

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN: FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Jorge Luis FABRA ZAMORA*

SUMARIO: I. *Filosofía del derecho constitucional*. II. *La Constitución: su naturaleza, legitimidad e internacionalización*. III. *La legitimidad del tribunal constitucional*. IV. *Interpretación constitucional y derechos fundamentales*. V. *Neoconstitucionalismo*. VI. *Comentario Final: Filosofía del Derecho Constitucional en Ítalo-ibero-américa*.

I. FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Los temas fundacionales del Derecho constitucional suscitan un conjunto de profundos problemas filosóficos. Por ejemplo: ¿Qué es una Constitución? ¿Por qué debemos tener una? ¿Cómo sabemos cuál es la Constitución de un país? ¿Está la Constitución constituida solamente por las reglas escritas? ¿De dónde deriva su autoridad? ¿Cuándo es legítima? Además de ello: ¿Qué tipo de normas contiene una Constitución? ¿Cómo deben interpretarse y aplicarse estas normas? ¿Qué institución debe hacerlo? ¿En qué medida las constituciones limitan el poder? ¿Es solo posible pensar en la existencia de constituciones o normas constitucionales dentro fuera del Estado-nación? ¿O podemos hablar hoy de un constitucionalismo transnacional o incluso global?

* El presente artículo es resultado de la línea de investigación “Las transformaciones de la Filosofía del Derecho y del Estado en el mundo globalizado” adscrito al Grupo de Investigación “Estado, Derecho y Territorio” de la Universidad Libre – Bogotá, Colombia. Agradezco los amables comentarios del co-editor de la presente obra: Leonardo García Jaramillo.

El estudio de estas preguntas y otras relacionadas, que ocupan a filósofos, teóricos y juristas interesados por la naturaleza del derecho y el Estado, recientemente ha venido a revitalizar el campo de estudio y análisis denominado *filosofía del derecho constitucional*¹.

Aunque hay puntos de intersección, la perspectiva del filósofo del derecho constitucional es diferente de la perspectiva del dogmático jurídico. El teórico tradicional a menudo se limita a utilizar las herramientas de la ciencia jurídica para proporcionar una lectura coherente y sistemática del documento constitucional y de los pronunciamientos judiciales en una jurisdicción particular. El filósofo, por otra parte, se aproxima al problema constitucional desde dos perspectivas, a saber, *analítica*, es decir, intentando proporcionar una explicación de los conceptos y la naturaleza de nuestras instituciones constitucionales que es previa a todo intento de teorización sobre ellas; y *normativa*, es decir, tratando de comprender los principios y valores morales y políticos subyacentes que informan nuestras instituciones constitucionales. En otras palabras, mientras la tarea del teórico tradicional es explicar en qué medida un sistema particular es coherente y sistemático, la tarea del filósofo consiste en explicar los conceptos fundamentales del derecho constitucional y proporcionar su justificación política y moral. La filosofía del derecho constitucional es, en el primer sentido, un ejercicio de elucidación conceptual y, en el segundo sentido, un ejercicio de filosofía moral y política aplicada al fenómeno jurídico constitucional.²

¹ Sobre la filosofía del Derecho constitucional, véase Larry Alexander (ed.) *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998; Richard N. Bonaugh, C. Barry Hoffmaster y Stephen B. Shazer, *Readings in the Philosophy of Constitutional Law*, Toronto, Kendall/Hunt Publishing Company, 1985; Jules Coleman y Anthony Sebok, *Outstanding Essays in Philosophy of Law*, vol. 3 (*Constitutional law and its interpretation*), New York, Gardland Publishing, 1994; Francisco Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003; Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller y Jeffrey Paul, *What should constitutions do?* Cambridge, Cambridge University Press, 2011. Además, varios artículos introductorios pueden verse en la Sección 3 de Thomas Christiano & John Christman (eds.) *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Malden: Willey Blackwell, 2009; los capítulos 6 a 10 de Dennis Patterson (ed.) *A companion of philosophy of law and legal theory*, Oxford, Willey Blackwell, 2009; la sección IX de la Parte III de Andrei Marmor (ed.) *Routledge Companion of The Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York, Routledge, 2012, y en los capítulos 52 a 57 de Jorge Fabra y Ezequiel Spector (eds.) *Enciclopedia de Filosofía del derecho y teoría jurídica*, vol. 3, México, IJ UNAM, 2014, y David Dyzenahus y Malcolm Thorburn (eds.) *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, próximamente. Véase también el número 105 del *ARSP*, dedicado a Staats- und Verfassungstheorie im Spannungsfeld der Disziplinen.

² Sobre el carácter filosófico de las diferentes ramas de la filosofía del derecho especial, véase, Jorge Luis Fabra Zamora, “Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual: Un lla-

El presente libro constituye un intento para fundamentar esta perspectiva de estudio al proporcionar la primera presentación sistemática de las cuestiones fundamentales de la filosofía del derecho constitucional en el contexto latinoamericano. Como primer paso de esa labor, la presente introducción está enfocada en exponer las principales *preguntas* o *problemas* que motivan la reflexión filosófica en el derecho constitucional y las líneas argumentativas que se han utilizado para abordarlas. Además, se ha hecho un esfuerzo por incluir una selección bibliografía actualizada que de algún contexto a los debates y que sirva de fuente de consulta para los interesados en explorarlos a mayor profundidad. Esta introducción finaliza con unos comentarios más originales sobre la relevancia de la filosofía del derecho constitucional en Ítalo-ibero-américa. En particular, se comenta como la noción de “filosofía del derecho constitucional” puede ser un modo de reemplazar la etiqueta “neo-constitucionalismo”.

II. LA CONSTITUCIÓN: SU NATURALEZA, LEGITIMIDAD E INTERNACIONALIZACIÓN

En la primera sección estudiamos diferentes aspectos relacionados con la Constitución: su concepto, su legitimidad y la posibilidad de su existencia en contextos supra-nacionales e incluso globales. Los capítulos II y III tratan, respectivamente, de los problemas conceptuales y normativos de la misma³.

En el capítulo II Larry Alexander presenta un análisis conceptual y funcional de la Constitución. Su estudio de la naturaleza de la Constitución sostiene que el mejor modo de identificar las normas constitucionales no es primariamente su posición en la jerarquía dentro del conjunto de las normas jurídicas, sino su atrincheramiento y rigidez relativa. Alexander propone además que las constituciones deben realizar varias funciones, entre ellas, establecer las instituciones del gobierno y proteger varios derechos y, de forma más importante, solucionar los conflictos morales. Esta concepción, vale de decir, es una aplicación particular de la tesis de Alexander se-

mado al Debate” en Jorge Fabra y Ezequiel Spector (eds.) *Enciclopedia de Filosofía del derecho y teoría jurídica*, vol. 3, México, IJ UNAM, 2014, sección II.2.

³ Sobre el problema de la autoridad de las constituciones, puede además consultarse en español el texto clásico de Joseph Raz, “Sobre la autoridad y la interpretación de las constituciones: Algunas consideraciones preliminares”, traducido por María José Falcón y Tella, publicado en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 2, 2001, pp. 893-956, y traducido por Vanesa Rodríguez y Juan Vega Gómez y publicado en *Problema*, vol. 1, 2007, pp. 1-72. Otro texto fundamental es “Can there be a written Constitution?”, de John Gardner, publicado como capítulo 4 de *Law as Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

gún la cual la principal función del derecho es proporcionar soluciones autoritativas a los conflictos morales⁴. Una lección importante de este escrito es que a veces se da por sentado lo que ha de entenderse por Constitución. Sin embargo, como revela Alexander, existen notables vacíos conceptuales que deben ser estudiados desde la filosofía del derecho y la teoría política.

En el capítulo III, Andrei Marmor discute la legitimidad de la constitución. Después de una conceptualización del fenómeno constitucional diferente a la de Alexander, Marmor examina en detalle los principios que justifican la forma común de constitucionalismo robusto. De forma notable, él concluye que ninguno de los argumentos puede dar respuesta a sus objeciones, y con ello, que la legitimidad de las constituciones tiene en realidad un fundamento muy débil. El artículo resume las implicaciones morales de esta crítica y algunas sugerencias para solucionar el problema⁵.

El capítulo IV aborda las relaciones entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho, en particular, la versión positivista de H. L. A. Hart.⁶ Kenneth Himma, reconocido autor del denominado positivismo incluyente⁷, argumenta que esta corriente es incapaz de formular adecuadamente la Constitución en términos de una regla de reconocimiento. La relevancia de este artículo radica no sólo en que explicita que la supremacía judicial se extiende mucho más de lo que se asume comúnmente⁸, de forma tal que problemas normativos relacionados con el control de constitucionalidad se hacen aún más difíciles, sino que deja clara la distancia entre los modelos más importantes de la filosofía del derecho y la explicación de fenómeno constitucional.

⁴ Respecto de la tesis de Alexander sobre la función del Derecho, puede consultarse también, Larry Alexander y Emily Sherwin, *The Rule of Rules: Morality, Rules & the Dilemmas of Law*, Durham, NC, Duke University Press, 2001, pp. 11-25; y Larry Alexander “‘With Me, It’s All or Nuthin’”: Formalism in Law and Morality,” *University of Chicago Law Review*, vol. 66, 1999, pp. 530. Para otra presentación de la teoría constitucional de Larry Alexander, “Constitutional Theories: A Taxonomy and (Implicit) Critique” *San Diego Law Review*, vol. 51, 2014. Para una crítica a la concepción de Alexander, véase, capítulo XII.

⁵ Para una conexión del argumento de Marmor sobre las consecuencias de esta presunta ilegitimidad de las constituciones para la interpretación constitucional, véase, Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2da edición, Oxford, Hart Publishing, 2005, capítulo 9 (traducido al español en *Teoría Analítica e Interpretación Constitucional*, Lima, Ara Editores, 2011, capítulo 6).

⁶ H.L.A Hart, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perlot, 1963.

⁷ Kenneth E. Himma, *Derecho y Moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*, Bogotá, Universidad Externado, 2010.

⁸ El problema la supremacía del tribunal constitucional también es tratado indirectamente en los capítulos de MacCormick, Waldron, Alexy y Harl.

Mientras que los capítulos II, III y IV parten del supuesto de la idea de que la Constitución opera en los Estados-nación, los capítulos de V, VI y VI tratan de la cuestión constitucional en los niveles internacionales y globales.

En el capítulo V Neil MacCormick defiende la posibilidad de la existencia de constituciones supra-nacionales, utilizando la distinción entre Constitución en sentido “funcional” (tal vez la expresión “sentido material” sea más común entre nosotros) y la Constitución en sentido “formal”⁹. La discusión se centra en el caso de la Unión Europea. Para MacCormick el proceso constitucional europeo de 2004 fracasó en tanto no pudo concretar un documento constitucional (una Constitución formal), pero la Unión Europea tiene una Constitución en sentido funcional, toda vez que ha institucionalizado un orden jurídico auto-referencial mediante la adopción de unas instituciones de gobierno, el establecimiento de sus facultades y funciones, y el modo de nombramiento de ciertos funcionarios. El argumento no solo implica que la Unión Europea sí tiene una Constitución, sino que, de forma más general, la idea de “Constitución” es aplicable por fuera del Estado-nación, siempre y cuando las federaciones, confederaciones y uniones de Estados institucionalicen las condiciones señaladas.

En el capítulo VI Anne Peters profundiza esta línea de reflexión al estudiar la posibilidad de un “constitucionalismo global”¹⁰, es decir, la identificación de normas de carácter constitucional y la aplicación de los principios constitucionales en la esfera jurídica internacional. Esta aproximación tiene muchos críticos, para quienes tal constitucionalismo global no interpreta adecuadamente la realidad empírica de las relaciones internacionales, pone en duda el valor del constitucionalismo y, además, implica muchos peligros debido a que es anti-pluralista, crea falsas legitimidades y desplaza el discurso político. Peters responde a todas estas objeciones y, por el contrario, sostiene que el constitucionalismo global puede compensar a los déficits constitucionales inducidos por la globalización en el Derecho nacional, que una lectura constitucionalista del Derecho internacional sirve como un me-

⁹ Neil MacCormick enfatizó que consideraba esta distinción fundamental para entender adecuadamente lo que es una Constitución. Véase, MacCormick, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 45, 46, 49 y 52, y, “On the very idea of European Constitution: Jurisprudential Reflection from the European Parliament”, en *Juridisk Tidskrift*, 2001, núm. 2, pp. 529-541.

¹⁰ Sobre el “constitucionalismo global”, véase, Antje Wiener, “Global Constitutionalism”, en *Oxford Bibliographies*, disponible online: <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199743292/obo-9780199743292-0092.xml>

canismo hermenéutico y que el vocabulario constitucional saca a relucir déficits de legitimidad¹¹.

En el capítulo VII, último capítulo de la primera sección, Jürgen Habermas defiende una constitucionalización del derecho internacional. Señala cambios en la noción de Estado que se hacen necesarios por la evolución actual de las relaciones políticas internacionales. Estos cambios parecen propiciar la creación de una comunidad constitucional global sin gobierno, no obstante, también producen un peligroso déficit democrático, sobre el que es importante reflexionar¹².

III. LA LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La segunda sección analiza uno de los problemas fundamentales y más polémicos (Barry Friedman lo llamó la “obsesión académica”) de la filosofía del derecho constitucional: la legitimidad del tribunal constitucional en el ejercicio de su función de control a la legislación. Esta sección, creo, es una de las presentaciones más completas a este debate en castellano.

En el capítulo VIII Jeremy Waldron inicia la sección con la mejor formulación de la crítica democrática contra la existencia de los tribunales constitucionales. Waldron intenta presentar un argumento decisivo contra el control de constitucionalidad que no se enfoque en decisiones individuales o la historia del surgimiento de sistemas constitucionales particulares. La crítica tiene dos partes, pero la primera –en concepto de Waldron– es más novedosa que la segunda. Por un lado, sostiene Waldron que no existe ninguna razón para suponer que los derechos estarán mejor protegidos por la práctica del control de constitucionalidad respecto de lo que estarían por las legislaturas democráticas. Por otro lado, afirma que, independiente de las consecuencias, el control de constitucionalidad es democráticamente ilegítimo. Sin embargo, Waldron aclara que su argumento no es absoluto o incondicional. El ensayo comienza con la enumeración de cuatro supuestos para que el argumento funcione, entre los cuales se encuentran la existencia de instituciones democráticas en buen funcionamiento y que la mayoría de

¹¹ Para una exposición más amplia de la concepción de Peters, véase, Anne Peters, Jan Klabbers y Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2011.

¹² Para una discusión del cosmopolitismo de Habermas, con referencias bibliográficas a su trabajo anterior, véase, R. & Smith, W. “Jürgen Habermas’s Theory of Cosmopolitanism”, en *Constellations*, vol. 10, núm. 4, 2004.

los ciudadanos se tomen en serio sus derechos (incluso si discrepan sobre lo que esos derechos significan)¹³.

Los cinco capítulos siguientes proporcionan, en cierto sentido, diferentes formas de dar respuestas al desafío planteado por Waldron¹⁴. Será el lector quién juzgará el éxito de los mismos.

Robert Alexy, en el capítulo IX, proporciona una original respuesta derivada de su concepción de la argumentación jurídica y del derecho constitucional¹⁵. En esta “respuesta argumentativa”, la legitimidad del control constitucional radica en un principio democrático diferente a la representación política propia de una concepción de democracia decisionista que basa su estructura en elecciones libres, sufragio universal y principio de mayorías. El control constitucional se basa en un concepto de representación argumentativa que consiste en la facultad de los jueces constitucionales de exa-

¹³ Para otras exposiciones de la concepción de Waldron, véase, Jeremy Waldron, “Deliberación, desacuerdo y votación”, en *La democracia deliberativa y derechos humanos, La democracia deliberativa y derechos humanos*, traducido por Marcelo Alegre y Paola Barballo, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 249-268; y de *Derecho y Desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2006. Véase también una relación de la extensa bibliografía de Waldron en la materia, véase las notas al pie 14 y 19 del capítulo correspondiente. Además, una formulación más reciente del argumento, “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?”, *Yale Law Review*, vol. 123, núm. 6, 2014, pp. 1692-1730.

¹⁴ Aparte de los artículos compilados aquí, el lector también encontrará una respuesta al desafío de Waldron en Ronald Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritarista” en Ronald C. Slye y Harold Hongju Koh (eds.) *La democracia deliberativa y derechos humanos*, traducido por Marcelo Alegre y Paola Barballo, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 101-140, y traducido por Imer B. Flórez, incluido en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 7, 2002, p. 7-52; Richard H. Fallon, “The Core of an Uneasy Case for Judicial Review”, *Harvard Law Review*, vol. 121, no. 7, 2008, pp. 1693-1736; Larry Alexander, “Constitutionalism and Democracy: Understanding the Relation,” en S. Kautz et al. *The Supreme Court and the Idea of Constitutionalism*, Univ. Pennsylvania Press, 2009; Aileen Kavanagh, “Participation and Judicial Review”, *Law and Philosophy*, vol. 22, núm. 5, 2003, pp. 451-486; y, Thomas Christiano, “Waldron on Law and Disagreement”, *Law and Philosophy*, vol. 19, 2000. Además, para otra bibliografía sobre el problema, véase la obra de Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2008, y Sebastián Linares, “El control de constitucionalidad”, en Jorge Fabra y Ezequiel Spector (eds.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, *op. cit.*, 2014.

¹⁵ Las teorías de la argumentación jurídica y los derechos fundamentales tal vez no requieren presentación para el lector iberoamericano. Las dos obras más relevantes son, sin duda, Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, y *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997. Para una visión de cómo ambos aspectos de la filosofía de Alexy conforman un sistema, véase, Matthias Klatt, “Robert Alexy’s Philosophy of Law as System”, en *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2011. El argumento de Alexy se conecta de forma importante con el argumento de Bernal Pulido en el capítulo XVIII.

minar el fundamento racional de las decisiones políticas del legislador para permitir sólo a aquellas iniciativas que respeten los derechos fundamentales.

Wilfred Waluchow, desde la práctica constitucional canadiense, proporciona en el capítulo X la respuesta del “constitucionalismo del árbol vivo” a la objeción democrática. La Constitución es como un árbol vivo cuyas raíces están en el documento constitucional y que va creciendo a través de las decisiones judiciales. En particular, después de presentar la historia de la idea de árbol vivo en el derecho canadiense, Waluchow responde a la objeción democrática proponiendo un modo de decisión judicial basado en el *Common Law* en el cual los jueces adquieren legitimidad democrática en tanto basen sus decisiones en la moralidad constitucional de la comunidad a la cual pertenecen. En su concepto, este modelo además garantiza un equilibrio adecuado entre seguridad y flexibilidad¹⁶.

En el capítulo XI, Horacio Spector desarrolla la idea de los jurados constitucionales, con los cuales profundiza una justificación procedimental del control de constitucionalidad que había desarrollado en un escrito anterior, donde se aparta de la justificación tradicional del control de constitucional en términos instrumentales (el control de constitucionalidad es bueno porque promueve los derechos, protege la democracia, mantiene la estabilidad, etc.), y presenta una justificación basada en la idea de derechos y poderes morales¹⁷. En la parte final de su exposición incluía la idea de jurado constitucional, como un experimento mental para evaluar nuestros compromisos con la democracia y la igualdad¹⁸. En el presente artículo, Spector sostiene que un modelo *híbrido* o *bimodal* que mantenga el régimen de control judicial de constitucionalidad, que al mismo tiempo incluya una opción de que las partes sometan a un mecanismo democrático de control constitucional es preferible a un sistema judicial puro en el que control de constitucionalidad está exclusivamente en manos de un órgano no democrático¹⁹. Este mecanismo democrático, como Spector lo ve, es un órgano

¹⁶ Para detalles de esta concepción, véase, Wil Waluchow, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el ‘common law’*, Madrid, Marcial Pons, 2009 y “Sobre la neutralidad del razonamiento conforme a una carta de derechos” en *Neutralidad y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2013. Para una discusión sobre la teoría de Waluchow, véase, *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, 2009.

¹⁷ Horacio Spector, “Judicial Review, Rights, and Democracy”, en *Law and Philosophy*, vol. 22, 2003, pp. 285-334.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 331-333.

¹⁹ Véase, además, “The Right to a Constitutional Jury”, *Legisprudence* III/1 (edición especial), 2009; y “The Constitutional Jury as Guardian of the Constitution”, en Jon Elster y Adam Przeworski (eds.), *The Neutral Third Party in Conflict Resolution*, Cambridge, Cambridge University Press (próximamente). Para discusiones de la propuesta de Spector, véase, Eric

que estudiaría cuestiones relacionadas con derechos (mas no con organización del Estado), en especial, aquellas que son reclamos frente a los representantes –y no reclamos de minorías frente a las mayorías.

El argumento de Harel, cronológicamente posterior al de Spector, sigue su inspiración de intentar proporcionar una justificación procedimental del control de constitucionalidad²⁰. Harel no defiende la idea de un jurado constitucional, sino que desarrolla en el capítulo XII una defensa del control de constitucionalidad basada en el derecho a tener una audiencia. Este derecho se compone de tres elementos: la oportunidad de presentar quejas, la oportunidad de solicitar una justificación a una decisión que afecta un derecho, y el deber de la autoridad de reconsiderar la decisión inicial que da pie a las quejas. El derecho a ser escuchado en juicio es independiente de los méritos de las decisiones generadas mediante el proceso judicial, y, por el contrario, fundamenta al control de constitucionalidad únicamente los atributos esenciales del proceso judicial.

El último capítulo de la sección se aparta de la dialéctica anterior y ofrecen perspectivas latinoamericanas para la resolución de la tensión entre constitucionalismo y democracia. Manuel Fernando Quinche, en el capítulo XIII, proporciona una visión a la tensión entre constitucionalismo y democracia desde la perspectiva del control de convencionalidad –es decir, el control que hacen los jueces y funcionarios de las actuaciones de las autoridades estatales a las convenciones de derechos humanos. El control de convencionalidad es un instrumento útil para la realización de los derechos humanos y de la democracia, en particular debido a que empodera a los jueces y otros a controlar el excesivo poder presidencial común en los sistemas políticos latinoamericanos.

IV. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La tercera sección se centra en los problemas de la interpretación de los textos constitucionales, en especial, de las cláusulas constitucionales de los derechos fundamentales. La sección comienza en el capítulo XIV con una reflexión

Ghosh, “Deliberative Democracy and the Countermajoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, núm. 2, 2010; Sebastián Linhares, “El control de constitucionalidad”, en Jorge Fabra y Ezequiel Spector (eds.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, 2014.

²⁰ Una primera exposición del argumento, Yuval Eylon y Alon Harel, “The Right to Judicial Review”, *Virginia Law Review*, vol. 92, 2006, pp. 991-1022.

de gran valor pedagógico que Sanford Levinson utiliza para comenzar sus clases de Derecho constitucional. Levinson utiliza un problema interpretativo aparentemente sencillo –la interpretación de la prohibición al adulterio en los Diez Mandamientos– para ejemplificar las diferentes posiciones interpretativas, y así, varias de las teorías de la interpretación constitucional más representativas²¹. La idea es comprobar si las intuiciones jurídicas de los estudiantes corresponden con las que tienen al interpretar otro tipo de textos normativos.

Josep Aguiló Regla presenta en el capítulo XV algunas consideraciones generales sobre la interpretación constitucional. Esta contribución gira sobre cuatro cuestiones: Primero, sostiene que interpretar la Constitución es asignar un significado a un texto jurídico a un artículo de la Constitución. Segundo, frente a cuestión de los criterios o argumentos que justifican una interpretación constitucional, sostiene que los métodos para interpretar la Constitución son diferentes de los métodos para interpretar la ley derivada de las nociones de rigidez y apertura legislativa²². Su tesis de la diferencia se puede sostenerse en la siguiente máxima: en cuanto más rígida es una Constitución regulativa (es decir, cuanta más distancia hay entre forma constitucional y forma legal), más valorativa y menos autoritativa debe ser su interpretación. Tercero, aborda la pregunta de la unidad de la Constitución, es decir, la cuestión de cómo se hace hablar a la Constitución en “una sola voz”, resolviendo antinomias, lagunas y conflictos. Finalmente, expone algunas consideraciones generales la interpretación de la Constitución en los llamados estados constitucionales. Su argumento final depende de la distinción entre “normas necesarias” y “normas idiosincrásicas”: las primeras son las normas rígidas que dan el carácter “constitucional” al Estado constitucional, y cuya interpretación debe ser más valorativa y menos autoritativa; y las segundas son normas contingentes y menos esenciales, que pueden ser interpretadas más autoritativamente.

En el capítulo XVI, Mitchell N. Berman utiliza una doctrina particular del derecho constitucional colombiano (la doctrina de conexidad entre de-

²¹ La comparación Constitución y un documento religioso no es gratuita. Para Levinson, la Constitución debe ser interpretada como una suerte de “religión civil”. Para la presentación más reciente de ese argumento, véase, Sanford Levinson, “Constitution as Civil Religion”, en Leonard W. Levy & Kenneth L. Karst (eds.) *Encyclopedia of the American Constitution*, 2da edición, vol. 2, New York, Macmillan Reference USA, 2000. Sobre la concepción de Levinson, véase, en general, Sanford Levinson, *Nuestra Constitución Antidemocrática*, Marcial Pons.

²² Para la tesis contraria, véase, Riccardo Guastini, “Interpretación Constitucional”, en Jorge Fabra y Ezequiel Spector (eds.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, 2014.

rechos fundamentales) como ejemplo de un tipo de normas constitucionales que son creadas enteramente por las cortes y son frecuentemente consideradas como reglas ilegítimas y antidemocráticas. En esta concepción, una decisión constitucional tiene dos tipos de resultados: un primer resultado que es la decisión particular del caso constitucional en cuestión, y un segundo resultado que son normas dirigidas para guiar a las cortes inferiores sobre la forma como deben decidir casos en el futuro. El segundo resultado es lo que él denomina “reglas constitucionales de decisión”²³, y en principio se refieren a asuntos probatorios y procedimentales, pero las cortes también pueden crearlas para otros fines legítimos. Ejemplificando esta noción en famosas decisiones constitucionales de Estados Unidos, Berman no sólo sugiere que esta idea puede ser potencialmente un marco para entender la doctrina de la conexidad, sino que, de forma más importante, proporciona un marco conceptual para entender problema de la legitimidad de las decisiones de los tribunales constitucionales.

Los siguientes tres capítulos se ocupan de los derechos fundamentales y su aplicación a través de la ponderación y el examen de proporcionalidad. Martín Borowski propone en el capítulo XVII una concepción más elaborada de derechos fundamentales, aplica la distinción entre propiedades cualificantes y clasificantes que Robert Alexy construye para la teoría jurídica²⁴. Una propiedad clasificante es que aquella se determina si un cierto derecho cuenta como fundamental o no; una propiedad cualificante determina si cierto derecho cumple con el modelo ideal de los derechos fundamentales. Si un derecho no presenta una propiedad clasificante no es un derecho fundamental en absoluto, si no presenta una propiedad cualificante, si bien es un derecho fundamental, se considera un derecho fundamental defectuoso²⁵.

En el capítulo XVIII, Carlos Bernal Pulido se ocupa de la cuestión del carácter racional de la ponderación –es decir, si la ponderación es un procedimiento racional de aplicación de normas jurídicas. Para responder a las tres objeciones principales contra el carácter racional de la ponderación

²³ Sobre este concepto, véase, además de la bibliografía del capítulo, Mitchell N. Berman, “Constitutional Decision Rules,” *Virginia Law Review*, vol. 90, núm. 1, 2004, pp. 1–168 y, en español, “Construcciones Constitucionales y Reglas Constitucionales de Decisión: Reflexiones sobre el Cincelado Espacio de Implementación” en *Isonomía*, núm. 38, abril 2013, pp. 105-142.

²⁴ Véase, Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, p. 82.

²⁵ Sobre la idea de normas jurídicas defectuosas, véase, Mark C. Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 1-50 y Jorge Luis Fabra Zamora, “Professor Murphy on Legal Defectiveness”, *McMaster University Open Access Dissertations and Theses*, Paper 7567.

(la falta de precisión de la ponderación, a la inconmensurabilidad a que se enfrenta su aplicación y a la imposibilidad de predecir sus resultados), Bernal utiliza el modelo de racionalidad de la ponderación desarrollado por Robert Alexy. Bajo este modelo, los conflictos entre derechos fundamentales —entendidos como mandatos de optimización— se resuelven dando mayor satisfacción al principio de mayor importancia, y afectando al principio de menor importancia. La fórmula del peso un procedimiento que intenta resolver cuál principio tiene mayor importancia, y por tanto, debe darse mayor satisfacción. Para Bernal, este modelo, a pesar de sus límites, es un intento adecuado de resolver los problemas iusfilosóficos y constitucionales que se generan²⁶.

En el capítulo XIX, Laura Clérico se centra en las diferencias entre los discursos académico y judicial en materia de la ponderación. Se centra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e indica su cautela en la aplicación del examen de proporcionalidad, porque el método no es el único ni el dominante, pues se combina de acuerdo con que los problemas se refieran a los derechos como reglas o como principios. Ni siquiera un tribunal que resuelve únicamente casos concernientes a derechos fundamentales, sostiene la visión extrema que los críticos de la ponderación sostienen. La metodología de decisión de casos en la Corte incluye subsunción de reglas y comparación de casos, además de ponderación²⁷.

V. NEOCONSTITUCIONALISMO

Finalmente, la cuarta y última sección se ocupa del profuso debate iberoamericano sobre el neoconstitucionalismo. En el capítulo XX, Mauro Barberis defiende al neo-constitucionalismo de los ataques de Riccardo Guastini, quién lo acusa de inexistente²⁸. Para Barberis, el neoconstitucionalismo sí existe, y es un tema central que los positivistas deberían tomar en serio. Barberis reconoce que el neo-constitucionalismo no tiene un contenido muy

²⁶ Para una exposición más completa de la visión de Bernal sobre la ponderación, véase, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ra edición, 2013, y *The Principle of Proportionality and Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, próximamente.

²⁷ Para una exposición más completa de la visión de Clérico sobre la ponderación, Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009.

²⁸ Riccardo Guastini, “A proposito di neo-costituzionalismo”, *Teoria politica*, nueva serie, vol. 1, 2011. Versión en español disponible en “A propósito del neoconstitucionalismo”, traducción de Renzo Cavani, en *Gaceta Constitucional*, núm. 67, 2013, pp. 233-240. <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/art.%20Guastini.pdf>

específico ni unas fronteras muy claras. Sin embargo, considera que ello no es muy problemático pues, la situación es igual con otras teorías e “-ismos”, incluyendo el positivismo y el iusnaturalismo, cuyo contenido a veces no es muy preciso.

Leonardo García Jaramillo presenta en el capítulo XXI su aporte al debate. Considera que muchas críticas al neo-constitucionalismo se desvanecerían si se empezara a contar con trabajos de revisión rigurosos que analicen los elementos medulares, los puntos en común, que presentan influentes obras del constitucionalismo actual, las cuales conforman un canon doctrinario identificable en toda Iberoamérica. En tres grupos presenta los argumentos y las tesis centrales del neoconstitucionalismo: la Constitución, los derechos, y el poder judicial y la jurisprudencia²⁹.

Contrario a la opinión de algunos que califican a los garantistas dentro del neoconstitucionalismo³⁰, Luigi Ferrajoli separa ambas nociones en el capítulo XXII. El principal de los varios temas que desarrolla es la caracterización de neoconstitucionalismo y garantismo. Para Ferrajoli, el constitucionalismo puede ser concebido de dos formas: como un constitucionalismo iusnaturalista, o como el constitucionalismo que reforma o perfecciona el positivismo. El primero es el neo-constitucionalismo, mientras que el segundo es el constitucionalismo defendido por el garantismo. Mientras constitucionalismo garantista completa el Estado de derecho porque somete al Derecho no solo al control de legalidad, sino también de constitucionalidad; el neo-constitucionalismo través de la ponderación y otros mecanismos que facilitan el activismo desmedido socavan el Estado de derecho.

En el capítulo XXIII, Pedro Salazar propone una reconstrucción del neo-constitucionalismo y el garantismo, las aproximaciones teóricas más acreditadas en el ámbito Ítalo-ibero-americano al derecho constitucional, con la finalidad de evidenciar sus semejanzas y distinciones. Sostiene que más allá de algunos puntos de contacto, las diferencias entre ambas conceptualizaciones son teóricamente relevantes y tienen consecuencias significativas sobre todo en el ámbito de la justicia constitucional cuando se trata de interpretar y aplicar las normas de principio que recogen a los derechos fundamentales de las personas y los principios que ofrecen sustento al constitucionalismo democrático. En un sentido importante, Salazar

²⁹ Véase, además, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010; Madrid, Trotta, 2010.

³⁰ Entre muchos ejemplos, R. García Manrique (“Presentación”, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), ubica a Ferrajoli primero como uno de los mayores representantes del neo-constitucionalismo —aunque reconoce, que hay varias clases de neo-constitucionalismo.

complementa la labor de Ferrajoli de separar el neo-constitucionalismo del garantismo que Ferrajoli comentó en el capítulo anterior.

VI. COMENTARIO FINAL: FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN ÍTALO-IBERO-AMÉRICA

Estos últimos comentarios sobre el neo-constitucionalismo, que es la etiqueta mayormente utilizada para enmarcar estos debates conceptuales y normativos, ponen de plano la relevancia de pensar de la filosofía del derecho constitucional en el contexto Ítalo-ibero-americano. Expongamos estas ideas, tomando los argumentos de Barberis y García Jaramillo (caps. XX y XXI) como un camino para expresar algunas objeciones.

Por un lado, la pregunta de Barberis, si el neo-constitucionalismo “existe” o no, me parece un interrogante desacertado. Dejando de lado cuestión filosófica de la “existencia” (con sus ramificaciones en metafísica, filosofía del lenguaje y hasta filosofía de la religión —esta última, cuya validez teórica se basa en la discusión sobre la existencia de un ser), la respuesta a la pregunta siguiendo el sentido común es clara: El neo-constitucionalismo sí existe, como una visita a cualquier biblioteca jurídica ibero-americana mostraría. Ahora bien, la comparación que Barberis hace entre el positivismo y el iusnaturalismo con el neo-constitucionalismo tampoco resulta del todo correcta. Mientras el positivismo y el iusnaturalismo han existido durante mucho tiempo y han estado sujetos a numerosas reinenciones conceptuales, el neo-constitucionalismo es una etiqueta relativamente reciente. La comparación sería la siguiente: mientras el iusnaturalismo y el positivismo son producto de la azarosa y compleja “evolución” y sujetos a la “selección natural”; el “neo-constitucionalismo” es producto del “diseño inteligente”, es una etiqueta con unos autores bien definidos y creada con el objetivo de capturar un debate particular. Y esto crea una diferencia fundamental. Como veremos en un momento, la pregunta no es la existencia o defensibilidad de la etiqueta, sino cuán bien realiza la labor para la que fue creada.

Por otro lado parte, los diferentes intentos de García Jaramillo de construir el canon neo-constitucional tampoco parecen satisfactorios. Él enumera un numeroso conjunto de tesis de diferente orden con el fin de explicar el proyecto neo-constitucionalista. Sin embargo, escudado en la idea de un “parecido de familia,” no explica cómo deben tenerse estas condiciones o como se relacionan entre ellas. Dejando de lado el artificial debate con el positivismo (utilizando curiosamente nociones positivistas como “textura abierta” al mismo tiempo que doctrinas dworkinianas), el mapa de Gar-

ría Jaramillo para entender el neo-constitucionalismo es tan complejo, que, como en el “El rigor de la ciencia” de Borges, se confunde con el territorio que intentar registrar. Finalmente, debe resaltarse el uso que hace García Jaramillo de las ideas de Prieto Sanchís, que en mi concepto, es la máxima expresión del expansionismo neo-constitucionalista. Para Prieto Sanchís, el neo-constitucionalismo es una “corriente que tiende a convertirse en una respuesta global, en una nueva cultura jurídico-política si se quiere, que se halla presente en todos los debates de la actual filosofía jurídica y política”. En este modelo, el neo-constitucionalismo es, al mismo tiempo, una filosofía política, es decir, “doctrina del Estado justo”; una “renovación de la teoría positivista de las normas”; una teoría del derecho y un modelo de ciencia jurídica. Sin embargo, no es claro como el neo-constitucionalismo es una “teoría” coherente en aspectos tan diferentes, ni como la misma etiqueta se aplica a cosas tan disímiles. Además, al contrario de casi todas las teorías serias, no queda claro cuáles son los oponentes teóricos del neo-constitucionalismo o como éste marca una posición distintiva en tales áreas, y, por el contrario, queda la impresión que tales exageradas afirmaciones neo-constitucionalistas no tienen reconocimiento académico por fuera sus propios feudos.

El problema del neo-constitucionalismo no es si “existe” o no, o si es una etiqueta defendible o si captura muchas o pocas ideas. Creo que el problema central que debería interesar a los teóricos, ignorado por Barberis y García Jaramillo, es muy diferente: ¿es el neo-constitucionalismo, como una herramienta teórica, el *mejor* modo de enmarcar los debates del derecho constitucional? Creo que esta pregunta debe ser resuelta negativamente. Lo que comúnmente se entiende por neo-constitucionalismo es un “paquete” de ideas disímiles sobre la validez del derecho, el control de constitucionalidad, la supremacía judicial, una agenda social-demócrata, el activismo judicial, entre otros, que se presentan como las mejores perspectivas conceptuales, morales y políticas que conforman una teoría global de casi universal aceptación. Lo “nuevo” es lo “neo-constitucionalista” (e.g. la validez y primacía de la constitución, el control judicial de constitucionalidad, los derechos sociales, la igualdad material), lo rechazado y obsoleto es lo “constitucionalista” y “positivista” (e.g. la validez sólo de la ley y la constitución como declaración, la ausencia de control al poder, solo derechos de primera generación, la igualdad formal). Sin embargo, bajo la etiqueta se esconden una variedad de problemas y cuestiones teóricas que merecen discusión individual; es decir, cuestiones que tal vez sean mejor tratadas separadamente. Tomemos como ejemplo el control de constitucionalidad. Mientras los neo-constitucionalistas asumen que el control de constitucio-

alidad (o mejor, cierta variante robusta mismo) es el mecanismo moral e institucionalmente correcto; como vimos en la sección III, no son pocos los que ven estas instituciones como democráticamente sospechosas. Ahora bien, de forma más compleja, el neo-constitucionalismo no sólo asume el control de constitucionalidad, sino que lo hace parte del paquete de principios ius-teóricos, morales y políticos, un conjunto de ideas relacionadas, que se aceptan como parte inevitable del progreso jurídico. Sin embargo, es posible aceptar el control de constitucionalidad y negar el paquete neo-constitucionalista; es decir, se puede defender el control de constitucionalidad *separadamente* y no aceptar el Estado social; o negar el activismo judicial, o ser positivista, o negar la teoría de los principios, no acoger la agenda social-demócrata (y, por supuesto, existen numerosas combinaciones en este sentido). Tampoco hay nada que sea nuevo, o constituya necesariamente un avance en las instituciones neo-constitucionalistas: un país puede no tener control de constitucionalidad (o tener una variante no robusta), o no tener constitución escrita (Reino Unido), o tener supremacía legislativa (Canadá), sin que haya nada particularmente “ortodoxo” o “constitucionalista” en ello. En otras palabras, al contrario de la retórica neo-constitucionalista – muy clara, por ejemplo, de García Jaramillo – no hay nada en los diferentes asuntos que defiende el neo-constitucionalismo que constituya un “avance” o “progreso”, ni el neo-constitucionalismo es el único camino para el futuro jurídico, tampoco ninguna razón conceptual, normativa o ideológica que implique alguna especial conexión entre los diferentes postulados del llamado neo-constitucionalismo.

Además, la lectura neo-constitucionalista de los problemas es cuestionable. Para el neo-constitucionalista, su proyecto está defendido por un buen número de autores respetables de diferentes tradiciones. La lista de autores neo-constitucionalistas varía, pero comúnmente incluyen a Alexy, Dworkin, Nino, etc. (a pesar de que ninguno de ello sea reconozca como tal), y a veces hasta se incluyen hasta Hart o Raz. Se asume que, a pesar de sus diferencias o múltiples proyectos teóricos, estos autores y sus doctrinas conforman un todo más o menos coherente aceptado (un “parecido de familia” de García Jaramillo) en todas partes del mundo (una “respuesta global” diría Prieto Sanchís). Hay, al menos, dos aspectos cuestionables aquí. Por un lado, el parecido de familia es más bien dudoso. Mientras que los neo-constitucionalistas defienden una identidad de proyecto entre los múltiples autores y sus doctrinas; es bien posible que lo que hay en realidad es conjunto de doctrinas disímiles, generadas en lugares diferentes y proyectos, que el observador Ítalo-ibero-americano se ha apropiado para defender una particular aproximación a los problemas de la filosofía constitucional. En todo caso, si

bien el parecido o la pareidolia está en el ojo del observador,³¹ la carga de la prueba está en el neo-constitucionalista. Y el modo de demostrarlo no es mediante síntesis de ideas, sino mediante un análisis detallado de argumentos (creo que esto sería un asunto pendiente). Ahora bien, por otro lado, el neo-constitucionalismo parte de una lectura parcializada de la historia para entender esos “avances” y retrocesos. Los neo-constitucionalistas toman el modelo alemán de post-guerra y sus “primos” españoles e italianos como el paradigma para diferenciar lo “neo-” y de lo ortodoxo. Pero este entendimiento no puede enmarcar la “respuesta global” compartida por todos. Si salimos del caso estándar (Alemania-Italia-España) y vemos el estado global del arte, ¿Deberían los proyectos constitucionales de Canadá, Israel, Nueva Zelanda, Suráfrica, los Países de la Antigua Cortina de Hierro y otros más considerarse *neo*-constitucionalistas? ¿Están ellos en un error al no considerarse como tales? ¿O, como entender el “neo-constitucionalismo” en Estados Unidos, con su Corte Suprema no progresista que siguió a la progresista Corte *Warren*? ¿O, acaso no sería Waldron, acérrimo enemigo del control de constitucionalidad y la supremacía judicial, más “neo-constitucionalista” que el Juez Scalia, defensor del control de constitucionalidad pero originalista? Lo extraño de estas preguntas revela que ellas sólo sirven para mostrar que los debates globales sobre el derecho constitucional no pueden ser en-

³¹ Un visión interesante esté en el *Diálogo sobre la religión natural de Hume*. (David Hume, *Dialogues Concerning Natural Religion*, Oxford, Oxford University Press, 1993 [1779]). Por un lado Cleanthes dice: “... Mira el mundo a tu alrededor: Contempla el todo y cada parte del él: Encontrarás que no es nada más que una gran máquina, subdividida en número menor infinito de máquinas más pequeñas, el cual de nuevo permite subdivisiones, a un grado más allá de lo que los sentidos y facultades humanas pueden registrar y explicar. Cada una de todas estas máquinas, e incluso sus partes más pequeñas, están ajustadas unas con otros con exactitud, lo cual genera la admiración de todos los hombres que las han contemplado. La adaptación curiosa de medios a fines, a lo largo de toda la naturaleza, se parece exactamente, aunque excede mucho, a las producciones de la creación humana; del diseño, pensamiento, sabiduría e inteligencia. Dado que los efectos se parecen los unos a los otros, estamos obligados a inferir, por todas las reglas de la analogía, que las causas también se parecen; y que el Autor de la naturaleza es de alguna forma similar a la mente del hombre; aunque poseía facultades muchos más grandes, proporcionadas por la grandeza del trabajo, el cual él ha ejecutado”. (p. 45). Por el otro, dice Philo: “Mira el universo a tu alrededor. ¡Qué inmensa profusión de seres, animados y organizados, sensibles y activos! Tú admiras su prodigiosa variedad y fecundidad. Pero inspecciones más cercanamente esas existencias vivas, los únicos seres que merecen consideración. ¡Qué hostiles y destructivos son los unos con los otros! ¡Cuán insuficientes son todos ellos con su propia felicidad! ¡Qué despreciable y odioso para el espectador! El todo no presenta nada más que una Naturaleza muerda, impregnada por un gran principio vivificador, y chorreando de su regazo, sin discernimiento o cuidado paternal, sus desfigurados y abortivos hijos.”(p. 113). Ambas traducciones son mías.

marcados por la dicotomía “neo-constitucionalismo” – “constitucionalismo”, y la idea de la “respuesta global” es poco menos que una exageración.

Tal vez sea momento de dejar atrás la etiqueta “neo-constitucionalismo” por razones relacionadas con la adecuación teórica. Una posibilidad, tal vez más descriptiva y menos ingenua teóricamente, es utilizar la noción “filosofía del derecho constitucional” que he defendido en este escrito. Y este no es cambio meramente nominal. Puede que dejar el neo-constitucionalismo atrás conlleve un leve mejoramiento de la discusión en nuestro contexto: Tal vez nos ayude a dejar de pensar en términos de síntesis, y enfatizar las virtudes del análisis; a dejar de pensar en tópicos, temas, y, por el contrario, nos conduzca a resaltar las preguntas sobre las que debemos debatir; nos ayude a dejar de pensar en autores y corrientes y centrarnos en los argumentos, y sobre todo, dejar de pensar que ciertas instituciones o doctrinas conforman un paquete que es en sí mismo el epítome de las mejores tesis conceptuales, normativas e ideológicas. E incluso, esta etiqueta puede ser benéfica para los llamados neo-constitucionalistas. En vez intentar escudarse una supuesta nueva tendencia presuntamente aceptada globalmente, la idea de filosofía del derecho constitucional permite entender el papel y *empoderarse* de lo que parece ser la verdadera naturaleza del “neo-constitucionalismo”: no es más que el nombre que le hemos dado a la “impura” (en el sentido de Diego López) pero valiosa contribución Ítalo-ibero-americana a los debates globales la filosofía del derecho constitucional.