidad.

* Universidad Nacional de La Pampa. arballo@gmail.com

I. Breve historia del Neoconstitucionalismo

El “neoconstitucionalismo” tuvo sus primeras manifestaciones a fines del siglo XX y una muy rápida propagación por el escenario de la iusfilosofía y el derecho constitucional.¹

Sin embargo, el término venía a describir un fenómeno datable mucho tiempo atrás, que Alfonso Santiago ubica en “la profunda transformación que se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial y la tarea que, a partir de ellas, comienzan a desarrollar los tribunales constitucionales de los países del viejo mundo”. Era neoconstitucionalismo *avant la lettre*.²

Si el neoconstitucionalismo describe un fenómeno muy anterior a la conceptualización, posiblemente el cenit de la etiqueta se haya dado en 2010, en consonancia con una obra compilatoria que aspiraba a documentar su canonicidad, titulada precisamente *El canon neoconstitucional*.³

Para tomar una foto de su influencia viene a cuento repasar una descripción que hacía Prieto Sanchís precisamente en ese mismo año. Este autor decía que “el neoconstitucionalismo tiende a convertirse en una respuesta global, en una nueva cultura jurídico-política si se quiere, que se halla presente en toda clase de debates; en los debates de filosofía política acerca del mejor modo de organizar las instituciones democráticas; en los conceptuales a propósito de qué debemos entender por Derecho y de cómo se explica su relación con la moral; en los metateóricos sobre la función de la ciencia jurídica y el enfoque más adecuado para la comprensión del Derecho; en los teóricos relativos a la naturaleza de las normas y de su interpretación”.⁴

10

¹ Dice Paolo Comanducci: “Neoconstitucionalismo es una etiqueta que, a finales del siglo pasado, unos integrantes de la Escuela Genovesa de Teoría del Derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) comenzamos a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentaban rasgos comunes, pero también diferencias”. Cf. Comanducci, P., “Constitución y Neoconstitucionalismo”. En P. Comanducci, M. Ahumada & D. González. *Positivismo jurídico y Neoconstitucionalismo*. Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2009, pp. 85–122. Mas concretamente, aparece por primera vez en una comunicación de Susanna Pozzolo presentada al Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires en 1997. Cf. Pozzolo, Susanna, “Apuntes sobre neoconstitucionalismo”, en Fabra Zamora, Jorge Luis, y Núñez Vaquero, Álvaro, (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Vol. 1, 2015. p. 363.

² Santiago, Alfonso, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2010. Cf. Capítulo VI, “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo”, pp. 165-187.

³ Cf. Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

⁴ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, *En Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 44, 2010, pp. 461-506, en p. 467.

La producción doctrinaria generada por la etiqueta o “marca” *neconstitucionalismo* ha sido revitalizadora y en términos cuantitativos, extremadamente copiosa: casi no hubo ningún autor que no escribiera sobre ella, o que -si no lo hizo expresamente- fuera invocado en una discusión planteada a propósito sobre el neoconstitucionalismo.

Diez años después de ese cenit, es un momento apropiado para preguntarse por la influencia, legado y futuro (si es que lo tiene) de esta corriente.

II. Identikit del neoconstitucionalismo

Lo primero que debe señalarse y ya es lugar común aceptado es su dispersión: no es una corriente signada por un autor, o por una teoría concreta, o por una tradición nacional concreta, sino está caracterizada por la hibridación y la mixtura (o el rejunte, dirán los detractores). Prueba de ello es que muchas de sus obras, y notoriamente “El canon neoconstitucional”, son corales y compilatorias. No estaba errada la “(s)” parentética elegida por Miguel Carbonell para una difundida compilación, titulada precisamente “Neoconstitucionalismo(s)”.⁵

En la práctica, el neoconstitucionalismo generó un campo gravitacional teórico que funcionó como un *tertium genus*, y terminó absorbiendo a todas las vertientes que no fueran explícitamente positivistas, ni clásicamente iusnaturalistas.⁶ De allí que el neoconstitucionalismo sea una doctrina de amplio espectro, con nombres propios y “autopercebidos” como neoconstitucionalistas (Miguel Carbomell, Leonardo García Jaramillo, Andrés Ollero Tassara, Prieto Sanchís, Peces Barba, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli) y algunos “adscriptos” (ex post) a la corriente (Ronald Dworkin, Robert Alexy y hasta Lon Fuller; entre nosotros, Carlos Nino y hasta Germán Bidart Campos).⁷

Existen muchas versiones y descripciones del constitucionalismo. A los efectos de este trabajo nos va a interesar describir algunos puntos salientes y caracterizantes:

- **Naturaleza expansiva de la norma constitucional.** Una clave de bóveda, y posible acta de nacimiento del neoconstitucionalismo, está dada en el fallo *Luth-Urteil* del Tribunal Constitucional Alemán, del 15 de enero de 1958:

⁵ Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003.

⁶ Aunque algunos autores ven al neoconstitucionalismo como un iusnaturalismo explícito, es pertinente la diferenciación que ha desarrollado Rodolfo Vigo entre ambos conceptos. Véase Vigo, Rodolfo L., “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, en *Libro del Primer Congreso Iberoamericano. XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 493-541.

⁷ Andrés Gil Domínguez, que también se inscribe en la tendencia, habla de el “bidartcampismo” como escuela (neo)constitucional. Ver Gil Domínguez, Andrés, *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ediar, 2009, en pp. 317.

allí se sentó la doctrina de la *drittwirkung*: aplicación directa, o “efecto horizontal” de las normas constitucionales, en tanto ellas conforman un “orden de valores” que debe ser tenido en cuenta en todas las ramas del Derecho, incluso en el Derecho Privado. El control de constitucionalidad se expande con un efecto de irradiación (*ausstrahlungswirkung*) que asume que cualquier relación juridizable debe tener una implantación constitucional.

- **Una visión principialista.** Los *principios* (pensados como polo deóntico opuesto al de las “reglas”) juegan varios e importantes roles en la prédica neoconstitucionalista, que abreva en simultáneo de los desarrollos y disquisiciones de Ronald Dworkin y de Robert Alexy, y que resumiremos en tres rasgos. En primer lugar, se los busca decodificar en clave operativa, como mandatos de optimización, cuando antes eran simples exhortaciones al legislador. En segundo lugar, aparecen como normas controlantes con potencialidad de derrotar reglas, En tercer lugar, aparecen con una enunciación de fronteras más abiertas que las reglas, exigiendo una forma decisional no subsuntiva, sino ponderativa. La conjunción de estos tres factores implica introducir un factor dinámico al ordenamiento. Recordemos a Zagrebelsky “distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”.⁸ De ello se deriva la especificidad de la interpretación constitucional, ahora reconstruida en base a principios.
- **Naturaleza “moral” de la norma constitucional.** Una posible cuarta función de los principios es su traducción o imbricación con valores. La especificidad del moderno Estado constitucional de derecho, subraya Ferrajoli, consiste en que “las condiciones de validez establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no sólo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial”.⁹ En otra parte, dice este mismo autor: “la moral, que en el viejo paradigma iuspositivista correspondía a un punto de vista externo al Derecho, habría pasado ahora a formar parte de su punto de vista jurídico o interno”.¹⁰ La tendencia obliga a evaluar cada norma a la luz de pautas axiológicas que la misma Constitución identifica o presupone como “valores superiores” vinculantes para todo el ordenamiento.
- **El derecho constitucional es argumentación constitucional...** Lo que era un *producto*, ahora se convierte en *acto*, en un *proceso*. Sastre Ariza explica que dentro del paradigma neoconstitucionalista la función jurisdiccional ya

12

⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 109 y 110.

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1995, pp. 355, 356 y 358.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 34, 2001, pp. 15-53.

no puede responder a un modelo cognoscitivista y deductivista de aplicación de la ley, ya que los preceptos constitucionales dejan un amplio margen de actuación.¹¹ La principalización deriva en una normatividad pródiga en normas derrotables o abiertas que el legislador o el intérprete deben evaluar o “cerrar” completando y definiendo su sentido.

- **...y la argumentación es función y territorio de los jueces.** El neoconstitucionalismo es una teoría del derecho que ve al Poder Judicial en un rol central y preponderante. Contrapone al juez “boca muda de las palabras de la ley”, meramente adjudicador, con un juez activista y constructivista. Una corriente paralela al neoconstitucionalismo buscará canalizar desde allí una promisoriosa idea: la de encontrar en los juicios la deliberación horizontal y racional perdida en una arena pública decisionista y concentradora de poderes.

III. Por qué (y en qué) el neoconstitucionalismo triunfó

El neoconstitucionalismo triunfó porque se tomó las constituciones en serio. En verdad, el neoconstitucionalismo muestra un constitucionalismo “empoderado”, y no acorralado en las trincheras del *self-restraint*. Como dice Prieto Sanchís: la normativa constitucional dejó de estar “secuestrada” dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar.¹²

Dicho de otro modo: el neoconstitucionalismo triunfa a pesar de sus imperfecciones porque da cuenta de que “algo está pasando y es nuevo”, mientras que sus críticas no reconocían en general nada nuevo sino como aberración o desvarío. Más adelante diremos algo más de ambos temas: los problemas del neoconstitucionalismo, y los problemas de sus críticos.

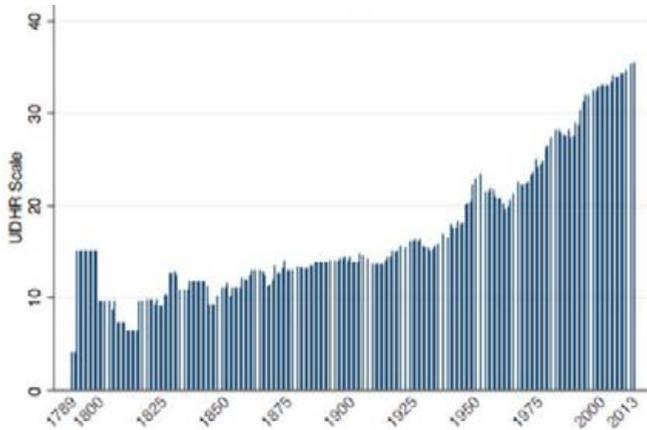
II.1. Alumbró una Constitución expandida

El neoconstitucionalismo alumbró (en los dos sentidos de esta palabra) una Constitución expandida: más ancha, más profunda y más larga. Más ancha: con “eficacia horizontal”. Más profunda: con mayor desarrollo tutelar (mas justiciabilidad y mayor enforcement de derechos). Y más larga: con más derechos. Las Constituciones crecieron en derechos en forma ininterrumpida. Lo podemos ver en un estudio de Beck, Meyer, Hosoki, y Drori siguiendo una codificación

¹¹ Sastre Ariza, Santiago, *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, en M. Carbonell (ed.), “Neoconstitucionalismo(s)”, Madrid, Trotta, 2003, pp. 239-258.

¹² Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, op. cit., pp. 461-506, en p. 467.

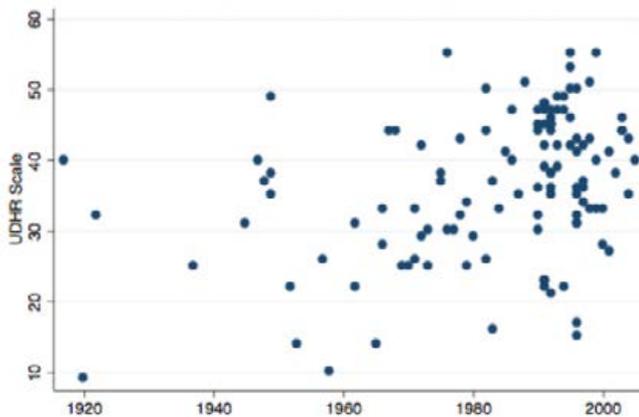
de 65 “derechos” que releva su inclusión en constituciones nacionales, donde se aprecia un promedio consistentemente creciente.¹³



Cuadro I – Evolución de promedio por la Escala UDHR (Beck, Meyer, Hosoki, y Drori, 2019)

El cuadro muestra con claridad como el fenómeno neoconstitucional marida con la expansión de derechos, lo que también se refleja en la creciente inclusión de derechos en textos constitucionales del siglo XX.

14



Cuadro II – Distribución de scores de la Escala UDHR según fecha de sanción de textos constitucionales posteriores a 1914 (Beck, Meyer, Hosoki, y Drori, 2019)

¹³ Beck, C., Meyer, J., Hosoki, R., y Drori, G., “Constitutions in World Society: A New Measure of Human Rights”. En G. Shaffer, T. Ginsburg, & T. Halliday (Eds.), *Constitution-Making and Transnational Legal Order*. Cambridge. Cambridge University Press, 2019, pp. 85-109. El parámetro utilizado UDHR Scale toma en cuenta una codificación de 65 “derechos” relevando su inclusión en constituciones nacionales.

La expansión fue en parte una exégesis de “nuevas normas” surgidas de reformas constitucionales, pero también un redescubrimiento de derechos que siempre “estuvieron ahí”, pero ahora son tomados en serio, como cláusulas operativas y no meramente programáticas. “A la renovación en las prácticas jurisprudenciales, más que a la consagración misma de los derechos en la Constitución, se debe su aplicación efectiva”, dice Prieto Sanchís.¹⁴ Y esa praxis jurisprudencial fue la piedra de toque del neoconstitucionalismo que propició un rol comprometido y renovador de los tribunales constitucionales.

Véase que el neoconstitucionalismo que es fruto y relectura o puesta en valor de la dogmática tribunalicia. Lo encontramos, *in nuce*, en fallos como “*Brown v. Board of Education*” (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1954, cuando se terminó con la segregación racial en las escuelas), en el caso *Luth-Urteil* del Tribunal Constitucional Alemán, fallado el 15 de enero de 1958 (doctrina de la *drittwirkung*: aplicación directa, o “efecto horizontal” de las normas constitucionales, en tanto ellas conforman un “orden de valores” que debe ser tenido en cuenta en todas las ramas del Derecho, incluso en el Derecho Privado), en los casos “*Siri*” y “*Kot*” de Argentina (creación judicial del amparo, y su extensión a actos de particulares, años 1957 y 1958), en la *sentencia de la Corte Costituzionale italiana del 9 de julio de 1970* (plena eficacia de los derechos en las relaciones *inter privatos*, en la línea de “Luth”), en la *Décision* n° 71-44 del Consejo Constitucional de Francia (valor jurídico del preámbulo de la Constitución Francesa, 1971), en la *STC 16/82* del Tribunal Constitucional Español (relativa a la objeción de conciencia, sentando la aplicabilidad inmediata de normas de la Constitución, aún en ausencia de regulación legal).

15

II.2. Asumió la naturaleza interactiva de los derechos constitucionales y vio a la Constitución como “un ordenamiento”

El constitucionalismo clásico pensaba los derechos como un circuito en serie, el neoconstitucionalismo los concibe en paralelo. En esta visión se entrelazan entre sí con *sinergia* (derechos a opinar, a recibir y obtener información), como *precondiciones* de otros derechos (derecho a la educación, precondition necesaria de una autonomía plena), como *límites* (derecho a la privacidad como límite absoluto al poder del legislador). Y no hay jerarquías apriorísticas, pues, como apunta Zagrebelsky, “para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente

¹⁴ García Jaramillo, Leonardo, “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLV, núm. 133, 2012, pp. 93-118.

permitiría construir un sistema formal cerrado a partir de uno sólo de ellos”.¹⁵

A la par, el neoconstitucionalismo marida con una visión muy específica que da cuenta de esta situación “interactiva”: ya no se habla de “La Constitución”, sino de un “ordenamiento” y/o de un “Bloque de Constitucionalidad”, ambas expresiones imprecisas, pero denotativas de que el anclaje ya no es literal, sino estructural.

El corolario de esto es lo que nos lleva a ver *un derecho constitucional más complejo*, que asume que las decisiones constitucionales requieren un esfuerzo adicional de argumentación y justificación, así como una criteriosa ponderación de sus consecuencias. Como veremos, el neoconstitucionalismo no resolvió bien ese problema, pero ubica e ilumina muy bien el problema

II.3. La búsqueda de un activismo con marco teórico: el neoconstitucionalismo y el derecho procesal constitucionalizado

Un disparador esencial del neoconstitucionalismo como “movimiento” es que teníamos mucha jurisprudencia en busca de un marco teórico. Así, el neoconstitucionalismo tuvo un concreto apéndice procesal, en el cual se asume, parejamente, (1) la **justiciabilidad de todas las decisiones estatales** (superación de la doctrina de las cuestiones políticas y otras construcciones de *self restraint*); (2) la concurrencia de **formas superadoras de intervención procesal**, con una legitimación más abierta a derechos de incidencia colectiva o difusa, posibilidad de intervención de *amicus curiae*, acciones de clase, etc., y (3) la conjugación de **formas superadoras de decisión constitucional**: que habiliten pronunciamientos judiciales no sólo *condenatorios*, sino también *declarativos*, y no sólo *invalidatorios* sino también *correctivos* (pautas de “interpretación conforme”) y *aditivos* de derecho (inconstitucionalidad por omisión).¹⁶

16

III.4. Una apuesta por la racionalidad y el escrutinio judicial ejercido con razonabilidad

En épocas en que la bifurcación era optar entre el rudo positivismo y la lírica apelación a algún tipo de iusnaturalismo, el neoconstitucionalismo fue un promotor de la racionalidad de las normas. De nuevo recurrimos a Prieto Sanchís como relator del movimiento: “el constitucionalismo de principios y las prácticas jurídicas que alienta, singularmente el desarrollo de la argumentación jurídica, puede verse como un estímulo para la ciencia de la legislación y, por tanto, para

¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 125.

¹⁶ Una buena introducción al tema en Sagüés, Néstor, “Las sentencias constitucionales exhortativas (‘apelativa’ o ‘con aviso’), y su recepción en Argentina”, *La Ley*, t. 2005-F, p. 1461.

el diseño de leyes racionales o más racionales de lo que cabe esperar en un puro “modelo Westminster” de absoluta incondicionalidad de la ley”.¹⁷

En esto incide una idea subyacente y rectora para el neoconstitucionalismo: un autor caro al canon neoconstitucional como Robert Alexy ha hablado de la “pretensión de corrección”. Esto nos remite, de modo necesario, a pensar en cuál es la brújula que orienta esa pretensión, que puede ser una *brújula procedimental*, o bien una *brújula moral*.

La primera posibilidad ha sido sustanciada a través de formulismos y métodos de escrutinio, pero el procedimiento más eminente es la aplicación del “test de proporcionalidad”, con los subprincipios de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad strictu sensu. Un test que no forma parte de casi ningún derecho positivo constitucional, pero que ha tenido un amplísimo predicamento y forma parte de nuestro paisaje de controles a la luz de análisis circunstanciados como los de Robert Alexy, Carlos Bernal Pulido, Cianciardo, Juan Cianciardo y Laura Clérico (entre muchos otros).¹⁸

La segunda posibilidad, que es la de la brújula moral, nos deriva al punto siguiente de los “triumfos” neoconstitucionales.

III.5. Una esclusa para la aplicación valorativa

17

El neoconstitucionalismo, en sus diversas variantes, ha asumido con plenitud un hecho deóntico claro: no operamos valores “a la carta” para eludir la ley a piacere, sino de que la propia ley nos pide que algunos valores muy específicos estén controlando los efectos de las normas. Y específicamente, la norma que nos pide eso es la norma normarum, la “regla primaria” matriz, la que nos sirve para identificar las normas que son “positivamente” del sistema: la Constitución.

Prieto Sanchís ha hablado de una *rematerialización constitucional*, esto es, “la incorporación al texto no sólo de normas formales, de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también y sobre todo de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que dichos poderes están en

¹⁷ Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)*, op. cit., pp. 461-506, en p. 478.

¹⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012; Bernal Pulido, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Sánchez Gil, Rubén, *El principio de razonabilidad*, México, UNAM, 2017; Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido procesos sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Abaco, 2004, y Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

condiciones de decidir legítimamente”.¹⁹

No es el lugar aquí para zanjar una cuestión que lleva siglos de debate iusfilosófico, pero si puede decirse que el neoconstitucionalismo acertó con el *Zeitgeist* de nuestra época: los tribunales que describen sus teorías se comportan aplicando valores, y la tendencia es que su logística argumentativa no los repele sino que los incluye con profusión creciente. Punto para el neoconstitucionalismo.

IV. Lo que falló del neoconstitucionalismo

IV.1. Los límites del mecanismo ponderativo y su ilusión formalista

Ha dicho Prieto Sanchís que a cada objeción política el neoconstitucionalismo responde con una reformulación teórica; ante el reproche de “más judicialismo”, la defensa de “más y mejor razonamiento”.²⁰ Cabe apuntar aquí la observación de Sastre Ariza, quien explica que dentro del paradigma neoconstitucionalista la función jurisdiccional ya no puede responder a un modelo cognoscitivista y deductivista de aplicación de la ley, ya que los preceptos constitucionales dejan un amplio margen de actuación.²¹

18

El neoconstitucionalismo tiene una tarea titánica: la alquimia de acotar ese reconocido “amplio margen” a una “*esfera de lo indecible*”, cristalizada y sustraída de los consensos democráticos, que propugnaba Ferrajoli, notorio autor de la familia neoconstitucionalista.²²

Su arma secreta para esa batalla es la de transformar el silogismo en ponderación, pero el mecanismo no suscita igual asertividad. Un problema esencial del neoconstitucionalismo es la ilusión formalista, en particular su lenguaje de “ponderación” a través del test de proporcionalidad.

Un primer fracaso es que es un lenguaje que nunca pudo traducirse a una logística que disipe el fantasma del particularismo o del intuicionismo: la infantería de la principalización del derecho la daba la ponderación, pero sus mecanismos quedaron en términos esquemáticos y adhocráticos. Es una visión satelital clara, pero que no da cuenta de las imperfecciones del terreno. Las “fórmulas” de Alexy más allá de su vocación formal matemática, en la práctica quedan como cáscaras susceptibles de manipulación y son permeables a la incerteza y la aplicación

¹⁹ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, op. cit., pp. 461-506.

²⁰ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, op. cit., pp. 461-506, en p. 475.

²¹ Sastre Ariza, Santiago, *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, op. cit., pp. 239-258.

²² Cf. Rentería Díaz, Adrián, “Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli”. En *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 19 (octubre 2003), pp. 227-240.

inconsistente. Fórmulas “huecas”, como expusiera alguna vez Pablo de Lora.²³

Tal vez no haya sido menor en este punto un desencuentro primordial: el neoconstitucionalismo es un movimiento *expansivo* de *derechos*, y el examen de proporcionalidad es básicamente un dispositivo que quería controlar *restricciones a los derechos*. Podía cumplir, no sin dificultades, una función descalificadora, pero le es bastante más difícil cumplir una función reestructuradora del derecho. Y en ese sentido, el neoconstitucionalismo terminó generando más diagnósticos que remedios de constitucionalidad.

Por eso es que el neoconstitucionalismo aparece como una larga exégesis del fallo *Lüth*, a la Constitución como un *orden de valores*, pero a la salida del slogan aceptado y esculpido no queda claro cómo se ordena ese orden ni quien custodia a los custodios del orden.

IV.2. El sincretismo iusfilosófico

Es lugar común señalar el carácter difuso y la vaguedad de la etiqueta teórica del neoconstitucionalismo. Ninguna escuela o tendencia es monótona y pacífica (pensemos sin ir más lejos en el marxismo o en lo que *lato sensu* podríamos llamar liberalismo) pero dos décadas de neoconstitucionalismo no han disipado la sospecha de rejunte agregativo de teorías disímiles, y eso es una losa para la sustentabilidad de la “marca” neoconstitucional. El constitucionalismo queda como una difusa “cultura”, como una constelación, y no ha tenido un movimiento convergente que defina sus difusos perfiles.

Si Zagrebelsky reputa al neoconstitucionalismo como la “vuelta victoriosa del iusnaturalismo al campo del derecho constitucional”,²⁴ y Comanducci dice que “la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días”, lo único cierto es que el neoconstitucionalismo más que hibridación tiene una severa crisis de identidad.

En algún sentido, lo que no cierra bien del todo es la idea de un positivismo incluyente. Si los valores son prevalentes a la norma, si la “impregnan” (con) fundiéndose con ella, o si son meramente stoppers de ultima ratio al modo de la “fórmula de Radbruch” (*la injusticia extrema no es derecho*); si usamos una moral objetivista o constructivista.

El neoconstitucionalismo no duda en avanzar sobre el positivismo exegético pero su ruta es ardua. El problema es que el neoconstitucionalismo plantea una Teoría del Derecho sin una teoría de la Justicia que la acompañe o que esté a la altura de ese desafío. Paradójicamente, la mejor defensa del neoconstitucionalismo

²³ De Lora, Pablo, “Tras el rastro de la ponderación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 60, 2000, pp. 359-369 y ss., en p. 363.

²⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 114.

es defenderlo desde un explícito no-lugar teórico, recurrir al particularismo como hace Alfonso García Figueroa en “Criaturas de la moralidad”.²⁵

IV.3. La ilusión de un *software* sin *hardware*

Parafraseando a Roberto Gargarella, el neoconstitucionalismo se queda en “la sala de juegos”. No tiene buenas teorías para la división de poderes, no tiene buenas respuestas para los problemas contramayoritarios, no tiene una conceptualización del *enforcement* de los litigios estructurales que propicia.

Nótese a la par de ello que en nuestra región, como ha advertido Gargarella con relación al nuevo constitucionalismo latinoamericano, el ingreso a la sala de máquinas es en algún sentido regresivo, concentrándose en la asignación de poderes legislativos y de emergencia a las ramas ejecutivas.²⁶

Y esto se agrava porque, como ha apuntado Prieto Sanchís, “las Constituciones del neoconstitucionalismo parecen querer asfixiar la libertad política del legislador y con ello la propia democracia; y esto porque dicen demasiado a propósito de demasiadas cosas y con frecuencia de manera demasiado imprecisa o indeterminada, dejando en manos de un cuerpo elitista (los jueces) la última palabra sobre cuestiones discutidas y discutibles que deberían ser acordadas por las generaciones del presente a través del legislador democrático”.²⁷

20

²⁵ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, 2009. En su obra, García Figueroa plantea que “la teoría del Derecho evoluciona desde teorías generales hacia teorías particulares y singularmente hacia teorías particulares puras. Una teoría particular pura resulta más pragmática a cambio de ser menos ambiciosa en el plano conceptual. Es menos ambiciosa porque sólo aspira a ofrecer un concepto (más) de Derecho y es más pragmática porque pretende reconstruir el Derecho que parece más útil reconstruir” (p. 227). “El neoconstitucionalismo no concibe la filosofía del Derecho como un mero metadiscurso con respecto al discurso de los juristas, ni halla particular interés en reconstruir un concepto de Derecho general y abstracto desde una perspectiva puramente exterior. El neoconstitucionalismo aspira (al menos en sus versiones más sólidas) a que su filosofía jurídica se convierta, en fin, en una premisa de la metodología de la dogmática jurídica” (p. 228).

²⁶ Gargarella, Roberto, “Lo ‘viejo’ del ‘nuevo’ constitucionalismo norteamericano”, ponencia para SELA 2015, disponible en https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf. Dice este autor que “el desarrollo más destacado que ha mostrado el constitucionalismo regional se relaciona con el “incremento de cláusulas que conceden poderes legislativos a la rama Ejecutiva” (Cheibub et al 2011, 1718), una evolución notable en torno a la cual todas las Constituciones de la región han tendido a convergir (ibid.). Más fuertemente aún, dichos estudios afirman la existencia de un “modelo de poder presidencial propiamente latinoamericano, que incluye un poderoso papel del presidente en el área legislativa, y a la vez amplios poderes de emergencia” (ibid., 1730). Cf. Cheibub, J.C.; Elkins, Z.; Ginsburg, T., “Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective”, *Texas Law Review*, vol. 89, n. 7, 2011, pp. 1701-1741.

²⁷ Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)*, op. cit., pp. 461-506, en pp. 471-472.

Mecanismos diversos muy valorables (audiencias públicas, procesos colectivos) no terminaron de esmerilar y pulir su sentido contencioso más que deliberativo, y su tónica decisoria epistemológicamente elitista.

V. En qué fallaron los críticos del neoconstitucionalismo

Los puntos del capítulo precedente sirven para dar la razón a muchas impugnaciones y prevenciones dirigidas hacia el neoconstitucionalismo. Para completar el panorama, antes de pasar a conclusiones vamos a repasar tres aspectos colaterales en que estos críticos no acertaron el blanco de sus críticas a la tendencia.

La primera de ellas tiene que ver con una cuestión de seguridad jurídica, la segunda con un problema inherente al modelo más clásico, y la tercera con la reticencia a reconocer el diálogo de fuentes que cultivó el neoconstitucionalismo.

V.1. No hubo anarquía ni *default* democrático

Una de las críticas más articuladas contra el neoconstitucionalismo le imputaba su activismo informe: la idea de que saliéndose de moldes textuales y exegéticos vendríamos a tener un derecho imprevisible, caótico y discrecional.

Esta preocupación se mostró exagerada. El *zeitgeist* neoconstitucionalista no alumbró una etapa de jurisprudencia anárquica. En parte, porque la influencia del neoconstitucionalismo fue mucho mayor en la Academia que en la magistratura. En parte, porque el canon neoconstitucional fue objeto de un consumo responsable por parte de los operadores con poder de decisión, dando poca cabida a las descalificaciones montadas en el sarcasmo y en el prejuicio.

Relacionada en parte con ella (a la luz de la pérdida de autoridad del legislador) otra rampante preocupación de críticos del constitucionalismo era el déficit democrático. Un teorema preocupante: a mayor constitución, mayor espacio para el juez... y menor espacio para los órganos políticos de legitimidad democrática. Recordemos que García Amado suponía que “no quedará espacio para una sociedad que ejerza la política, sino que todos pasaremos a ser súbditos del supremo órgano político y no democrático, la judicatura. Si toda decisión política, absolutamente toda, se puede cuestionar ante los tribunales en nombre de los derechos, la política dejará de ser una actividad social autónoma”.²⁸

Pero el problema contramayoritario simplemente no sucedió en dosis relevantes. Existe una mayor judicialización (que tiene plausiblemente otras explicaciones, no

²⁸ García Amado, Juan A., “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, 2007, p. 254.

necesariamente “neoconstitucionales”, sino más bien de ciencia política, como las ensayadas por Pierre Rosanvallon)²⁹ pero la esfera judicial sigue siendo un apéndice o un costado de la arena pública.

Y aunque en la evolución del derecho ha sido muy relevante la jurisprudencia, debemos preguntarnos si la Academia no tiende a sobrevalorar su efecto. A cada derecho descubierto o desarrollado por la jurisprudencia (desde matrimonio igualitario hasta derecho ambiental) veremos cómo se le corresponde una amplia fuente legislativa que ha preanunciado o consolidado su evolución. De hecho, lo habitual es que las disputas judiciales sean la retaguardia, y no la vanguardia, de las deliberaciones políticas.

Lo que vemos un neoconstitucionalismo ya domesticado, lejos del temido neoconstitucionalismo “salvaje”, que parecía dispuesto a pasar con una topadora por encima de normas legales y constitucionales, validándose únicamente de la vara mágica de su principalización, esgrimida por un enjundioso y hercúleo magistrado. Una y otra vez, lo que era un fallo “de vanguardia” terminó convertido en jurisprudencia pacífica, o incluso legislado.

En los dos siglos de control judicial de constitucionalidad no hubo un interludio identificable como “gobierno de los jueces”, y el predicamento neoconstitucionalista no marcó la excepción. Llegados aquí, claro, puede plantearse una duda: o bien los críticos del neoconstitucionalismo estaban exagerando el punto, o bien el neoconstitucionalismo simplemente fracasó en el intento. Por cierto, si eso es así, este punto debería estar en el capítulo anterior de fracasos del neoconstitucionalismo (lectura que hace explícitamente García Amado), y no en este.³⁰

22

V.2. Autocomplacencia con los límites del constitucionalismo clásico

El neoconstitucionalismo se ha preocupado por postular o reconstruir mejores herramientas conceptuales para afrontar la complejidad y la mayor densidad de contenido jurígeno que tienen las nuevas constituciones.

Por el contrario, sus críticos no ofrecieron alternativas que fueran plausiblemente idóneas, sino que eran meras visiones derivativas de un aparato conceptual construido para la interpretación de constituciones decimonónicas: cortas, competenciales, con una arquitectura de derecho cimentada en libertades negativas.

²⁹ Rosanvallon, Pierre. *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*. Manantial, Buenos Aires, 2007.

³⁰ Dice García Amado: “si los sistemas jurídicos no se han disuelto aun en casuismo e incerteza es porque el principalismo y la ponderación siguen siendo marginales en la práctica judicial, aunque hayan adquirido tanto dominio en la teoría jurídica y constitucional”. Cfse su “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”, en *Revista Iberoamericana de Argumentación*, n° 13, 2016, pp. 1-22, en p. 15.

El neoconstitucionalismo, dice Vigo, es un constitucionalismo “fuerte” que implica un nuevo desafío de la cultura jurídica, “que ya no puede recurrir –o sólo con significativos cambios- a muchos de los conceptos y teorías que resultaban esgrimibles con el constitucionalismo decimonónico o el estado legal de derecho”.³¹ El problema sin solución para el iuspositivismo *enragé* es que una norma o decisión que sea contraria a “valores” constitucionales (igualdad) es también una norma o decisión *positivamente inválida* en sus propios términos positivistas.

Por otra parte, las críticas al neoconstitucionalismo como fuente de caos tienden a idealizar el método subsuntivo. Como alguna vez señalara Carlos Bernal Pulido, no es posible imaginar un procedimiento objetivo para la aplicación de los principios jurídicos. “La indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del juez. Estas aparecerán indefectiblemente tanto en la ponderación como en cualquier otro procedimiento alternativo. También hay subjetividad en la subsunción”. Este autor nos advierte que “no es apropiado pretender sustituir a la supuestamente incierta ponderación, por una supuestamente cierta subsunción”, y que en este contexto “todo aquel que pretenda excluir de la ponderación las apreciaciones subjetivas del juez incurre entonces en hiperracionalidad”.³²

V.3. El diálogo de fuentes funciona

23

Nos parece muy prematuro postular la existencia de un verdadero *ius commune constitucional*. pero desde un punto de vista estrictamente fáctico no se puede obviar la detección de un aire de familia creciente (y de un lenguaje constitucional común) en la fisonomía constitucional y en la jurisprudencia constitucional comparada. Esto es un punto que nunca estuvo explicitado en el (improbable e incompleto) corpus teórico neoconstitucional, pero sí estuvo presupuesto en su vocación generalista.

El fenómeno ha sido documentado con optimismo y aprobación (con el notorio ejemplo del estudio sobre el *ius constitutionale commune* en América Latina, promovido por el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg). Leonardo García Jaramillo habla por ejemplo de “un cuerpo de teoría, metodología y doctrina constitucionales que no pertenece exclusivamente a ninguna jurisdicción. Es afín en normas, principios, instituciones judiciales y teorías que han adquirido particular relevancia en la creación y desarrollo locales del derecho, así como en las agendas locales de investigación” (y que) “configuran un canon a medida que viajan y son receptadas creativamente en

³¹ Vigo, Rodolfo Luis, prólogo al libro *Interpretación Constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), México, Porrúa, 2005, p. XXI.

³² Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 111.

otros países para responder a nuevos desafíos de cara a la pobreza, la desigualdad, el hiper presidencialismo y los problemas de representación política deficitaria”.³³ En sentido similar, Sofía Sagües ha hablado de un *Corpus Juris Interamericano*.³⁴

Por cierto la tendencia no ha estado exento de polémicas,³⁵ pero no se puede negar su existencia en la casuística jurisprudencial: los tribunales y cortes se citan entre sí, se influyen, se autovalidan, y lo hacen de distintas formas. Un estupendo artículo de Rosalind Dixon da cuenta de que este ejercicio del comparatismo constitucional puede tomar al menos cinco formas diferentes y no excluyentes entre sí: las formas de préstamo u orientadas a la transferencia, las genéticas o genealógicas, las deliberativas, las empíricas, las reflexivas y las comparaciones cosmopolitas morales; cada modo implica de cierta manera un foco diferente, con mayor relevancia según la teoría constitucional que se acoja y con formas más “densas” o más “superficiales”.³⁶

Este fenómeno no es nuevo (todos conocemos la amplísima influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la interpretación judicial de la Constitución Argentina, que tomo literalmente muchos de sus párrafos en 1852), pero ahora es multipolar y dialéctico.³⁷

³³ García Jaramillo, Leonardo, “Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *ius Constitutionale Commune*”. En Armin von Bogdandy, Héctor Fix y Mariela Morales Antoniazzi (dirs.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, México, 2017, pp. 580-581.

³⁴ Sagües, María Sofía, “Ius Commune latinoamericano” y “Corpus Juris Interamericano” ¿simbiosis u oposición?, en Midón, M (dir.), Luque, C. (comp.), *Derechos Humanos y Control de Convencionalidad*, Resistencia, Contexto, 2016, pp. 95-123.

³⁵ Entre las que cabe destacar, entre nosotros, la que se suscitara entre el artículo de Carlos Rosenkrantz (argumentando *lato sensu* la condición problemática de los “préstamos” y “transplantes” y los usos dialógicos de las normas constitucionales extranjeras) y Leonardo Filippini. Vid. Rosenkrantz, Carlos F., “En contra de los ‘Préstamos’ y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005). Versión original en inglés “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 *International Journal of Constitutional Law*, 2003, pp. 269-295, y Filippini, Leonardo G., “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202.

³⁶ Dixon, Rosalind. “Cómo comparar constitucionalmente”. En *Latin American Law Review*, n° 3 (2019): 1-28. Disponible en <https://doi.org/10.29263/lar03.2019.01>

³⁷ El fenómeno de la transnacionalización aparece descrito y estudiado en varias obras relativamente recientes, en la doctrina norteamericana. Cfse. Bruce Ackerman, “The Rise of World Constitutionalism”, en *Virginia Law Review*, Vol. 83:771 (1997); David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004; David Fontana, “Refined Comparativism in Constitutional Law”, en *UCLA Law Review*, Vol 49:539 (2001); Laurence R. Helfer, “Constitutional Analogies in the International Legal System”, en *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 37:193 (2003); Christopher McCrudden, “A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights”, en *Oxford J. Leg. Stud.*, Vol 83:499 (2000); David S. Law, “Generic Constitutional Law”, *University of San Diego School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Paper 23 (2004); Mark Tushnet,

Cabe señalar aquí -a propósito de esto- dos temas que no podemos desarrollar más en detalle. El primero es un reconocimiento al propio neoconstitucionalismo como una sincrética visión “multicultural”: no dominada por autores anglosajones, no específicamente anclada en doctrina de una nación específica. El segundo, nos interpela a una visión del posible futuro: la incógnita es si este diálogo de fuentes puede interrumpirse en un contexto de reflujo de la globalización jurídica (una ola que tiene contraolas, desde el proceso de *Brexit* hasta el fallo “Ministerio RR.EE. / Fontevicchia” de la Corte Argentina de 2018).

VI. El neoconstitucionalismo hoy: un constitucionalismo neoclásico.

La tachadura del prefijo en este subtítulo tiene una explicación: así como no se puede ser joven toda la vida, la partícula “neo” del “neoconstitucionalismo” tenía fecha de vencimiento. Y el título de nuestro trabajo ya adelantó opinión: *esa fecha ya pasó*.

En sus triunfos, el neoconstitucionalismo se ha convertido en un nuevo sentido común, razón por la cual tal vez ya convenga denominarlo “constitucionalismo” a secas, y “contemporáneo” o “actual” si quisiéramos ser más precisos. A la luz de sus observables “éxitos”, pueda ser ajustado decir que *todos somos neoconstitucionalistas*. No es claro que exista un específico “canon neoconstitucionalista”, pero sí que hay *mucho* de neoconstitucionalismo en el canon compartido de la justicia constitucional contemporánea.

Por otra parte, también va quedando claro en qué aspectos el constitucionalismo, y también sus críticos, sobreinterpretaban y sobregiraban sus argumentos. La valoración final, imputable de tibieza, nos lleva a un escenario final en el que lo que vemos es un neoconstitucionalismo acotado. El neoconstitucionalismo (amado u odiado por) disruptor tiene tal vez un mejor nombre si lo pensamos como un *constitucionalismo neoclásico*

El saldo teórico del neoconstitucionalismo implica no solo una *rematerialización constitucional* como quería Prieto Sanchís, sino tal vez en una *remasterización*, relectura y puesta en valor de materiales y doctrinas clásicas desde una nueva perspectiva. En este camino es que sin ironías podemos hacer (re)lecturas neoconstitucionalistas de fallos como *Marbury* o de autores como Joaquín V. González como vanguardia de la fuerza normativa de la Constitución,³⁸ doblando la apuesta de Gil Domínguez que mostraba

“The Possibilities of Comparative Constitutional Law”, en *Yale Law Journal*, Vol 108:1225 (1999), y en especial, el artículo de Sujit Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, 74 *Indiana Law Journal* 819 (1999) y su compilación *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge University Press (2006).

³⁸ Recordemos el fragmento citado en el fallo “Siri” de la Corte Suprema Argentina: “No son, como puede creerse, las «declaraciones, derechos y garantías», simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las

el neoconstitucionalismo de Germán Bidart Campos. En “Kafka y sus precursores”, Borges decía que cada escritor crea sus precursores, y el neoconstitucionalismo ya *neoclásico* ha sido fértilmente creativo con los suyos.

Nuestro balance del neoconstitucionalismo va a seguir un autor que no se sentiría incómodo en el difuso “espectro” neoconstitucional como Cass Sunstein: nuestra tesis es que el neoconstitucionalismo funciona como un (macro) “acuerdo incompletamente teorizado”.³⁹ Y en esa incompletitud hay dos reacciones: la celebración de la practicidad de una escalera-andamio que se puede usar para transitar por un edificio ante los problemas de los ascensores habituales, y la culpa por el acostumbramiento al riesgo de transitar precisamente sobre andamios teóricos de precaria estabilidad.

En términos de sistemas, el enfoque neoconstitucionalista podrá replicar: ese no es un *bug*, ese es mi *feature*. El sistema puede funcionar, pero queda expuesto a una dúplica que en términos generales hiciera notar Pérez Luño: “los postpositivismos y las neodogmáticas implican el riesgo de generar dosis de indeterminación y equivocidad conceptual incompatibles con el rigor y la claridad requeridos por la teorización del derecho”.⁴⁰

En la perspectiva final nos interesa saldar otra cuestión más a ese respecto. El neoconstitucionalismo siempre se pensó a sí mismo en dos niveles simultáneos: a un nivel *descriptivo* - de las (nuevas) prácticas existentes-, y a un nivel *prescriptivo* -como criterios de justiciabilidad de aplicación obligada o preferente-.

26

Pero más allá de su ambición, el neoconstitucionalismo no fue igualmente eficaz en ambos niveles. Su mirada retrospectiva tuvo éxito y lo sigue teniendo: sus mejores prestaciones quedan a cargo de la versión descriptiva. La mirada prescriptiva, por su parte, sí queda en deuda: el neoconstitucionalismo sigue sin dar una hoja de ruta clara al juez o litigante.⁴¹

autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina” (“Manual de la Constitución argentina”, en “Obras completas”, vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confrm., además, núms. 89 y 90). Recordemos también que en su proyecto de Constitución para La Rioja, elaborado en 1887, Joaquín V. González incluía un artículo 11 que prescribía que “las autoridades son responsables de haber dejado sin ejecución las promesas de esta Constitución en cuanto a ellas conciernen...” (*Obras Completas*, II, 76/7).

³⁹ Sunstein, Cass R., “Constitutional Agreements Without Constitutional Theories”, en *Ratio iuris*, vol. 13, n° 1, Mayo-2000, pp. 117-130. En español, “Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional”, en *Revista Jurídica Precedente*, Mayo 2007, pp. 31-49.

⁴⁰ Pérez Luño, Antonio Enrique, “La filosofía del derecho como tarea: cuestiones y trayectorias de investigación”. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de ACFs*. Granada: Universidad de Granada, n° 44, 2010.

⁴¹ No es anecdótico, sino congruente con ello, que el neoconstitucionalismo está con recurrencia pensando en esferas de “lo indecible” (como Ferrajoli) antes que en visiones más positivas: qué es lo que hay que decidir.

Bibliografía

Ackerman, Bruce, “The Rise of World Constitutionalism”, en *Virginia Law Review*, Vol. 83:771 (1997).

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Beatty, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004.

Beck, C., Meyer, J., Hosoki, R., y Drori, G., “Constitutions in World Society: A New Measure of Human Rights”. En G. Shaffer, T. Ginsburg, & T. Halliday (Eds.), *Constitution-Making and Transnational Legal Order*. Cambridge. Cambridge University Press, 2019.

Bernal Pulido, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

_____, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escribas de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

27

Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003.

Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

Cheibub, J.C.; Elkins, Z.; Ginsburg, T. (2011), “Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective”, *Texas Law Review*, vol. 89, n. 7, 1701-1741.

Choudhry, Sujit, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *74 Indiana Law Journal* 819 (1999).

_____, *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge University Press, 2006.

Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Abaco, 2004.

Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

Comanducci, P., “Constitución y Neoconstitucionalismo”. En P. Comanducci, M. Ahumada & D. González. *Positivismo jurídico y Neoconstitucionalismo*. Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2009.

De Lora, Pablo, “Tras el rastro de la ponderación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 60, 2000, pp. 359-369

Dixon, Rosalind. “Cómo comparar constitucionalmente”. En *Latin American Law Review*, n° 3 (2019).

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1995.

Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 34, p. 15-53, 2001.

Filippini, Leonardo G., “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202.

28

Fontana, David, “Refined Comparativism in Constitutional Law”, en *UCLA Law Review*, Vol 49:539 (2001).

García Amado, Juan A., “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, 2007.

_____, “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”, en *Revista Iberoamericana de Argumentación*, n° 13, 2016, pp. 1-22.

García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, 2009.

García Jaramillo, Leonardo, “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLV, núm. 133, 2012, pp. 93-118.

_____, “Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *Ius Constitutionale Commune*”. En Armin von Bogdandy, Héctor Fix y Mariela Morales Antoniazzi (dirs.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Max

- Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, México, 2017.
- Gargarella, Roberto, “Lo ‘viejo’ del ‘nuevo’ constitucionalismo norteamericano”, ponencia para SELA 2015, disponible en https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf.
- Gil Domínguez, Andrés, *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ediar, 2009.
- Helfer, Laurence R., “Constitutional Analogies in the International Legal System”, en *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 37:193 (2003).
- McCrudden, Christopher. “A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights”, en *Oxford J. Leg. Stud.*, Vol 83:499 (2000)
- Law, David S., “Generic Constitutional Law”, *University of San Diego School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Paper 23 (2004).
- Pérez Luño, Antonio Enrique, “La filosofía del derecho como tarea: cuestiones y trayectorias de investigación”. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de ACFS*. Granada: Universidad de Granada, nº 44, 2010.
- Pozzolo, Susanna, “Apuntes sobre neoconstitucionalismo”, en Fabra Zamora, Jorge Luis, y Núñez Vaquero, Álvaro, (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Vol. 1, 2015.
- Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, *En Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 44, 2010.
- Rentería Díaz, Adrián, “Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli”. En *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 19 (octubre 2003), pp. 227-240.
- Rosanvallon. Pierre. *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*. Manantial, Buenos Aires, 2007.
- Rosenkrantz, Carlos F., “En contra de los ‘Préstamos’ y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005). Versión original en inglés “Against Borrowings and other

Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 *International Journal of Constitutional Law*, 2003, pp. 269-295.

Tushnet, Mark, “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”, en *Yale Law Journal*, Vol 108:1225 (1999).

Sagüés, María Sofía, “Ius Commune latinoamericano” y “Corpus Juris Interamericano” ¿simbiosis u oposición?, en Midón, M (dir.), Luque, C. (comp.) pp. 95-123, *Derechos Humanos y Control de Convencionalidad*, Resistencia, Contexto, 2016.

Sagüés, Néstor, “Las sentencias constitucionales exhortativas (‘apelativa’ o ‘con aviso’), y su recepción en Argentina”, *La Ley*, t. 2005-F.

Sánchez Gil, Rubén, *El principio de razonabilidad*, México, UNAM, 2017.

Santiago, Alfonso, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.

Sastre Ariza, Santiago, *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, en M. Carbonell (ed.), “Neoconstitucionalismo(s)”, Madrid, Trotta, 2003.

30

Vigo, Rodolfo L, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, en *Libro del Primer Congreso Iberoamericano. XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, In-fojus, 2015.

_____, prólogo al libro *Interpretación Constitucional*, Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), México, Porrúa, 2005.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995 (4° ed., 2002).