

+

Ana Micaela Alterio

# Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano



**tirant**  
lo blanch

**ALTERNATIVA**

## **CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL**

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

MINISTRO PRESIDENTE

MARTHA MARÍA DEL CARMEN HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

ROSA ELENA GONZÁLEZ TIRADO

ALFONSO PÉREZ DAZA

FELIPE BORREGO ESTRADA

JORGE ANTONIO CRUZ RAMOS

ALEJANDRO SERGIO GONZÁLEZ BERNABÉ

## **INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL COMITÉ ACADÉMICO**

RAFAEL ESTRADA MICHEL (*Presidente*)

ELISA MACRINA ÁLVAREZ CASTRO

ANTONIO GONZÁLEZ GARCÍA

JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ SALDAÑA

HÉCTOR LARA GONZÁLEZ

JOSÉ ALFONSO MONTALVO MARTÍNEZ

JUAN JOSÉ OLVERA LÓPEZ

J. JESÚS PÉREZ GRIMALDI

ISABEL CRISTINA PORRAS ODRIÓZOLA

CARLOS RONZON SEVILLA

ALEJANDRO VILLAGÓMEZ GORDILLO

**ENTRE LO NEO Y LO NUEVO DEL  
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la  
Universidad de Valencia*

**ANA CAÑIZARES LASO**

*Catedrática de Derecho Civil  
de la Universidad de Málaga*

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**

*Catedrático de Teoría y Filosofía  
de Derecho. Instituto Tecnológico  
Autónomo de México*

**JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**

*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia  
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Juez de la Corte Interamericana  
de Derechos Humanos  
Investigador del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

**OWEN FISS**

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la  
Universidad de Yale (EEUU)*

**JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**

*Catedrático de Derecho Mercantil  
de la UNED*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**

*Catedrático de Derecho Civil de la  
Universidad de Sevilla*

**MARTA LORENTE SARIÑENA**

*Catedrática de Historia del Derecho de la  
Universidad Autónoma de Madrid*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**

*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía  
Política de la Universidad de Valencia*

**VÍCTOR MORENO CATENA**

*Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**ANGELIKA NUSSBERGER**

*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en  
la Universidad de Colonia (Alemania)  
Miembro de la Comisión de Venecia*

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**

*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad  
del Rosario (Colombia) y Presidente  
del Instituto Ibero-Americano de  
La Haya (Holanda)*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**

*Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**TOMÁS SALA FRANCO**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**IGNACIO SANCHO GARGALLO**

*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del  
Tribunal Supremo de España*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**

*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad de Valencia*

**RUTH ZIMMERLING**

*Catedrática de Ciencia Política de la  
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

# ENTRE LO NEO Y LO NUEVO DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

**ANA MICAELA ALTERIO**

*Profesora Asociada de tiempo completo en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid*

**tirant lo blanch**

Ciudad de México, 2020

Copyright © 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la autora y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)

Parte de estos estudios fueron desarrollados en mi tesis de doctorado: “Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales” que obtuvo el premio extraordinario de doctorado, en el Programa oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, del Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21151>

© ANA MICAELA ALTERIO

© EDITA: TIRANT LO BLANCH  
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO  
Río Tiber 66, Piso 4  
Colonia Cuauhtémoc  
Alcaldía Cuauhtémoc  
CP 06500 Ciudad de México  
Telf: +52 1 55 65502317  
[infomex@tirant.com](mailto:infomex@tirant.com)  
[www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)  
[www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-1336-553-4  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

# **INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL**

**RAFAEL ESTRADA MICHEL**  
*Director General*

**MARIANA DURÁN MÁRQUEZ**  
*Coordinadora Académica*

## **CONSEJO EDITORIAL**

**ROSA MARÍA ÁLVAREZ GONZÁLEZ (IIJ-UNAM)**  
**AMALIA AMAYA (IIF-UNAM)**  
**KARINA ANSOLABEHERE (IIJ-UNAM)**  
**MANUEL ATIENZA (Universidad de Alicante, España)**  
**JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA (Universidad Iberoamericana)**  
**JOSÉ DÁVALOS MORALES (Facultad de Derecho-UNAM)**  
**JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (IIJ-UNAM)**  
**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (IIJ-UNAM)**  
**JORGE ALBERTO GONZÁLEZ GALVÁN (IIJ-UNAM)**  
**JUAN E. MÉNDEZ (AMERICAN UNIVERSITY, EUA)**  
**MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ (CEPOLCRIM)**  
**MARGARITA PALOMINO GUERRERO (IIJ-UNAM)**  
**ASCENSIÓN E. PERALES (Universidad Carlos III de Madrid, España)**  
**PEDRO SALAZAR UGARTE (IIJ-UNAM)**  
**SANDRA SERRANO GARCÍA (FLACSO-MÉXICO)**  
**JORGE ALBERTO WITKER (IIJ-UNAM)**

## **EDITOR RESPONSABLE**

**RAMÓN ORTEGA GARCÍA**  
*Secretario Técnico de Investigación y Publicaciones*

Primera edición: 2019

Editor académico: Rafael Caballero Hernández

Asistente editorial: Omar Giovanni Roldán Orozco

D.R. © 2017. Instituto de la Judicatura Federal

Calle Sidar y Rovirosa, No. 236, Colonia Del Parque,

Delegación Venustiano Carranza, C.P. 15960, Ciudad de México.

Impreso y hecho en México.



*A Roberto, Fausto y Matilde*



# Índice

<i>Introducción</i> .....	13
---------------------------	----

## *Capítulo primero*

### **EL CONSTITUCIONALISMO**

I. ¿EXISTE ALGO COMO EL NEOCONSTITUCIONALISMO? ¿QUÉ DIFERENCIA HAY ENTRE EL NEOCONSTITUCIO- NALISMO Y EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO? .....	17
1. El neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como parte del constitucionalismo: la negación de sus especificidades.....	18
2. El neoconstitucionalismo como cambio de paradigma, la novedad .....	28
3. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como algo realmente “nuevo” .....	57

## *Capítulo segundo*

### **LOS DISEÑOS INSTITUCIONALES**

I. LOS ARREGLOS INSTITUCIONALES EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO. CONTINUIDADES Y DIFERENCIAS EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO .....	69
II. LA RIGIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN .....	74
1. La cuestión de la supremacía.....	75
2. Tipos de rigidez y justificaciones .....	82
3. La formulación de las cláusulas constitucionales en materia de derechos fundamentales.....	93
4. Problemas de la rigidez neoconstitucional .....	104
III. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO .....	119
1. La garantía jurisdiccional y la objeción democrática .....	119
2. Justicia constitucional con supremacía judicial .....	126
3. El neoconstitucionalismo como modelo constitucional fuerte y elitista.....	137
IV. LAS CORRECCIONES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: LA PARTICIPACIÓN POPULAR	142

1. Los arreglos institucionales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, aun en tensión.....	144
2. La relación con la teoría democrática. ¿Populismo constitucional? .....	151
3. La relación entre derecho y política .....	163
<b>Conclusiones</b> .....	167
<b>Referencias</b> .....	171

# INTRODUCCIÓN

Como todo trabajo de investigación, este se encuentra situado en un momento histórico particular que, en el ámbito del estudio del derecho, coincide con la expansión y afianzamiento del llamado *neoconstitucionalismo*. Claro está que este fenómeno también se da en un espacio geográfico determinado, principalmente el de los países de Europa continental y Latinoamérica.

En este contexto, se afirma con contundencia que después de la Segunda Guerra Mundial, y en América Latina después de las dictaduras que asolaron la región hasta principios de los años 80, se introdujeron innovaciones institucionales en los ordenamientos jurídicos que tendrían como ejemplo más destacado las constituciones rígidas supraordenadas a la legislación ordinaria, con el sustento del control jurisdiccional de constitucionalidad. Tales transformaciones institucionales aparejaron cambios importantes tanto en la estructura de las normas jurídicas, como en las condiciones de validez de las leyes y en la comprensión y funcionamiento de nuestras democracias. Asimismo, se resalta y celebra el componente de valor ínsito en las constituciones, plasmado en principios de derechos fundamentales que permitirían hablar de la Constitución como proyecto político que mira hacia el futuro.

Estas ideas han permeado hasta tal punto en la doctrina constitucional que se ha llegado a afirmar que “[h]ay una ‘circulación mundial’ de problemas constitucionales y una circulación igualmente planetaria de las correspondientes soluciones. Por eso se habla de una ‘propensión ultra-nacional, si no universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional’”.<sup>1</sup> Y en gran medida hay un sustento fáctico para esas afirmaciones.

---

<sup>1</sup> Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, “Desafíos y Retos del Canon Neoconstitucional”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 11-27, p. 12; con cita a Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces Constitucionales” en Carbonell, Miguel

En la Europa continental, son las propias constituciones que se dieron a partir de la segunda mitad del siglo pasado y los arreglos institucionales producto de ellas, las que han generado aseveraciones en tal sentido. De modo diferente y con motivo del enorme entusiasmo que esa teoría neoconstitucional despertó en Latinoamérica, aquí son los intentos de adaptación de los diseños institucionales a los mandatos teóricos y modelos del neoconstitucionalismo lo que dan sustento empírico a dichas afirmaciones. Esto se terminó plasmando parcialmente en la ola reformista que se dio a partir de los años noventa en distintos países de la región (Brasil 1988, Costa Rica 1989, Colombia 1991, Paraguay 1992, México 1992, 1996 y 2011, Perú 1993, Argentina 1994, Venezuela 1999, Ecuador 1998 y 2008, Bolivia 2009, República Dominicana 2010, entre otros), que significó una amplia recepción constitucional de principios de derechos fundamentales y una expansión del control de constitucionalidad de tipo europeo.

Este trabajo tiene como fin hacer un recorrido por los planteos propios del neoconstitucionalismo como teoría y/o como ideología, y por el modelo *fuerte* de constitucionalismo al que se adscribe institucionalmente; para de allí distinguirlo (o no) del llamado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (NCL) de fines del siglo XX y principios del XXI. Esta distinción se basará mayormente en las concepciones de la democracia subyacentes a cada modelo, y mi aporte crítico se realizará desde la perspectiva de una democracia deliberativa fuertemente procedimental.

Como ha señalado Elster, si bien en las definiciones de la democracia deliberativa hay diferencias, existe un sólido núcleo de fenómenos que la definen. Por un lado, el concepto incluye la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes y —agrego— mediante la regla de la mayoría (parte democrática); por el otro, la toma de decisiones por medio de argumentos ofre-

---

(ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 92.

cidos por y para los participantes (parte deliberativa). El carácter procedimental es normativo y reside en la capacidad que tiene el procedimiento democrático para proteger y promover la igual libertad política de la ciudadanía en un contexto de pluralismo y disenso.

En el marco del desarrollo político y jurídico de los países latinoamericanos, en los cuales amplios sectores sociales viven en condiciones de terrible desigualdad, sin respeto por sus derechos y están marginados y excluidos del proceso político —situación que pone en jaque la legitimidad misma de todo el sistema institucional—, considero que la profundización de la democracia es la única vía para la construcción de legitimidad y para hacer realidad el potencial emancipador y/o transformador de los derechos fundamentales, así como para el reconocimiento de nuevos derechos. Eso no significa renunciar al constitucionalismo y sus ventajas en materia de limitación del poder y garantía de derechos, sino hacerlo compatible con una concepción robusta de la democracia que ilumine el accionar de toda la comunidad política.

En ese entendimiento argumentaré que las fuertes cortapisas que prevé el neoconstitucionalismo para la expresión y toma de decisiones por parte de la ciudadanía limitan gravemente las oportunidades para el autogobierno. Estos límites a las mayorías se intentan justificar en pro de unos derechos fundamentales como “triumfos”, que a su vez se apoyan en unos valores dados que le brindan certeza en tanto protegidos por la Constitución e interpretados en última instancia por la judicatura. Si bien es cierto que bajo ciertas condiciones los derechos fundamentales pueden operar como una garantía efectiva de los grupos más desaventajados frente a los más poderosos; como enseña Pisarello,

“de no activar e involucrar a esferas sociales más amplias, que incluyan y vayan más allá de los directamente afectados, sólo podría dar lugar a victorias pírricas, fácilmente reversibles ante el más ligero cambio de humor institucional. Y no se trata únicamente de una cuestión de eficacia, sino también de legitimidad. Y es que sólo un amplio proceso deliberativo impulsado desde abajo, con la presencia de los propios colectivos interesados, podría propiciar un esquema de derechos fundamentales no sólo *para* los ‘sin derechos’ sino *con* los ‘sin derechos’. Es decir no meras concesiones tecnocráticas, paternalistas y por lo tanto

revocables, que conciban a los destinatarios de los derechos antes como objetos que como sujetos de las políticas públicas, sino apropiaciones plurales y auto-conscientes de la defensa e interpretación de los derechos fundamentales”.<sup>2</sup>

De allí que me enfocaré en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (entendiendo por este el que se da en parte de la región a partir de la Constitución de Venezuela de 1999 y que continúa con las constituciones de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009) como un proyecto alternativo que intenta dar respuesta a esta problemática. Este modelo se enfoca en el constitucionalismo como herramienta para controlar el poder y empoderar a los sin poder. La comparación entre neoconstitucionalismo y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es posible y necesaria a pesar de las enormes diferencias que se pueden encontrar en las distintas experiencias en estudio, dado que el análisis se concentra en las pretensiones normativas de cada corriente constitucional, en las teorías democráticas sobre las que se asientan y en la relación que establecen entre derecho y política.

Este libro se dividirá en dos partes. La primera parte, se centra en la teoría y/o ideología neoconstitucional y sus diferencias y coincidencias teóricas con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. La segunda parte, se ocupa de los rasgos más destacados del neoconstitucionalismo y del NCL, es decir, de los arreglos institucionales que adoptan, defienden y promueven. En esta segunda parte, pondré especial atención en pensar las teorías de la democracia que acompañan cualquier proyecto constitucional y le dan identidad. Así, se verá cómo el NCL desafía las pretensiones universalistas del neoconstitucionalismo y da cuenta de diversas herramientas que atienden a distintas prioridades, congruentes con la teoría de la democracia que aquí se sostiene.

---

<sup>2</sup> Pisarello, Gerardo, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Jueces para la democracia*, núm. 41, 2001, pp. 3-10, p. 9.

## *Capítulo primero*

# **EL CONSTITUCIONALISMO**

## **I. ¿EXISTE ALGO COMO EL NEOCONSTITUCIONALISMO? ¿QUÉ DIFERENCIA HAY ENTRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO?**

En Latinoamérica, referirse a un “nuevo” constitucionalismo evoca instantáneamente al “neoconstitucionalismo”. Sin embargo, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y el neoconstitucionalismo son corrientes distintas dentro del constitucionalismo que solo tienen algunos puntos de encuentro. Por esta razón es necesario distinguirlas. Así, esta primera parte de la obra tiene por objeto describir lo que se ha llamado “neoconstitucionalismo”, para lo que será necesario hacer una introducción del contexto en el que surge el concepto y las diferentes acepciones que éste ha adquirido, para luego poder contrastarlo con el NCL.

Si bien este será un capítulo cuya pretensión es descriptiva, no se renunciará a hacer consideraciones críticas. Se contrastarán en todo momento los presupuestos de la construcción del término “neoconstitucionalismo”, sus caracteres específicos y sus consecuencias con otras alternativas, para así evidenciar sobre qué bases está planteado y qué valores o ideas desplaza. Debo advertir que no pretendo en este apartado ahondar sobre todos los aspectos que involucra el neoconstitucionalismo, sino tan sólo resaltar los rasgos que a mi criterio son más cuestionables de esta propuesta en particular, desde un punto de vista democrático y que contrastan claramente con la propuesta del NCL.

La primera cuestión es la de clarificar el término “neoconstitucionalismo” y “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, puesto que, como pasa con la mayoría de los términos filosófico-político-jurídicos, no hay acuerdo sobre sus significados o si quiera sobre si existe algo calificable como tal. En lo que sigue repasaré a

los autores que, primero, niegan lo “neo” y/o lo “nuevo” del constitucionalismo, para luego detenerme en los autores que aceptan sus existencias y se dedican a su afirmación, estudio o crítica.

### ***1. El neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como parte del constitucionalismo: la negación de sus especificidades***

Empezando “cronológicamente”, algunos autores dudan, en efecto, de que se pueda hablar de “neoconstitucionalismo” como algo distinto al constitucionalismo y simplemente ven a quienes se han abocado a esta corriente “neo” como a un grupo de filósofos del derecho iusnaturalistas con vocación de constitucionalistas o de constitucionalistas con vocación de filósofos del derecho que, tras la Segunda Guerra Mundial, emprendieron una cruzada anti-positivista, resaltando ciertos rasgos del constitucionalismo en desmedro de otros.<sup>3</sup>

El argumento resalta que tanto las constituciones como el constitucionalismo se conocen desde las revoluciones del siglo

---

<sup>3</sup> Prieto Sanchís, Luis, “La doctrina del derecho natural”, en Betegón, Jerónimo *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 65. En igual sentido Laporta advierte: “... el hecho sorprendente de que en las filas del nuevo constitucionalismo casi no haya constitucionalistas, que los más importantes y pioneros sean sobre todo filósofos del derecho y la moral”. Laporta, Francisco, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *El Cronista del Estado social y Democrático de derecho*, núm. 0, 2008, p. 53. Esto cobra relevancia en vistas al diferente acercamiento que esta disciplina suele tener con respecto al derecho. En palabras de Waldron, los filósofos del derecho y la moral tienden a enfrentar las disputas en términos de la verdad o aceptabilidad de cualquier opinión sobre el tema, sobre bases objetivas de valoración y suponiendo una respuesta correcta. Por ello no prestan atención a los procesos de toma de decisiones que, en política, deben dar una respuesta a cuestiones controvertidas para las cuales la verdad objetiva no juega ningún papel. Waldron, Jeremy, “Legal and Political Philosophy”, en Coleman, Jules *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 25-27.

XVIII y lo que habría cambiado ahora es la doctrina que pretende darle nuevos alcances a esos mismos objetos de estudio. En ese sentido, el término neoconstitucionalismo designaría a una variedad de racionalizaciones *post hoc* de prácticas constitucionales del presente.<sup>4</sup>

En palabras de Laporta “el ‘constitucionalismo contemporáneo’ selecciona un conjunto de datos de hecho muy heterogéneos que ve y valora con cierta óptica selectiva” y los proyecta sobre las constituciones, presentándonoslas de otra manera.<sup>5</sup> En definitiva, no son las constituciones las que cambian la teoría, sino que es la teoría lo que cambia la manera de ver la Constitución.<sup>6</sup>

Desde luego, es difícil encontrar autores que nieguen que el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial incorpora novedades y tiene rasgos característicos<sup>7</sup> pero, para muchos, los factores que impulsaron esos cambios, así como sus explicaciones, repercusiones en el diseño y funcionamiento de los sistemas constitucionales, etcétera, pueden ser explicados sin necesidad de acudir a las tesis neoconstitucionalistas, las que incluso no darían cuenta adecuada de la realidad.<sup>8</sup>

El término neoconstitucionalismo, en suma, si se utiliza para referirse al constitucionalismo contemporáneo resulta “trivial”, pues “nunca ha existido *un* constitucionalismo” que permita re-

---

<sup>4</sup> Ahumada, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo”, en Comanducci, Paolo *et al.*, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 135.

<sup>5</sup> Laporta, Francisco “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *op. cit.*, p. 52.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>7</sup> Ahumada, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 127.

<sup>8</sup> Si bien es cierto que uno de los principales argumentos del neoconstitucionalismo contra el positivismo jurídico ha descansado en el “argumento del contraste con la práctica”, encontramos una refutación del mismo en Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, Pablo y Redondo, Cristina (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 57.

construir una historia del constitucionalismo, sino que cada época produce sus doctrinas constitucionales.<sup>9</sup> Ahora, si a lo que preten- de aludir su uso es a “un tipo” de constitucionalismo contemporá- neo (como en la práctica, por ejemplo, se desarrolla en Alemania o el que, desde la teoría, defiende por ejemplo Alexy), la etiqueta, a falta de mayor concreción, es equívoca.<sup>10</sup>

Como sabemos, el constitucionalismo moderno surge con las constituciones de finales del siglo XVIII, fundamentalmente con las ideologías plasmadas en las revoluciones francesa y norteamer- icana.<sup>11</sup> Podría decirse genéricamente que designa una doctrina tendiente a la limitación del poder, concretamente, al estableci- miento de límites jurídicos al poder político,<sup>12</sup> para garantizar así una serie de derechos fundamentales.<sup>13</sup> A partir de ahí ya pode- mos comenzar a realizar precisiones/distinciones en el concepto. Sólo esbozaré aquí algunas de éstas para poder así ubicar dónde se encontrarían los llamados “neo” y “nuevo” constitucionalismo.

---

<sup>9</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Ma- drid, 2001, p. 12, para quien ni siquiera el constitucionalismo es un fenóme- no moderno. También véase Ahumada, María de los Ángeles, “Neoconstitu- cionalismo y constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 128.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta- teórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 76. Para una historia del pensamiento norteamericano véase Asís Roig, Rafael *et. al.*, “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmien- das a la Constitución”, en Peces-Barba Martínez, Gregorio *et al.* (dirección), *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, siglo XVIII, vol. III, Dykinson, Ma- drid, 1998, pp. 35-113. Sobre el pensamiento de la revolución francesa, Pe- ces-Barba Martínez, Gregorio y García Manrique, Ricardo, “Los textos de la Revolución Francesa”, en *Ibidem*, pp. 115-394.

<sup>12</sup> Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, To- rino, 2001, p. 27. Para Nino “En términos generales, todo el mundo estaría de acuerdo en que ‘constitucionalismo’ significa algo así como ‘gobierno limitado’”, en Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia delibera- tiva*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 15.

<sup>13</sup> Esta condición, según Nino, hace al concepto más robusto en tanto agrega una dimensión fundamental al concepto. *Ibidem*, p. 16.

Nino recoge dos sentidos principales de constitucionalismo: un sentido *mínimo*, que se refiere al requerimiento de que un Estado tenga una Constitución en el vértice de su sistema jurídico,<sup>14</sup> y un sentido *pleno*, que demanda no sólo la existencia de normas que organicen el poder y que estén atrincheradas frente al proceso legislativo normal, sino también y preeminentemente, la satisfacción de ciertas exigencias acerca del procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública.<sup>15</sup> Este sentido pleno, según el autor, es el sentido que tiene el artículo 16 de la Declaración Francesa de 1789 que expresaba: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución”. Además, esta segunda acepción es la que se toma cuando se afirma que el constitucionalismo tiene como principal finalidad la garantía de los derechos fundamentales, lo que implica a su vez la existencia de un gobierno limitado, con separación de poderes.<sup>16</sup>

Ferrajoli, por su parte y con la intención de afinar conceptos, propone distinguir el constitucionalismo “jurídico” —al que llama también *ius-constitucionalismo*—, del constitucionalismo político.<sup>17</sup> El primero designaría tanto al sistema jurídico como a la

---

<sup>14</sup> Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 2. Aquí Constitución se toma en un sentido normativo formal que, según Nino, puede tener cualquier contenido (incluso regulaciones grotescamente antidemocráticas), en tanto implica ciertas garantías básicas de los ciudadanos en contra de abusos autoritarios, que están asociadas con el Estado de Derecho, *ibidem*, p. 3. Entendiendo claro, al Estado de Derecho en un sentido restringido de imperio de la ley, como garante de la seguridad jurídica.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 4. Entre estos dos sentidos, hay una amplia gama de significados que varían en su densidad o robustez conceptual. Véase Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>16</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 91.

<sup>17</sup> Ferrajoli, Luigi “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 55, núm. 03, Giuffrè, Milano, 2010, p. 2771. Define al constitucionalismo “jurídico” como la idea de sometimiento

teoría del derecho que están anclados en la experiencia histórica del constitucionalismo del siglo pasado y que se habría afirmado con las constituciones rígidas de la Segunda post Guerra Mundial. El constitucionalismo “político”, por su parte, haría alusión a la práctica y concepción de los poderes públicos, dirigidas a su limitación para garantizar determinados ámbitos de libertad.<sup>18</sup> En este segundo sentido, los límites y las garantías reivindicadas y tal vez realizadas, son límites y garantías *políticas externas* a los sistemas jurídicos y no jurídicas internas a éstos, por tanto, se configuran como una “ideología” y son prácticamente sinónimo de Estado liberal de derecho.<sup>19</sup> Según Ferrajoli, es en oposición a esta última noción que se ha afirmado la expresión “neoconstitucionalismo” para referirse a la experiencia *jurídica* de las actuales democracias constitucionales.

Así, considera Ferrajoli, la terminología usual es equívoca, pues usa el mismo término “constitucionalismo” para designar tanto la ideología del constitucionalismo como su concreción jurídica.<sup>20</sup> Pero, lo que es peor, resulta confuso utilizar la expre-

---

de todos los poderes públicos, incluso el legislativo, a una serie de normas superiores que son aquellas que en las constituciones sancionan derechos fundamentales. Hay traducción al castellano de Guzmán, Nicolas, “Constitucionalismo principialista, constitucionalismo garantista”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 15-53.

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *op. cit.*, p. 2773. Tomando como ejemplo de esta concepción la tesis de Fioravanti que identifica el constitucionalismo como una corriente de pensamiento que se afirma en el contexto del proceso de formación del Estado moderno. Véase Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, *op. cit.*

<sup>19</sup> Ferrajoli, Luigi “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *op. cit.*, p. 2774. Existen distintas conceptualizaciones, así por ejemplo véase Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Marcial Pons, Madrid, 2010, especialmente pp. 19-23.

<sup>20</sup> Lo que (sigue Ferrajoli) no evidencia el cambio de paradigma que sobrevino en la estructura del derecho positivo con la introducción de la rigidez constitucional. Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *op. cit.*, p. 2774. Sobre este cambio de paradigma,

sión “neoconstitucionalismo” para referirse al constitucionalismo jurídico en oposición al constitucionalismo político. Así, el neoconstitucionalismo, que se identifica en el plano teórico con la concepción iusnaturalista (o, al menos, no positivista), no recoge (más bien ignora) los caracteres esenciales y distintivos de la concepción positivista del constitucionalismo, generando una noción restringida del término.<sup>21</sup>

En otras palabras, al contraponerse neoconstitucionalismo a constitucionalismo político, no se deja lugar para un constitucionalismo jurídico positivista. El desplazamiento del positivismo por el neoconstitucionalismo no sería sólo el resultado de una batalla teórica, sino —según la lógica neoconstitucional— la consecuencia natural del cambio en el diseño y estructura de los ordenamientos jurídicos constitucionales. O sea, sería el propio modelo democrático constitucional el que tendría una impronta anti-positivista.<sup>22</sup>

Otro de los factores que no permiten el acuerdo en el uso del término constitucionalismo, consiste en que no existe una única forma de limitar los poderes y de proteger los derechos<sup>23</sup> y esto es básicamente porque no existe un solo tipo de Constitución.<sup>24</sup> De acuerdo al tipo de Constitución que adoptemos y a los arreglos

---

volveré en el acápite siguiente. He de advertir que si bien estoy utilizando la crítica de Ferrajoli al término “neoconstitucionalismo” en este apartado, soy consciente de que su propia teoría se ha calificado de neoconstitucionalista, aunque en un sentido “normativo”. De cualquier modo, me parece oportuno introducir estas distinciones aquí, ya que el propio Ferrajoli se considera un crítico del neoconstitucionalismo.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 2774-2775.

<sup>22</sup> Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, *Doxa*, núm. 34, 2011, p. 297.

<sup>23</sup> De hecho incluso algunos autores como Waldron, son escépticos sobre el hecho de que la constitucionalización de los derechos sea la mejor forma de protección. Véase Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 248, 2012.

<sup>24</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, *op. cit.*, p. 91.

institucionales que se reflejen en ella, será el constitucionalismo que se configure.<sup>25</sup>

Desde este punto de vista, una de las categorizaciones más extendidas nos habla de una *versión débil* del constitucionalismo, que tiene por fin limitar el poder existente, pero reserva la última palabra institucional a la mayoría parlamentaria ordinaria.<sup>26</sup> Esta versión, para muchos, se correspondería principalmente con un tipo de Constitución propia del Estado de derecho que surgió de las revoluciones aludidas y que se difundió hasta mediados del siglo XX.<sup>27</sup>

Además, cabría una *versión fuerte* de constitucionalismo, que coincidiría también con la ideología que promueve una Constitución para asegurar los derechos y las libertades individuales contra el Estado,<sup>28</sup> pero que estaría informada por lo que se califica como una concepción axiológica de la Constitución propia del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX y que será la que se ajusta al llamado “giro” neoconstitucionalista.<sup>29</sup> En lo institucional, esta forma de constitucionalismo incorpora los llamados

---

<sup>25</sup> Algo similar en Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

<sup>26</sup> Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, Jerónimo *et. al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 128. Marcando que este modelo que propicia, tiene diferencias relevantes respecto al llamado “modelo de Westminster”.

<sup>27</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, *op. cit.*, pp. 92-93. Véase también Pozzolo, Susanna, *Neo-costituzionalismo e positivismo giuridico*, *op. cit.*, quien (compartiendo la clasificación con Dogliani y Comanducci) llama a este un “modelo descriptivo de la Constitución entendida como norma” y que sería propio del positivismo metodológico (p. 34), aunque no lo identifica con el constitucionalismo débil que, en su entendimiento, forma parte de otra tipología (p. 27).

<sup>28</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, *op. cit.*, pp. 91-94.

<sup>29</sup> En palabras de Susanna Pozzolo, “modelo axiológico de la Constitución concebida como norma”, Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, *op. cit.*, p. 10, de la misma autora “Neoconstitucionalismo y espe-

mecanismos *contra-mayoritarios* de la rigidez y el control jurisdiccional de constitucionalidad.<sup>30</sup>

En definitiva, por constitucionalismo se entienden muchas cosas diferentes. Descartando las definiciones mínimas que convierten al concepto en un slogan vacío, podríamos estar de acuerdo en que el constitucionalismo —en general— designa ante todo una ideología o “ideal político” relativo a la limitación del poder.<sup>31</sup> En este sentido, podemos afirmar que el neoconstitucionalismo no se diferencia, sino que es parte del constitucionalismo.

Algo similar ocurriría con el NCL, que no sería mucho más que la actualización del constitucionalismo en América Latina en el marco de la tercera ola democratizadora,<sup>32</sup> posterior a las dictaduras que asediaron la región durante el siglo XX. En este sentido, Gargarella expresa: “el llamado ‘nuevo constitucionalismo’ simplemente refuerza algunos de los rasgos *ya bien presentes* en el marco constitucional de América Latina”.<sup>33</sup> Esta postura está en-

---

cificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 21, vol. II, 1998, p. 342.

<sup>30</sup> Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 128.

<sup>31</sup> Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, *op. cit.*, pp. 1, 3, 13 y ss. Aunque debo advertir que si bien pareciera haber un acuerdo unánime en este punto, Waldron resalta las diferencias a la hora de darle significado a este enunciado que se puede entender como “control”, “restricción” o “límite” al poder, según las diferentes teorías que se sostengan (por ejemplo liberalismo, socialismo, etcétera) con diferentes consecuencias. También definiendo el constitucionalismo como ideal político encontramos a Zagrebelsky, Gustavo, “Constitucionalismo”, *Derechos y Libertades*, núm. 29, época II, junio de 2013, pp. 19-38. Como vimos, Ferrajoli llama a esta ideología “constitucionalismo político”. Véase también McIlwain, Charles, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1947.

<sup>32</sup> A nivel global, véase Huntington, Samuel, *The third wave: Democratization in the late 20th Century*, University of Oklahoma Press, USA, 1991.

<sup>33</sup> Gargarella, Roberto, “Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, núm.1, Montevideo, junio de 2018, p. 115.

marcada en otra sub-clasificación del constitucionalismo que se relaciona con las disputas ideológicas que se dieron en la etapa fundacional del mismo. Así, Gargarella distingue un constitucionalismo de corte liberal (en el que cuadrarían las definiciones dadas hasta ahora y que ponen énfasis en la limitación al poder<sup>34</sup>) de uno conservador y otro republicano.<sup>35</sup> En contra de quienes encuentran en el NCL un modelo radicalmente distinto a todo lo anterior y que tiende a satisfacer los presupuestos de un constitucionalismo de corte republicano (más cercano a la idea de constitucionalismo positivo, que comprende una división de poderes como división del trabajo<sup>36</sup>), Gargarella considera que el modelo liberal-conservador que triunfó en América Latina desde su etapa constitucional fundacional sigue primando teórica e institucionalmente, por lo que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano no sería más que “vino viejo en vasijas nuevas”.<sup>37</sup>

Y así pasamos a otra consideración, por constitucionalismo también se entiende un determinado diseño institucional o sistema jurídico. Así, podemos hablar de constitucionalismos en particular y referirnos, por ejemplo, al diseño inglés de soberanía parlamentaria, al estadounidense de control judicial de los actos

---

<sup>34</sup> Y en su consecuente ideología, “el liberalismo del miedo” que busca asegurar la libertad frente a los abusos del poder y proteger a los indefensos de la intimidación. Shklar, Judith, “Liberalism of Fear”, en Rosemblum, Nancy (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Harvard University Press, 1989, p. 27. Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>35</sup> Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Siglo XXI, Madrid, 2005.

<sup>36</sup> Véase Möllers, Christoph, *The three Branches. A comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, UK, 2015, pp. 40-50. También Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 247 y ss. Retomaré este punto más adelante.

<sup>37</sup> Gargarella, Roberto, “The “New” Latin American Constitutionalism: Old Wine in New Skins” en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, UK, 2017, pp. 211-234.

del legislativo, etcétera.<sup>38</sup> Como estamos viendo en este apartado, parte importante de la doctrina niega también novedad al neoconstitucionalismo en este aspecto, pues los rasgos institucionales que el neoconstitucionalismo rescata como propios (y que veremos *infra*), ya se encontrarían en el constitucionalismo anterior a la Segunda Gran Guerra, sólo que ahora se entenderían de manera diferente.

En este punto en cambio, el NCL parece tener mucha más fuerza, pues este sí incorpora instituciones inéditas en el constitucionalismo anterior. Aunque ya vimos que para muchos autores esa “novedad” es sólo aparente, pues en el fondo hay una prevalencia de las estructuras propias del viejo constitucionalismo que operan desactivando cualquier novedad.

Por último, se habla de constitucionalismo como teoría, doctrina o filosofía política,<sup>39</sup> y he aquí el punto más controvertido. Quienes, como estamos estudiando, niegan la especificidad del neoconstitucionalismo en tanto teoría del derecho, nos dicen que para el estudio de las notas particulares que el neoconstitucionalismo rescata como novedosas (en el aspecto institucional) es perfectamente útil “la teoría del derecho que se ha venido construyendo a lo largo del siglo XX bajo la inspiración del positivismo”.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, *op. cit.*, p. 4. O como clasifiqué más arriba, se puede hablar de una versión débil de constitucionalismo, de una versión fuerte, incluso de una fortísima (como veremos más adelante).

<sup>39</sup> Véase Solum, Lawrence, “Constitutional Possibilities” *Indiana Law Journal*, vol. 83, 2008, p. 308; Whittington, Keith, “Constitutionalism”, en Whittington, Keith *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 1988; Niembro Ortega, Roberto, “Desenmascarando el Constitucionalismo Autoritario”, en Gargarella, Roberto y Niembro Roberto (coords.), *Constitucionalismo Progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, IJ-UNAM, México, 2016, para sentidos muy diferentes del constitucionalismo como teoría.

<sup>40</sup> Laporta, Francisco, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *op. cit.*, pp. 48 y 53. Igualmente Ferrajoli, a quien retomaré más adelante.

En este sentido, teorías del derecho serían el positivismo o el ius-naturalismo (en sus diferentes entendimientos), pero no el neo-constitucionalismo y menos aún el NCL.

Esta afirmación no quita que se hable de una “teoría” neoconstitucionalista como una forma de explicar de un modo particular el arreglo institucional de algunas de las constituciones europeas de la Segunda posguerra.<sup>41</sup> Aquí entonces, incluso quienes combaten el llamado neoconstitucionalismo, pues insisten en que esta etiqueta es demasiado estrecha como para explicar el constitucionalismo, reconocen la existencia de esta corriente de pensamiento y discuten su plausibilidad, tanto de sus presupuestos filosóficos como de sus pretensiones normativas, sobre todo de cara a las consecuencias político-jurídicas que implica. Lo mismo aplica para el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, considerándolos a ambos entonces como particulares filosofías políticas. En ese entendimiento se inscribe la presente obra.

## ***2. El neoconstitucionalismo como cambio de paradigma, la novedad***

Como adelanté, hay autores que entienden que a partir de la segunda mitad del siglo XX se ha producido un “cambio de paradigma” y, a diferencia de los primeros, consideran que esto ha cambiado los rasgos característicos del constitucionalismo al punto de configurar una nueva teoría,<sup>42</sup> que parte de la doctrina llamada “neoconstitucionalismo(s)”.

---

<sup>41</sup> Este entendimiento comprende tanto la idea de que a diferentes arreglos institucionales pueden haber diferentes “teorías” explicativas (descriptivas) y/o prescriptivas, como también que a un mismo diseño institucional puede leerse desde diferentes teorías.

<sup>42</sup> Véase por ejemplo Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, en Aguiló Regla, Josep *et al.*, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 113-181. Del mismo autor “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *op. cit.*, p. 50.

Comanducci, como parte de los autores que se han abocado al estudio del neoconstitucionalismo desde un punto de vista crítico, trata de evidenciar las diferencias entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. Así, el constitucionalismo sería fundamentalmente una ideología, como vimos, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales. Según el autor, suele tener “como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificativa entre derecho y moral,<sup>43</sup> y por otro lado, tiene como adversario directo el positivismo ideológico”.<sup>44</sup> En todo caso esta caracterización no es pacífica, pues para muchos lo que en el origen dio impulso al proyecto del constitucionalismo escrito fue el espíritu codificador, manifestación del positivismo<sup>45</sup> y no el iusnaturalismo alegado por Comanducci. Aunque lo cierto es que hay cierta convergencia entre teorías positivistas e iusnaturalistas en el nacimiento del constitucionalismo.<sup>46</sup>

Por su parte, sigue diciendo este autor, el neoconstitucionalismo se diferencia del constitucionalismo en que no se exhibe únicamente como ideología, sino también como una teoría que

---

<sup>43</sup> El autor entiende la conexión “identificativa entre derecho y moral” como aquella según la cual no es posible identificar el derecho sin recurrir necesariamente a un punto de vista moral. Véase Comanducci, Paolo, “Las conexiones entre el derecho y la moral”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, año 8, núm. 12, 2003, pp. 15-26.

<sup>44</sup> El constitucionalismo no es, sin embargo para el autor, relevante como teoría del derecho, sino el positivismo jurídico que mantuvo su hegemonía como teoría del derecho durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Comanducci, Paolo “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *op. cit.*, pp. 82, 83.

<sup>45</sup> Véase Ahumada, María de los Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo”, *op. cit.*, pp. 156,158.

<sup>46</sup> En palabras de Ferrajoli, “Se puede incluso afirmar, con aparente paradoja, que la idea de la legalidad como fuente exclusiva y exhaustiva del derecho positivo nació precisamente como una instancia iusnaturalista de racionalidad y justicia”, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 6a ed., Trotta, Madrid, 2004, p. 870.

concorre (compite) con el positivismo.<sup>47</sup> Sobre este punto precisa Pozzolo que el neoconstitucionalismo no se presenta como una especie de uno de los dos géneros entre los cuales se suele dividir el pensamiento jurídico moderno —positivismo e iusnaturalismo— sino como un tercer género que ni siquiera apunta a recomendar modificaciones o adecuaciones a alguna de las otras dos perspectivas.<sup>48</sup> Indicaría una postura iusfilosófica que se propone como vía intermedia entre positivismo e iusnaturalismo<sup>49</sup> que habría eliminado los defectos de ambas y reunido sus virtudes. Particularmente esta doctrina permitiría evitar el defecto del legalismo iuspositivista (o formalismo) a través de la relevancia jurídica atribuida y reconocida a la Constitución, subrayando e incentivando su “capacidad de penetración” (*pervasività*).<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta-teórico”, *op. cit.*, p. 83. Como se verá, la afirmación es controvertida incluso para quienes se abocan a este fenómeno, pues sostienen que el neoconstitucionalismo —a diferencia de otras aproximaciones teóricas— al ser una categoría que reúne el pensamiento de diferentes teóricos del derecho, no sería una teoría en sí, puesto que se centra únicamente en el fenómeno jurídico y no trae aparejada una teoría política (en concreto una teoría de la democracia o una teoría del poder). Véase Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, *op. cit.*, p. 294.

<sup>48</sup> Pozzolo, Susanna, “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘Neo-costituzionalismo e positivismo giuridico’”, *Diritto & questioni pubbliche*, núm. 3, 2003, p. 51.

<sup>49</sup> Esta idea puede rastrearse ya en Hart, cuando al criticar la teoría antipositivista de Dworkin señala que “puede ser caracterizada como una *vía media* entre las teorías clásicas del Derecho Natural y el Positivismo jurídico, ambas rechazadas explícitamente por Dworkin. Pues, a diferencia del teórico del Derecho Natural, no niega que el derecho claramente establecido, disposiciones o decisiones que carezcan de conformidad con ciertos *standars* morales específicos [...] sean derecho; sin embargo, al igual que el teórico del Derecho Natural, mantiene que hay ciertos principios morales objetivos que son también derecho: concretamente aquellos que figuran en la teoría ‘más sólida’ del derecho”. Hart, H.L.A., “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, *Sistema*, núm. 36, mayo de 1980, pp. 3-18; p. 13.

<sup>50</sup> Pozzolo, Susanna “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘Neo-costituzionalismo e positivismo giuridico’”, *op. cit.*, pp. 52-53.

Dicho lo anterior, considero adecuado separar en dos cuestiones el estudio del llamado neoconstitucionalismo: una primera, de la que me ocuparé ahora, hace referencia a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido impacto en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional. Los autores que abordan este fenómeno reconocen la modificación en el objeto de estudio, es decir, en las constituciones de la segunda posguerra, pero no por ello consideran necesario un cambio en el método de estudio. Para ellos, aún es útil el positivismo jurídico y por tanto se los llama *neoconstitucionalistas normativos* o en un sentido débil.<sup>51</sup>

La otra, que se abordará en el apartado siguiente, explica justamente esta “teoría del derecho” que se habría “propugnado en el pasado reciente por esos mismos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos”.<sup>52</sup> Estos autores consideran que habiendo cambiado el objeto de investigación es necesario un cambio radical de metodología. Las nuevas constituciones se distinguirían en cuanto a su contenido por la incorporación de una serie de valores morales y, en cuanto a su forma, porque sus preceptos se expresan más a través de principios que bajo la apariencia de reglas. Todo esto haría obsoleto al positivismo jurídico, incapaz de explicar cabalmente estas realidades jurídicas. Por ello se considera al neoconstitucionalismo como una nueva teoría del derecho, en la corriente que se bautiza como *neoconstitucionalismo conceptual o propiamente dicho*.<sup>53</sup>

Para comenzar con la primera cuestión. Luigi Ferrajoli es uno de los autores que se ha dedicado en forma más profunda al estudio de estos fenómenos que, según su particular concepción, implican una refundación jurídica del derecho y de las instituciones

---

<sup>51</sup> García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la Moralidad, Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, p. 18.

<sup>52</sup> Carbonell, Miguel, “Prólogo Nuevos tiempos para el constitucionalismo” en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 9-10.

<sup>53</sup> García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la Moralidad*, ob. cit., p. 18.

políticas, fruto de las duras lecciones impartidas por las tragedias de la de primera mitad del siglo pasado.<sup>54</sup>

Nos explica el autor que a partir de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias<sup>55</sup> se habría generado un cambio de modelo normativo, que él denomina “modelo neo-iuspositivista” del *Estado constitucional de derecho*. En contraposición al modelo anterior (o paleo-iuspositivista<sup>56</sup>), que corresponde al *Estado legislativo de derecho* (o *Estado legal*) y que surgió con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica.<sup>57</sup>

Según el nuevo modelo, son Estados de derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales establecidos por las normas constitucionales<sup>58</sup> —empatando así el término con la idea moderna de constitucionalismo—.<sup>59</sup> Esta sujeción a la ley de la propia ley se produce,

---

<sup>54</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Carbonell, Miguel (ed.), Trotta, Madrid, 2008, p. 304.

<sup>55</sup> He de insistir en que estos rasgos ya se encontraban en algunas constituciones previas a la Segunda gran guerra, por ejemplo piénsese en el Tribunal Constitucional austríaco, pero lo que haría que se hable de un cambio de paradigma sería la reunión de todos estos elementos funcionando al mismo tiempo. Esto es subrayado por Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Cevallos, Quito, 2010, p. 30.

<sup>56</sup> Nótese que las expresiones paleo-iuspositivismo y neo-iuspositivismo son usadas por el autor con el ánimo de diferenciar respectivamente al iuspositivismo propio del *Estado legal* (pre constitucional), del iuspositivismo característico del *Estado Constitucional* actual, mostrando claramente su filiación iusfilosófica.

<sup>57</sup> Este modelo estaría basado en el principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido. Ferrajoli, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 14.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>59</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, *op. cit.*, p. 72. Idea que Ferrajoli reafirma, diciendo que en el plano filosófico-

no sólo en cuanto a las formas de los actos que la producen, sino también en cuanto a los contenidos normativos producidos por ellos. Esta sujeción ha tenido lugar a través de la incorporación, en constituciones rígidas, de principios ético-políticos [...] transformados, de fuentes de legitimación *política* o *externa* en fuentes de legitimación (y si son violados, de deslegitimación) también *jurídica* o *interna*.<sup>60</sup>

Esta es una diferencia radical —según Ferrajoli— con lo que ocurría anteriormente en el paradigma del Estado liberal, cuando la ley, fuera cual fuera su contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho.<sup>61</sup>

Tomando en cuenta lo anterior, el autor italiano concluye en que ha ocurrido un cambio de paradigma “revolucionario”<sup>62</sup> en tanto afecta, no sólo el papel del derecho y las condiciones de validez de las leyes, sino también el papel de la jurisdicción (afectando la relación juez-ley), el papel de la ciencia jurídica y la naturaleza de la democracia.

Especialmente, con respecto al nuevo papel del juez, Ferrajoli explica que justamente la sujeción a la Constitución lo transforma en garante de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes y demás actos del poder político que puedan violar aquellos derechos. De ahí que la interpretación judicial de la ley es siempre también

---

político “democracia y constitucionalismo tienden a confundirse”. Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2006, p. 106.

<sup>60</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, vol.1: Teoría del derecho, Madrid, Trotta, 2011, pp. 25 y 38.

<sup>61</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo, op. cit.*, pp. 29-31.

<sup>62</sup> “El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico”. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2006, p. 66.

juicio sobre la ley misma, correspondiendo al juez elegir sólo sus significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por ellas.<sup>63</sup>

Pues bien, hay acuerdo entre los autores que estudian esta corriente en que ésta es una de las señas de identidad del neoconstitucionalismo, que ya no solo gira en torno a los derechos, sino que también al hecho de que su aplicación se encuentra encomendada a los jueces.<sup>64</sup>

Coincide plenamente Zagrebelsky, quien también analiza el cambio de paradigma en el derecho que —a su criterio— ha significado un “auténtico cambio genético”.<sup>65</sup> Sobre el particular, el autor resalta dos rasgos que serían el fundamento del constitucionalismo de nuestros tiempos: (1) la transformación de la idea de soberanía y (2) la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico.

---

<sup>63</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, *op. cit.*, p. 211, también en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>64</sup> Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los Derechos”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007, p. 215. Para este autor, el neoconstitucionalismo (que identifica como “constitucionalismo contemporáneo”) es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que han caminado separadas, reuniendo un fuerte contenido normativo de la una, y una garantía jurisdiccional y correlativa desconfianza ante el legislador, de la otra. El resultado se ve en “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”. En “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 124-127. En igual sentido el autor en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 107 y ss.

<sup>65</sup> Sobre el papel de los jueces como nota característica del neoconstitucionalismo, volveré más adelante. Este autor lo trata en Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8a ed., Trotta, Madrid, 2008, pp. 131 y ss. La cita en p. 33.

(1) Me interesa detenerme especialmente en el primero de estos rasgos, pues marca un contrapunto importante con respecto al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, es decir, en la demolición del concepto de soberanía. Los factores que producirían este fenómeno en el neoconstitucionalismo están relacionados con el creciente pluralismo político y social, la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, la progresiva institucionalización de dimensiones supraestatales de poder, e incluso, la atribución de derechos a los individuos frente a los Estados, exigibles en jurisdicciones internacionales.<sup>66</sup>

Esto también es sostenido por Ferrajoli, quien considera que con el constitucionalismo el principio de soberanía se ha desvanecido,<sup>67</sup> al ser reemplazado por la Constitución en tanto norma supraordenada a la legislación ordinaria y por el control constitucional de las leyes por parte de los tribunales constitucionales.<sup>68</sup> Consecuentemente,

ya no existe la soberanía interna, dado que todos los poderes públicos —incluso el legislativo y con él la llamada soberanía popular— están sujetos a la ley constitucional. Y tampoco existe ya, al menos en el plano jurídico, la soberanía externa, ya que los Estados se han sometido al *pactum subiectionis* representado por el nuevo ordenamiento internacional nacido con la Carta de las Naciones Unidas y con la prohibición de la guerra y la obligación de respeto de los derechos fundamentales establecidos en ella.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> *Ibidem.*, pp. 11-12.

<sup>67</sup> En el sentido clásico de *potestas legibus soluta ac superiorem non recognoscens*, ya que, según Ferrajoli, en presencia de constituciones no existen ya sujetos soberanos ni poderes *legibus soluti*.

<sup>68</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, *op. cit.*, p. 29, también del autor *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *op. cit.*, donde trata el tema con más profundidad, especialmente pp. 125 y ss. y Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012, p. 53. En una posición radicalmente contraria, recuperando el concepto de soberanía y con él, el de poder constituyente, Palombella, Gianluigi, *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad. de José Calvo González, Comares, Granada, 2000. Para una crítica a Ferrajoli véase pp. 97 y ss., especialmente p. 106.

<sup>69</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, *op. cit.*, p. 29

En otras palabras, mientras en el Estado legal operaba una separación fuerte entre derecho y política (el primero gravitando en torno a la idea de imperio de la ley, y la segunda, en torno a la de soberanía), en los Estados constitucionales actuales se acaba con esta separación y en su lugar adquiere peso la noción de Constitución normativa y rígida.<sup>70</sup>

Como decía, esto no ocurre en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, que si bien también reconoce la supremacía constitucional, las instancias internacionales de protección de los derechos con sus respectivas competencias jurisdiccionales y está enmarcado en el pluralismo político, social y cultural, ofrece un lugar preponderante al concepto de soberanía popular y lo vincula con el carácter político del derecho (que se analizará *infra*).

De hecho, el NCL pone al centro de su legitimidad el origen democrático de la Constitución, es decir, al poder constituyente soberano encarnado en el pueblo,<sup>71</sup> en clara oposición a las corrientes neoconstitucionalistas que “demuelen” el concepto mismo de soberanía.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Aguiló Regla, Josep, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, p. 247.

<sup>71</sup> Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 20, 25.

<sup>72</sup> Según Villabella Armengol, Carlos Manuel, “El derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: un cambio de paradigma”, en Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 74, justamente la legitimidad democrática del nuevo constitucionalismo (junto a su valor instrumental), esboza la distancia con el neoconstitucionalismo de factura europea. Por eso fueron posibles estas nuevas constituciones aún en ausencia de previsiones constitucionales que previeran su propia sustitución. En este punto véase Prieto Valdés, Martha, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: nuevos paradigmas político constitucionales”, en Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios*

A este poder constituyente “revolucionario” se le confió la reconstrucción del Estado y la sustitución de la continuidad constitucional,<sup>73</sup> pero sin diluirse una vez cumplida su misión.<sup>74</sup> Así se le otorga una primacía que, sobre todo, se ve reflejada en los procedimientos de reforma constitucional que no encuentran limitaciones de tipo sustantivo.<sup>75</sup> En este sentido, es ejemplificativo el texto de la Constitución de Venezuela de 1999, que en su artículo 347 establece: “El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente *originario*. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”.<sup>76</sup>

Sin embargo, esta soberanía sin límites del poder constituyente y confianza en la voluntad del pueblo no tiene un correlato para con los poderes constituidos.<sup>77</sup> Estos últimos más bien se hallan

---

*sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 98.

<sup>73</sup> Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, pp. 32, 35 y 37.

<sup>74</sup> Noguera Fernandez, Albert, “What do we mean when we talk about ‘Critical Constitutionalism’? Some Reflections on the New Latin American Constitutions”, en Detlef Nolte y Almut Schilling—Vacaflor (eds.), *New Constitutionalism in Latin America*, Ashgate, England, 2012, p. 102; por esto el nuevo constitucionalismo latinoamericano se enrolaría dentro del ‘constitucionalismo crítico’.

<sup>75</sup> Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una perspectiva crítica”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013, p. 372, esta primacía se vería manifestada en: a) la extensión de las constituciones; b) la supremacía del documento; c) las restricciones democráticas al control de constitucionalidad; d) los mecanismos de democracia participativa o directa; e) la rigidez constitucional.

<sup>76</sup> La cursiva me pertenece. En la misma lógica los artículos 444 de la Constitución de Ecuador y 411 de la Constitución boliviana.

<sup>77</sup> Se establece “la prohibición constitucional de que los poderes constituidos (incluido el poder constituyente constituido) dispongan de la capacidad de reforma constitucional por ellos mismos”. Viciano Pastor, Roberto y Mar-

sujetos a fuertes restricciones constitucionales que hacen que la legitimidad en la toma de sus decisiones esté más cercana al modelo neoconstitucional.

(2) Además de la crisis de la soberanía, el segundo rasgo característico que Zagrebelsky encuentra en el constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en que las constituciones han establecido un conjunto de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico.<sup>78</sup> A juicio del autor italiano, el tránsito del Estado de derecho decimonónico al constitucional contemporáneo equivale al paso de un “derecho por reglas” a un “derecho por principios”, identificando prevalentemente la ley con las reglas y la Constitución con los principios, y por tanto distinguiendo la ley de la Constitución.<sup>79</sup>

En definitiva, lo que daría cuenta de la evolución que desemboca en el Estado constitucional no serían tanto los cambios estructurales en los sistemas jurídico-políticos (como la Constitución normativa y rígida) sino el componente de valor, que implica una Constitución como ideología.<sup>80</sup> Es decir, una Constitución plagada de conceptos valorativos, cuyos textos normativos son imprecisos para así permitir una interpretación jurídica dinámica,

---

tínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, pp. 42-43. En ese sentido por ejemplo la Constitución de Venezuela en su artículo 349 establece “Los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente”.

<sup>78</sup> Así, el derecho sería “un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades”, o dicho de otro modo “[habrían] exigencias de justicia general [...] por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría [...]”. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, pp. 93-94.

<sup>79</sup> *Ibidem.*, p. 110. Esto, a juicio del autor —y como ya señalé— trae aparejadas importantes consecuencias para la jurisdicción, que se verán en capítulos siguientes.

<sup>80</sup> Aguiló Regla, Josep, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, *op. cit.*, p. 247.

orientada al futuro.<sup>81</sup> Y este segundo rasgo aplica con creces al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Claro está que esta forma de concebir la Constitución no nos dice de antemano cuál será el procedimiento de determinación requerido para concretar aquellos principios o valores constitucionales. Para eso están los neoconstitucionalistas, que dejan el desarrollo de la tarea “en la labor silenciosa y soterrada de las salas de los tribunales y de los estudios de los juristas”.<sup>82</sup>

Como veremos más adelante al analizar los diseños institucionales de los distintos modelos, esta última opción ya no aplica de igual manera en el NCL, pues en éste, si bien se contemplan garantías jurisdiccionales para la realización de las densas cartas de derechos junto con un fuerte proyecto político que el Estado se compromete a realizar y de cuyos fines no puede apartarse,<sup>83</sup> la apuesta para su concreción está en los órganos de gobierno. Esto pues la concepción de los principios constitucionales no está vinculada a la moral como en el neoconstitucionalismo, sino más bien a la disputa política.

En suma, de las características antedichas se desprende, para los autores aquí analizados, una mutación en el constitucionalismo que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho y que, por lo tanto, no puede considerarse como una mera continuación del modelo anterior.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> *Ibidem.*, pp. 254-255. En igual sentido Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, op. cit.*, p. 146.

<sup>82</sup> *Ibidem.*, p. 147.

<sup>83</sup> En palabras de Courtis, Christian y Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, *CEPAL. Serie políticas sociales*, núm. 153, 2009, p. 16: “... Constituciones que dedican bastante más espacio a definir las metas y finalidades que el gobierno debería cumplir, y las cosas que el gobierno debería hacer —y no sólo las que debería dejar de hacer. Las constituciones latinoamericanas adoptadas en los últimos veinte años se alinean claramente dentro de este modelo sustantivo— por oposición a un modelo meramente procedimental de Constitución”.

<sup>84</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, op. cit.*, p. 34.

## 2.1. El neoconstitucionalismo como teoría y/o como ideología

Comenzaré entonces con la definición que Comanducci nos ofrece del término “constitucionalismo” (y neoconstitucionalismo) y que en sus palabras vehicula dos significados. Por un lado, designa una teoría<sup>85</sup> y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción designa, en cambio, algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo) constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo) constitucionalismo como ideología. En este último sentido, designa un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.<sup>86</sup>

En lo que sigue me centraré en el primer significado del término y si bien, las relaciones con el (y las referencias al) segundo son manifiestas en tanto se corresponden, trataré de reservar lo relativo a los elementos estructurales del neoconstitucionalismo para los siguientes apartados.

Cuando estudiamos a los autores que habrían encabezado la corriente neoconstitucionalista (propriadamente dicha), lo hacemos desde la calificación posterior que otros les han atribuido. En principio ni Zagrebelsky, ni Dworkin, ni Alexy, ni menos aún Nino por nombrar algunos, se han autoproclamado neoconstitucionalistas.<sup>87</sup> De hecho es comúnmente aceptado que fueron algunos miembros de la escuela genovesa, entre ellos Susanna

---

<sup>85</sup> Como advertí con anterioridad, la calificación del neoconstitucionalismo como teoría del derecho, no es pacífica. Pero para poder realizar la crítica y adherir (o no) a la misma, debemos partir de la definición como la dan sus mentores.

<sup>86</sup> Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta-teórico”, *op. cit.*, p. 75.

<sup>87</sup> Véase Ahumada, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 133, también Salazar Ugarte, Pedro “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, *op. cit.*, p.

Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci quienes a fines de los años noventa acuñaron la categoría para criticar algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea.<sup>88</sup> Explica en este sentido Pozzolo que el término fue pensado para un “objeto” identificado, reconstruido o inventado en el momento en que se lo nominó, un objeto de confines opacos y de difícil interpretación.<sup>89</sup>

De allí en más se ha entendido que agrupa a los estudiosos que comenzaron a observar los cambios que el constitucionalismo ha venido sufriendo en los últimos sesenta años, conocido como proceso de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”.<sup>90</sup> Pero esta “extensión” en el uso del término, ha significado alejarse del significado original para incluir otros fenómenos, eso sí, interdependientes.

Entre otros, el término se ha utilizado para realizar ciertas precisiones sobre el constitucionalismo *tout court*, o para indicar, una vez individualizados los caracteres que determinan su especificidad, ya no cierta doctrina, sino todo un modelo de sistema jurídico.<sup>91</sup> Desde ese punto de vista —como ya pudimos observar *ut supra* cuando nos referimos al alegado “cambio de paradigma”— la mayor parte de los sistemas jurídicos europeos de la segunda posguerra podrían decirse neoconstitucionalistas.<sup>92</sup> Asimismo y

---

293. Aunque recientemente Zagrebelsky ha empezado a adoptar el término, véase del autor “Constitucionalismo”, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

<sup>88</sup> Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en Comanducci, Paolo *et al.*, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 87.

<sup>89</sup> Pozzolo, Susanna, “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘Neo-costituzionalismo e positivismo giuridico’”, *op. cit.*, p. 52.

<sup>90</sup> Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

<sup>91</sup> Pozzolo, Susanna, “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘Neocostituzionalismo e positivismo giuridico’”, *op. cit.*, p. 56.

<sup>92</sup> *Ibidem.*, p. 57. Debería aclararse que se habla de las constituciones europeas que a partir de la segunda posguerra, pero no en forma inmediata necesari-

en cuanto modelo, ha trascendido los confines europeos, para adoptarse también en gran parte de los países de América Latina

Esta utilización del vocablo, advierte Pozzolo, conlleva el riesgo de generar una suerte de redundancia, ya que haría referencia al Estado constitucional propio de la cultura jurídica occidental contemporánea, es decir, un Estado que presenta una carta fundamental que contiene un catálogo de derechos y sus garantías. Además sería inapropiado, puesto que en un primer momento el término fue utilizado para indicar una doctrina anti-positivista que niega la utilidad del tipo de ciencia del derecho (positivista) que se preocupó por individualizar el modelo de Estado de derecho que ahora decide denominar neoconstitucionalista.<sup>93</sup> En otras palabras, el neoconstitucionalismo (en esta utilización inapropiada del término) no podría tomar como su objeto de estudio al mismo modelo de Estado de derecho que fue individualizado y sirvió de base a la ciencia del derecho positivista, cuando pretende ser su alternativa.

Para Pozzolo, en suma, el término neoconstitucionalismo fue pensado para indicar el fenómeno específico caracterizado por asumir una noción de Constitución fuertemente “materializada” que, más que como límite, se yergue como programa que el legislador tiene que desarrollar.<sup>94</sup> Por esto mismo, requiere una técni-

---

riamente, se fueron promulgando. Así, varias constituciones son de finales de los setenta, principios de los ochenta y las de Europa del este se dan a partir de los años noventa.

<sup>93</sup> Pozzolo, Susanna, “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘Neocostituzionalismo e positivismo giuridico’”, *op. cit.*, p. 57. Recuérdese que el iuspositivismo tiene fecha de nacimiento conocida y que coincide con el avènement del modelo postrevolucionario del Estado de Derecho basado en un concepto fuerte de soberanía, separación de poderes, codificación e imperio de la ley, la figura del juez autómatas, etcétera. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 2005, p. 8.

<sup>94</sup> Pozzolo, Susanna, “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘Neocostituzionalismo e positivismo giuridico’”, *op. cit.*, pp. 55-56. Así claramente es expresado por Ferrajoli: “...las constituciones [...] constituyen

ca interpretativa específica que sirve para restablecer el vínculo entre derecho y moral (que en el caso del NCL es entre derecho y política, volveré sobre este punto *infra*). Aunque aclara, la “interpretación moral” de la Constitución<sup>95</sup> ofrece una versión un tanto peculiar de esa conexión, en la medida en que la sitúa en el interior mismo del derecho positivo.<sup>96</sup>

El neoconstitucionalismo sería entonces un enfoque del derecho que pone el acento en ciertas nociones: principios vs reglas, ponderación vs subsunción, y que desplaza su atención de la ley a la Constitución y del legislador al juez; adoptando el modelo axiológico de la Constitución concebida como norma, en rechazo al modelo positivista.<sup>97</sup> Esto lo adscribe a procesos de legitimidad fuertemente sustancialistas, como veremos luego.

Coincide Prieto en resaltar estos rasgos como sobresalientes de la nueva teoría del derecho, agregando por último, la coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.<sup>98</sup>

---

también un programa político para el futuro...” en Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>95</sup> En especial referencia a Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

<sup>96</sup> Pozzolo, Susanna, “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘Neo-costituzionalismo e positivismo giuridico’”, *op. cit.*, p. 56.

<sup>97</sup> Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, pp. 339-353. En igual sentido Laporta, Francisco “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *op. cit.*, p. 47, haciendo referencia a las contraposiciones clásicas del pensamiento jurídico “normativismo frente a decisionismo, reglas frente a principios, ley frente a Constitución, subsunción frente a ponderación, positivismo frente a constitucionalismo, interpretación literal frente a interpretación teleológica y valorativa, etcétera”.

<sup>98</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 117.

Desde la perspectiva de la teoría del derecho positivista, destaca este mismo autor, el neoconstitucionalismo se proyecta sobre los siguientes capítulos: la teoría de las fuentes, que ya no puede seguir girando en torno al legalismo; la teoría de la norma; la teoría del sistema u ordenamiento, replanteando los problemas de plenitud y coherencia y la teoría de la interpretación, que se abre a exigencias de justificación o argumentación antes prácticamente inexploradas por el positivismo.<sup>99</sup>

Como vimos el neoconstitucionalismo, a diferencia del constitucionalismo, no se presenta solamente como una ideología (y su consecuente metodología), sino que pretende ser una teoría en competencia con (o alternativa a) la positivista. Esto es importante para dejar sentado que, mientras el constitucionalismo es —o puede ser— compatible con el positivismo jurídico, el neoconstitucionalismo (propriadamente dicho), lo excluye completamente.

Ahora bien, para Comanducci el neoconstitucionalismo en cuanto ideología, a diferencia del constitucionalismo, pone el acento en el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, dejando en un segundo plano el de la limitación del poder.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> *Ibidem.*, p. 118.

<sup>100</sup> Al respecto explica Comanducci que esto es “fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, ya no es visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho”. Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, *op. cit.*, p. 95. Aunque a mi criterio, esta afirmación es relativa con respecto al neoconstitucionalismo y, paradójicamente, encuadra mejor para el NCL. Creo que se puede colocar el punto de atención en la garantía de los derechos no por confiar en el poder, sino porque previamente (y ya lo veremos en el apartado relativo al modelo constitucional) se lo limitó de tal manera a través de constituciones rígidas y el control de constitucionalidad que le queda poco margen de acción. Claro está que aquí me estoy refiriendo al poder legislativo, puesto que con respecto al Poder Judicial, sí cabría la afirmación de Comanducci en cuanto a la confianza y correlativa falta de control sobre su accionar. Creo que en lo que hay que hacer énfasis es en el cambio que se ha generado en la distribución del poder (o equilibrio). Con respecto a este punto, Ahumada prefiere

Además, no se circunscribe a describir los cambios que ha sufrido el constitucionalismo, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación.<sup>101</sup> En este sentido, podría identificarse con aquella filosofía política que considera que el Estado constitucional de derecho representa la mejor o más justa forma de organización política.<sup>102</sup> Finalmente, por la conexión necesaria que sus promotores encuentran entre derecho y moral, éstos son proclives a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y leyes que son conformes a la misma.

Entre las críticas que se le han hecho a esta postura, Comanducci destaca una que, por sus consecuencias, considera más peligrosa: la indeterminación del derecho *ex ante*<sup>103</sup> derivada de la técnica de la “ponderación” de los principios constitucionales y

---

hablar de constitucionalismo democrático marcado, según su opinión, por el retorno de la política al derecho y por un Estado activista e interventor. Quedando aún por resolver el problema de su legitimidad ya que muestra un enorme temor y desconfianza en la capacidad de los ciudadanos para autogobernarse, remitiendo a un sistema de “cuasi-tutelaje”. Véase Ahumada, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo”, *op. cit.*, pp. 149 a 154. En relación con este último cuestionamiento tenemos al NCL intentando realizar un giro en cuanto a la legitimidad y con ello, dándole mayor preeminencia a mayorías y poderes representativos. Así, en nuestra región la distribución del poder se inclina hacia el poder político, especialmente hacia el Poder Ejecutivo. Volveré sobre este punto más adelante.

<sup>101</sup> Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo”, *op. cit.*, p. 96.

<sup>102</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *op. cit.*, p. 123. Sigue Prieto, “presentar el neoconstitucionalismo como la mejor forma de gobierno ha de hacer frente a una objeción importante, que es la objeción democrática o de supremacía del legislador: a más Constitución y a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias...” *Ibidem.*, p. 124.

<sup>103</sup> Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo”, *op. cit.*, pp. 107 y 108. Criticando a Dworkin, ya que su tesis de la única solución justa o correcta no distingue entre determinación *ex ante* y *ex post*, ni entre el problema teórico de la cognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones y el problema práctico de la justificación de las decisiones judiciales.

de la interpretación “moral” de la Constitución.<sup>104</sup> Por cuestiones de espacio no me detendré en estas cuestiones.

## 2.2. El argumento del contraste con la práctica<sup>105</sup>

Lo que los neoconstitucionalistas teóricamente pretenden es “explicar” el derecho como es y como el positivista no podría hacerlo.<sup>106</sup> El punto de mira está en los “casos difíciles”. Éstos se dan cuando un caso<sup>107</sup> cae en el ámbito de apertura del derecho,

---

<sup>104</sup> Prieto Sanchís llama a esta nueva visión de la actitud interpretativa “constitucionalismo dogmático” que a su criterio propugna la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista. En “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *op. cit.*, p. 124. Sobre ponderación véase Alexy, Robert, “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, n° 66, septiembre-diciembre 2002. Sobre la lectura moral de la constitución Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law. The moral reading of the American Constitution*, *op. cit.*.

<sup>105</sup> Según la expresión de Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

<sup>106</sup> Un reconocimiento claro de esta “falencia” del positivismo en Waldron, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 198. Aunque habría que decir que el positivismo no podía explicar el derecho completamente hasta que Dworkin introdujo la idea de “discrecionalidad en sentido débil”, puesto que no se tenían los recursos conceptuales para ello. Véase Atria, Fernando, “Lo que importa de los principios”, en Carbonell, Flavia, Letelier, Raúl y Coloma, Rodrigo (coords.), *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011, pp. 72 y ss. Así, la noción de que es posible distinguir una aplicación correcta de un estándar pese a que dicha aplicación supone, por parte del funcionario que lo hace, ponderación —que define a la discreción débil— hoy es aceptada por muchos positivistas, claramente Atria, pero también Bayón cuando habla de los criterios convencionalmente predeterminados. Véase Bayón, Juan Carlos, “Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 13, México, octubre de 2000, pp. 87-117, p. 113; Jiménez Cano, Roberto, “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, *Isonomía*, núm. 39, México, octubre de 2013.

<sup>107</sup> Un caso, según Laporta, sería una pregunta sobre la solución normativa que ha de correlacionarse con un conjunto de propiedades, una pregunta que pide una respuesta, y una pregunta práctica. Véase Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, Trotta, 2007, pp. 117, 118, 205.

es decir, cuando el derecho positivo no prevé claramente cuál es la solución del asunto por la vaguedad de su lenguaje, porque hay una laguna legal o incluso cuando hay normas contradictorias aplicables.<sup>108</sup> En estos casos, como para la mayor parte de los iuspositivistas, sólo el derecho positivo es derecho, el juez tendría que decidir sobre la base de pautas no jurídicas o extrajurídicas, con discrecionalidad.

En cambio los neoconstitucionalistas, al establecer una vinculación entre derecho y moral a través del argumento de los principios jurídicos, consideran que el juez, también en el ámbito de apertura del derecho positivo, está jurídicamente ligado por los principios.<sup>109</sup> Por ello se afirma que en realidad, para los neoconstitucionalistas no hay una diferencia entre casos fáciles y difíciles, puesto que en suma, todo caso encontrará respuesta jurídica.<sup>110</sup> Así, no existirían métodos distintos en relación con casos distintos, al contrario, la diferenciación entre casos fáciles y difíciles

---

<sup>108</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª edición, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 74.

<sup>109</sup> Como afirma Waldron, “los adversarios contemporáneos del positivismo jurídico se interesan mucho menos hoy en día por defender la proposición *lex iniusta non est lex* en contra de la tesis de las fuentes, que en argumentar que la tesis de las fuentes no puede dar cuenta correctamente de lo que sucede en la sala de un tribunal”. Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 57-58.

<sup>110</sup> En este sentido Laporta, aludiendo a la tesis de Dworkin dice: “...la diferencia entre los casos fáciles y los difíciles sería que en los primeros ‘no nos damos cuenta de que hay una teoría funcionando en ellos’ mientras que en los segundos el buen juez Hércules habría de desenvolver todas las complejas aptitudes teóricas y prácticas que demanda el derecho como integridad histórica, social, política y moral”. Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, *op. cit.*, p. 205. En cambio este autor propone diferenciar los casos difíciles, véase *ibidem.*, pp. 206 y ss. Esta misma diferenciación en Iglesias Vila, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 108 y ss. Para un análisis de los casos difíciles véase Navarro, Pablo, “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho”, *Doxa*, núm. 14, 1993, pp. 252-262.

será una cuestión que plantee el mismo juzgador consecuencia de la interpretación.<sup>111</sup>

Como hemos advertido, la innegable plasmación de pautas de carácter moral en los sistemas jurídicos<sup>112</sup> ha tenido repercusiones para la teoría del derecho, pues ha significado poner en primer plano una noción de legitimidad de carácter jurídico que toma como criterio de enjuiciamiento el *deber ser* que establecen las normas constitucionales.<sup>113</sup> Esto ha propiciado la importancia del punto de vista interno (compromiso del participante) para explicar el funcionamiento del derecho, la intervención de los juicios de valor en el análisis del derecho y la prioridad del carácter práctico de la ciencia jurídica frente a su presentación como un estudio de carácter científico.<sup>114</sup>

Pero esta consecuencia no es necesaria ni menos aún deseable. Considero que el neoconstitucionalismo termina operando una confusión: la teoría del derecho pretende explicar con categorías y conceptos el objeto derecho, por lo que para hacerlo, primero tiene que identificar el objeto en cuestión. Y si bien éstas parecen ser dos cosas perfectamente diferenciables, en gran medida objeto y ciencia se pueden confundir debido “al compromiso adquirido por los operadores del derecho, con el funcionamiento del

---

<sup>111</sup> Véase Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 50.

<sup>112</sup> En términos descriptivos, el reconocer que muchas de las reglas y principios identificados por los mejores procedimientos disponibles del derecho positivo de hecho requieren que aquellos que los utilicen realicen juicios morales, es aceptado por los positivistas. Expresamente Waldron, aunque en términos normativos califique a esta situación como insatisfactoria y pretenda minimizarla. Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 198-199. También Jiménez Cano, Roberto, “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, *op. cit.*, poniendo el énfasis en el tipo de moral “factual” a la que se acude.

<sup>113</sup> Sastre Ariza, Santiago “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 244.

<sup>114</sup> *Ibidem.*, p. 245. Resaltando la inclusión de la política en el derecho.

sistema jurídico y, especialmente, con el Estado de derecho”.<sup>115</sup> Esto se le imputa especialmente a Dworkin, cuando se dice que más que un teórico del derecho es un ideólogo del Estado de derecho.<sup>116</sup>

Por eso pienso que la concepción neoconstitucionalista ligada a la conexión justificativa necesaria entre derecho y moral es parte de una necesidad de auto-legitimación del sistema jurídico y del poder, pero sobre todo de justificación de un arreglo institucional determinado, como veremos *infra*.

Eso no impide aceptar lo que el propio Hart advirtió hace cincuenta años: “que en todas las comunidades hay una parcial superposición de contenido entre la obligación jurídica y la obligación moral”<sup>117</sup> y que, de hecho, la estabilidad de los sistemas jurídicos depende en parte de tales concordancias.<sup>118</sup> Dando como algo obvio que el fin propio de la actividad humana es la sobrevivencia, el derecho tiene que incluirlo, pues “en ausencia de ese conteni-

---

<sup>115</sup> Álvarez, Luciana, *Implicancias filosófico-jurídicas del reconocimiento de derechos a la diferencia. El caso indígena en el discurso jurídico argentino*, Universidad Nacional de Cuyo, agosto de 2009, p. 16.

<sup>116</sup> Entendiendo al Estado de derecho desde su vertiente limitadora de la arbitrariedad estatal y protectora de los derechos individuales de las personas. García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 238. Sobre Estado de Derecho véase Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudio sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000; Ansuátegui, Javier, “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, *Seminario de Filosofía del Derecho*, sesión núm. 2, Getafe, 2000; Díaz, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 3a ed., Taurus, Madrid, 1998; del mismo autor “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 17 a 40; Asís Roig, Rafael, “Modelos teóricos del Estado de Derecho”, *Doxa*, núm. 22, 1999; Lema Añón, Carlos, “Transformaciones del Estado de Derecho contemporáneo”, *Estado, Democracia y Derechos Humanos*, Mar del Plata, Suárez-UNMP, 2009; Ferrajoli, Luigi “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, *op. cit.*

<sup>117</sup> Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, 2ª ed. (reimpresión), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 212.

<sup>118</sup> *Ibidem.*, p. 252.

do, los hombres (sic), tales como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin un mínimo de cooperación [...] sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente”.<sup>119</sup>

Pero este razonamiento no es aceptado por el neoconstitucionalismo, según el cual las tareas meramente descriptivas que el iuspositivismo requiere al teórico, no serían escindibles de las tareas normativas que el derecho del Estado constitucional pretendería del mismo.<sup>120</sup> Lo que aquí ponen en cuestión es la viabilidad de la tesis de la neutralidad, que es central en el positivismo jurídico y una de las implicaciones de la teoría de la separación entre derecho y moral.<sup>121</sup>

Pero la tesis de la neutralidad es útil, no sólo a nivel descriptivo,<sup>122</sup> sino también desde planteamientos normativos, pues un concepto neutral impide legitimar el derecho por el mero hecho de serlo.

---

<sup>119</sup> *Ibidem.*, p. 239.

<sup>120</sup> Pozzolo, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 205.

<sup>121</sup> Pino, Giorgio, “The place of legal positivism in contemporary constitutional states”, *Law and Philosophy* 18, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1999, p. 524. Aunque vale adelantar que no de todo el positivismo jurídico, ya que en la concepción “neopositivista” *ferrajoliana*, “la ciencia jurídica no ha sido nunca puramente descriptiva y avalorativa. Sobre todo [...] en las democracias constitucionales ni siquiera podría serlo, a causa del específico estatuto normativo que les confiere la estructura de su propio objeto; y ello hasta el punto de que la negación de su ineliminable dimensión normativa desemboca de hecho, en paradójico contraste con las estimables razones deontológicas que la motivan —la neutralidad científica, la defensa del positivismo jurídico y el valor metacientífico, además de político, de la separación entre derecho y moral—, en su enmascaramiento ideológico”. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, *op. cit.*, p. 20, confundiendo nuevamente, objeto y ciencia. En igual sentido Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 38: “Tampoco la teoría constitucional [...] puede presentarse a sí misma como neutra, no lo es ni lo puede ser cuando su objeto está cargado de valor...”

<sup>122</sup> Como lo sostiene Marmor, Andrei, “Legal Positivism: Still descriptive and morally neutral”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 26, 2006, p. 699, para el punto de vista del observador.

Un concepto avalorativo ejerce una labor de prevención contra la idealización de los sistemas normativos, lo que debe ser el objetivo fundamental de una teoría general del derecho.<sup>123</sup>

El punto no es baladí, puesto que cuando tratamos de precisar el concepto de derecho nos encontramos frente a la tentación de los autores de atribuir caracteres y requisitos que tienen más que ver con lo que idealmente éstos pretenden que el derecho sea, que con lo que realmente es. Esto nos complica mucho el análisis de cara a la realidad de nuestros Estados y a la proyección de un discurso en términos políticos por fuera del derecho positivo, sobre la misma; desde que se parte ya de una definición que coincide con el discurso a adoptar, es decir, con el objetivo a alcanzar. Si el derecho *ya es* o, por definición, *ya tiende a* lo que es deseable que sea, entonces poca será la labor que se pueda hacer a su respecto. Podremos criticar sólo determinadas prácticas “desviadas”, pero jamás el objeto en sí, que siempre será positivo.<sup>124</sup>

Desde el punto de vista interno ocurre más o menos lo mismo. Para posibilitar el discurso crítico debemos tomar al derecho como condición de la práctica política democrática, es decir, no como un conjunto de estándares regulativos cuya finalidad es distribuir el código justo/injusto,<sup>125</sup> sino como un conjunto de

---

<sup>123</sup> García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>124</sup> Un reconocimiento de esta posible consecuencia la encontramos en Waldron, quien confiesa que de las fallas que se pueden encontrar a su posición normativa, le preocupa: “the implicit suggestion that in order to do positivist jurisprudence in the normative mode, one has to view law as a *good thing*. I seen to have argued myself into the position of saying that, [...]”, Waldron, Jeremy, “Normative (or Ethical) Positivism”, en L. Coleman, Jules (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to ‘The Concept of Law’*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 428. Aunque considero que una cosa es tener que aceptar el derecho como instrumentalmente bueno, como en última instancia tendría que hacer Waldron, y otra muy distinta, aceptarlo como intrínsecamente bueno o justo, como tendrán que hacerlo quienes le atribuyen un valor sustantivo, es decir, los neoconstitucionalistas.

<sup>125</sup> Estoy parafraseando a Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, *op. cit.*, pp. 77 y 80, que critica la pretensión de que los principios constitucionales distribuyan el código legal/ilegal, sino más bien que posibiliten

conceptos cuya determinación de significado se puede disputar en la arena política. Así, tendremos que aceptar la posibilidad de distintas comprensiones que surjan del arreglo institucional que se adopte al efecto, es decir, podremos distinguir entre qué es lo que el derecho exige y qué es lo que una determinada concepción de la justicia exigiría.<sup>126</sup>

Esta “defensa” de la neutralidad en la definición del objeto de derecho, no quita que no sea provechosa —o más bien indispensable— una aproximación normativa a la teoría del derecho, en tanto ciencia intrínsecamente política.<sup>127</sup> Es aquí donde habrá que reconocer como válidas las distintas formas de abordaje a la hora de prescribir a lo que el derecho debe servir y donde podemos considerar a la teoría neoconstitucionalista como una teoría en competencia con otras para su evaluación.<sup>128</sup>

### 2.3. Evaluación y contrastación con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

Si aceptamos entonces que el neoconstitucionalismo no pretende desentrañar la naturaleza del derecho, tampoco se conforma con describir el derecho, sino que es prescriptivo sobre sus contenidos y funcionamiento, tenemos que reconocer que no puede ser una teoría “neutral” ni tampoco puede tener alcances universales.

Como señalan los críticos, el neoconstitucionalismo “al hacer del actual modelo constitucional [europeo] mucho más que un

---

la práctica democrática en su determinación, “Sólo bajo ese supuesto, la idea de interpretación jurídica adquiere sentido”.

<sup>126</sup> *Ibidem.*, p. 85.

<sup>127</sup> Véase Waldron, Jeremy, “Legal and Political Philosophy”, *op. cit.* Claramente Bayón, Juan Carlos, “¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?”, en Ferrer Beltrán, Jordi, Moreso, José Juan y M. Papayannis, Diego (eds.), *Neutralidad y Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, p. 24. Llamándolo “argumento práctico-político”.

<sup>128</sup> Recordando que siempre que de evaluaciones se trata, estamos en el terreno de lo controvertido.

punto de referencia ejemplificador, ha abandonado la pretensión de generalidad, es decir, la pretensión positivista de responder a la pregunta ‘qué es derecho’ al margen de los contenidos concretos de los sistemas jurídicos históricos”.<sup>129</sup> Así, el neoconstitucionalismo se presenta como mínimo, como una *reconstrucción* racional y como máximo, como una *justificación* del sistema, por eso puede decirse que es una política constitucional que no indica cómo es el derecho, sino cómo debe ser.<sup>130</sup>

Ante estas críticas, un neoconstitucionalista respondería rechazando el esencialismo de las teorías tradicionales y apostando por cierto pragmatismo. Para él o ella su teoría “renuncia a buscar la *esencia* del derecho para conformarse con propósitos más modestos, pero quizá más *útiles*”,<sup>131</sup> es decir: quiere explicar cómo funciona el derecho de los Estados constitucionales, cuestionando la necesidad de un concepto universal e inmutable de derecho.<sup>132</sup> Por ello, frente a las teorías generales desplegadas por los positivistas e iusnaturalistas, pretende el desarrollo de *alguna* teoría particular del derecho,<sup>133</sup> que puede servir a dos propósitos opuestos. Por un lado, puede funcionar como *test* para una teoría general, en este caso supone el anclaje de la teoría particular en alguna teoría general a la que ilustra (en esta inteligencia estarían las teorías de Alexy o Dworkin). Por otro lado, puede fijar una teoría particular que renuncie a extender los resultados de su investigación al resto de ordenamientos jurídicos y se mantenga sin comprometerse

---

<sup>129</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, *op. cit.*, p. 9. En igual sentido Hoerster, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 12.

<sup>130</sup> Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, *op. cit.*, p. 11. La misma crítica se hace a los positivismos de tipo normativo, como vimos *ut supra*. Véase Marmor, Andrei, “Legal Positivism: Still descriptive and morally neutral”, *op. cit.*, p. 690.

<sup>131</sup> García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la Moralidad*, *ob. cit.*, p. 18.

<sup>132</sup> *Ibidem.*, pp. 221-222.

<sup>133</sup> *Ibidem.*, p. 225. Lo que, según Prieto Sanchís, acerca la teoría del derecho a la dogmática jurídica. Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, p. 111.

con ninguna teoría general. Esta es la orientación que tendría el neoconstitucionalismo en tanto “cambio de paradigma”.<sup>134</sup>

Así, podríamos decir que la teoría neoconstitucionalista está fuertemente ligada a una experiencia histórica constitucional, básicamente producto del miedo a que se reproduzcan las atrocidades ocurridas durante la segunda guerra mundial en los países de Europa occidental. Ese miedo está manifestado en los arreglos institucionales que veremos luego, que restringen fuertemente a las mayorías y que provienen del modelo constitucional norteamericano. De allí también que se valga de autores que provienen de los Estados Unidos, un país que mantiene su carta fundamental desde 1787, pero cuya doctrina está más marcada por los comportamientos de las distintas “épocas” de la Corte Suprema de Justicia. Todo esto no ha sido un inconveniente para que las construcciones teóricas se hayan extendido a países con realidades sociales significativamente diferentes, como son los pertenecientes a Latinoamérica, pero con miedos muy similares.<sup>135</sup> Me refiero específicamente a los temores generados por las dictaduras que azotaron la región la mayor parte del siglo XX y que dejaron un saldo atroz en materia de derechos humanos y democracia.

En cualquier caso, resulta claro que juzgar la condición de teoría del derecho del neoconstitucionalismo de acuerdo a parámetros que ellos mismos rechazan (como los positivistas), sería poco apropiado, sin contar con que además, incurriría en una petición de principio.<sup>136</sup> Aunque, a mi criterio, más allá de qué entendamos por teoría del derecho —cosa que no pretendo resolver aquí— es difícil atribuirle tal calidad al neoconstitucionalismo

---

<sup>134</sup> García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, *op. cit.*, p. 226.

<sup>135</sup> De hecho, gran parte de la bibliografía especializada proviene de fuentes latinoamericanas que se prepararon en Europa. Son representativos los varios libros sobre el tema que ya he citado de Miguel Carbonell, Pedro Salazar Ugarte o Carlos Bernal Pulido.

<sup>136</sup> Bayón, Juan Carlos, “¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?”, *op. cit.*, p. 29.

por la falta de desarrollo y articulación que necesitaría para así erigirse. En todo caso, me parece adecuado calificarlo como una teoría normativa, es decir política, neo-iusnaturalista, que se disputa con otras teorías el mejor entendimiento del derecho propio del Estado constitucional y plantea a su vez, un programa político-moral.

Ahora bien, esto no satisface una evaluación desde el punto de vista normativo que además permita una comparación con el NCL. En otras palabras, lo antedicho no responde a la pregunta sobre si el neoconstitucionalismo es una buena teoría política constitucional. Para intentar contestar esta cuestión partiré de una preocupación, a mi criterio, fundamental para la evaluación, cual es la de las repercusiones que teorías como la estudiada tienen con respecto a las prácticas e instituciones democráticas, la posibilidad de deliberación y la toma de decisiones con fuerza jurídica en una comunidad política. Es decir, la de la legitimidad democrática de las decisiones jurídico-políticas.

Con lo que ya se puede advertir que adhiero a una concepción del derecho como producto histórico y variable, dependiente de la voluntad de los seres humanos y de sus prácticas sociales,<sup>137</sup> lo cual no casa muy bien con la idea de un derecho vinculado necesariamente a la moral “correcta”. Como señala Zagrebelsky, “la democracia impide la afirmación total y absoluta de cualquier concepción ‘natural’ del derecho”. Al estar basada en la regla de la mayoría, introduce al derecho un elemento de artificiosidad, ligado a la opinabilidad y al contraste entre proyectos, esto es, a la relatividad”.<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, p. 107. Esto es un entendimiento posible de la llamada teoría de las fuentes sociales, que, según la afirmación de algunos neoconstitucionalistas, “representa una especie de acuerdo indisputado para todos aquellos que hacen teoría del derecho de forma no extravagante”. Véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Paletra-Temis, Lima, Bogotá, 2009, p. 145.

<sup>138</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

Aunque ni el (neo) iusnaturalismo que reduce el derecho a la adecuación de unos valores trascendentes e inmutables, ni el positivismo, que reduce el espacio de los “derechos” a lo estrictamente normado o positivizado, permiten reconocer acabadamente las prácticas sociales de construcción de normatividad y de legitimidad, ni reflexionar sobre el potencial emancipatorio y/o transformador del reconocimiento de nuevos derechos.<sup>139</sup> Menos aún el neoconstitucionalismo que, considero, junta las limitaciones de ambas perspectivas en una misma teoría.<sup>140</sup> De todos modos, en tanto esas prácticas sociales tienen en miras un objeto a transformar: el “derecho” (positivo), con el que lidian y desde el que surgen, considero que es necesario identificarlo sin idealizaciones. Terminaré de hacer esta evaluación normativa cuando analice los desarrollos institucionales del neoconstitucionalismo, pues son éstos los que permitirán una reflexión completa.

Ahora bien, si la evaluación la dirigimos no tanto a las pretensiones normativas de la teoría, sino a las explicativas (descriptivas), es decir, si nos preguntamos si el neoconstitucionalismo es una buena teoría para explicar acabadamente el fenómeno jurídico del Estado constitucional de derecho, también encontra-

---

<sup>139</sup> Álvarez, Luciana, *Implicancias filosófico-jurídicas del reconocimiento de derechos a la diferencia. El caso indígena en el discurso jurídico argentino*, *op. cit.*, pp. 18 a 29.

<sup>140</sup> Eso no significa que los principios (o valores) positivizados que toma el neoconstitucionalismo como bandera, no sirvan para intentar plasmar estas reivindicaciones sociales a través de casos estratégicos ante la judicatura (en lo que viene a llamarse uso alternativo del derecho), suponiendo que esta las acoja. En este sentido véase por ejemplo Puga, Mariela, *Litigio Estructural*, Universidad de Buenos Aires, octubre de 2013, disponible en <https://es.scribd.com/doc/156966140/Tesis-Mariela-Puga>; también Siegel, Reva, “El rol de los movimientos sociales como generadores de derecho en el derecho constitucional de los Estados Unidos”, en *Los límites de la democracia*, SELA 2004, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 259-276. Aunque lo cierto es que incluso consiguiéndolo, serán victorias particulares que en ningún caso suplen la lucha política por el reconocimiento pleno/legal de las mismas y en tanto legal, general. En este sentido, véase Rosenberg, Gerald, *The hollow hope. Can Courts bring about social change?*, The University of Chicago Press, Chicago, 2008.

mos fricciones *a priori*. Así, podemos usar el propio argumento de “contraste con la práctica” para evaluar la teoría a la luz del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Éste, como veremos, más que una expresión del neoconstitucionalismo, se presenta como un contraejemplo claro que disputa los presupuestos mismos de la teoría neoconstitucionalista dentro del Estado constitucional. Veamos.

### ***3. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como algo realmente “nuevo”***

Es difícil definir al nuevo constitucionalismo latinoamericano, incluso determinar el momento de su surgimiento o los países que estarían vinculados a alguna forma de éste. La mayor parte de los autores que se han dedicado a su estudio coinciden en unos “rasgos identificadores”<sup>141</sup> o “tendencias comunes”<sup>142</sup> de los procesos constituyentes desarrollados en “buena parte de los países de la región, desde los finales del siglo XX hasta nuestros días”.<sup>143</sup> Esto hace que se considere que, a pesar de que el nuevo constitucionalismo latinoamericano carece de una cohesión y una articulación como sistema cerrado de análisis y como propuesta de modelo constitucional, “se trata de una corriente constitucional en período de construcción doctrinal”.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> Pazmiño Freire, Patricio, “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrigue Furió Cerol*, núm. 67/68, p. 27.

<sup>142</sup> Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (coord.) *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 110.

<sup>143</sup> Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes”, p. 1, disponible en: [http://www.palermo.edu/Archivos\\_content/derecho/pdf/Constitucionalismo\\_atinoamericano.pdf](http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf)

<sup>144</sup> Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 20.

A fin de clarificar entonces el objeto de atención de este apartado consideraré parte del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano sólo a las constituciones que comparten un conjunto de rasgos marcados y que tienen una orientación o pretensión política particular, como lo son la de Venezuela de 1999, la de Ecuador de 2008 y la de Bolivia de 2009.<sup>145</sup> Si bien lleva razón Salazar cuando distingue los fenómenos constitucionales que se dan en estos países —y que se acercan más o menos a un modelo constitucional (es decir, a un conjunto de instituciones)—, de la teoría para dar cuenta de ellos,<sup>146</sup> aquí, siguiendo la idea de De Sousa Santos sobre la necesidad de una teoría de “retaguardia”,<sup>147</sup> o que vaya acompañando los procesos transformadores más que iluminándolos, abstraeré las cuestiones normativas que me interesan tanto de la práctica constitucional como de la teoría que eventualmente se haya desarrollado para explicarla, cuestionarla y compararla, nombrándolas indistintamente como Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. En este caso coincido con Garavito en que no puede dibujarse una línea entre teoría y práctica, ni un acabado círculo, sino una espiral sin fin.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 350. Aunque también puedan distinguirse algunos de estos rasgos en otras constituciones o prácticas constitucionales, especialmente algunos autores ven en la Constitución de Colombia de 1991 el puntapié inicial de esta nueva corriente. Véase Noguera Fernandez, Albert y Criado de Diego, Marcos, “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Colombia, 2011, pp. 15-49. A estos procesos se los califica también de “rupturistas”, véase Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 30, o “transformadores” según la expresión de De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Plural, La Paz, 2010, pp. 85 y ss.

<sup>146</sup> Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, pp. 351-352.

<sup>147</sup> De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>148</sup> Rodríguez Garavito, Cesar, “Prólogo. Teorías de retaguardia: la refundación del Estado, el derecho y la teoría social en América Latina”, *Refundación del*

Como explican Gargarella y Courtis, el constitucionalismo siempre apareció asociado a la necesidad de poner fin a un cierto mal.<sup>149</sup> En el caso de las nuevas constituciones bajo análisis, podría decirse que ese mal tiene que ver con la marginación político-social de ciertos grupos (especialmente el caso de los indígenas<sup>150</sup>) y con la desigualdad social resultado de la aplicación de políticas neoliberales, particularmente durante la década de los ochenta.<sup>151</sup> Ese será el fin a tener presente para evaluar esta corriente de pensamiento y para compararla con la que vimos anteriormente.

Un abordaje distinto nos propone Salazar, quien analiza el nuevo constitucionalismo latinoamericano desde la perspectiva de la teoría constitucional (clásica), teniendo como referencia el modelo democrático constitucional<sup>152</sup> y desde donde rescata postulados claves como la pretensión de brindar certeza y seguridad jurídica a las personas para realizar la valoración.<sup>153</sup> Este tipo de análisis, que es bastante habitual, adolece —desde mi punto de vista— de algunos problemas. Para empezar, selecciona unos principios como medida de evaluación que no son los que el nuevo constitucionalismo latinoamericano prioriza y no nos dice por

---

*Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>149</sup> Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>150</sup> *Ibidem.*, p. 10, aludiendo claramente al caso de la Constitución boliviana. En igual sentido Pérez Calvo, Alberto, “Características del nuevo Constitucionalismo latinoamericano”, en Storini, Claudia y Alenza García, José Francisco (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Navarra, Aranzadi, 2012, p. 29.

<sup>151</sup> Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, pp. 21-22.

<sup>152</sup> Que es el que, según el propio autor, “maduró en occidente sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial” y que es al que se adscribe el neoconstitucionalismo, que como aquí enuncié, abarca tanto al neoconstitucionalismo normativo (o garantismo según el desarrollo de Ferrajoli) como al conceptual o neoconstitucionalismo propiamente dicho.

<sup>153</sup> Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 348.

qué deberían priorizarse o preferirse en comparación.<sup>154</sup> Pero además, tiene como punto de partida un modelo de constitucionalismo que es en sí altamente polémico y con el que justamente aquí estamos intentando contrastar. Evidentemente no se puede usar como parámetro de medida para analizar un modelo alternativo, al propio modelo democrático constitucional de tipo europeo del que el primero se trata de distinguir, sin explicar por qué ese segundo modelo (el alternativo) sería peor. Si la crítica simplemente se basa en constatar la falta de adecuación del modelo alternativo al modelo “clásico”, nos queda solo una opción ideológica por alguno de los dos. Así, la crítica se desvanece en tanto las falencias que se encuentren al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano estarán supeditadas a la aceptación de la perspectiva que éste pretende transformar.<sup>155</sup>

Dicho esto, hay que dejar sentado que al igual que el neoconstitucionalismo, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano pretende ser plenamente normativo y por tanto constituir un

---

<sup>154</sup> Tampoco son los más importantes para otras corrientes constitucionales influyentes en la región como el constitucionalismo popular, véase Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, 2004, p. 989.

<sup>155</sup> Se afirma en esta lógica que el nuevo constitucionalismo latinoamericano pretende transformar las bases propietaristas y de lejanía elitista de la representación que atribuye al constitucionalismo (clásico). Véase Palacios Romeo, Francisco, “La reivindicación de la polis: Crisis de la representación y nuevas estructuras constitucionales de deliberación y participación en Latinoamérica”, en Storini, Claudia y Alenza García, José Francisco (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Navarra, Aranzadi, 2012, p. 240. También que expresamente rechaza la tradición constitucional individualista y elitista. Nolte, Detlef y Schilling—Vacaflor, Almut, “Introduction: The Times they are a Changin’: Constitutional Transformations in Latin America since the 1990s”, en Detlef Nolte y Almut Schilling—Vacaflor (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Ashgate, England, 2012, p. 23. Hay que decir de todos modos que el propio Salazar advierte esta dificultad cuando afirma que “las objeciones [...] que han sido desarrolladas [...] en cierta medida, quedarían compensadas en la dimensión política del NCL”, Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 367.

Estado constitucional.<sup>156</sup> Es por ello que se puede decir que su principal objetivo es la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”.<sup>157</sup> A la vez, y como se adelantó, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano supera el concepto de Constitución como limitadora del poder (constituido) y avanza en la definición de ésta como fórmula democrática donde el poder constituyente expresa su voluntad.<sup>158</sup> En ese sentido, hay un alejamiento del neoconstitucionalismo y en cambio se aprecian notas comunes al constitucionalismo popular.<sup>159</sup>

Por lo que podríamos decir, para concluir con este primer debate teórico en torno al neo y nuevo constitucionalismo, que la diferencia esencial entre éstos está en los procesos a los que adscriben su legitimidad.

Para comenzar con este rasgo, resulta necesario hacer una reflexión sobre el sustancialismo propio del neoconstitucionalismo

---

<sup>156</sup> Aunque con nuevas nomenclaturas que tienen por fin el enfatizar la búsqueda propia de fórmulas constitucionales, como “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...” según la Constitución de Venezuela en su art. 2; o “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.” Para el art. 1 de la Constitución de Ecuador o “...Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomía” según el art. 1 de la Constitución boliviana.

<sup>157</sup> Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 15; citando la concepción de Guastini. De más está decir que el cumplimiento de las condiciones de constitucionalización es independiente de los contenidos específicos de las constituciones de los Estados, que son sin duda lo que distingue a las estudiadas y le dan una nota de originalidad respecto a otros ordenamientos constitucionalizados.

<sup>158</sup> *Ibidem.*, p. 16.

<sup>159</sup> Para una descripción del Constitucionalismo Popular y su comparación tanto con el neoconstitucionalismo como con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano remito a un trabajo anterior “Corrientes del Constitucionalismo Contemporáneo a Debate”, *Problema*, núm. 8, UNAM, México, enero-diciembre 2014, pp. 227-306.

y antes de ello, una comparación entre los modelos mismos de legitimidad procedimental y sustancialista en general. Veamos:

Los modelos de legitimidad a los que aludo se enmarcan dentro de una vieja dicotomía entre contenido o resultado de las decisiones y forma o procedimiento a través del cual se toman éstas. En caso del sustancialismo, decantándose por la primera de las alternativas. Así, según Zurn, el sustancialismo presenta la legitimidad de las decisiones democráticas como derivada de unos límites morales establecidos con anterioridad<sup>160</sup> o, en otras palabras, justifica el resultado de un proceso de toma de decisiones sólo si se corresponde con ciertos ideales que son lógicamente independientes del proceso empleado.<sup>161</sup>

Esta dicotomía remite a otra discusión, quizá más antigua y compleja, entre quienes consideran que la referencia a la “verdad” es un componente indispensable para cualquier reconstrucción crítica de los procesos de legitimación democrática; y quienes, por el contrario, afirman que “donde hay certeza no hay lugar para la democracia” y así, que “la afirmación de la verdad, de cualquier verdad, en la medida en que se considera indisputable, contiene ya en sí misma [...] un elemento despótico, anti-democrático”.<sup>162</sup> No es este el lugar para detenerme en la relación entre verdad y política que esta última discusión implica, baste

---

<sup>160</sup> Zurn, Christopher F., “Deliberative democracy and constitutional review”, *Law and Philosophy*, núm. 21, Kluwer Law International, 2002, p. 476.

<sup>161</sup> Esta caracterización se superpone parcialmente con la de los modelos epistémicos de democracia respecto de los modelos doxásticos y procedimentales, que también se hallan en disputa dentro del constitucionalismo. Sólo decir ahora que aunque en general las concepciones epistémicas prestan mayor atención a la dimensión sustantiva de la democracia y por tanto ponen mayor énfasis en la importancia de la deliberación en torno a los principios y valores que informan el contenido concreto de las decisiones; las teorías contemporáneas (de Rawls en adelante), tienen un fuerte componente procedimental. Véase Greppi, Andrea, “Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia”, *Eunomía*, núm.4, marzo-agosto de 2013, p. 49.

<sup>162</sup> *Ibidem.*, pp. 43, 46 y 64.

con apuntarla pues remite a lo ya considerado al abordar el neoconstitucionalismo.

Como se puede apreciar, en el seno de los actuales Estados constitucionales, la tensión entre modelos se presenta en términos de constitucionalismo y democracia, aunque no de modo excluyente, sino más bien como modelos mixtos o débiles.<sup>163</sup> Así, el sustancialismo “débil”<sup>164</sup> parte de reconocer el valor irrenunciable de ambas dimensiones, por lo que una decisión política será legítima en tanto y en cuanto sea tomada mediante un procedimiento legítimo y respete ciertos criterios de justicia sustantiva. Pero la nota que caracteriza a esta postura, dentro de la que encontramos al neoconstitucionalismo, es que considera que los derechos fundamentales (recogidos en constituciones y como contenido de las decisiones) deben efectivamente limitar el procedimiento democrático, por lo que en caso de tensión, se prioriza la dimensión sustantiva sobre la procedimental.

Ahora bien, al igual que en el caso del aludido sustancialismo “débil”, el procedimentalismo en el que podríamos encuadrar mejor al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano también es “mixto” y por tanto no está privado de valores sustanciales. La diferencia está en que al momento de la toma de decisiones se decanta por la prevalencia de la dimensión procedimental. Podríamos decir con Zurn que el modelo procedimentalista de legitimidad encuentra justificados los resultados de un proceso de toma de decisiones simplemente porque se cumplieron las específicas condiciones del procedimiento.<sup>165</sup> Respecto del contenido de la decisión, se sostiene que los desacuerdos sustantivos son tan amplios, tan profundos y persistentes, que no se puede juzgar la

---

<sup>163</sup> Zurn, Christopher F., “Deliberative democracy and constitutional review”, *op. cit.*, p. 477-479. He de llamar la atención sobre la falacia de las contraposiciones dicotómicas en estas materias.

<sup>164</sup> Según el esquema de Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 30 y ss.

<sup>165</sup> Zurn, Christopher F., “Deliberative democracy and constitutional review”, *op. cit.*, p. 477.

corrección de la misma y sólo queda confiar en los procedimientos para fundar una teoría de la legitimidad.<sup>166</sup>

En consecuencia, se propone un derecho constitucional también orientado a los procedimientos, cuya misión sea mejorar el proceso democrático y, animado por las elecciones controvertidas de valores, afirme que las controversias más importantes deben ser decididas a través de la política democrática.<sup>167</sup> Como afirma Waldron: “en la medida en la que estos tan aclamados valores objetivos no logren aparecer ante nosotros [...] en formas que no dejen margen para desacuerdos adicionales sobre su carácter, todo lo que tenemos en la tierra son opiniones o creencias sobre valores objetivos...”<sup>168</sup> Por lo que una teoría de derechos necesariamente debe complementarse con una teoría de la autoridad, cuya función será determinar qué decisiones se tomarán cuando los miembros de una comunidad están en desacuerdo acerca de qué decisión es la correcta.<sup>169</sup>

Ahora bien, esta primera caracterización podría sonar muy radical si no fuera porque para elegir ese procedimiento de toma de decisiones, se apela a valores sustantivos: así, el mismo autor sostiene que en las circunstancias de la política, el derecho de participación en pie de igualdad debe tener una primacía absoluta porque honra el valor de la igual dignidad y autonomía personal, un valor subyacente a la misma noción de derechos.<sup>170</sup>

---

<sup>166</sup> Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, *op. cit.*, p 31.

<sup>167</sup> Parker, Richard, “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto”, *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, núm. 3, 1993, p. 579.

<sup>168</sup> Waldron, Jeremy, “Deliberación, desacuerdo y votación”, en Hongju Koh, Harold y C. Slye, Ronald (comps.), *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 262.

<sup>169</sup> Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, Oxford University Press, 1993, pp. 32 y ss., del mismo autor *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 253.

<sup>170</sup> Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, *op. cit.*, p. 32. Véase Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 338 y ss. Donde el autor afirma: “Los teóricos discrepan sobre si la democracia es

Así se “cierra el círculo”, dado que el derecho a participar en términos equitativos en las decisiones que el procedimiento pueda contemplar es la clave para determinar la mayor o menor legitimidad de un procedimiento para la toma de decisiones colectivas.<sup>171</sup>

La tarea de los procedimentalistas consiste así en mostrar que “la institucionalización de la esfera pública (y con ella de la opinión pública) mediante reglas para la formación de la opinión y la voluntad, no sólo es valiosa porque atiende al valor de la autonomía política de los ciudadanos, sino además, porque es condición indispensable para la *racionalización de los conflictos sociales*, para su resolución en el común interés de todos los afectados.<sup>172</sup>

Quienes comparten este modelo de legitimidad, reclaman a los sustancialistas el optar por un esquema de justificación *instrumental*,<sup>173</sup> es decir, valioso en tanto susceptible de generar mayor probabilidad de respuestas correctas, desconociendo una dimensión importante a la hora de evaluar el diseño de las instituciones. Esta dimensión —que rescatan los procedimentalistas— tiene que ver justamente con los criterios para evaluar el

---

algo más que un ideal procedimental, pero ciertamente entraña *al menos* la idea de un procedimiento político constituido en parte por determinados derechos”. A estos derechos los llama “constitutivos del proceso democrático” y el caso más claro es el aludido derecho de participación. Pero también se refiere a los derechos que, aunque no sean formalmente constitutivos de la democracia, representan en todo caso condiciones necesarias para su legitimidad y pone como ejemplo la libertad de expresión, la libertad de asociación, etcétera. Esto sin dudas matiza mucho el procedimentalismo *waldroniano*.

<sup>171</sup> Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 80.

<sup>172</sup> Greppi, Andrea, “Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia”, *op. cit.*, pp. 44-45.

<sup>173</sup> Que se basa en el presupuesto rawlsiano según el cual el único esquema adecuado para los procesos de decisión empleados en el ámbito público será uno de justicia procesal imperfecta. Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 76-77.

procedimiento mismo y que son independientes del valor de los resultados que es probable que produzca.<sup>174</sup> Lo que determinará la justificación de un procedimiento para la toma de decisiones será un balance entre su valor intrínseco y su valor instrumental.<sup>175</sup>

Podríamos decir que finalmente ambas formas de legitimidad “débiles” tienden a disputarse ese difícil equilibrio que suele presentarse como paradoja entre la justicia de los procedimientos democráticos y la justicia de los resultados obtenidos mediante ese procedimiento.<sup>176</sup> Lo cierto es que la gran diferencia se percibe en los arreglos institucionales que cada una desprende de ellos. Y sobre este punto nos detendremos en el capítulo siguiente.

Recapitulando, más allá de la disputa por si el neoconstitucionalismo es o no una teoría del derecho, cosa que no se afirma respecto al NCL, se puede decir que sí hay en ambos sendos componentes ideológicos distintivos que hacen que se configuren

---

<sup>174</sup> Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 315. De forma contundente Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, p. 1371, nos dice: “...a normative political theory needs to include more than just a basis for justifying certain decisions on their merits [...] It also has to address the normative issue of the legitimacy of the decision-procedures that are used to make political decisions in the face of disagreement”.

<sup>175</sup> Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 315.

<sup>176</sup> Véase sobre el punto Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006, donde el autor distingue y analiza dos paradojas: la que aquí se menciona y la llamada “paradoja de las precondiciones de la deliberación democrática”, que si bien tiene un parentesco con la anterior, es más restringida a ciertos modelos de democracia que muestran un fuerte compromiso con los derechos. Sobre esta última, del mismo autor: “Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino”, en Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008. Una crítica a la visión de Martí en Ruiz Miguel, Alfonso, “Lo no deliberable de la democracia deliberativa”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm.9, 2009.

particularidades a nivel filosófico político. Estas filosofías políticas tienen sentido en sus contextos específicos de surgimiento y operación y en sus consecuencias prácticas, así como influyen en su evaluación, que podrá determinarse mejor a la luz de los diseños institucionales que informan.



## **LOS DISEÑOS INSTITUCIONALES**

### **I. LOS ARREGLOS INSTITUCIONALES EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO. CONTINUIDADES Y DIFERENCIAS EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

En lo que sigue, me detendré en el modelo constitucional que propone el neoconstitucionalismo, es decir, en las principales características estructurales del sistema jurídico y político que son descritas y explicadas por el (neo)constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo)constitucionalismo como ideología,<sup>177</sup> para de allí luego analizar las continuidades y diferencias que se encuentran en el proyecto del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

No abunda decir que el hecho de haber comenzado este trabajo por la “teoría” neoconstitucional para luego explicar el modelo, no atañe a una correspondencia cronológica. Más bien, por el contrario, los modelos que se describirán son las “idealizaciones” (abstracciones) de ciertos arreglos institucionales fácticos, como por ejemplo, los del Estado constitucional alemán, italiano o del propio español posterior a la Constitución de 1978, y que sirvieron de base a la ya presentada formulación teórica. Si bien los modelos de referencia son posteriores a la Segunda Guerra Mundial, el que se los tome como propios de un “cambio de paradigma”,<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> Según la definición en Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *op. cit.* p. 75.

<sup>178</sup> Sobre el punto además hay que decir que sólo tendría sentido respecto de los cambios constitucionales que sucedieron en Europa después de la IIGM, cosa que no sucedió en EEUU ni tampoco en Latinoamérica. Las reformas en materia de derechos que en ésta última región se han producido, sucedieron a principios del siglo XX pero no trajeron inmediatas consecuencias (la Constitución mexicana de 1917 da el puntapié inicial). Las reformas que

ya vimos, puede ser discutible puesto que, para muchos autores, rasgos como la rigidez constitucional o el control judicial de constitucionalidad de las leyes en un sentido fuerte, ya se encontraban en varios modelos constitucionales anteriores.

En este apartado y en el siguiente, diseccionaré entonces el conjunto de mecanismos institucionales de los modelos constitucionales que el neoconstitucionalismo destaca como propios. A estos mecanismos los iré evaluando a la luz de una teoría normativa del derecho y especialmente de la democracia, para luego analizarlos dentro del NCL.

Como ya anuncié, uno de los fenómenos que se ha destacado como paradigmático a la hora de comenzar a hablar de neoconstitucionalismo ha sido el llamado de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”.<sup>179</sup> Siguiendo a Guastini, las condiciones necesarias que debían cumplirse como mínimo para poder hablar de este proceso de constitucionalización, a saber: 1) rigidez de la Constitución y, 2) control de constitucionalidad de las leyes.<sup>180</sup>

En esta oportunidad deseo detenerme en la primera condición y en el desarrollo que ha recibido dentro del modelo neo-

---

tuvieron que ver con la cuestión institucional y que en parte activaron las reformas sociales anteriores, se dieron a fines de los noventas y principios del siglo XXI y son en gran parte reflejo del auge de esta teoría europea en estudio.

<sup>179</sup> Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>180</sup> *Ibidem.*, p. 50. Las dos características que justamente Bellamy señala como del constitucionalismo “legal” en oposición al constitucionalismo “político”. Véase Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político*, *op. cit.*, pp. 19-23. Podría decirse que no se puede hablar de control de constitucionalidad de las leyes sin la tercera condición a la que alude Guastini: “fuerza vinculante de la Constitución”, pero como bien advierte el autor, esta condición no tiene que ver con la estructura del ordenamiento, sino “más bien considera la ideología difundida en la cultura jurídica del país del que se trate”. Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *op. cit.*, p. 52.

constitucional, dejando el análisis de la segunda condición para el apartado siguiente. Respecto de las otras características, que van completando los distintos grados de constitucionalización,<sup>181</sup> como bien señala Guastini, en muchos casos están vinculadas entre sí de modo estrecho, por lo cual podrá surgir su tratamiento transversalmente en cuanto trate los puntos que aquí me interesan. Finalmente contrastaré estas dos características institucionales y su adopción por parte del NCL, con otra decisión institucional de esta última corriente y que entra en clara tensión con las anteriores, cual es la incorporación de mecanismos robustos de participación ciudadana.

Antes de comenzar, vale la pena resaltar que del mismo modo que el neoconstitucionalismo encuentra críticas en su formulación global (como teoría y como modelo constitucional) también la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes —que se le atribuyen como rasgos de identidad— han sido objeto de arduo debate y desacuerdo. La discusión, por supuesto, va más allá del llamado neoconstitucionalismo, pues estos rasgos pueden encontrarse en el constitucionalismo *tout court*. Por eso, si bien me detendré —como anticipé— en los desarrollos que se le han dado desde el neoconstitucionalismo, utilizaré una doctrina mucho más amplia y que remite a las discusiones acerca de los mejores modos de diseñar las instituciones de una democracia constitucional, que es lo que en el fondo nos estamos preguntando. Lo propio ocurre con los mecanismos de participación ciudadana, que si bien se configuran como la novedad del NCL, tienen un largo recorrido, al menos teórico, dentro del constitucionalismo y las teorías de la democracia.

Cabe por último anticipar que a pesar de que se suelen colocar la rigidez y el control judicial de constitucionalidad como necesari-

---

<sup>181</sup> A saber: 3) fuerza vinculante de la Constitución; 4) “sobreinterpretación” de las disposiciones constitucionales; 5) aplicación directa de tales disposiciones por parte de los jueces; 6) interpretación conforme de la ley ordinaria; 7) influencia directa de la Constitución en las relaciones políticas. *Ibidem.*, pp. 52-57.

riamente implicadas o lógicamente dependientes, son cuestiones distintas. La idea de la “rigidez” significa que la Constitución goza de un régimen jurídico especial, diverso del que tienen las leyes, “en el sentido de que el procedimiento de reforma de la Constitución es distinto del procedimiento de formación de las leyes”.<sup>182</sup> Esta idea se vincula estrechamente a la de supremacía constitucional, aunque se puedan distinguir.

Por otra parte encontramos la idea, también diferenciable de la anterior y que no se deriva necesariamente de ella, “que postula que esa primacía de la Constitución sobre la ley ha de garantizarse recurriendo a procedimientos judiciales y debe llevarse a cabo por órganos del poder judicial” y que se sitúa más bien en el terreno del procedimiento de adjudicación.<sup>183</sup>

Como se verá a continuación, en ambas instituciones puede encontrarse la llamada “objeción democrática” en tanto son mecanismos “contra-mayoritarios”.<sup>184</sup> Por lo cual, al identificar al (neo) constitucionalismo con este tipo de arreglos institucionales, la clásica tensión entre Constitución y democracia se hace patente,<sup>185</sup> en tanto se entiende que mientras la “esencia” de la democracia

---

<sup>182</sup> Guastini, Riccardo, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 30, año 2000, pp. 175-194, p. 175. Idea ésta tomada de Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1924, pp. 121 y ss.

<sup>183</sup> Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, *op. cit.*, p. 221.

<sup>184</sup> Según la expresión de Bickel, Alexander en referencia al control judicial de constitucionalidad, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962, pp. 16 y ss.

<sup>185</sup> Este punto es tratado también como la tensión entre “razón y voluntad”, como reflejo de la tensión entre Derecho y Poder, donde “La razón es la de la Constitución y los derechos, la de los contenidos sustantivos protegidos a través de su inclusión en el texto constitucional” y “La voluntad es la de las mayorías que toman decisiones en el marco de un sistema democrático”. Véase Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 279-280. No he seguido esta distinción puesto que me parece que de antemano el uso de las palabras que la nombran inclina la balanza a favor de “la razón” sin

consiste en que las decisiones políticas han de ser adoptadas según el principio mayoritario, la “esencia” del constitucionalismo parece estar en el que algunas decisiones queden protegidas o atrincheradas frente a esa mitad más uno.<sup>186</sup>

El constitucionalismo contemporáneo enfrentaría esta tensión debido a su doble compromiso: por un lado con la idea de derechos, que se expresa con la adopción de un catálogo de derechos incondicionales e inviolables dentro de constituciones rígidas; y por el otro, con la idea de democracia como ideal de sociedad autogobernada.<sup>187</sup>

Una última aclaración parece pertinente y es que consideraré como dado el “hecho del pluralismo”,<sup>188</sup> es decir, la asunción de

---

considerar que dicha “razón” es producto de una voluntad y que la voluntad contiene la razón.

<sup>186</sup> Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, p. 156, aunque considero que el decir que el principio mayoritario de toma de decisiones es la esencia de la democracia es un reduccionismo. Por otro lado, como se advirtió en el capítulo 1, hay varias formas de entender el constitucionalismo y una de ellas lo identifica con ciertos arreglos institucionales, diseños o “modelos” propios de los Estados liberales de Derecho. Ahora bien, los arreglos institucionales no necesariamente tienen que ser contramayoritarios y estar en tensión con la idea de democracia. Lo que sucede es que el constitucionalismo contemporáneo sistemáticamente ha adoptado instituciones que reflejan el llamado “el liberalismo del miedo”. Véase Shklar, Judith, “The liberalism of Fear”, *op. cit.* En palabras de Waldron, esta idea “... is that the concentration of power leads to its abuse and this is why the power-dispersing, the power-slowing, and the power checking elements of constitutional structure are thought to be important”. Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>187</sup> Claro que el problema así planteado es simplista y da por presupuestas demasiadas cosas que será necesario analizar. En este sentido, como se anticipó, no hay una sola forma de concebir el constitucionalismo, ni tampoco, como veremos *infra*, una única noción de la idea de democracia. Corolario de esto, tampoco habrá un único modo de abordar la tensión planteada, ni tendrá las mismas consecuencias para el diseño institucional según los presupuestos que se adopten.

<sup>188</sup> He tomado esta expresión de Rawls, John, *El liberalismo político*, trad. de Antoni Domèch, Crítica, Barcelona, 1996, pp. 66 y 67, (que a su vez la toma de Joshua Cohen y la distingue del pluralismo como tal). Así mismo Habermas,

que vivimos en sociedades con contextos distintos, en las cuales a su vez, sus habitantes tienen distintos planes de vida, distintas formas de concebir el bien, la justicia, el mundo; por lo tanto existe un profundo y persistente desacuerdo sobre estas cuestiones. Pero la presencia del desacuerdo no es vista como un impedimento para la actuación colectiva, sino más bien como la causa de su necesidad, la que dará pie al debate y a la consecuente toma de decisiones de conjunto, de decisiones políticas. Este presupuesto ayudará a iluminar el análisis tanto de las instituciones referidas, como de la tensión democrática.

## II. LA RIGIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN<sup>189</sup>

Como señalé al iniciar este trabajo, gran parte de la doctrina neoconstitucionalista encuentra en la rigidez constitucional la clave del cambio de paradigma desde el “antiguo” Estado de derecho a este “nuevo” Estado constitucionalizado. Para ser fiel a la descripción de Guastini, comenzaré por la definición que él mismo realiza de este primer punto:

Una Constitución es rígida si y sólo si, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación ‘ordinaria’, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de leyes).<sup>190</sup>

Este concepto rescata la definición original de Bryce, según la cual las constituciones rígidas tienen un rango superior al de las

---

Jürgen y Rawls, John, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós I.C.E./ U.A.B, Barcelona, 1998; discutiendo este mismo tema.

<sup>189</sup> Gran parte de las ideas de este apartado fueron publicadas previamente bajo el título “La relación entre rigidez y supremacía constitucional: un análisis a la luz de las reformas constitucionales en México”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 4, enero-junio de 2017, pp. 209-231.

<sup>190</sup> Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *op. cit.*, p. 51.

leyes ordinarias y por tanto, pueden ser modificadas sólo por un método diferente a aquel por el cual esas leyes son promulgadas o derogadas.<sup>191</sup> Pero es a la vez superador de ésta, en la medida en que analiza la rigidez (y la flexibilidad) como cualidades *graduales* y no de todo o nada, como se verá a continuación.<sup>192</sup>

### 1. La cuestión de la supremacía

Antes de continuar con la idea de rigidez y detenerme en la cuestión de grado, quisiera resaltar que estas caracterizaciones identifican la rigidez constitucional con la supremacía de la Constitución, pero también estas dos cualidades pueden distinguirse.<sup>193</sup> La

---

<sup>191</sup> Bryce, James, *Studies in history and jurisprudence*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1901, p. 19. Con sus palabras, el rasgo característico de este tipo de constituciones reside: “in the fact that every constitution belonging to it enjoys an authority superior to the authority of the other laws of the State, and can be changed only by a method different from that whereby those other laws are enacted or repealed”, pp. 198-199. Aunque para Pace, la presencia de un procedimiento especial de revisión constitucional no resultaba esencial para la existencia de una Constitución rígida desde la concepción de Bryce, sino que fue una eventualidad resaltada por Dicey. Véase Pace, Alessandro, “La ‘natural’ rigidez de las constituciones escritas”, en Pace, Alessandro y Varela, Joaquín, *La rigidez de las constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 9-80, p. 29.

<sup>192</sup> Guastini, Riccardo, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, *op. cit.*, pp. 178 y ss.

<sup>193</sup> Según Guastini “... una Constitución rígida —y más todavía, se entiende, una Constitución inmodificable— es una fuente que se distingue de todas las demás (en particular de la ley) en virtud de su posición de “supremacía”, o sea, en virtud de su posición en la jerarquía de las fuentes”, *ibidem.*, pp. 177-178. Aunque es cierto que en otro trabajo Guastini nos dice que la jerarquía *formal* se da entre “normas producidas por dos poderes normativos distintos cuando uno de los poderes en cuestión debe su fuente de legitimidad al otro” y afirma que esto se da incluso en un régimen de Constitución flexible. Pero también aclara que en estos regímenes no habría una subordinación *material* de las leyes a las normas constitucionales. Guastini, Riccardo, “Normas Supremas”, *Doxa* núm. 17-18, 1995, pp. 257-270, p. 260. También Pace, que no comparte la caracterización de la rigidez constitucional por el procedimiento especial de reforma, insiste en que “La superioridad jurídica

supremacía constitucional como idea fuerza del constitucionalismo tiene que ver “con la estructura jerarquizada del ordenamiento, y es la exigencia de que por encima de las leyes emanadas del poder legislativo se sitúe un texto jurídico que tenga primacía sobre ellas, es decir, que sea jerárquicamente superior a las leyes”.<sup>194</sup> Es cierto que a fin de garantizar la supremacía es posible acudir a las instituciones especiales de reforma y/o a ciertos procedimientos de fiscalización,<sup>195</sup> pero eso no significa confundirla con ellas.

Una forma habitual de realizar la distinción entre rigidez y supremacía es definiendo esta última por la existencia de un proceso especial de reforma. Entonces, si se parte de la aceptación de que rigidez y flexibilidad son cuestiones graduables, se sigue que puede haber supremacía con constituciones flexibles, en tanto y en cuanto se excluya la posibilidad de reformas implícitas a la Constitución (o mediante el criterio cronológico de reforma).<sup>196</sup> En otras palabras, el sólo hecho de que para poder modificar la Constitución sea necesario hacerlo expresamente, aunque el órgano que la modifique sea el mismo que aprueba las leyes y para ello utilice el mismo procedimiento, ya hace que se pueda hablar de supremacía constitucional.<sup>197</sup>

---

de la Constitución y la rigidez de la misma son las dos caras de la misma moneda”, en Pace, Alessandro, “La ‘natural’ rigidez de las constituciones escritas”, *op. cit.*, p. 71. Este autor a su vez rechaza la idea de la supremacía como un concepto relacional como lo califica Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, p. 160, anclándolo a la Constitución en sí misma considerada, p. 73.

<sup>194</sup> Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>195</sup> Como lo llama Ruiz Miguel, Alfonso, “El principio de jerarquía normativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre de 1988, pp. 135-154, p. 138.

<sup>196</sup> De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 62, se refiere a las constituciones flexibles como normas superiores “... si se exige que esa reforma por la vía ordinaria se haga de forma expresa”. En igual sentido Ferreres, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 30.

<sup>197</sup> Claro está que para algunos autores, las constituciones que permiten ese trámite de reforma son rígidas (en el grado más bajo de rigidez, como las cali-

Esta tesis se asienta en la lógica según la cual, del hecho de que se pueda modificar o derogar la Constitución por medio de mayorías simples en el Congreso, no se sigue el que una regulación contradictoria con la misma no se considere una infracción a la Constitución, al menos en tanto esa modificación o derogación constitucional no se realice. Así, el sólo hecho de tener que presentar explícitamente una norma aprobada por el procedimiento legislativo ordinario como norma de reforma constitucional, implica asumir una carga de deliberación, transparencia y generalidad que no tiene la mera violación más o menos inadvertida.<sup>198</sup>

Así todo, esta forma de entender la supremacía constitucional, que en el plano procedimental me parece bastante iluminadora, no deja de tener problemas. Podría decirse, por un lado, que para algunos autores peca por *exceso*. En este sentido, se critica el criterio de la *especialidad derogatoria* por el hecho de hacer depender la superioridad de una norma de la gravosidad para su reforma,

---

ficaría —entre otros— Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 288, pues para el autor es rígida toda Constitución que prevé un procedimiento de reforma más complejo o exigente que el procedimiento legislativo ordinario; por lo que habrían grados de rigidez, mas no de flexibilidad). En este caso supremacía y rigidez se confundirían. Mientras que para otros, estas constituciones son flexibles (en un grado no absoluto, como las califica Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, p. 164, para quien serán rígidas las constituciones que han de ser reformadas por un sujeto distinto del poder legislativo o cuando éste requiera de una mayoría cualificada, y serán flexibles en cambio cuando la misma mayoría que aprueba las leyes puede aprobar también la reforma, aun cuando haya de seguir un procedimiento diferente). Aquí he seguido el criterio según el cual, el carácter expreso del cambio tiene la función de identificar a las normas constitucionales, posibilitando que éstas puedan valer como normas jurídicas supremas y por tanto, no haciendo encuadrable ese procedimiento dentro de la categoría de rigidez. Véase Alaez Corral, Benito, “Supremacía y rigidez constitucionales. (A propósito del libro *La rigidez de las Constituciones escritas*, de Alessandro Pace y Joaquín Varela, y del debate celebrado el 20 de mayo de 1996 en la Universidad de Oviedo)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, núm. 47, mayo-agosto 1996, p. 381.

<sup>198</sup> Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, p. 166.

cuando pueden preverse procedimientos de reforma diferentes para normas del mismo rango jerárquico o ser esos procedimientos simplemente incomparables.<sup>199</sup> Así, la rigidez (el procedimiento) no podría definir la supremacía (el nivel jerárquico).<sup>200</sup>

Pero por otro lado podría, para otros autores, pecar por *defecto*. Así hay quienes, si bien defienden la tesis según la cual rigidez constitucional y jerarquía son cosas distintas, supeditan la supremacía a la verificación de esta y otra condición. Afirman que la superioridad de la Constitución necesita de la rigidez como condición necesaria, pero no suficiente. Lo que se necesita además, es un control de constitucionalidad de las leyes.<sup>201</sup> En esta lógica, la supremacía sería una consecuencia de tener constituciones rígidas y garantizadas con control de constitucionalidad.

Como advertí *ut supra* no comparto esta última tesis. Además, parafraseando a Guastini, se puede decir que una Constitución que no cuenta con una forma de control sobre la conformidad de las leyes a la Constitución, tiene una supremacía *proclamada* aunque no *garantizada*.<sup>202</sup> Esta situación, en palabras de Nino,

---

<sup>199</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, “El principio de jerarquía normativa”, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

<sup>200</sup> De Cabo Martín, Carlos, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 57.

<sup>201</sup> Varela, Joaquín, “Sobre la rigidez constitucional”, en Pace, Alessandro y Varela, Joaquín, *La rigidez de las constituciones escritas*, *op. cit.*, pp. 81-114, especialmente p. 113.

<sup>202</sup> Guastini, Riccardo, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, *op. cit.*, p. 181. En el mismo sentido Ruiz Miguel, Alfonso, “El principio de jerarquía normativa”, *op. cit.*, p. 138, nos alerta de no confundir la razón de ser de la jerarquía con sus posibles consecuencias, entre ellas, con la previsión de sistemas de control de constitucionalidad de las leyes. Para afirmarlo nos dice: “No parece dudoso que la Constitución de los Estados Unidos habría seguido siendo la norma superior aunque no se hubiera resuelto como se resolvió el caso *Marbury vs. Madison*: aun suponiendo que esa sentencia y las que la secundaron no hubieran existido, no sería en absoluto forzoso, sino más bien inaceptable, identificar la posición jurídica del legislador estadounidense, limitado por la Constitución, con la del ilimitado legislador británico”, p. 139.

correspondería a un problema práctico de escasa eficacia de la Constitución, pero no a uno lógico. Así nos dice: “no es cierto que un sistema que no cuente con un control judicial de constitucionalidad [...] excluya la supremacía de la Constitución. [...] La facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es un arreglo contingente de ciertos sistemas jurídicos, que puede no darse aun cuando cuenten con una Constitución suprema”.<sup>203</sup>

En cambio sí me parece atinada la primera crítica. Pues si bien estoy de acuerdo en que el establecimiento de procedimientos especiales de reforma, por mínimos que sean, son fundamentales para garantizar la supremacía constitucional, creo que la razón de ser de ésta tiene que ver más con criterios sociopolíticos, es decir, con un contexto político-cultural y una opinión pública que la apoya,<sup>204</sup> que con cuestiones meramente jurídico formales o de procedimiento. En otras palabras, si la Constitución es suprema es porque cuenta con la aceptación ético-política desde el punto de vista interno de su superioridad,<sup>205</sup> que es lo mismo que decir que goza de un regular nivel de eficacia.<sup>206</sup> Apenas esa aceptación y/o

---

<sup>203</sup> Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, núm. 29, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 107.

<sup>204</sup> Pace, Alessandro, “La ‘natural’ rigidez de las constituciones escritas”, *op. cit.*, p. 63. De hecho se puede pensar como ejemplo de Constitución suprema que no cuenta con un procedimiento especial de reforma, a la británica. Si es que claro, aceptamos que este país tenga Constitución aunque sea no escrita.

<sup>205</sup> En especial referencia a Hart. A lo que Guastini llama punto de vista normativo. Guastini, Riccardo, “Normas Supremas”, *op. cit.*, p. 268.

<sup>206</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, “El principio de jerarquía normativa”, *op. cit.*, p. 150. Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los Derechos*, *op. cit.*, p. 157. En un sentido similar Carrió Sampedro, Alberto, “La aporía del soberano encadenado. Análisis crítico de ‘las limitaciones jurídicas al soberano’ del profesor Ernesto Garzón Valdés”, *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 73-77, dice: “...lo que verdaderamente determina la pervivencia de la autoridad reconocida como soberana en cada comunidad es una cuestión de hecho, una práctica social colectiva en la que lo importante será que esa autoridad suprema continúe siendo reconocida como tal por todos aquellos agentes que se encuentran implicados en la obediencia y aplicación de sus normas”. Y específicamente

eficacia se pone en duda o se rompe, por más que la misma Constitución se autoproclame suprema, disponga de procedimientos de reforma rígidos y cuente con otras garantías, pierde su lugar de suprema y con ello su normatividad.<sup>207</sup>

Ahora bien, en los Estados democráticos de derecho esa eficacia no se puede reducir al mero acatamiento sin más. Para considerar que la Constitución es suprema, a mi criterio, se necesita contar con cierto grado de adhesión de la comunidad política a la misma,<sup>208</sup> la que se mide mediante la verificación de procesos de

---

con respecto a la Constitución, que "... su pervivencia nunca podrá ser asegurada por ella misma ya que dependerá en todo momento de esa práctica colectiva", p. 77.

<sup>207</sup> No puedo detenerme aquí en la infinidad de asuntos que apareja tratar el tema de la supremacía constitucional y las diferentes tesis al respecto. De hecho no he mencionado la tesis según la cual la superioridad de la Constitución respecto de la ley viene dada por la diferente voluntad normativa de la que es producto. Para esa tesis, mientras la Constitución expresaría la voluntad del soberano, la ley expresaría la de la colectividad (véase entre otros Bastida Freijedo, Francisco citado por Alaez Corral, Benito, "Supremacía y rigidez constitucionales", *op. cit.*, p. 389, tesis que tendría su origen en Bryce). Sólo quisiera explicar el por qué sostengo la conclusión expuesta en el texto. En primer lugar porque salvo que estemos hablando de constituciones "petreas" o con rigidez absoluta, las constituciones pueden modificarse (con procedimientos especiales) y seguir manteniendo su supremacía. Es decir, que el resultado de la "modificabilidad" de la Constitución, no pone en cuestión su supremacía, sino más bien la garantiza. Esta tesis es sostenida expresamente por De Cabo Martín, Carlos, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, *op. cit.*, pp. 89 y ss. Tal es así que, por el contrario, las constituciones que corren riesgo de perder su lugar supremo son aquellas absolutamente inmodificables ante eventuales tensiones sociales o crisis políticas. Véase Pace, Alessandro, "La 'natural' rigidez de las constituciones escritas", *op. cit.*, p. 20. En segundo lugar, como forma de corroborar lo anterior, hay que considerar el punto de vista empírico o histórico. Como bien señala Pace —aunque para sostener una tesis diferente— "... la pérdida de normatividad de las constituciones del siglo pasado era el resultado de un contexto político-cultural orientado primordialmente a exaltar la certeza de la ley ordinaria...", etcétera. (*Ibidem.*, pp. 70-71) y no consecuencia de la falta de previsión de su rigidez.

<sup>208</sup> Es decir, una adhesión a los supuestos fundamentales de la democracia, de los derechos y libertades; lo que no significa a una formulación determinada o cerrada de éstos.

deliberación robustos tanto en los momentos de su fiscalización como en los que se ponen en marcha los mecanismos de reforma, en su caso, de rigidez.<sup>209</sup> El garantizar entonces esos procesos sustanciales de deliberación, viene a ser el fin de los procedimientos especiales de reforma y no el obstaculizarlos o impedirlos petrificando una formulación constitucional específica, ciega al cambio social.<sup>210</sup>

Así, podemos compartir con De Cabo Martín que, además del servicio a la estabilidad, el procedimiento de reforma (agrego, en tanto deliberativo, participativo y democrático) realiza:

...una doble función de legitimación: una legitimación política respecto de la prosecución de fines o defensa de opciones no constitucionales (en cuanto no se puede reprimir la persecución de fines como ciudadanos cuando esos mismos fines podrían imponerse como Poder constituyente) y una legitimación jurídica en cuanto que la observación del procedimiento convierte en correcta, desde el punto de vista positivo, la reforma constitucional.<sup>211</sup>

---

<sup>209</sup> Que no es más que un mecanismo posible para proteger el cumplimiento de la Constitución suprema, su subsistencia o estabilidad, entre otros. De Cabo Martín, Carlos, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, *op. cit.*, p. 55. Esta particularidad de los Estados democráticos se puede confirmar reparando en los sistemas autoritarios. Así es ilustrativo el siguiente pasaje comparativo: “Judicious proposals to amend constitutional provisions in a way that would enhance rather than diminish constitutional discipline would be evidence of fealty to the constitutional system, whereas hasty, frequent, or indiscriminate use of amendment procedures may conceal attempts at usurping power. In the former case, we would expect to see diligent weighing of the wording of particular constitutional provisions by political actors, and widespread public debate about the merits of proposed amendments. In my account, such constitutional engagement would constitute evidence that a political community, that is to say, current and aspiring office-holders as well as citizens and civil society institutions, takes its constitution seriously”. Isiksel, Turkuler, “Between text and context: Turkey’s tradition of authoritarian constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 3, pp. 702-726, p. 704.

<sup>210</sup> Y en muchos casos protectora del status quo. Un riesgo que se corre claramente con las constituciones rígidas, como bien advertía ya Bryce en su obra de referencia.

<sup>211</sup> De Cabo Martín, Carlos, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, *op. cit.*, pp. 57-58.

Recapitulando, considero importante distinguir rigidez de supremacía constitucional. Realizar esta distinción permite poder evaluar críticamente una institución como la de rigidez sin comprometer el sistema de jerarquía normativa. Además, una definición de supremacía constitucional como la propuesta, es decir, no ligada exclusivamente al procedimiento para su reforma sino al grado de adhesión/aceptación ética política que encuentra (medida, como se dijo, en términos procedimentales) permite evaluar el funcionamiento del sistema constitucional como un todo, considerando también el punto de vista democrático.<sup>212</sup>

## 2. Tipos de rigidez y justificaciones

Volvamos ahora a concentrarnos en los grados de rigidez o flexibilidad. Es en las disposiciones de reforma donde se hospeda la mayor o menor rigidez de las constituciones, desde un punto de vista jurídico-formal.<sup>213</sup> Así, siguiendo a Ferreres podemos enumerar los siguientes factores a tener en cuenta:

En primer lugar, el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para poder reformarse la Constitución. Así, la presencia del federalismo en el procedimiento de reforma, puede ser un factor de rigidez.<sup>214</sup> En segundo lugar, el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma. Por último, si

---

<sup>212</sup> En los dos últimos párrafos he introducido las cuestiones de la legitimidad y la democracia sin mayores explicaciones. Pido paciencia al lector o la lectora pues serán temas que se abordarán más adelante y que permitirán completar las ideas aquí enunciadas.

<sup>213</sup> Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, *op. cit.*, p. 224; Ferreres, Victor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *op. cit.*, p. 32.

<sup>214</sup> Claramente lo es en el sistema norteamericano, puesto que para modificar la Constitución de Estados Unidos se requiere, además del consentimiento del Congreso Federal (o la Convención convocada por éste) el de los legisladores (o convencionales) de  $\frac{3}{4}$  partes de los Estados. Lo mismo ocurre en México. En cambio, no por ejemplo en Argentina, que es un país federal con una Constitución originalmente muy similar a la norteamericana, ni en los países federales de la Unión Europea.

se exige o no la participación del pueblo en el proceso.<sup>215</sup> De allí podemos decir que las distintas combinaciones de esos requisitos, hacen que se produzcan distintos grados de rigidez, y que a mayor cantidad de requisitos, mayor rigidez.

Comenzando por el extremo más rígido,<sup>216</sup> podemos decir en abstracto que (1) hay constituciones que directamente prohíben su modificación o reforma, llamándoseles constituciones “petrificadas”. En éstas, los preceptos constitucionales se declaran intangibles.<sup>217</sup> En segundo lugar, y con más frecuencia, encontramos (2) constituciones que si bien pueden modificarse, contienen algunas cláusulas de intangibilidad, haciendo a las constituciones “rígidas”.<sup>218</sup> Retomando el fenómeno de constitucionalización descrito por Guastini, éste se considera más acentuado en aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales existen principios constitucionales que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional.<sup>219</sup> En tercer lugar encontramos (3) constituciones que, si bien pueden modificarse, requieren para ello del concurso de

---

<sup>215</sup> *Ibidem.*, p. 31. Cabe decir que estos factores de rigidez ya habían sido identificados por Bryce en su trabajo original. Véase Bryce, James, *Studies in history and jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 210-213.

<sup>216</sup> En realidad no puede decirse a ciencia cierta que determinados mecanismos de reforma hagan a una Constitución más rígida que otra, sobre todo porque solemos encontrarlos combinados. Además y como vimos, el grado de rigidez también tiene que ver con un contexto socio-cultural y otros elementos. Por lo que esta enumeración es sólo orientativa.

<sup>217</sup> Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, *op. cit.*, p. 225.

<sup>218</sup> Guastini, Riccardo, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, *op. cit.*, p. 176. Un ejemplo lo encontramos en la cláusula 139 de la Constitución italiana, que dispone que no podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana; o el artículo 79 (3) de la Ley Fundamental alemana que no permite ninguna modificación a la organización de la federación en Länder y su participación en la legislación, la protección de la dignidad humana y el respeto por los derechos fundamentales y los fundamentos del orden estatal y derecho de resistencia (artículos 1 y 20).

<sup>219</sup> Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *op. cit.*, p. 51. Y agrega: “El conjunto de los principios ‘in-

distintos órganos o autoridades, incluso pudiendo ser alguna de ellas no elegida democráticamente.<sup>220</sup> Otra forma de rigidez elevada se puede conseguir con (4) el requisito del consentimiento de mayorías cualificadas (o supermayorías) para la reforma, que es lo más habitual.<sup>221</sup>

Otros tipos de rigidez se pueden establecer mediante la previsión de las llamadas (5) cláusulas de enfriamiento, que pueden ser de dos clases: (5.1) temporales, es decir, aquellas que obligan a posponer y reiterar la decisión en el tiempo y (5.2) orgánicas, que obligan a replantear electoralmente la composición del órgano decisorio, lo cual también dilata la decisión en el tiempo.<sup>222</sup> Estas cláusulas pueden exigir que la decisión del órgano se tome por mayoría simple o también, por mayoría agravada. Finalmente, encontramos constituciones que exigen (6) la manifestación del pueblo en referéndum para la aprobación de la modificación o reforma constitucional.<sup>223</sup>

Por último, podemos referirnos a constituciones con baja rigidez o con flexibilidad (no absoluta) que prevén (7) su reforma mediante la mera decisión del poder legislativo por mayoría sim-

---

mutables' es lo que algunos llaman la 'Constitución material' (en uno de los muchos sentidos de esta equívoca expresión).

<sup>220</sup> Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, *op. cit.*, p. 225, toma como ejemplo algunas constituciones decimonónicas que requerían el acuerdo del rey para su modificación.

<sup>221</sup> Vale decir que aun previéndose sistemas de mayorías simples, algunos consideran que el hecho de que una decisión deba ser aprobada por dos cámaras (bicameralismo) ya configura un mecanismo supermayoritario. Véase Przeworski, Adam, *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*, trad. de Stella Mastrangelo, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010, pp. 220, 224-225.

<sup>222</sup> Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, *op. cit.*, p. 225. Según cita el autor, el mecanismo bicameral parece ser el origen de la expresión.

<sup>223</sup> Véase también Elster, Jon, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, trad. de J. Mundó, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 124 y ss.

ple y cuyo único requisito es que se realice mediante ley especialmente identificada como ley de reforma constitucional.<sup>224</sup>

Es importante destacar que una consecuencia de la rigidez, como reaseguro de la supremacía constitucional, es que “la conformidad con las normas constitucionales es condición necesaria de validez de la ley”, es decir que, si la ley es formalmente disconforme o materialmente incompatible con la Constitución, esa ley es constitucionalmente ilegítima y por tanto, puede invalidarse.<sup>225</sup> En este sentido, algunos consideran que la rigidez constitucional es un mecanismo que impone límites sobre aquello que los poderes públicos pueden decidir.<sup>226</sup>

Esto ha generado desde los inicios del constitucionalismo, la acusación de que la rigidez entra en tensión con la democracia.<sup>227</sup> Como explica Laporta, si se supone que el órgano legislativo representa fidedignamente a la mayoría de los ciudadanos y su pluralidad de convicciones, opiniones y preferencias, y que toma sus

---

<sup>224</sup> Como indiqué *up supra*, hay quienes consideran este mecanismo como un mecanismo de rigidez y quienes en cambio lo ven como parte de una Constitución flexible.

<sup>225</sup> Guastini, Riccardo, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, *op. cit.*, p. 181. Vale aclarar que en ciertos sistemas de control constitucional, la declaración de inconstitucionalidad de la norma inferior no necesariamente conlleva su invalidez, sino su inaplicación.

<sup>226</sup> Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, *op. cit.*, p. 288. Aunque a mi criterio no es la rigidez la que impone los límites, sino la supremacía.

<sup>227</sup> Aludo a las advertencias que ya formulaba Jefferson sobre el poder de vinculación que, mediante la prevalencia de las decisiones tomadas por una generación precedente en la Constitución, tendrían los muertos sobre los vivos, cosa que consideraba inaceptable. En igual modo Paine decía que: “cada época y generación debe ser tan libre de actuar por sí misma, en todos los casos, como las edades y generaciones que la precedieron”, Paine, Thomas, “The rights of man”, en Forner, Phillip (comp.), *The Life and Major Writings of Thomas Paine*, Citadel, New York, 1961, p. 251, citado por Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 217-262, p. 222.

decisiones mediante la regla de la mayoría, ¿cuál puede ser la razón que justifique la existencia de un texto constitucional rígido que limite sus competencias?<sup>228</sup>

Por ahora baste con adelantar que la rigidez no es necesariamente un problema para la democracia.<sup>229</sup>

De los tipos de rigidez que vimos, solo algunos de ellos chocan con la objeción democrática. Así, los tipos enumerados del 1 al 4, es decir, las constituciones pétreas o con cláusulas de intangibilidad,<sup>230</sup> las que requieren del concurso de autoridades no elegidas democráticamente o que prevén mayorías agravadas para su reforma, pueden clasificarse como contra-mayoritarios. Mientras que el resto, recordemos, las cláusulas de enfriamiento de cualquier clase —en tanto no se acompañen de mayorías agravadas, el referéndum popular o la reforma constitucional por mayoría simple mediante ley expresa—, son mecanismos no contra-mayoritarios<sup>231</sup> que, si bien se distinguen del procedimiento legislativo ordinario por hacerlo más exigente y en esa medida, garantizan la supremacía constitucional, no comprometen la voluntad democrática, sino que buscan hacerla más consciente o deliberada.

---

<sup>228</sup> Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, *op. cit.*, p. 221.

<sup>229</sup> En otras palabras, “no existe una correlación directa entre rigidez y menos respeto por la soberanía popular, ni a la inversa, entre flexibilidad y mayor respeto por ella”. Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, *op. cit.*, p. 293. Aunque lógicamente soberanía popular y democracia no son términos equivalentes. Sobre el punto véase Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>230</sup> Las que ni siquiera cumplen con el fin de garantizar la supremacía constitucional, según se vio, entendida como adhesión democrática a la misma, verificada mediante la deliberación y eventual ratificación o cambio de sus contenidos o entendimientos.

<sup>231</sup> Bayón, Juan Carlos, hace referencia a tipos de rigidez, pues como advertí, este autor no admite grados de flexibilidad constitucional. La clasificación aquí transcrita la he tomado de su curso “La legitimidad de la Justicia constitucional en el Estado Democrático”, impartido en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, los días 14 a 17 de enero de 2013.

Ahora bien, son muchas las justificaciones que se han formulado para mantener a las constituciones lejos del alcance de las mayorías coyunturales. Por empezar, los valores básicos de estabilidad y seguridad jurídica, seguidos de la diferenciación entre distintas voluntades: la del pueblo en caso de la Constitución (soberana), la de sus representantes (los gobernantes) en caso de las leyes ordinarias,<sup>232</sup> hasta justificaciones más complejas relacionadas con la necesidad de establecer pautas para la deliberación democrática, como la de los mecanismos de autocensura estratégica como la “ley mordaza”,<sup>233</sup> la estrategia

---

<sup>232</sup> Esto es patente en la reciente ola de reformas constitucionales ocurrida en Latinoamérica, que han encontrado en la voluntad soberana del pueblo el fundamento de legitimidad de sus nuevas constituciones, rígidas. Volveré sobre este punto más adelante.

<sup>233</sup> Véase Holmes, Stephen, “Las reglas mordaza o la política de omisión” en Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitucionalismo y Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 49-88. Básicamente el argumento es que hay asuntos tan profundamente controvertidos en la sociedad, que es preferible directamente sacarlos del debate político para evitar el fraccionamiento social. Un ejemplo que da le mismo Holmes y también Bayón es el de las reglas de amnistía en momentos de transición democrática. Pero a continuación, los autores critican con razón esta estrategia pues la “autocensura” se consigue siempre mediante una decisión que de alguna manera congela la discusión sin resolverla. Esa decisión, para quienes están en desacuerdo, pero también para la sociedad toda, puede ser incluso más nociva que dejar abierto el debate, pues podría impulsar el saltarse las reglas y pretender cambios al margen del propio sistema. De todos modos esta justificación aplica a un número muy limitado de contenidos constitucionales. La misma justificación es usada en ocasiones para defender la última palabra autoritativa de la justicia constitucional. Así se dice que existen temas morales o políticos tan controvertidos que es mejor quitarle un peso de encima a la comunidad, dejando la resolución en manos de los jueces. De esta manera la justicia constitucional desempeñaría una labor de “pacificación” y ayudaría a relajar la crispación. Sin embargo, aquí aplican las mismas críticas que ya esboqué para con la rigidez, pues un fallo judicial puede generar por el contrario, una enorme frustración para los perdedores y el empleo de violencia, como lo demuestran las reacciones en EEUU ante varios fallos polémicos. Véase Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, op. cit., p. 285.

del pre-compromiso<sup>234</sup> y la de las precondiciones de la democracia.<sup>235</sup>

De estas justificaciones mucho se ha escrito ya y es cierto que no todas son igualmente plausibles ni aplicables a todo contenido constitucional. Sólo diré que las que apelan tanto a la estrategia del pre-compromiso como a las precondiciones de la democracia se condicen con la finalidad de fortalecer la deliberación democrática que tiene la rigidez (en tanto procedimiento especial de revisión), sin juzgar sobre el contenido de las cláusulas constitucionales. En este sentido, serían justificaciones procedimentales, aplicables a la parte orgánica de las constituciones, es decir aquella que regula los órganos del Estado y su funcionamiento (aunque es cierto que esto abre la puerta a qué derechos son necesarios para que dichos procedimientos sean legítimos). Por lo demás, una y otra justificación pueden resultar más o menos democráticas, según el tipo de rigidez que propicien. Pues como dice Bayón, no se trata sólo de “si el pasado debe condicionar el presente, sino *cómo* debe condicionarlo”.<sup>236</sup>

En cuanto a los derechos fundamentales, la justificación es compleja aunque muchos autores estarían de acuerdo en que la Constitución tiene su reaseguro como fin principal. Tal es así que algunos reclaman una rigidez absoluta en esta materia. Entre las justificaciones para la misma, encontramos a quienes consideran que “la Constitución establece un contenido mínimo y cierto de derecho natural, cuya corrección es independiente de (y anterior

---

<sup>234</sup> Elster, Jon, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, traducción de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1995.

<sup>235</sup> Véase Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, *op. cit.*, p. 288; Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, *op. cit.*; o Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, p. 275.

<sup>236</sup> Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 334.

a) cualquier proceso político”.<sup>237</sup> Así las cosas, cualquier decisión contraria se reputa incorrecta en términos morales y por tanto debe ser invalidada. Este argumento nos recuerda algunas de las posiciones neoconstitucionalistas, en la medida en que realizan una vinculación necesaria entre derecho y moral correcta. Garzón Valdés y su “coto vedado” de derechos es un exponente claro de este argumento.<sup>238</sup>

Otra de las críticas se refiere al alcance de esas precondiciones. Si las cláusulas rígidas son abstractas, dejando algún espacio para el juicio al momento de su aplicación y, como es mayormente aceptado, se descarta una interpretación originalista o que remita a las “intenciones” del constituyente, difícilmente se pueda decir que hay coincidencia entre las condiciones que se establecieron al momento del compromiso y las que se hacen realmente efectivas en un momento posterior. Al respecto Waldron explica: “el *acto* de pre-compromiso puede ser autónomo pero su funcionamiento puede no llegar a ser una consumación de la autonomía del agente en la medida en que esté sujeto al juicio de otro”.<sup>239</sup> Máxime si se considera que las aplicaciones particulares de principios constitucionales abstractos suelen ser controvertidas y por tanto no pueden ser *ex ante* previsibles.<sup>240</sup> Si en suma, “resulta controvertido con qué se comprometió el pueblo, se pierde todo fundamento de la idea del pre-compromiso para defender una interpretación determinada en contra de las objeciones democráticas”.<sup>241</sup>

---

<sup>237</sup> Según explica Martí, José Luis, *La república deliberativa*, *op. cit.*, p. 289.

<sup>238</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “Consenso, racionalidad y legitimidad”, *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 469; también “El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía*, núm. 12, 2000, pp. 7-34.

<sup>239</sup> Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 313.

<sup>240</sup> “Si pudiera ser previsto con antelación, nunca sería realmente necesario entonces el ejercicio del juicio; la jurisprudencia constitucional pasaría a ser ‘mecánica’”. *Ibidem.*, p. 314.

<sup>241</sup> *Ibidem.*, p. 317.

Sobre este punto llama la atención Hirschl al indagar sobre los orígenes de la constitucionalización de derechos (y el establecimiento del control judicial de constitucionalidad). Este autor rechaza expresamente la idea del pre-compromiso por basarse en un conjunto de presuposiciones hipotéticas y especulativas concernientes a los orígenes de las constituciones (y del control judicial) que como mucho provee una justificación normativa *ex post facto* para su adopción, pero que no pueden explicar su causa.<sup>242</sup> Según este autor, el fenómeno de la constitucionalización no se explica por reflejar un genuino compromiso con la democracia, la justicia social o los derechos universales, sino más bien, se entiende como producto de una estrategia realizada por la interacción de las élites políticas hegemónicas crecientemente amenazadas, los depositarios del poder económico y los líderes judiciales, buscando aislar sus preferencias políticas de los cambios azarosos que pueden producir los procesos mayoritarios de toma de decisiones.<sup>243</sup> Así, estas élites habrían utilizado el acceso y la influencia privilegiados que tienen en la toma de decisiones para atrincherar constitucionalmente unos derechos y transferir poder a las cortes supremas.<sup>244</sup> De esta forma, establecen fronteras a la actuación de los gobiernos, especialmente protegiendo la esfera privada (humana y económica) de la “injustificada” intervención estatal y del “colectivo”.<sup>245</sup> Claro está que no parece contradecir la tesis de

---

<sup>242</sup> Hirschl, Ran, “The political origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 11, (1); Article 4, 2004, pp. 71-108, p. 81.

<sup>243</sup> *Ibidem*, pp. 72, 98. El autor llama a su tesis: *The strategic approach and the hegemonic preservation thesis*.

<sup>244</sup> *Ibidem.*, p. 91. La misma tesis explicaría las causas de la transferencia de poder a instancias supranacionales. Como cita el autor en p. 93: “governments may turn to international enforcement when an international commitment effectively enforces the policy preferences of a particular government at a particular point in time against future domestic political alternatives”. Véase también Moravcsik, Andrew, “The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe”, *International Organization*, vol. 54, núm. 2, Spring 2000, pp. 217-252, p. 220.

<sup>245</sup> Hirschl, Ran, “The political origins of the New Constitutionalism”, *op. cit.*, p. 94. El autor utiliza como ejemplo la constitucionalización de derechos en

Hirschl, decir que una cosa son las intenciones originarias y otra los desarrollos que esas instituciones puedan permitir. En ese sentido, cabe la posibilidad de que los colectivos pueden reconducir la tarea de los tribunales, convirtiéndolos en aliados de sus luchas, como intenta el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, o el constitucionalismo transformador en el marco de la actividad judicial en Sudáfrica.

Podría decirse que las justificaciones que apelan tanto a la estrategia del pre-compromiso como a las precondiciones de la democracia se condicen con la finalidad de fortalecer la deliberación democrática que tiene la rigidez (en tanto procedimiento especial de revisión), sin juzgar sobre el contenido de las cláusulas constitucionales. Por lo demás, una y otra justificación pueden resultar más o menos democráticas, según el tipo de rigidez que propicien.

Lo cierto es que si se tiene en miras una rigidez que exija mayorías calificadas, o incluso la petrificación de ciertas cláusulas (como lo hace el neoconstitucionalismo), habrá un desequilibrio en materia deliberativa, pues este mecanismo incrementará los costos transaccionales en un determinado sentido, favoreciendo el *status quo* al privilegiar la posición de la decisión vigente, blindándola contra la opinión de la mayoría simple que pretende modificarla. Este tipo de rigidez hace que sea más fácil que la voluntad de una minoría prevalezca, otorgándole mayor valor a su postura, que se alza con una especie de “poder de veto”.<sup>246</sup>

Si consideramos, como lo hemos hecho, que los desacuerdos que la gente mantiene sobre la justicia política son testarudos y que se modifican conforme sus ideales y preocupaciones cambian según se van adaptando a las circunstancias, “el proceso

---

Sudáfrica (con especial énfasis en la protección de la propiedad individual) efectiva desde 1996, como legado del apartheid ante el cambio político en ese país, pp. 99-102.

<sup>246</sup> Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, op. cit., pp. 298-299.

constituyente necesita ser entendido como un proceso político continuo”.<sup>247</sup> Por tanto, pareciera que la mejor solución es contar con procesos de rigidez no contra-mayoritarios, que den cierta estabilidad a los procedimientos democráticos y al ejercicio de los poderes del Estado y que establezcan derechos fundamentales posibilitando su concreción mediante la deliberación democrática.

Parece que en esta última dirección va el NCL, que si bien prevé sistemas de rigidez fuerte, tiene un alto componente de participación democrática para la reforma constitucional y se centra en fortalecer los canales deliberativos. En este sentido, tanto la Constitución de Venezuela de 1999 como la de Ecuador de 2008 y la de Bolivia de 2009, tienen complejas fórmulas de reforma, incluso diferenciando según el tema a reformarse.<sup>248</sup> La Constitución de Ecuador, por caso, diferencia entre reformas a uno o varios artículos que no alteren la estructura fundamental de la Constitución, los elementos constitutivos del Estado, los derechos y garantías o el mismo procedimiento de reforma, para lo cual requiere alternativamente referéndum (incluso iniciado por la ciudadanía) o bien la participación de al menos 2/3 de la Asamblea Nacional, mediando una cláusula de enfriamiento temporal de un año.<sup>249</sup> También prevé la posibilidad de reformas parciales a la Constitución con un procedimiento más agravado que incluye cláusulas de enfriamiento y necesariamente la intervención del pueblo en referéndum aprobatorio.<sup>250</sup> Por último, se prevé el llamado a una

---

<sup>247</sup> Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>248</sup> Hay autores que resaltan las ventajas de prever diferentes procedimientos de reforma según qué parte de la Constitución se vaya a modificar, muy en la línea de lo planteado en las constituciones latinoamericanas. Véase Dixon, Rosalind y Landau, David, “Tired Constitutional Design & Referenda”, *The George Washington Law Review* 86, núm. 2, march 2018, pp. 438-512.

<sup>249</sup> Véase artículo 441 de la Constitución de Ecuador. En el caso de la Constitución de Venezuela, a este tipo de reformas se las llama “Enmiendas” y están previstas en el capítulo I del título IX, artículos 340-341. Todas requieren de referéndum aprobatorio.

<sup>250</sup> Artículo 442 de la Constitución de Ecuador. Vale aclarar que la calificación del “tipo de reforma” que se pretende a fin de utilizar los procedimientos

Asamblea Constituyente para reformas totales. Este mecanismo sólo se puede activar a través de consulta popular y requiere a su vez, una vez hecha la reforma, para su entrada en vigencia de referéndum aprobatorio.<sup>251</sup> Como se puede apreciar, si bien hay una apuesta por priorizar la participación ciudadana y su poder de decisión y por dar suficiente tiempo para la discusión pública de las propuestas de reforma, todavía no se supera del todo el problema contra-mayoritario. El mismo se sigue encontrando en las mayorías requeridas a la Asamblea Nacional y en el papel que se otorga al Tribunal Constitucional para determinar la calificación del tipo de reforma y con ello poder habilitar procedimientos que pueden obviar la participación ciudadana.

### ***3. La formulación de las cláusulas constitucionales en materia de derechos fundamentales***

Si aceptamos que algunos derechos deben constitucionalizarse de manera rígida,<sup>252</sup> nos quedará aún la tarea de definir cuáles derechos y en qué términos se deberán constitucionalizar. Es común la afirmación que “la declaración de derechos que figura en la Cons-

---

alternativos depende de la Corte Constitucional (artículo 443). Muy parecido es el procedimiento en la Constitución de Venezuela, según sus artículos 342-346. En el caso de la Constitución de Bolivia, para las reformas parciales debe realizarse referéndum aprobatorio, sin que se establezcan cláusulas de enfriamiento. Véase artículo 411 II de la Constitución boliviana.

<sup>251</sup> Artículo 444 de la Constitución de Ecuador. Un proceso muy similar es previsto por la Constitución boliviana en su artículo 411 I. La Constitución de Venezuela por su parte, prevé esta posibilidad en su capítulo III del título IX, artículos 347-350. La iniciativa en este caso puede provenir tanto del Poder Ejecutivo, la Asamblea Nacional, los Concejos Municipales o a requerimiento del 15% del padrón electoral.

<sup>252</sup> Cosa que no es para nada pacífica. Ya vimos la cautela con que la toma Hirschl y veremos que autores como Waldron se han opuesto de manera contundente a esta constitucionalización. Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, cap. 10, del mismo autor “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *op. cit.*, y también, ya criticando el hecho general de una Constitución escrita: “Constitutionalism: A Skeptical View”, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

titución debe expresar los valores compartidos por la comunidad política”,<sup>253</sup> aunque quepa la duda sobre la posibilidad de consensuar sobre esos valores compartidos.<sup>254</sup> No me ocuparé aquí de

---

<sup>253</sup> Ferreres, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *op. cit.*, p. 33, del mismo autor “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 373-374.

<sup>254</sup> Como expresa Post, “If constitutional law is meant to affirm common principles of agreement, the debate over campaign finance reform could not be more disheartening”, Post, Robert, *Citizens Divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 2014, p. 3. Un ejemplo a considerar es el de Israel, que carece de Constitución escrita porque sus ciudadanos no pueden ponerse de acuerdo sobre principios básicos. Véase Sunstein, Cass, “Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional”, *trad. de Alicia Fernández, disponible en: <http://www.mediafire.com/download/c4w3he8obh79o1m/sunstein2010seminario.pdf>* p. 11. Aunque ese país estableció un control de constitucionalidad sobre algunos derechos básicos en 1995 como respuesta estratégica de la burguesía secular hegemónica ante la pérdida de su histórica preeminencia en la toma de decisiones mayoritarias. Sobre el punto Hirschl, Ran, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *op. cit.*, p. 104. En constituciones como las del NCL que pretenden en cambio superar este problema reconociendo los distintos valores de los diferentes grupos dentro de la comunidad, aunque sean muchas veces contradictorios, está el problema de las antinomias y tensiones que ese reconocimiento puede generar al momento de la interpretación constitucional. Véase Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. (Una perspectiva crítica)”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo, op. cit.*, pp. 345-387, p. 357, a cuyas constituciones califica de “fábrica de aporías”. En contra, se dice que las constituciones tienen que tener una “vocación universalista, racional e imparcial” donde los particularismos, en tanto manifestaciones del poder de negociación, no puedan primar sobre los aspectos racionales e imparciales. Así no habría “demasiado espacio para la interpretación subjetiva o intencionalista de la Constitución”. Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa*, núm. 26, 2003, pp. 289-317, p. 300. Un defensor claro de esta unidad de valor es Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, USA, 2011, p. 1, donde expresa “... the unity of value. [...] Value is one big thing. The truth about living well and being good and what is wonderful is not only coherent but mutually supporting: what

ese tema, sino más bien del cómo se puede formular ese supuesto consenso para que no genere (o genere menos) problemas con la democracia, al ser plasmado en constituciones rígidas.

Analizaré dos propuestas, que claro está, pueden presentarse mixturadas en cualquier Constitución. Por un lado, la de formular estos derechos de modo abstracto, como principios; propuesta que apareja los problemas de contar con menores significados concretos de esos principios y de tener que confiar en un intérprete constitucional para su aplicación. Por otro lado, la de plasmarlos de la manera más concreta posible (en lo que se suele llamar “Constitución de detalle”), que trae como problemas consecuentes la mayor posibilidad de error o cambio de creencias por parte de la ciudadanía<sup>255</sup> y con ello, la posibilidad de que las constituciones queden rápidamente desactualizadas,<sup>256</sup> y el menor margen de acción/elección para los órganos representativos, sin contar con lo difícil que es llegar a un acuerdo de este nivel de especificidad. Veamos.

La primera propuesta es sostenida por quienes consideran que la Constitución debe cumplir una función “constitutiva” especificando aquello que es común a todos los ciudadanos. Esto hace que se entienda a la Constitución como “condición de una práctica política democrática” que, con sus preceptos abiertos, abstractos e indeterminados (a modo de principios), permitiría que los individuos puedan identificarse con ella y deliberar en torno a sus conceptos, comprendiéndose como miembros de una comunidad.<sup>257</sup>

---

we think about any one of these must stand up, eventually, to any argument we find compelling about the rest”.

<sup>255</sup> Martí, José Luis, *La república deliberativa*, *op. cit.*, p. 291.

<sup>256</sup> Ferreres alude a un problema de “deslegitimación”. Ferreres, Victor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *op. cit.*, p. 33.

<sup>257</sup> Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, *op. cit.*, pp. 77-78. Atria es enfático en diferenciar constitución de ley constitucional. En un sentido similar, Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *op. cit.*, p. 299, afirma que la función de la Constitu-

Uno de los objetivos a lograr es la duración de la Constitución como norma suprema.<sup>258</sup> Así, a la rigidez se le añade el concepto de “resistencia”, entendido como adaptabilidad de la Constitución a la dinámica política, permitiendo y encauzando las diversas opciones políticas; así como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante, “a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados pero no definidos”.<sup>259</sup>

Este nivel de abstracción, sumado a la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los derechos constitucionales en función de otros derechos y valores que se ponderan,<sup>260</sup> permite sostener a los neoconstitucionalistas que “... una constitución así diseñada mantiene abierto el proceso deliberativo [...] y de esta forma evita en gran medida la ‘tiranía de los muertos sobre los vivos’ que se ha reprochado frecuentemente al constitucionalismo rígido”.<sup>261</sup> Una afirmación que ya había hecho Dworkin al elogiar a la Constitución estadounidense por proteger los derechos individuales en términos muy abstractos, permitiendo así sostener un debate continuado acerca de cuál es la mejor forma de interpretar sus

---

ción es fundar la unidad de una comunidad política, por lo que el ideal es el consenso.

<sup>258</sup> Aunque, según Elkins, Ginsburg y Melton suceda todo lo contrario. Para estos autores, las constituciones que más probabilidad de duración tienen (además de hacerlas más democráticas) son aquellas constituciones más flexibles, que incluyen la participación de un amplio espectro de actores sociales y que son formuladas con cierto “detalle”. Véase Zachary Elkins *et al.*, *The endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, 2009, pp. 1-11.

<sup>259</sup> Tomás y Valiente, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, p. 639. Concluyendo, “Si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma del texto de la Constitución, resistencia significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma”.

<sup>260</sup> Ferreres, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *op. cit.*, p. 33. Lo que remite al tema de la derrotabilidad de las normas jurídicas, en el que no puedo detenerme por razones de espacio. Véase Bayón, Juan Carlos, “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, *op. cit.*

<sup>261</sup> Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo*, *op. cit.*, p. 80.

principios.<sup>262</sup> Con esta base es fácil pensar en que la configuración de esos derechos va a ir variando en el tiempo, según la interpretación y/o ponderación que se vaya realizando, lo que a criterio de Ferreres permite que la Constitución rígida mantenga su legitimidad democrática.<sup>263</sup>

Esta idea nos recuerda la tesis de Sunstein sobre los “acuerdos incompletamente teorizados”.<sup>264</sup> Lo que este autor sugiere es que la gente se suele poner de acuerdo sobre prácticas constitucionales, incluso a veces sobre derechos, cuando no puede ponerse de acuerdo sobre *teorías constitucionales*.<sup>265</sup> Con esto quiere decir que, dada la pluralidad de valores presentes en la ciudadanía, los conflictos sobre asuntos fundamentales se pueden resolver apelando, a veces a abstracciones (en medio de desacuerdos severos sobre casos particulares), o a veces a resultados concretos (obviando las teorías que subyacen a sus juicios). Esto consigue silencio sobre cuestiones básicas, como mecanismo para generar convergencia a pesar del desacuerdo.<sup>266</sup> Es un buen ejemplo de esta propuesta lo expresado por Jacques Maritain respecto de la firma de la Declara-

---

<sup>262</sup> Véase Dworkin, Ronald, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, trad. de Ernest Weikert García, Paidós, Barcelona, 2008, p. 195.

<sup>263</sup> Ferreres, Victor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *op. cit.*, p. 34. En igual sentido Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *op. cit.*, p. 315. Este último autor diferencia este tipo de constituciones abiertas y rígidas de sus extremos “desviados”, a los que llama: “Fundamentalismo constitucional procedimentalista”, que se configuraría con constituciones abiertas pero inmodificables y “Judicialismos radicales” (o particularismos extremos) que serían los propiciados por constituciones abiertas pero flexibles y que difícilmente podrían ser parte del constitucionalismo. *Ibidem.*, p. 317.

<sup>264</sup> Sunstein, Cass, “Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional”, *op. cit.* También puede verse del autor, *One case At a Time. Judicial minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999 y *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1996.

<sup>265</sup> Sunstein, Cass, “Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional”, *op. cit.*, p. 1.

<sup>266</sup> *Ibidem.*, p. 2.

ción Universal de Derechos Humanos por numerosos países culturalmente diversos: “Sí, estamos de acuerdo sobre los derechos, pero con la condición de que nadie nos pregunte por qué”.<sup>267</sup>

En un marco constitucional, estos acuerdos incompletos tendrían la ventaja de mantener la estabilidad, mostrar respeto mutuo, reducir el costo político de desacuerdos duraderos y sobre todo, serían valiosos al permitir la evolución moral y el progreso en el tiempo de las sociedades, que al concebir la posibilidad de error, prefieren mantener un grado de apertura a nuevos hechos y perspectivas.<sup>268</sup> En efecto, harían posible poner en primer plano el consenso básico a partir del cual puede construirse una práctica jurídico-política discursiva o deliberativa.<sup>269</sup> Modelo más conforme con la idea de “neutralidad liberal” y de defensa a la propiedad privada.

---

<sup>267</sup> Glendon, Mary Ann, *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, New York, 2001, p. 77. Todo esto nos recuerda de modo inevitable la teoría del *overlapping consensus* en Rawls. Sobre el punto véase Rawls, John, *El liberalismo político*, *op. cit.*, especialmente conferencia IV “La idea de un consenso entrecruzado”, pp. 165-205. Del mismo autor “La idea de un consenso por superposición”, en Betegón, Jerónimo y de Páramo, Juan Ramón (coords.), *Derecho y Moral: ensayos analíticos*, Ariel, 1990, pp. 63-86.

<sup>268</sup> Sunstein, Cass, “Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional”, *op. cit.*, pp. 13-15. Una fuerte crítica a la propuesta de Sunstein en Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

<sup>269</sup> Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *op. cit.*, p. 312. Podría decirse que esta es la concepción que adopta la Corte Suprema estadounidense, que en el caso *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558, 2003) expresó: “Had those who drew and ratified the Due Process Clauses of the Fifth Amendment or the Fourteenth Amendment known the components of liberty in its manifold possibilities, they might have been more specific. They did not presume to have this insight. They knew times can blind us to certain truths and later generations can see that laws once thought necessary and proper in fact serve only to oppress. As the Constitution endures, persons in every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom”. Brest, Paul, *et al.*, *Processes of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, 5a. ed., Aspen, Nueva York, 2006, p. 1490.

Pero también tienen sus problemas. Así se dice que la estrategia de las formulaciones abstractas enmascara el conflicto en lugar de resolverlo y lo que alcanza son falsos acuerdos o falsos consensos.<sup>270</sup> Sin contar que implican el problema añadido de la necesidad de un intérprete constitucional que determine el significado y alcance de cada principio y que resuelva los potenciales conflictos entre los mismos.<sup>271</sup> Un problema que, claro está, es tal si se mira desde la perspectiva de ser “fieles” a la voluntad originalmente expresada en la Constitución. Si en su caso se determina que los intérpretes sean los tribunales, “la estructura de los derechos fundamentales deriva hacia un problema político de gran trascendencia, que cabría condensar encadenando dos expresiones de Alexy: la ‘omnipresencia de la Constitución’ da lugar a la ‘omnipotencia de los tribunales’”.<sup>272</sup> Pero este es otro tema que, para no distraernos de lo que aquí interesa, abordaré en el apartado siguiente.

Aunque justamente, y en parte por ese tipo de problemas, tenemos una segunda propuesta, sostenida por quienes consideran que este tipo de resguardo a los derechos (o valores) fundamentales es insuficiente pues éstos son tan importantes que deberían ser establecidos “en detalle” (a modo de reglas<sup>273</sup>) y de forma intangible, es decir no siendo susceptibles de ninguna modificación.<sup>274</sup>

---

<sup>270</sup> Martí, José Luis, *La república deliberativa*, *op. cit.*, p. 35, citando sobre los falsos acuerdos a Young, Iris, “Activist Challenges to Deliberative Democracy”, *Political Theory*, vol. 29, núm. 5, 2001, pp. 115-118.

<sup>271</sup> Martí, José Luis, *La república deliberativa*, *op. cit.*, p. 291. Esto independientemente de quién sea el intérprete, si el poder legislativo, el ejecutivo, el judicial o indistintamente los tres, sumando o no a la sociedad civil.

<sup>272</sup> García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la Moralidad*, *op. cit.*, p. 111, con cita a su vez de Alexy, Robert, “Rechtssystem und praktische Vernunft”, *Rechtstheorie* 18/4, 1984, pp. 405-419, p. 406.

<sup>273</sup> En palabras de Ferrajoli: “qualunque principi che enuncia un diritto fondamentale, [...] equivale alla regola consistente nell’obbligo o nel divieto corrispondente”, Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *op. cit.*, p. 2800.

<sup>274</sup> Esta propuesta claramente es un extremo (al que Josep Aguiló llama “fundamentalismo constitucional sustantivista”), pues podríamos considerar tam-

Así, por ejemplo Ferrajoli, toma a los derechos una vez constitucionalizados como “objetivos”,<sup>275</sup> como consignas claras que únicamente pueden generar discusión en cuanto a sus medios de concreción —y de modo limitado<sup>276</sup>— pero no en cuanto a sus contenidos, ni tampoco entrar en conflicto entre sí.<sup>277</sup> De ahí la

---

bién constituciones “cerradas” con un nivel menor de rigidez, o incluso, en otro extremo, flexibles, en lo que el mismo autor califica de “anticonstitucionalismo legalista”. Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *op. cit.*, p. 317.

<sup>275</sup> En este sentido Ferrajoli explica que “los discursos de la ciencia jurídica positiva y de la jurisdicción tienen un *objeto*, o sea, una referencia empírica que es el discurso y el lenguaje del legislador, sobre la base del cual las proposiciones normativas son verificables o falsables”. Ferrajoli, Luigi, *Dos modelos de constitucionalismo*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>276</sup> Pues sólo será posible en caso de que se trate de “principios directivos”, es decir, los que se refieren, por ejemplo en la Constitución Italiana, a los “principios que informan la política social y económica” mas no en caso de los “principios regulativos”, que comprenden a casi todos los derechos fundamentales (con la salvedad de los derechos sociales, a los que coloca a caballo de las dos definiciones) y que no son susceptibles ni siquiera de ponderación. Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *op. cit.*, pp. 2798-2799, 2807.

<sup>277</sup> En este sentido, Ferrajoli usa como parangón para el derecho constitucional al derecho penal, auspiciando la mayor taxatividad del primero a fin de excluir cualquier consideración política. En efecto, afirma que los conflictos no se dan en materia de derechos sino en cuanto a las circunstancias concretas de su aplicación. *Ibidem.*, pp. 2812-2816. Sobre el punto parecería aplicable la idea filosófica general, que se puede encontrar al menos en Platón, de la coherencia de todos los valores. Postura criticada ya a inicios del S. XX por uno de los padres del no cognocitvismo ético, Max Weber y su tesis del “politeísmo de los valores”, véase Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)* Trotta, Madrid, 2003, pp. 276, 278. Una crítica a la posición “fuertemente coherentista” de Ferrajoli en Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y Garantismo” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo*, Madrid, Trotta, 2009, p. 46 y en Moreso, J. Juan, “Sobre los conflictos entre derechos”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 159-170. En respuesta, Ferrajoli, Luigi, *Garantismo*, *op. cit.*, pp. 83-84, afirma: “no pienso en absoluto no existan [sic] conflictos entre derechos fundamentales [...] Simplemente he criticado la tendencia habitual en la actual filosofía jurídica a generalizar, enfatizar y

oposición del autor al llamado constitucionalismo principialista, que los concibe como principios sujetos a ponderación.

Estos derechos fundamentales, que conformarán el “ámbito de lo indecible” para cualquier mayoría, deberían ser formulados en un “lenguaje constitucional lo más preciso y riguroso posible”, dejando poco margen para la interpretación de los jueces, cuya legitimidad se funda “en el carácter lo más cognoscitivo posible de la subsunción y de la aplicación de la ley, dependiente a su vez, mucho más que de su formulación como regla, del grado de taxatividad y de determinación del lenguaje legal”.<sup>278</sup> En este sentido, una Constitución es “cerrada”, es decir, sólo requiere ejecución o aplicación, de donde se sigue un rol normativo más intenso, pero menos extensivo.<sup>279</sup> Como podemos imaginar, este tipo de formulaciones trae mayores problemas democráticos, no sólo en términos de tiranía del pasado, sino también, en términos políticos de disponibilidad del legislador.

Lo cierto es que el NCL parece haber optado por esta segunda opción, pero bajo presupuestos completamente distintos a los ferrajolianos. Así, se dice que el NCL pretende “amarrar” el proyecto político post liberal a futuro frente a eventuales cambios en las mayorías, pero también frente a cualquier intento de distorsión

---

dramatizar la existencia de conflictos entre derechos, cualquiera sea su naturaleza...” Lo mismo también en *Principia Iuris, op. cit.*, vol. 2: *Teoría de la Democracia*, p. 71, haciendo a continuación “un análisis diferenciado de los distintos (supuestos) derechos en conflicto”, “los criterios de solución” y “los espacios de discrecionalidad en los cuales —a su modo de ver— se resuelven gran parte de los conflictos pensables”.

<sup>278</sup> Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *op. cit.*, p. 2813. Quien quiere trasladar el ideal regulativo plasmado en la “ciencia de la legislación” a la “ciencia de la Constitución”, afirma: “sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista [...] promoviera el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible”, *Ibidem.*, p. 2815.

<sup>279</sup> Según Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *op. cit.*, p. 305. Por supuesto que el mencionado problema de lograr consenso en torno a formulaciones de este tipo aquí no es tal porque para Ferrajoli el consenso no es importante en este punto.

por parte de los jueces.<sup>280</sup> Así, pareciera que no asume los derechos como objetivos, sino como una clara opción política popular, que puede configurar lo que algunos autores llaman “constituciones partidistas” (*partisan constitutions*). En este sentido, para sus críticos, las *constituciones populistas* —entre las que incluyen a las del NCL— tendrían el propósito de perpetuar el poder y objetivos del régimen incluso luego de perder las elecciones.<sup>281</sup> Sin embargo, otras autoras señalan que éste no es un problema específico del populismo, sino de la democracia representativa, cuyas mayorías en el poder pueden “clausurar” las opciones políticas disponibles a futuro.<sup>282</sup> Como veremos, este es uno de los problemas de la rigidez que hace difícil criticar selectivamente sólo a las constituciones que optan por cláusulas de detalle.<sup>283</sup> Como explica Dixon,

---

<sup>280</sup> Parte de quienes critican al NCL ven en ésta, una de sus características esenciales de su “populismo”. Por ejemplo Müller considera que el populismo constitucional se caracteriza por establecer rígidamente en sus constituciones un número de preferencias políticas altamente específicas, excluyendo la posibilidad a futuro de elegir entre políticas públicas, que de otro modo hubieran sido parte de la disputa política ordinaria. Véase Müller, Jan-Werner, “Populist Constitutions— A Contradiction in Terms?”, *International Journal of Constitutional Law Blog*, abril 2017, disponible en <http://www.icconnect-blog.com/2017/04/populist-constitutions-a-contradiction-in-terms/>

<sup>281</sup> *Idem.*, con cita a Dieter Grimm. Hago un análisis de estos puntos en “Reactive vs. Structural Approach: A Public Law Response to Populism”, *Global Constitutionalism*, 2019, *forthcoming*.

<sup>282</sup> Véase Zilla, Claudia, “Defining Inclusion from the Perspective of Democracy and Citizenship Theory”, Ponencia para el Congreso IPSA, 2016, p. 9.

<sup>283</sup> De hecho, hay autores que señalan que éste es uno de los rasgos autoritarios del constitucionalismo liberal democrático. En palabras de Frankenberg, el costado autoritario del momento constitucional es: ‘closing constitutional debate and submitting a people, majority or minority to a covenant, forcing a collective identity upon an internally fragmented society, offering constitutional protection to some interests, claims and actions, and, with the same *coup de main*, excluding others. Those who lost (...) are relegated to the side-lines where they have to wait for their historical chance to demystify the established authority...’, Frankenberg, Herman G., ‘Authoritarian Constitutionalism - Coming to Terms with Modernity’s Dreams and Demons’, *Research Paper of the Faculty of Law of the Goethe University Frankfurt/M*, 2018, pp. 3, 7.

sin un criterio sustantivo respecto el contenido de dichas cláusulas, es muy difícil distinguir aquellas normas constitucionales que siendo fuertemente restrictivas de las opciones políticas futuras son legítimas, de aquellas que no lo son.<sup>284</sup>

Asimismo, el NCL ha optado por cartas de derechos extensísimas y altamente específicas, que para sus críticos, generan antinomias o hacen perder la fuerza normativa de las constituciones (por estar alejadas de su efectiva realización), pero que se entienden si prestamos atención a lo novedoso del modelo desde el sujeto constituyente. En este sentido explica Noguera, para los casos del constitucionalismo de Bolivia y Ecuador, que lo que buscó el constituyente fue visibilizar explícitamente en el texto constitucional los múltiples movimientos y luchas de grupos sociales en situación de vulnerabilidad. De ese modo, reflejó en la Constitución una desconfianza hacia las estructuras del Estado y al Poder Judicial que durante décadas había oprimido a esos grupos, por lo que (y sobre este punto volveré luego) determinó la fijación constitucional de garantías de acceso y protección judicial así como criterios de interpretación favorables a los grupos en situación de vulnerabilidad y/o desventaja.<sup>285</sup> Es por estas razones que, en lugar de optarse por cláusulas abstractas “generales” de protección, se optó por menciones explícitas a los grupos y sus derechos. Esto soluciona problemas de identificación y proporciona niveles de protección jurídica mucho más elevados, a la par que cumple una función integradora y didáctica.<sup>286</sup>

---

<sup>284</sup> Dixon, Rosalind, ‘Populist Constitutionalism and the Democratic Minimum Core’ (April 2017) *International Journal of Constitutional Law Blog*, disponible en: <<http://www.icconnectblog.com/2017/04/populist-constitutionalism-and-the-democratic-minimum-core/>>.

<sup>285</sup> Noguera Fernández, Albert, “Derecho Antidiscriminatorio y Protección de los Colectivos en Situación de vulnerabilidad en las constituciones de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009”, *Derechos y Libertades* 40, Época II, enero 2019, p. 155.

<sup>286</sup> *Ibidem.*, p. 162, 163.

#### ***4. Problemas de la rigidez neoconstitucional***

Ya he dejado ver, a la par del desarrollo de estas ideas, algunos problemas que se presentan en torno a la rigidez, sobre todo neoconstitucional. Aquí los retomaré agrupándolos en tres temas que me parecen fundamentales, animada por la necesidad de “desmitificar” este concepto ya “cliché” en que se ha convertido el “coto vedado” y sus pares, para el constitucionalismo de la región.

Como lo expresa en mejores palabras Bayón, tras la “configuración estructural [según la cual] los derechos básicos retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria para emplazarlos en esa esfera intangible a la que Garzón ha llamado ‘el coto vedado’, [...] hay por supuesto una genuina tesis moral sustantiva”.<sup>287</sup> Lo que se critica no es esa tesis, sino “el paso que media entre la adhesión a ese ideal moral sustantivo que es la tesis del coto vedado y la elección de un diseño institucional específico para una comunidad política”. Así, suele darse por supuesta una conexión sólida entre el ideal del coto vedado y el diseño institucional resultante, “hasta el punto de presuponer que la impugnación de ese diseño sólo podría ser debida al rechazo previo de la tesis de los derechos como ideal moral sustantivo”.<sup>288</sup>

En definitiva, pareciera que si tenemos un compromiso con los derechos fundamentales, debemos automáticamente acordar con el modelo de Constitución rígida (contra-mayoritaria) que quita a estos derechos de la discusión democrática y de la política y que subordina a esta última a la Constitución, so pretexto de reforzar la democracia misma (o incluso, de hacerla posible). Si por el contrario, consideramos que las constituciones, en tanto resultan de momentos históricos determinados, pueden tener deficiencias y pretendemos dejar abierta la discusión sobre los derechos en ellas consagrados, pareciera que no solo estamos atentando con-

---

<sup>287</sup> Bayón, Juan Carlos, “Derechos, Democracia y Constitución”, *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, núm. 1, 2000, p. 212.

<sup>288</sup> *Ibidem.*, p. 213.

tra la democracia (rectamente entendida), sino que además, no estamos implicados con la defensa de los derechos (los de verdad).

Esta disyuntiva, como advertí anteriormente, me parece mal planteada. Podemos pensar en la defensa de los derechos y hasta de las precondiciones de la democracia, en un esquema de rigidez sin objeción democrática y que por el contrario, refuerce las vías deliberativas. Máxime si se entiende la supremacía constitucional como se la caracterizó aquí, pues en esa lógica los mecanismos que la garantizan tienen que tender a reforzar los procesos deliberativos sobre los temas constitucionales fundamentales y no obstaculizarlos o bloquearlos. En suma, podemos tener una genuina preocupación por el afianzamiento de un sistema de derechos inclusivo y acercarnos al constitucionalismo normativamente y, justamente por ello, no considerar bueno este diseño institucional específico de desconfianza hacia las mayorías.

Veamos ahora los problemas. Sobre todo me voy a enfocar en la teoría de Ferrajoli, que es la que más desarrollo ha tenido en la región y desde mi punto de vista, la que presenta más incoherencias.

a) *La petrificación de la Constitución.* La primer cuestión a hacer notar es que concepciones como la del “coto vedado” o la del “ámbito de lo indecible” congelan un estado de cosas determinado. Son conservadores del *status quo*, desconociendo tanto la dimensión política como el carácter ideológico del derecho y relegando la crítica o disidencia a una posición marginal, calificándola de irracional (o ilógica) y dejando como única alternativa la violencia contra el sistema.<sup>289</sup> Pues si en un momento dado se considerase que el derecho constitucional es injusto y se pretendiese

---

<sup>289</sup> Es persuasiva la comparación de Barberis al decir: “El neoconstitucionalismo [...] parece comparable a la elección de un único Dios [...]. Una opción monoteísta, bien entendida, es perfectamente legítima, pero es siempre una opción”. Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral”, *op. cit.*, p. 277.

modificarlo bajo un esquema de rigidez como los estudiados, no tendría vía alguna para su expresión.

Como nos muestra Dussel, la situación crítica se da cuando ciertos ciudadanos son excluidos —no intencionalmente— del ejercicio de nuevos derechos que el “sistema del derecho” no ha incluido todavía. Estos ciudadanos con conciencia de ser sujetos de nuevos derechos se experimentan a sí mismos como víctimas, sufriendo los efectos negativos del cuerpo del derecho. Los movimientos de los “sin derecho todavía” (respecto del derecho vigente) comienzan una lucha por la inclusión de los “nuevos” derechos en la “lista” histórica de los derechos ya aceptados, institucionalizados, vigentes. Se establece así una dialéctica entre “derecho vigente *a priori* versus nuevo derecho *a posteriori*”. Los “sin derecho todavía”, cuando luchan por el reconocimiento de un nuevo derecho son el momento creador histórico del cuerpo del derecho humano”.<sup>290</sup>

Pero, si no se encuentran en el sistema jurídico y/o en la teoría del derecho canales para captar esas exigencias legítimas (desde un punto de vista ético político, aunque no legal) de los “sin derechos”, la posibilidad de un cambio en esta materia sólo podría ser viable a través de una revolución (que exitosa, haga ejercicio del poder constituyente originario). Y esto es lo que pasó en los países que conforman el NCL, como veremos, que saltándose los procesos institucionales de reforma, invocaron al constituyente revolucionario para hacer un reemplazo total del sistema anterior, legitimándose en las urnas.

Lo contrario propugna la teoría de Garzón Valdés, que directamente descalifica a cualquier disidente con el coto vedado, desde la posesión de “La” verdad moral. En respuesta, cabrían las palabras de Bobbio en relación al fundamento de los derechos humanos, de modo analógico:

---

<sup>290</sup> Dussel, Enrique, *Hacia una filosofía política crítica*, Desclée de brouwer, Bilbao, 2001, pp. 151 y ss.

“conviene recordar que históricamente la ilusión del fundamento absoluto de algunos derechos establecidos ha sido un obstáculo para la introducción de nuevos derechos, en todo o en parte incompatibles con aquéllos. Piénsese en las pegas puestas al progreso de la legislación social por la teoría iusnaturalista del fundamento absoluto de la propiedad [...]. El fundamento absoluto no es solamente una ilusión, alguna vez es también un pretexto para defender posiciones conservadoras”.<sup>291</sup>

Ideas como las criticadas en suma, además de cerrar absolutamente el diálogo en materia de derechos fundamentales y orillar a los movimientos sociales a recurrir a la violencia (lo que contradice la idea de una democracia que reconoce el hecho del pluralismo), no sólo no es normativamente deseable, sino que además tampoco se condice con la realidad, ni la explica.<sup>292</sup>

Desde lo normativo y en las antípodas de una postura como la expuesta advierte Pisarello que la Constitución democrática no debería concebirse como un régimen de instituciones definidas de una vez y para siempre. “Por el contrario, debería entenderse, sobre todo, como lo que históricamente ha sido: un movimiento dinámico, en las instituciones y fuera de ellas, consistente en la alianza social de sectores no plutocráticos que buscan la constante ampliación del *demos*”.<sup>293</sup>

Anclados en la realidad, como anticipé, la reciente ola de reformas constitucionales latinoamericanas tampoco confirman las

---

<sup>291</sup> Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 60. Si bien se refiere al fundamento de los derechos humanos, con mayor razón entiendo, no se puede hablar de “concreciones positivas” absolutas de los mismos.

<sup>292</sup> Como Ferrajoli pretende que haga su teoría. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 1, *op. cit.*, p. 18.

<sup>293</sup> Pisarello, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antide-mocrático*, Trotta, Madrid, 2011, p. 211. También Portinaro, Pier Paolo, “Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantías. El programa normativo de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 299-314, destaca los problemas de la teoría normativa de Ferrajoli, la que lleva, en su opinión, a paralizar la capacidad innovadora de los poderes de gobierno. *Ibidem.*, p. 305.

tesis en cuestión. En especial la de las constituciones ecuatoriana y boliviana, que implicaron modificaciones realmente importantes en materia de derechos —en muchos casos contrarias al paradigma anterior—<sup>294</sup> en vistas a integrar a la esfera pública a una parte mayoritaria de la ciudadanía históricamente excluida.<sup>295</sup> En este sentido y a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de países europeos, “este nuevo constitucionalismo latinoamericano [...] no pretendía cancelar el poder constituyente popular. Buscaba, por el contrario, activarlo, generando un vínculo de complementariedad, y no de oposición, entre constitucionalismo y democracia”.<sup>296</sup> Esta integración no entra en el supuesto contemplado por Ferrajoli de modificaciones constitucionales “permisibles” por ser un “avance” en materia de derechos,<sup>297</sup> puesto que junto al avance de algunas reivindicaciones, se produjeron “retrocesos”<sup>298</sup> para otros sectores, ejemplo de ello fue el intento de secesión de Santacruz del Estado boliviano.<sup>299</sup> Retomaré este fenómeno en el último capítulo de este trabajo.

---

<sup>294</sup> Un paradigma de matriz liberal conservador que fue transformado con claras orientaciones anticapitalistas y anticolonialistas. Véase De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>295</sup> Véase Gargarella, Roberto, “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 87-108, p. 88, disponible en [www.igualitaria.org](http://www.igualitaria.org).

<sup>296</sup> Pisarello, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antide-mocrático*, *op. cit.*, p. 199.

<sup>297</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 2, *op. cit.*, p. 89.

<sup>298</sup> Pongo estas palabras entre comillas porque es complicado evaluar si determinada configuración de derechos implica un avance o un retroceso: evidentemente en el posicionamiento habrá siempre una visión subjetiva de la realidad y una diferente concepción de la justicia.

<sup>299</sup> “...que amenazó la viabilidad misma del proceso constituyente”. Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *op. cit.*, pp. 109-137, p. 118. Se atribuye el fallido intento de secesión de Santacruz, zona más rica en hidrocarburos y producción agrícola del país, a la élite blanca que allí habita y que temía perder sus “derechos” en el manejo de los recursos naturales y los latifundios que

En conclusión, propuestas como la de Garzón Valdés o Ferrajoli promueven prácticas que llevan a la petrificación de la Constitución, a la exclusión de la disidencia y a la asfixia del llamado “punto de vista externo” del derecho<sup>300</sup> por no permitirle expresión institucional.

*b) El problema de la autonomía y de la igualdad política.* Las consecuencias de las propuestas estudiadas respecto de la autonomía como de la igualdad política, configuran un punto fundamental para la discusión de los conceptos de coto vedado o ámbitos de lo indecible. Me pregunto: ¿qué valor tienen para estas propuestas el autogobierno o, más específicamente, la autonomía de la persona? Si prestamos atención, las críticas que en general se han ido realizando al “coto vedado” tienden a apoyarse en un concepto de democracia que tiene como fundamento último la autonomía del individuo y a los derechos como fundamentales en tanto propician o garantizan la misma. Pero entre los autores que estamos estudiando, este postulado no es tan claro.

Nos expone Ferrajoli: “existe una confusión frecuente entre *derechos de libertad y derechos de autonomía*, ambos fundamentales, aunque unos primarios y otros secundarios según el carácter de simples inmunidades frente a interferencias de los primeros y

---

poseen ante la victoria de Evo Morales y sus promesas de institucionalizar una justicia social profunda.

<sup>300</sup> Desarrollado en forma profunda en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, op cit., pp. 905 y ss., especialmente p. 912 en referencia a los derechos fundamentales Ferrajoli sostiene que constituyen: “ el *fundamento axiológico externo* del derecho: [...] lugar de expresión de la autonomía y la primacía del punto de vista ético-político o externo sobre el jurídico o el interno; campo de las garantías jurídicas tanto de la democracia formal como de la sustancial, pero precisamente por esto lógicamente diferenciado y axiológicamente separado del campo de las situaciones jurídicas, sean privadas o públicas, del mismo modo que la sociedad y los individuos están separados del Estado y la moral está separada del derecho”.

(además) de ‘poderes’ de los segundos”.<sup>301</sup> Así, la estructura de estas dos clases de derechos es distinta: los derechos (primarios) de libertad, (ya sean “libertades de” o “libertades para”) conviven tendencialmente sin interferencias recíprocas y quedan sustraídos, en tanto establecidos como universales, a la autonomía política.<sup>302</sup> En cambio, los derechos (secundarios) de autonomía (ya sean “derechos civiles” o de autonomía privada; o “derechos políticos” o de autonomía política), en tanto que consisten en potestades *agendi*—esto es, en la potestad de autodeterminarse mediante actos jurídicos potestativos cuyo ejercicio produce efectos sobre las genéricas libertades negativas y positivas—, están destinados a entrar en conflicto en el caso de que no sean jurídicamente limitados y disciplinados. Por ello, los derechos de autonomía, en el Estado de derecho que no admite poderes *legibus soluti*, se encuentran sujetos a la ley.<sup>303</sup>

Esta distinción para Ferrajoli es esencial, puesto que las dos clases de derechos caracterizan, respectivamente, al liberalismo y la democracia, y dentro de esta última los derechos civiles y políticos de autonomía constituyen la base, respectivamente, del mercado y de la representación, de la democracia civil y de la democracia política. Por su parte, los derechos de libertad, al ser los límites impuestos a los derechos-poderes de autonomía, son la base de la igualdad jurídica.<sup>304</sup>

---

<sup>301</sup> Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en de Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001., p. 302.

<sup>302</sup> Es decir, quedan fuera de la disponibilidad política. En igual sentido véase Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, pp. 305-306.

<sup>303</sup> Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pp. 307-308.

<sup>304</sup> *Ibidem.*, p. 311. En este punto se unen las consideraciones plasmadas en la teoría del derecho con el plano axiológico, volviéndose el argumento —a mi criterio— circular: en teoría el carácter universal de los derechos fundamentales (de todos ellos), que hace a su forma, es la base de la igualdad. A su vez, la igualdad es uno de los criterios que fundamenta esos derechos. Es decir, porque nos interesa la igualdad, tenemos derechos fundamentales

Ahora bien, al no ser la autonomía un valor primario, pero no renunciarse a la democracia como sustento del resto del sistema jurídico, se vuelve necesario buscar otro cimiento para la misma. Ferrajoli ancla la idea de democracia a la de igualdad y con ella a la idea de derechos fundamentales. Comparto con uno de sus críticos el que “sin embargo, se trata de un anclaje poco sólido: [...] Ferrajoli se refiere de modo explícito, a la igualdad ‘en derechos fundamentales’; pero la igualdad que pertenece a la democracia [...] como su connotación identificadora no es la igualdad en los derechos fundamentales *de todo tipo*, sino la igualdad en los derechos *específicamente políticos*”.<sup>305</sup>

En el mismo sentido, Pintore declara que la teoría de Ferrajoli conduce “al sacrificio de la democracia entendida como método de elección y decisión política de individuos iguales en autonomía moral y, por ello, iguales en su capacidad de ser titulares de derechos. Conduce, en definitiva, a segar el vínculo entre los derechos y sus propios titulares. Y conduce, en último lugar, a una (implícita) solución del problema de la autoridad en clave de un activismo judicial potencialmente ilimitado”.<sup>306</sup> Y continúa: “Existe una cierta disonancia pragmática entre esta perentoria exaltación de los derechos y su exclusión de la esfera de la autonomía moral y, por tanto, política de sus titulares. Después de todo, creemos en los derechos porque creemos en la autonomía de los individuos, y no a la inversa”.<sup>307</sup> Los derechos desligados de la autonomía co-

---

universales, y los derechos fundamentales, en tanto universales, son base de la igualdad.

<sup>305</sup> Bovero, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 239.

<sup>306</sup> Pintore, Anna, “Derechos Insaciables”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 346.

<sup>307</sup> *Ibidem.*, p. 365. El mismo argumento en Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 23: “...la idea de derechos implica esencialmente el que las personas sean agentes morales a los que se les puede confiar la responsabi-

rren el riesgo de convertirse en concesiones insidiosas, devoradores del propio valor del que nacieron.

Pero Ferrajoli contesta: “En absoluto: la autonomía de los individuos es sólo uno de los derechos, por lo demás sometido a la ley y no más importante que el derecho a la vida, la libertad, etcétera”.<sup>308</sup> Pues no está dispuesto a asumir las consecuencias de tener como fundante el valor ético político de la autonomía, desde que “precisamente, contra sus posibles abusos, fueron inventadas las constituciones rígidas y para que sus riesgos, en la medida en que el derecho logre controlar su fuerza, no vuelvan a repetirse”.<sup>309</sup>

Casi idénticas son las palabras de Garzón Valdés: “si en el procedimiento democrático se permite el ejercicio irrestricto de la autonomía individual, no podemos realizar los valores de una democracia liberal”,<sup>310</sup> por lo que se requieren restricciones institucionales externas inmunes a las motivaciones subjetivas.

Ninguno de estos autores encuentra en la voluntad de las personas mediante el consenso la base de los derechos fundamentales. Para el autor italiano “el fundamento democrático del pacto constitucional sobre los derechos fundamentales está no ya en el hecho de que ninguno esté excluido de su estipulación —lo cual sería imposible y generaría, en todo caso, constituciones minimalistas e incluso regresivas— sino en que se pacte en él la no exclusión de ninguno. La no exclusión [...] no se refiere a la forma o a los sujetos del contrato, sino a sus contenidos”.<sup>311</sup> Para él, “Una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un

---

alidad de dirigir sus propias vidas y de percibir los límites adecuados sobre su propia libertad...”.

<sup>308</sup> Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 355.

<sup>309</sup> *Idem.*

<sup>310</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías”, *op. cit.*, p. 12.

<sup>311</sup> Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 369.

pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. [...] El fundamento de su legitimidad no reside en el consenso de la mayoría,<sup>312</sup> sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales”.<sup>313</sup>

Pero no se puede asumir, como hasta ahora hace el autor, que las mayorías son portadoras de irracionalidad y potenciales violadoras de derechos, y al mismo tiempo reconocer la labor de unas mayorías (históricas) como creadoras de una Constitución que ahora merece la pena ser respetada. En palabras de Ferrajoli, las personas humanas “permiten cifrar en su natural *autonomía* el fundamento positivo de todo fenómeno jurídico: en el sentido de que sólo ellas pueden ser los sujetos constituyentes del derecho positivo y, como veremos, los portadores del punto de vista ‘externo’ al mismo”.<sup>314</sup> Entonces, si por un lado se considera que las personas (y también los pueblos<sup>315</sup>) en ejercicio de su autonomía han conseguido los derechos fundamentales, no se puede por el otro, limitar el ejercicio de esa autonomía a la esfera de lo decidable, temiendo que se vuelva a expresar en el futuro sin caer en una contradicción.<sup>316</sup>

---

<sup>312</sup> Las mismas ideas en Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 2, *op. cit.*, p. 55.

<sup>313</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 28, también en *Principia Iuris*, vol. 1, *op. cit.*, p. 841. Nótese aquí el contenido fuertemente sustancialista de legitimidad aludido en el capítulo primero.

<sup>314</sup> *Ibidem.*, p. 347.

<sup>315</sup> Como sujetos colectivos tanto preexistentes al derecho (o constituyentes) cuanto constituidos por el propio derecho. *Ibidem.*, p. 363. La definición en p. 366.

<sup>316</sup> Lo lógico sería que “Las razones que me hacen pensar en el ser humano como portador de derechos son las mismas razones que me permiten confiar en él como portador de responsabilidades políticas. Precisamente porque yo veo a toda persona como un potencial agente moral, dotado de dignidad y autonomía, desearía confiar al pueblo *en masse* la obligación del autogobierno”. Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 266. Esta visión además se condeciría con la idea de supremacía que sostengo, pues de otro modo (lo que podría derivar de las tesis que aquí se critican) la única forma de garantizar la supremacía constitucional sería la fuerza.

En definitiva, me parece que Ferrajoli tiene una forma muy negativa de entender la democracia y la autonomía.<sup>317</sup> Considero que, con todas las limitaciones que pudo haber tenido en sus inicios la institucionalización de la democracia<sup>318</sup> —ya que la mentada soberanía popular se tradujo en soberanía nacional, en manos de algunos pocos— y con los problemas y disfuncionalidades que aún acarrea,<sup>319</sup> pensar hoy en un modelo superador tendría más que ver con intentar una ampliación de la participación y de la ciudadanía en la deliberación y formación de la voluntad colectiva,<sup>320</sup> que con lo contrario —que es lo que oculta este paso hacia el neoconstitucionalismo— o sea, la exclusión de la ciudadanía de ciertos temas claves, perdiendo en autonomía y en deliberación.<sup>321</sup>

---

<sup>317</sup> Se podría preguntar quien lea estas páginas por qué se opta aquí por un análisis como el de Ferrajoli habiendo tantos disponibles. Mi respuesta, que espero no sea insatisfactoria, no sólo tiene que ver con la ya mencionada incidencia que el autor ha tenido para la región, sino por la mención explícita que su teoría ha tenido por un órgano con autoridad interpretativa en la región como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase por ejemplo el caso Gelman *vs.* Uruguay (sentencia del 24 de febrero de 2011). Para una crítica al uso de la teoría ferrajoliana por parte de la Corte y sus asunciones en materia de democracia véase Gargarella, Roberto, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, *SELA papers*, 2013, disponible en [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/125/](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/125/)

<sup>318</sup> Estoy pensando concretamente en las revoluciones liberales del siglo XVIII.

<sup>319</sup> Pienso aquí en las “promesas incumplidas” que menciona Bobbio, Norberto, “La Regla de Mayoría: límites y aporías”, en Bovero, Michelangelo (ed.), *Teoría General de la política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 481.

<sup>320</sup> Para indagar sobre algunas de las condiciones necesarias en este sentido, véase Gargarella, Roberto, “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, en Elster, Jon (comp.), *La Democracia Deliberativa*, trad. de José María Lebrón, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 323 y ss.

<sup>321</sup> Por eso y ante el peligro de “retroceder hacia una dictadura capitalista”, Elías Díaz propone atinadamente como momento superador del Estado Social de Derecho, al Estado Democrático de Derecho. Con sus palabras: “La democracia debe ser propuesta como objetivo constante y debe entenderse como proceso siempre abierto en el tiempo”. Díaz, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, *op. cit.*, pp. 129-172 y 176.

Además, esta distinción que Ferrajoli realiza entre derechos primarios de libertad y secundarios de autonomía me genera algunas dudas extra. En tanto y en cuanto ambos tipos de derechos son fundamentales —más allá que unos sean calificados de primarios y otros de secundarios— entran en el “ámbito de lo indecible”.<sup>322</sup> Pero, si los derechos de autonomía son de hecho (o pueden ser) limitados por los derechos de libertad, ¿quién realiza esa limitación? ¿Hasta qué punto los conflictos que se aceptan entre derechos primarios y secundarios, que darán lugar a decisiones —entiendo— judiciales, siguen haciendo de los derechos algo perteneciente al ámbito de lo indecible? Dos cosas quisiera dejar apuntadas al respecto.

La primera surge de contestar estas preguntas. No es que los derechos sean indecibles, sino que son indecibles para la mayoría pero decidibles para los jueces en caso de conflicto. O sea, la terminología del concepto teórico resulta equívoca pues al colocar fuera de la discusión política a los derechos fundamentales, no crea —como se pretende— mayor seguridad para los mismos. Al contrario, lo que genera es que la decisión, en caso de conflicto, esté en otras manos, en la élite judicial, pero que sigan siendo decidibles. Este punto lo abordaré cuando veamos el control de constitucionalidad.

La segunda cuestión tiene que ver con la prioridad que Ferrajoli otorga a los derechos de libertad por sobre los de auto-

---

<sup>322</sup> Los derechos políticos (de autonomía) entrarían según Bovero en el ámbito de “lo indecible *que*”, aunque advierte el autor que en el texto *Principia Iuris*, Ferrajoli muestra incertidumbres en este punto, ya que la inclusión de los derechos políticos en este hemisferio, junto a los derechos de libertad, no siempre es mencionada explícitamente. Véase Bovero, Michelangelo, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa*, n° 31, 2008, p. 224. Yo entiendo que todos entran en lo indecible en tanto derechos fundamentales, como apunto en el texto, pero otras interpretaciones son posibles. Por ejemplo Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, pp. 305-306, entiende que los derechos secundarios estarían dentro de lo *decidible*.

mía.<sup>323</sup> Esta prioridad no parece ser una cosa de lógica teórica, sino más bien una opción por una determinada ideología política. Nuevamente estamos ante el conflicto entre los dos valores que dividen a la filosofía política: por un lado la autonomía, por el otro, la libertad/ seguridad. La elección por uno u otro puede ser más o menos compartible, pero no deja de ser una opción.<sup>324</sup>

c) *La cuestión política de fondo.* En todo el desarrollo anterior he reparado transversalmente en la cuestión política de fondo. Aquí sólo la retomaré parcialmente para no ser reiterativa. Cabe en todo caso comenzar con la relación que hace el propio Ferrajoli entre derecho y política pues, según sostiene, con el constitucionalismo se invierte “la clásica comprensión del derecho como instrumento de la política, para dejar a la política como instrumento para la actuación del derecho sometida a los límites impuestos por los principios constitucionales”.<sup>325</sup>

---

<sup>323</sup> En sus palabras, no hay conflicto entre derechos de libertad y derechos sociales, por un lado, y derechos-poder de autonomía, tanto políticos como civiles, por otro. Lo que hay es subordinación. Ferrajoli, Luigi, *Garantismo*, *op. cit.*, p. 88, especialmente nota núm. 6.

<sup>324</sup> Una crítica similar le ha realizado Comanducci, Paolo, “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005, pp. 105-118, especialmente pp. 112-113. La respuesta de Ferrajoli, a mi criterio “tramposa” en Ferrajoli, Luigi, *Garantismo*, *op. cit.*, pp. 90-91, donde niega la jerarquía entre estos derechos “... todos igualmente fundamentales, universales e indisponibles por sus titulares”. Y aclara: “Jerarquía es la que existe, en cambio, entre lo que puede ser dispuesto por los actos —legislativos, administrativos o negociales— en que se traduce directa o indirectamente el ejercicio de los derechos políticos o civiles y el conjunto de los derechos fundamentales, siendo [el contenido decisional de] los primeros de grado jerárquicamente inferior a los segundos...”. Para terminar “En todo este discurso, en definitiva, no hay nada de ‘normativo’ [...] Es sencillamente el desarrollo descriptivo de la estructura escalonada de los actuales ordenamientos complejos...”.

<sup>325</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, *op. cit.*, p. 32.

A esta línea argumental se suele acudir para fundar normativamente el (neo)constitucionalismo, desde que afirma que el modelo de organización jurídico-político que llamamos “democracia constitucional” es, sin más, una exigencia inmediata del ideal mismo de los derechos, que sustanciarían el contenido de la idea de justicia. Así “el constitucionalismo no haría sino dar forma institucional a la idea de que la política debe estar subordinada a la justicia”.<sup>326</sup> Pero si como hemos hecho, partimos del hecho del pluralismo, es decir, admitimos que existen desacuerdos profundos acerca de qué es lo justo, estaremos siempre ante la necesidad de alcanzar una decisión colectiva acerca de qué habría que dejar dentro de lo indecible y qué no.

Comparto lo que piensa Bayón, “el trazado de la ‘esfera de lo indecible’ no es ni puede ser un asunto extrapolítico, sino algo que, de un modo u otro, tiene que hacerse precisamente *a través de la política*”.<sup>327</sup> En otras palabras, “toda comunidad política en la que el ‘derecho a X’ esté institucionalmente sustraído al poder de decisión de la mayoría ha tenido que pasar por algún momento en el que la suerte de ese derecho ha estado, forzosamente, en manos del poder de decisión *de alguien*”.<sup>328</sup> ¿Por qué si se acepta eso, se niega luego que *otros* puedan volver a decidir sobre lo mismo? ¿Qué hace pensar que quienes decidieron en un primer momento, no se hayan equivocado? En suma, ¿qué haría suponer que los derechos que tienen origen político, una vez positivados mutan de carácter para ponerse por encima de la misma política?

Lo cierto es que si bien en un primer momento parece desprenderse de lo político (de la ideología constitucionalista)<sup>329</sup> al constitucionalismo jurídico, que vendría a ser la institucionaliza-

---

<sup>326</sup> Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 304, parafraseando a Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>327</sup> Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 306.

<sup>328</sup> *Ibidem*, p. 308.

<sup>329</sup> Que como vimos anteriormente llama constitucionalismo político.

ción del primero y además, un perfeccionamiento del mismo al dotarlo de garantías positivas mediante constituciones rígidas.<sup>330</sup> Luego —y aquí radica una importante objeción— se desprende o “autonomiza” lo jurídico de lo político, o peor aún, cambia su orden lógico, dejando a la política atada a lo jurídico y cerrándole la puerta para cualquier influencia, clausurando el punto de vista externo.

Pero los problemas con lo político también se presentan desde el punto de vista interno. Es decir, desde la disputa que se da por la interpretación/ concreción de las posibilidades del texto constitucional positivado, por parte de los miembros del grupo que las acepta como guía de conducta. Esto tiene que ver con lo que apuntara cuando vimos las distintas posibilidades de formulación de los derechos fundamentales en las constituciones, y que complica más las cosas para una propuesta como la de Ferrajoli.

Según vimos, el padre del garantismo propugna por una constitucionalización de los derechos de la forma más precisa posible, a modo de reglas, negando los conflictos entre derechos y dejando en consecuencia poco margen para la interpretación, tratando de evitar así los problemas de indeterminación del neoconstitucionalismo principialista y, a su criterio, de pérdida de normatividad de las constituciones. Este tipo de formulaciones “de detalle” estrecha aún más el ámbito de lo político, sin contar con que exacerbaba los problemas que se apuntaron de la rigidez.<sup>331</sup>

En este sentido, resulta importante el llamado de atención que nos realiza Greppi sobre la cuestión políticamente relevante de saber hasta dónde alcanza la claridad del lenguaje legal y dónde situamos la responsabilidad de su interpretación. Según este au-

---

<sup>330</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 1, *op. cit.*, p. 469.

<sup>331</sup> Recordemos: mayor posibilidad de error o desapego por parte de la ciudadanía, un texto que puede quedar rápidamente desactualizado, la dificultad para llegar a un consenso en este tipo de formulaciones (cosa que, en todo caso, no es importante para Ferrajoli) y por último, el menor margen de acción para los órganos representativos, que es de lo que me ocuparé aquí.

tor, Ferrajoli apuesta por la opción más exigente cuando reclama la ausencia de conflictos *relevantes* entre derechos. Así, la formalización de los derechos implica el ideal de su *despolitización interna*. La práctica de los derechos pierde así el contacto con la esfera en que se ejerce nuestra capacidad de autodeterminación. Pero para ello habría que demostrar que no hay margen alguno de discrecionalidad interpretativa,<sup>332</sup> cosa que, como se verá en el apartado siguiente, es bien difícil.

### III. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

#### 1. *La garantía jurisdiccional y la objeción democrática*

Como se anunció al comenzar a analizar los diseños institucionales del neoconstitucionalismo, junto a la rigidez constitucional se debe cumplir con una segunda condición necesaria para poder hablar de constitucionalización del ordenamiento jurídico, ésta es el control de constitucionalidad de las leyes. En el caso del neoconstitucionalismo se auspicia ese control en un sentido “fuerte”.

Ya adelanté que, según muchos autores, para poder garantizar la supremacía de la Constitución no basta con la rigidez del documento escrito, sino que es necesario que se ejerza *un control sobre la conformidad de las leyes a esa constitución*.<sup>333</sup> En este apartado presentaré la forma que el neoconstitucionalismo ha dado a

---

<sup>332</sup> Greppi, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *op. cit.*, pp. 341-364, p. 354.

<sup>333</sup> Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *op. cit.*, p. 51. Para otros autores en cambio, lo único que garantizaría la supremacía es el control judicial de constitucionalidad, no siendo necesaria la rigidez. Véase Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Razón y Voluntad en el Estado de Derecho*, *op. cit.*, p. 287: “...asumimos que las críticas a la rigidez constitucional deben ser diferenciadas de aquellas otras dirigidas a la supremacía de la Constitución, que justifica la existencia de los mecanis-

dicho control y discutiré su plausibilidad a la luz de la objeción democrática. Dejaré en cambio para el apartado siguiente la exposición de otras formas posibles de establecer dicho control de constitucionalidad propuestas por corrientes constitucionales alternativas, especialmente por el NCL.

El origen de esta idea se encuentra en Kelsen, para quien “la anulación del acto inconstitucional es la que representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución”.<sup>334</sup> O, de modo más contundente, la Constitución se encuentra garantizada sólo “cuando la anulación de los actos inconstitucionales es posible”.<sup>335</sup>

Como ya es sabido, para Kelsen esto tenía sentido únicamente en constituciones que obviarán toda “fraseología” o formulación abstracta. En ese sentido, la formulación de constituciones abiertas y llenas de valor —como las del neoconstitucionalismo principialista— choca de plano con la advertencia del autor de evitar los principios abstractos en las mismas, ya que —a su criterio— “no agregan nada al estado real del Derecho” y sin embargo, en el dominio de la justicia constitucional, pueden jugar un papel extremadamente peligroso. Esto en la medida en que un Tribunal Constitucional, llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley, podría anularla en razón de una concepción de un principio constitucional (de entre muchas posibles y en oposición con la de la mayoría de la población, y por tanto, con la de la mayoría del Parlamento que ha votado la ley), deviniendo su poder insostenible.<sup>336</sup>

---

mos de justicia constitucional”, con cita a Prieto Sanchís, Luis, “Constitución y democracia”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 154.

<sup>334</sup> Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 3-46, p. 22.

<sup>335</sup> *Ibidem.*, p. 23.

<sup>336</sup> *Ibidem.*, p. 35.

El problema que plantea Kelsen es real y actual, pero no es inevitable.<sup>337</sup> Así podría salvarse si se toman otras medidas institucionales que hagan que los jueces no detenten ese poder final de interpretar la Constitución, sin prescindir de su labor de control de constitucionalidad.<sup>338</sup> Pero no es este el único camino y menos aún el que toma el neoconstitucionalismo que, en lugar de morigerar el problema planteado por Kelsen, lo potencia. Así, si bien el control de constitucionalidad se puede ejercer de distintas maneras,<sup>339</sup> la opción del neoconstitucionalismo es que sea mediante un órgano jurisdiccional. Además dije, que el control es en sentido “fuerte”.

Lo que caracteriza este tipo de control judicial fuerte es que los jueces toman la decisión definitiva sobre las cuestiones de derechos. En palabras de Waldron, un sistema de control judicial fuerte es aquel en que los tribunales tienen la autoridad para negarse a aplicar una ley en un caso particular (a pesar de que la ley sea claramente aplicable al caso) o para modificar los efectos de esa ley de modo de volver su aplicación conforme con derechos individuales (en un modo en que la ley misma no prevé). Además, los tribunales en estos sistemas tienen la autoridad de establecer

---

<sup>337</sup> De hecho Cuenca Gómez, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, defiende la posibilidad de reconocer la relevancia de los contenidos materiales para la validez del derecho, desde un punto de vista positivista.

<sup>338</sup> Por ejemplo, mediante formas dialógicas de control de constitucionalidad. Véase Hogg, Peter W. y Bushell, Allison, “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn’t Such a Bad Thing After All)”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, núm. 1, 1997, pp. 75-124; Gardbaum, Stephen, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, pp. 707-760; Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, Igualitaria, Buenos Aires, 2014.

<sup>339</sup> Puede pensarse por caso en controles endógenos pero extra judiciales (como podría ser que lo ejerza el propio poder legislativo mediante comisiones *ad hoc*, etcétera), como así también exógenos, mediante la institucionalización de controles populares.

que una ley o disposición legislativa dada no sea aplicada, lo que la convierte de hecho en letra muerta. Una forma aún más fuerte de control judicial, según el autor, otorga poder a los tribunales para suprimir directamente una parte de la legislación del cuerpo legislativo.<sup>340</sup>

Como se puede apreciar, la tensión democrática que plantea este sistema fuerte de control judicial de constitucionalidad se produce al otorgarle la “última palabra” autoritativa en materia constitucional a los jueces. Sobre este punto es necesario hacer alguna precisión. Comúnmente se entiende por última palabra autoritativa a la que tiene una institución para definir una controversia con carácter final. En el caso de que esa última palabra la tenga la judicatura, significa que puede decidir sobre la constitucionalidad o no de una ley y, eventualmente, sobre la interpretación de determinados derechos y obligaciones definitivamente. Esta primera aproximación da pie para realizar una distinción importante a la hora de evaluar la objeción democrática, pues no es lo mismo que la última palabra de los jueces sea sólo sobre la constitucionalidad de la ley, a que se extienda también a la interpretación de su contenido.<sup>341</sup>

En el primer caso, las cortes superiores pueden decidir con carácter definitivo si una ley es o no constitucional (independien-

---

<sup>340</sup> Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1354. El tipo de control judicial “más fuerte” es el propio de los países europeos con Tribunales Constitucionales concentrados (en los que se centra el neoconstitucionalismo), aunque según el autor los verdaderos efectos de la autoridad de la Corte norteamericana, no son muy diferentes. *Ibidem.*, p. 1355. En igual sentido Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 170. Una crítica exhaustiva a este tipo de control judicial fuerte en Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>341</sup> Esta distinción en Niembro Ortega, Roberto, “Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales”, en Von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Estudios avanzados de Derechos Humanos. Democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Campus Juridico, Elsevier, 2013, pp. 112-140, p. 139.

temente de que con ello se expulse la ley del ordenamiento o se mantenga inaplicable, como es en los sistemas con control difuso), pero no sobre la interpretación definitiva de los derechos y obligaciones involucrados. En estos supuestos, otras instituciones (legislativas, administrativas, judiciales o de la sociedad civil) pueden realizar nuevas interpretaciones, diferentes a las expresadas por la corte, manteniendo la deliberación abierta.<sup>342</sup>

En el segundo caso en cambio, los jueces tienen la última palabra tanto sobre la constitucionalidad de la ley como sobre la interpretación (o lo que es lo mismo, son vinculantes para todos los poderes del Estado tanto el fallo como la doctrina constitucional<sup>343</sup>) por lo que se cierra la posibilidad de desacuerdo y de deliberación institucional con posterioridad a la sentencia, quedando abierta sólo la vía de la reforma constitucional para desafiar dicha interpretación judicial.<sup>344</sup> Este segundo caso, que es el más pro-

---

<sup>342</sup> Otro tema es hasta qué punto esas otras interpretaciones podrán prevalecer en un sistema fuerte, dado que en última instancia volverá a ser la judicatura quien decida sobre su constitucionalidad. Es cierto que en estos casos cabría esperar mayor debate y una reconsideración de la interpretación alternativa, con cierta deferencia por parte de la Corte (que incluso morigere la objeción democrática). Esta es la postura que adopta Niembro Ortega, Roberto, “Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n° 95, mayo-agosto 2012, pp. 139-168. Pero también es cierto que no hay mayores incentivos para que esto ocurra y podría ser que la corte desoyera cualquier otra interpretación distinta a la suya propia. Si ese fuera el caso no se solucionaría la objeción democrática, pues la palabra final seguiría en manos de los jueces. Esta postura menos optimista es sostenida por Bayón, Juan Carlos, *Seminario sobre la legitimidad de la Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 14 al 17 de enero de 2013.

<sup>343</sup> Imposibilitándose las respuestas legislativas a los fallos de la Corte. Véase Niembro Ortega, Roberto, “Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional”, *op. cit.*

<sup>344</sup> A esta situación en la que, excluida la posibilidad de reforma constitucional, no hay ningún otro cause por el que la voluntad del legislador pueda prevalecer, se le suele llamar de “supremacía judicial”. Volveré sobre este punto más adelante. Aquí sólo valga anotar que el mecanismo de reformar

blemático de cara a la objeción democrática, es el que en general, asumen los neoconstitucionalistas para su teoría.<sup>345</sup>

Como sucediera con el análisis de la rigidez constitucional, hay que decir que mucho se ha escrito desde que se consagró por primera vez el control judicial de las leyes hace unos 200 años.<sup>346</sup>

---

la Constitución para dar respuesta a los jueces en una interpretación polémica (con que muchos defensores de controles judiciales fuertes pretenden salvar la objeción democrática) no es el preferible. En primer lugar porque la reforma constitucional no puede ser un mecanismo de uso cotidiano, sino que es más bien excepcional. Además depende no sólo de la voluntad de los representantes populares, sino del grado de rigidez constitucional al que se enfrenten y de los costos políticos que apareje el pretender revertir una sentencia de inconstitucionalidad. Pero sobre todo en términos de ingeniería constitucional, porque en el afán de responder a la interpretación específica de los tribunales, se pueden producir como resultado reformas constitucionales precisas o “de detalle”, erosionando la abstracción constitucional y con ello la posibilidad de deliberación a largo plazo. Sobre el punto Bayón, Juan Carlos, *Seminario sobre la legitimidad de la Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, cit.

<sup>345</sup> En la práctica este sistema tiene reflejo en el ordenamiento alemán, cuya Corte Constitucional ostenta la última palabra sobre la constitucionalidad de las leyes y sobre la interpretación constitucional. Más discutido es el caso del sistema español, donde si bien el Tribunal Constitucional se ha auto-arrogado la última palabra en ambos sentidos, la doctrina está dividida respecto de la facultad o no del TC para dar la última palabra en materia interpretativa. Sobre este punto véase Niembro Ortega, Roberto, “Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional”, *op. cit.* Cabe adelantar que también se puede tener un control judicial de constitucionalidad sin última palabra en ninguno de los sentidos. Así por ejemplo en Canadá, a partir de la cláusula 33 conocida como *notwithstanding clause* (que inauguró un sistema “dialógico” de control de constitucionalidad, véase Tushnet, Mark, “The Hartman Hotz Lecture: Dialogic Judicial Review”, *Arkansas Law Review*, núm. 61, 2009, pp. 205-216, p. 205) si bien la Corte Suprema puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, la última palabra está en manos del legislativo que puede revertir esa decisión manteniendo temporalmente la constitucionalidad de la ley. Lo mismo ocurre con las interpretaciones constitucionales. Otros sistemas sin última palabra en manos de la judicatura son aquellos de Reino Unido y Nueva Zelanda, que configuran sistemas de “constitucionalismo débil”.

<sup>346</sup> En el caso *Marbury William vs. Madison James*, 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803), donde el juez Marshall dijo: “... hay solo dos alternativas demasiado

También que no en todos los países se recurre a las mismas fórmulas para articular ese control<sup>347</sup> ni se otorgan las mismas justificaciones para hacerlo.<sup>348</sup> No es posible, ni viene al caso hacer un repaso de todo el material disponible respecto al control judicial de constitucionalidad, sólo decir que, debido a la tensión que plantea con la democracia, un control judicial de constitucionalidad fuerte requiere justificaciones. Como bien dice Nino “no hay instituciones distintivas de la democracia desconectadas de una teoría valorativa que las justifica”.<sup>349</sup> Me detendré entonces en la siguiente cuestión:

---

claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley Suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si, en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza”. Sobre el punto véase Dorado Porras, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Dykinson, Madrid, 1997.

<sup>347</sup> Afirma en ese sentido Waldron: “Judicial Review, as we know it, comes in all sorts of shapes and sizes” Waldron, Jeremy, *Judicial Review and Judicial Supremacy*, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, New York University, Working Paper núm. 14-57, November 2014. Sobre el caso europeo véase Kelsen, Hans, “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12, 2009; Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1919)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987. Para una perspectiva comparada entre el modelo europeo y norteamericano véase Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional, una visión de derecho comparado*, Dykinson, t. I, Madrid, 2009.

<sup>348</sup> Ferreres Comella, Víctor, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, *op. cit.*, p. 356.

<sup>349</sup> Nino, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, p. 23.

## 2. *Justicia constitucional con supremacía judicial*

La defensa del control judicial de constitucionalidad que hace el neoconstitucionalismo es en el sentido más fuerte. Este tipo de control, a diferencia de otras formas posibles de establecerlo, tiende a generar un modelo de “supremacía judicial”. Me ocuparé en lo que sigue de explicar por qué los arreglos institucionales del neoconstitucionalismo, en general, propician una supremacía judicial y por qué esto es muy poco deseable.

Comenzaré con la definición que suele darse de supremacía judicial. Según Kramer, la supremacía judicial se refiere a la noción según la cual los jueces tienen la última palabra cuando se trata de interpretar la Constitución, determinando sus decisiones el significado de la Constitución para todos.<sup>350</sup> Por su parte, Waldron nos dice que por supremacía judicial se entiende una situación en la que (1) los tribunales resuelven temas importantes para todo el sistema político, (2) esas resoluciones son tratadas como absolutamente vinculantes para todos los otros actores del sistema político

---

<sup>350</sup> Kramer, Larry, *The people themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 125. También Friedman, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, part one: The road to Judicial Supremacy”, *New York University Law Review*, vol.73, núm. 2, mayo de 1998, pp. 333-433, distingue entre el control judicial de constitucionalidad y el control con supremacía judicial: “... concept of judicial supremacy, meaning that a Supreme Court interpretation binds parties beyond those to the instant case, including other state and national governmental actors”, p. 352. Waldron se distancia de la caracterización de Friedman, pues según él, Friedman considera supremacía judicial el mero hecho del *stare decisis*, es decir, el que las interpretaciones de la corte suprema sean autoritativas para otros casos más allá del que fue decidido. Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, *op. cit.*, pp. 29-30. Pero no creo que esa interpretación de Waldron haga justicia a la definición de Friedman, que claramente alude a las respuestas, por ejemplo de la presidencia (en el caso de Lincoln), frente a decisiones judiciales (como *Dred Scott*). Friedman, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, part one: The road to Judicial Supremacy”, *op. cit.*, p. 353.

y (3) los tribunales no tienen deferencia por las posiciones tomadas sobre esos temas por las otras ramas.<sup>351</sup>

Estas dos definiciones de supremacía judicial difieren aunque no son contradictorias. La de Kramer se refiere a la fuerza vinculante de la interpretación constitucional de la corte suprema, mientras que la conceptualización de Waldron se enfoca en una cuestión de prácticas o actitudes de la propia corte que puede derivar de esa fuerza vinculante. En otras palabras, la actitud judicial que Waldron describe como supremacía judicial puede derivar, entre otras razones, de que su interpretación constitucional es vinculante para los demás poderes. El punto es que no son lo mismo.

Dependiendo del sistema jurídico, la vinculación de todos los poderes a la interpretación constitucional de la corte suprema puede derivar de una auto-arrogación de la corte sobre la última palabra en materia de interpretación de la constitución —como es el caso de los Estados Unidos—, o de una interpretación de una disposición legal —como es el caso de Alemania—. <sup>352</sup> Ahora bien, sea que derive de una auto-arrogación o de la ley, el problema que nos plantea la supremacía judicial entendida como vinculación de los otros poderes a la doctrina de la corte suprema es que impide el diálogo con los otros poderes, en particular con el poder legislativo, en tanto bloquea la posibilidad de respuestas legislativas a las declaratorias de inconstitucionalidad. Como lo han puesto de manifiesto otros autores, la supremacía judicial en el sentido de

---

<sup>351</sup> Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.*, p. 1354, nota 22.

<sup>352</sup> Digo que se trata de la interpretación de una disposición legal pues de acuerdo con Limbach, en el caso de Alemania, el Tribunal Constitucional ha relativizado la fuerza vinculante de sus decisiones. Así, en el *Southwest Case* (1987) reconoció expresamente que el legislador tiene derecho a una segunda prueba y a acudir de nuevo al Tribunal. Es decir, la declaración de inconstitucionalidad de una norma no impide al legislador decidir una regulación materialmente igual o semejante si lo cree oportuno. Limbach, Jutta, "Papel y poder del Tribunal Constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 2o semestre, 1999, pp. 93-126; pp. 98-99.

Kramer impide que el poder legislativo pueda responder con una ley idéntica a la invalidada.<sup>353</sup>

Es cierto que los neoconstitucionalistas no entran explícitamente al debate sobre control judicial con o sin supremacía judicial (en el sentido de Kramer), pues dan por hecho que el control judicial conlleva la vinculatoriedad de todos los poderes a la interpretación constitucional del tribunal supremo. Así, por ejemplo, vale recordar las palabras de Alexy:

...quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales —esto es, en la práctica, quien logre que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal—, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política, de modo que habrá convertido en insuficiente una mayoría parlamentaria simple y tan sólo el propio Tribunal Constitucional Federal o bien la mayoría de los dos tercios exigida para la reforma constitucional por el artículo 79.2 LF, podrán alterar un tal estado de cosas.<sup>354</sup>

Dicho esto, enfoquémonos ahora en los tres problemas fundamentales que conlleva, según Waldron, la supremacía judicial como él la entiende: 1) el desplazamiento del auto-gobierno; 2) la reproducción del problema de la soberanía de Hobbes; y 3) la usurpación del papel de poder constituyente. Cada uno de ellos sería causado por ciertas prácticas que lograrían el ascenso de un control judicial de constitucionalidad a uno con supremacía judicial, a saber: 1) el dominio del gobierno por parte de los jueces; 2) la hegemonía sobre la ley; y 3) el poder de definir y redefinir la Constitución, respectivamente.<sup>355</sup> Como se puede apreciar, para Waldron, la noción de supremacía judicial supera aquella

---

<sup>353</sup> Niembro Ortega, Roberto, “Las respuestas legislativas a las declaratorias de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional”, *op. cit.*

<sup>354</sup> Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

<sup>355</sup> Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, *op. cit.*, p. 25. Seguiré este trabajo en las consideraciones que siguen.

del control judicial “fuerte” por la *forma* en que es ejercitada.<sup>356</sup> Permítaseme explicar brevemente estos problemas y al hilo de dicha explicación, pensar la propuesta institucional del neoconstitucionalismo.

Con respecto al primer problema, explica Waldron que si bien en todo sistema de control judicial de constitucionalidad fuerte el poder judicial toma decisiones sobre cuestiones que son fundamentales para la sociedad toda,<sup>357</sup> se pueden advertir ciertos límites. Estos límites son una cuestión de grado, pero en principio podría decirse que los tribunales no tienen el poder de *autodeterminación*, es decir, no deciden sobre la dirección social, económica y política de la sociedad.<sup>358</sup>

Ahora bien, dice Waldron, sería un error considerar que estos límites pueden lograrse simplemente aconsejando a los jueces que no sean muy “activistas”. Los límites dependen de la propia Constitución. Así, si la justicia constitucional está circunscrita a una “lista” de derechos más que a una plataforma integrada de políticas públicas, y resuelve casos particulares uno a uno, es más difícil llegar a una supremacía judicial. También influye, según el autor, que las constituciones prevean derechos económicos y sociales, pues éstos pueden alentar a los jueces a perseguir objetivos globales de justicia social. Sólo cuando el control judicial empieza a implicar ese tipo de visión programática, es cuando se dirige hacia la supremacía judicial.<sup>359</sup>

Con esto en mente pensemos ahora tanto en las constituciones europeas de la segunda posguerra y las nuevas constituciones latinoamericanas, como en la propuesta institucional neoconstitucio-

---

<sup>356</sup> *Ibidem.*, p. 11.

<sup>357</sup> De allí la objeción democrática que hemos estado analizando.

<sup>358</sup> *Ibidem.*, pp. 13-14.

<sup>359</sup> *Ibidem.*, pp. 28, 30. Lo mismo ocurre cuando los jueces se oponen a la visión o el programa global de políticas que deciden los poderes elegidos. Un ejemplo clásico de esta postura es la que tomó la Suprema Corte norteamericana en la llamada época *Lochner* (1880 a 1930) contra las políticas del *New Deal*.

nal. Por empezar con las constituciones, en ambos continentes éstas están plagadas de derechos económicos, sociales y culturales. En el caso de las nuevas constituciones latinoamericanas, además, se pueden detectar novedosos derechos que tienen que ver con las necesidades de cada país, enmarcados en ambiciosos programas políticos. Si a esto se agrega la previsión en todos los países de controles de constitucionalidad fuertes, el riesgo de un “activismo judicial” desmedido se incrementa.

Dicho esto cabe aclarar de inmediato que considero digna de bienvenida la previsión constitucional de estos derechos. Lo que ocurre es que junto con ellos debió preverse una forma de justiciabilidad compatible con el autogobierno. Como bien insiste Gargarella, al concentrar su esfuerzo en el área de los derechos, los reformistas sociales parecen descuidar o dejar de lado un necesario trabajo sobre el área de la organización del poder. De este modo, ellos dejan intocada la “sala de máquinas” de la Constitución, esto es, el área de la Constitución en la que se define cómo va a ser el proceso de toma de decisiones democrático.<sup>360</sup> Y esa omisión puede generar la expansión de poderes como el judicial, no muy compatibles con la propia democratización que la expansión de derechos podría esperar. Volveré sobre este punto y el análisis de posibles alternativas en el apartado siguiente.

Pasemos ahora a pensar en la doctrina propia del neoconstitucionalismo. Si bien es verdad que el papel que juega la teoría constitucional es bastante menor al lado de las previsiones constitucionales, también es cierto que sus ideas permean en la sociedad y en el modo de evaluar una práctica como legítima. En este sentido, el neoconstitucionalismo no ayuda a frenar, sino más bien propicia la supremacía judicial. Así vimos que se presenta a los tribunales no sólo como foros de principios, cuyas interpretaciones morales de la Constitución son superiores a cualquier interpretación extra judicial, sino que también se auspicia que, a

---

<sup>360</sup> Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism. 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 185-187.

través de la ponderación, sean los jueces los que vayan delimitando los vagos conceptos constitucionales para que de sus sentencias surjan “reglas” que sirvan para la resolución de todo futuro caso similar.<sup>361</sup> Además se da “al pueblo” el mero papel de ratificadores de la voluntad judicial, sin mayores herramientas para hacer valer sus eventuales desacuerdos. En el caso de Ferrajoli, incluso con su idea de que los jueces tienen la obligación de hacer cumplir lo “*no decidible que no*”, es decir, aquello que la legislatura no puede dejar de decidir (en referencia a los derechos sociales), se ha llegado a plantear el control judicial del presupuesto, de las políticas públicas y de las propias reformas constitucionales por parte de los jueces.<sup>362</sup>

Pasaré ahora a analizar el segundo problema que presenta Waldron como de “soberanía judicial”. Retomando a Hobbes, el profesor explica que el autor del Leviatán creía que en las sociedades bien ordenadas, el soberano (que era quien decía la ley) no estaba sujeto a ninguna ley (*uncommanded commander*). Así rechazaba la lógica del constitucionalismo (es decir, la posibilidad de limitar al soberano mediante la Constitución) con un argumento de regresión al infinito. Si se pretende controlar al soberano, pensaba, hay que hacerlo mediante otra entidad política (como una corte) que en ese caso se convierte en soberana, y si a su vez se pretende

---

<sup>361</sup> La teoría de Alexy es en este sentido paradigmática, al considerar que los derechos fundamentales no se hallan delimitados de forma precisa originalmente, sino que tienden a expandirse (por su dimensión ideal o utópica) y cuyos límites (excepciones) sólo podrán determinarse caso por caso, *ex nunc*. De allí que el derecho fundamental presente un carácter *prima facie* cuya determinación se confía a una ulterior ponderación *ad casum*. Véase también García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la Moralidad*, *op. cit.*, pp. 113-114.

<sup>362</sup> Remito a las críticas ya expresadas para no ser reiterativa, especialmente la de De Lora, Pablo, “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005.

controlar a la corte, se establece un nuevo soberano y así sucesivamente hasta la disolución del bien común.

Ahora bien, según Waldron el constitucionalismo intentó romper esta lógica *hobbesiana* con la división de poderes, pero lo hizo de forma precaria.<sup>363</sup> En efecto, como lo planteó Hamilton, la corte suprema no tendría poder de hacer la ley, sólo podría conocer los casos puntuales que le llegaran a ella, etcétera. Pero lo cierto es que la corte puede comportarse como si fuera la única e inapelable soberana de la Constitución, convirtiendo su poder en supremo.<sup>364</sup> Esto por ejemplo sucede cuando se arrogan la facultad única de interpretación de la Constitución, como si fueran sus dueños, sin prestar atención a lo que los otros poderes o incluso la sociedad civil considera al respecto.<sup>365</sup>

Además de retomar el ejemplo de la era *Lochner* de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, Waldron —al igual que Friedman— recuerda el caso *Cooper v. Aaron*<sup>366</sup> como momento de supremacía judicial. En ese caso la corte suprema sentenció el “principio básico que la judicatura federal es suprema en la exposición de la ley de la Constitución”.<sup>367</sup> Lo mismo hizo en 1997 al declarar inconstitucional el *Religious Freedom Restoration Act*. Este caso reviste particular interés pues se trata de un tema controvertido con largo recorrido. Cuenta Waldron que en 1990 la Corte cambió su criterio en la interpretación de la libertad religiosa,<sup>368</sup>

---

<sup>363</sup> Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, *op. cit.*, p. 17.

<sup>364</sup> Una defensa de este tipo de “soberanía judicial” en Rincón Salcedo, Javier, “La soberanía interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular”, *Universitas*, núm. 115, Bogotá, enero-junio de 2008, pp. 117-140. Cabe aclarar que las ideas de supremacía y soberanía judicial no son intercambiables; mientras que la primera se refiere a la última palabra en materia de interpretación constitucional, la segunda resalta la idea de *única palabra* en dicha tarea.

<sup>365</sup> Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, *op. cit.*, p. 32.

<sup>366</sup> *Cooper v. Aaron* 358 U.S.1, at 18 (1958).

<sup>367</sup> “... the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution”, *op. cit.*, p. 34.

<sup>368</sup> En el caso *Employment Division v. Smith*, 494 U.S.872 (1990).

optando por uno más restringido que venía discutiéndose en la doctrina desde hacía mucho tiempo. Unos años después la legislatura, en respuesta a la decisión de la corte, aprobó el *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) estableciendo un entendimiento distinto sobre la libertad religiosa. Bastaron cuatro años para que la cuestión llegara nuevamente a la corte con el caso *City of Boerne v. Flores*<sup>369</sup> y ésta restableciera su propia interpretación.

El argumento que en ese caso dio la corte fue el siguiente:

La experiencia nacional enseña que la mejor forma de preservar la Constitución se da cuando cada parte del Gobierno respeta tanto la Constitución como las acciones y determinaciones de las otras ramas. Cuando la Corte interpreta la Constitución, actúa dentro de las provisiones de la función Judicial, que implica el deber de decir lo que la ley es. [...] Cuando las ramas políticas actúan en contra del fondo de una interpretación judicial de la Constitución ya emitida, debe entenderse que en controversias o casos posteriores la Corte tratará sus precedentes con el respeto debido a sus principios establecidos, incluyendo *stare decisis* y que las expectativas en contrario deben ser rechazadas. El RFRA fue diseñado para el control de casos y controversias como el que está frente a nosotros; pero como las provisiones de la ley federal aquí están más allá de la autoridad del Congreso, son los precedentes de la Corte y no el RFRA los que deben primar.<sup>370</sup>

A esto se le llama supremacía judicial, es decir, a la actitud de los tribunales de considerar que sus razonamientos, sus precedentes y su doctrina deben prevalecer, independientemente de que ello nunca haya sido establecido en la Constitución. Declaraciones similares se encuentran en el caso español. Así por ejemplo el Tribunal Constitucional ha dicho que él: “es el único competente para la definición auténtica —e indiscutible— de las categorías y

<sup>369</sup> *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

<sup>370</sup> *Ibidem.*, pp 535-536. (Kennedy J.) citado por Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, *op. cit.*, p. 36. La traducción es propia. Cabe hacer notar que estos son los casos más emblemáticos de auto arrogación de la última palabra por la Corte Suprema norteamericana. Así, finalmente Waldron identifica como una de las manifestaciones de la supremacía judicial con lo que Kramer entiende por supremacía judicial, esto es, la vinculación de todos los poderes a la interpretación constitucional de la Corte Suprema.

principios constitucionales”.<sup>371</sup> Aunque hasta ahora no haya habido oportunidad de que se pronuncie frente a una respuesta legislativa directa, como en el caso norteamericano.

Por último, cabe considerar el tercer problema planteado por Waldron, el cual es que los máximos tribunales usurpen el papel de poder constituyente. Para esto se apoya en Sieyès y distingue un principio positivo y uno negativo en sus tesis. Según el primero, “el pueblo” —en tanto poder constituyente— puede elegir cualquier medio que quiera para modificar la Constitución. En ese sentido, no está sujeto a ninguna forma o procedimiento para reformarla (como en cambio sí lo están los poderes constituidos).

El segundo principio *negativo* de Sieyès, según Waldron establece que un sistema constitucional debe estar ordenado de tal manera que prohíba (y reduzca la perspectiva y plausibilidad de) que cualquier poder constituido tome para sí mismo el manto del poder constituyente. La idea sería que ningún poder constituido pueda ser identificado (o se identifique a sí mismo) directa o indirectamente con el pueblo.<sup>372</sup> En este segundo principio se concentra Waldron, que a su entender no aplica únicamente a los poderes representativos o electivos, sino a todos los poderes constituidos. Así nos dice que si bien no se puede argumentar contra el control judicial de constitucionalidad, que las legislaturas hablen por el pueblo, tampoco se puede aceptar que lo hagan los tribunales.<sup>373</sup>

Existe entonces un problema de supremacía judicial cuando los tribunales comienzan a pensar que ellos son la voz de la Constitución o del pueblo que hizo la Constitución.<sup>374</sup> Para ejemplificarlo, Waldron otra vez echa mano de un caso norteamericano,

---

<sup>371</sup> STC 31/2010, FJ 57.

<sup>372</sup> Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, *op. cit.*, pp. 18-21. De esa manera se reivindica el derecho único del pueblo de hablar en su capacidad de soberano.

<sup>373</sup> *Ibidem.*, p. 24.

<sup>374</sup> *Ibidem.*, p. 37.

esta vez referido al aborto.<sup>375</sup> En *Casey* la corte reafirmó la necesidad de mantener sus propios precedentes (*Roe v. Wade*) y así poder legitimarse a través del tiempo. Pero lo que destaca Waldron es que para ello la corte usó la siguiente retórica: "... la creencia [del pueblo] en sí mismo como un pueblo no es fácilmente separable de su comprensión de la autoridad con la que está investida la corte para decidir sus casos constitucionales y *hablar frente a todos los demás por sus ideales constitucionales*".<sup>376</sup>

Pero, continua Waldron, el problema no es sólo de retórica constitucional, sino que se vuelve más grave cuando se combina con teorías constitucionales como la del "árbol vivo".<sup>377</sup> Esta concepción entiende que el papel de los tribunales incluye el poder de revisar las comprensiones de la Constitución de modo de ir avanzando y adaptándola a nuevas realidades y valores. Con ello se trata a los tribunales como reformadores o redactores constitucionales (*constitution—framers or amenders*).<sup>378</sup>

Entonces, concluye el autor, si los tribunales tienen el derecho de hablar frente a todos por la Constitución como ésta realmente es, pero también por la Constitución como ha devenido o como ahora tiene que ser, se coloca a la Constitución por debajo de los tribunales y se establece a éstos como el vértice del sistema constitucional, con la ley constitucional bajo su control. Así, la constitución deja de ser el documento que restringe el poder de la corte, la corte se encuentra sin constricciones, imponiendo sus visiones

---

<sup>375</sup> *Planned Parenthood of South East Pennsylvania v. Casey*. 505 U.S. 833 (1992).

<sup>376</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>377</sup> Estas teorías están relacionadas a la redacción de una Constitución en términos abstractos.

<sup>378</sup> Waldron aclara que no toda concepción del "living tree" o "the living constitution" es problemática en este sentido. Así acepta que se vayan actualizando los valores que se establecieron hace dos siglos con los entendimientos actuales, pero no que se vaya más allá de esto para desarrollar visiones nuevas acerca de lo que (la Corte cree que) la Constitución debería haber prohibido (y no hizo) y actuar en consecuencia, *ibidem.*, p. 40.

sobre lo que una constitución del siglo XXI tiene que ser y en ese sentido, tomando el papel de poder constituyente.<sup>379</sup>

Ya adelanté en el apartado anterior la polémica respecto a la mejor manera de formular las cláusulas constitucionales, justamente de cara al momento de la interpretación. Allí vimos que la mayoría de los neoconstitucionalistas propician esta idea de la Constitución viva<sup>380</sup> como un modo de “resistencia” constitucional e incluso como forma de salvar la objeción democrática de “tiranía del pasado”. El problema, señalé en su momento, no es tanto la inclusión de estas cláusulas abiertas, cuanto determinar quién será el responsable de definir su contenido.

Si a esta discusión sumamos la idea de la Constitución como ley política, es decir, como una ley prospectiva que otorga la posibilidad de ir configurando el derecho como sensible al, y garante del cambio social,<sup>381</sup> podemos concluir que puede ser aconsejable formular una Constitución abierta, con posibilidades de *futuro*, en tanto y en cuanto se acompañe de otras previsiones a nivel interpretativo. Así, no toda formulación de la teoría del “árbol vivo” debe desembocar necesariamente en una supremacía judicial, sino tan sólo aquella que vaya acompañada de un diseño institucional donde el poder judicial sea el que tenga esa potestad de definición, o más bien, la última palabra sobre la interpretación constitucional, como es en el caso del neoconstitucionalismo.

Si en cambio se formula este tipo de teorías pero se la acompaña de un diseño institucional de tipo dialógico, donde los distintos poderes, así como la ciudadanía, participan en igualdad de condiciones en la configuración de sentido de las cláusulas cons-

---

<sup>379</sup> *Ibidem.*, p. 41.

<sup>380</sup> En igual sentido véase Díaz Revorio, Javier, *La Constitución como orden abierto*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, en particular el cap. IV.

<sup>381</sup> Véase Post, Robert y Siegel, Reva, “Democratic Constitutionalism”, en Balkin, Jack M. y Siegel, Reva (eds.), *The Constitution in 2020*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 25.

titucionales, entonces se pueden encontrar ventajas en la abstracción y apertura constitucional.<sup>382</sup>

Baste para concluir este punto dejar sentado que el control judicial de constitucionalidad con supremacía judicial, como lo propone el neoconstitucionalismo, implica unos costos muy altos en términos democráticos. No sólo por el hecho de quedarse con la última palabra en materia de decisión constitucional, sino también por arrogarse la exclusiva potestad interpretativa y la responsabilidad sobre la Constitución misma, dejando sin sentido la noción de autogobierno al volverse el vértice del sistema constitucional en su conjunto.<sup>383</sup>

### ***3. El neoconstitucionalismo como modelo constitucional fuerte y elitista***

El control judicial de constitucionalidad que retiene para sí la última palabra interpretativa, en conjunto con la rigidez constitucional contra-mayoritaria, hacen que se califique a los arreglos institucionales del neoconstitucionalismo como de “constitucionalismo fuerte”<sup>384</sup> o “elitistas”. Lo común a estos modelos fuertes es que identifican a las decisiones mayoritarias como potencialmente peligrosas y dan al derecho el lugar de la “corrección”, ubicándolo como instancia externa a la política, que evita los excesos de mayorías coyunturales.

---

<sup>382</sup> Que no es lo mismo que hacerle decir a la Constitución cosas que de ningún modo dice.

<sup>383</sup> Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, *op. cit.*, p. 43.

<sup>384</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional*, *op. cit.*, pp. 91 y ss., 216. Al constitucionalismo de Ferrajoli se lo ha calificado incluso de “Constitucionalismo fortísimo”. Véase De Lora, Pablo, “Luigi Ferrajoli y el Constitucionalismo Fortísimo”, *op. cit.*

El calificativo de “elitista” o “progresista” —para usar la terminología de Balkin<sup>385</sup>— tiene que ver con la actitud que esta forma de pensamiento toma frente a las creencias, actitudes y acciones de la masa de “ciudadanos comunes”.<sup>386</sup> Así el “progresismo”, que históricamente habría estado preocupado por el buen gobierno y las políticas públicas ilustradas para el bien común, considera que personas educadas y civilizadas pueden, a través del uso de la razón, determinar qué es lo mejor para la sociedad toda. La persuasión, discusión y el diálogo racional harían viable que individuos con diferentes visiones puedan acordar lo que requiere el interés público. Por ello se propicia que el gobierno y la participación pública se estructuren de modo de producir deliberaciones racionales y consenso acerca de las más importantes políticas públicas. En este proceso, la cultura y voluntad populares tendrían un papel que jugar, pero sólo después de una educación suficiente y de que sus elementos más pasionales hayan sido difuminados.<sup>387</sup>

Así, el “progresismo”<sup>388</sup> suele identificar la participación política ordinaria, común o popular como problemática, derivada de estados mentales o temperamentos defectuosos: emocionales, ignorantes, simples, irresponsables, arbitrarios, impulsivos, vulne-

---

<sup>385</sup> Balkin, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 268, 1995, pp. 1935-1990. Si bien el autor resalta que estas formas de pensamiento pueden darse tanto dentro del discurso liberal de izquierda como dentro del discurso conservador, centra su trabajo en el primero de ellos y lo mismo he hecho yo aquí. *Ibidem.*, p. 1944. Cabe resaltar que el autor enfrenta estas posturas elitistas con otras “populistas”, sobre las que volveré luego.

<sup>386</sup> *Ibidem.*, p. 1945. En igual sentido Parker, Richard, “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto”, *op. cit.*, p. 532, distingue dos tipos de “sensibilidades” y las llama “antipopulista” y “populista”, p. 553.

<sup>387</sup> Balkin, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *op. cit.*, p. 1947.

<sup>388</sup> O “anti-populismo” como discurso convencional en el derecho constitucional. Parker, Richard, “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto”, *op. cit.*, p. 558.

rables a cualquier influencia o manipulación, etcétera<sup>389</sup> y que tienen sus efectos en la ley ordinaria.

Frente a ello y como vimos, apuesta por una política de “mejor calidad” (alta política) que se refleja en la “inflación” del derecho constitucional (o constitucionalización del ordenamiento jurídico). El derecho constitucional, según este discurso, tiene la misión de “corregir los fallos presuntamente endémicos de la regla de la mayoría” y de salvaguardar a los individuos, las minorías o incluso algún órgano gubernamental, amenazados por la fuerza de la política ordinaria.<sup>390</sup>

Esta misión, como vimos, la lleva a cabo a través de los jueces, quienes estarían más calificados al momento de la toma de decisiones en tanto se hallan aislados de las presiones de la política ordinaria y pueden “trascenderla”, se presume que son razonables y que no están animados por intereses egoístas. Incluso para

---

<sup>389</sup> *Ibidem.*, p. 553, en oposición a conductas más “refinadas”, racionales, informadas, complejas, basadas en principios, deliberadas, independientes, críticas, etcétera. Un ejemplo clarísimo de esta postura “elitista” puede leerse en Rincón Salcedo, Javier, “La soberanía interpretativa de los tribunales constitucionales: análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular”, *op. cit.*, donde el autor, criticando al constitucionalismo popular insiste en que los tribunales deben escuchar pero mantenerse autónomos y soberanos frente a la opinión pública a la hora de interpretar la Constitución, entre otras cosas porque la opinión pública puede ser manipulada (p. 137). Además advierte el peligro que existiría de permitírsele al pueblo tan solo reformar la Constitución de manera de contrarrestar la acción de los tribunales constitucionales (sin que tenga el carácter de intérprete) puesto que, según él, esto estaría aceptando la idea de que “las interpretaciones de la Corte pueden ser derogadas por la expresión extralegal de una insatisfacción popular”, lo que crearía el espacio para un *populismo constitucional* en el que se busca “satisfacer sentimientos inmediatos y coyunturales sin objetivos de largo plazo, que chocan directamente con la lógica de la construcción de un orden constitucional estable”, p. 129.

<sup>390</sup> Parker, Richard, “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto”, *op. cit.*, pp. 558, 560. De hecho, según el autor, el anti-populismo encuentra a la política ordinaria o de la mayoría como peligrosa, en tanto si se le da libertad para gobernar resultará prejuiciosa, intolerante y tiránica. *Ibidem.*, p. 569.

reforzar ese aislamiento, afirma Parker, el derecho constitucional ha generado metodologías abstractas de razonamiento sobre sus temas (*standards*) que, por un lado, han erosionado la capacidad de la gente común de tomar parte de esos argumentos y, por otro lado, han amplificado la voz de la academia.<sup>391</sup>

En este sentido, ejemplos claros serían los relativos a las teorías neoconstitucionales de la ponderación, de la argumentación<sup>392</sup> o más aún, el método “axiomático” que utiliza Ferrajoli para su teoría y que se traduce en un volumen de más de 800 páginas de fórmulas lógicas<sup>393</sup> que pretenden reflejar un “sistema de conceptos y enunciados organizado según una estructura formal rigurosa y exactamente preestablecida”,<sup>394</sup> prácticamente inaccesible para los no expertos en derecho.

Bellamy denuncia estos arreglos institucionales del que llama “constitucionalismo legal” porque, a su criterio, son intentos de despolitizar la Constitución y por tanto pueden generar dominación.<sup>395</sup> Las dos estrategias de despolitización justamente coinci-

---

<sup>391</sup> El autor señala que desde los años 80 se ha generado una especie de “teoría constitucional” que se dedica a sistematizar esta inflación de metodologías de razonamiento para que puedan informar los argumentos constitucionales. *Ibidem.*, p. 562.

<sup>392</sup> Especialmente Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 96-97, 161; también del autor *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, y *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 1ª reimpresión, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008, seguido a su vez por Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

<sup>393</sup> Véase Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, *op. cit.*, vol. 3: *La sintaxis del derecho*.

<sup>394</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 1, *op. cit.*, p. 48.

<sup>395</sup> Bellamy, desde una visión republicana, advierte que la opresión supone perjudicar el interés de un individuo mediante formas de interferencia directa tales como la explotación, la violencia o la marginación. La dominación parte de un individuo o grupo que ostenta el poder y que ejercita tal interferencia sobre otros, o que ignora y anula sus opiniones e intereses. Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político*. *op. cit.*, p. 168.

den con las estrategias neoconstitucionalistas: 1) establecer límites a la esfera política (restringiendo la posibilidad de decidir sobre esos temas); 2) aplicar una forma de política “apolítica” para decidir ciertos asuntos concretos (estableciendo por ejemplo, controles judiciales de constitucionalidad de las leyes).<sup>396</sup>

Una concepción como la descrita va en contra de un entendimiento más robusto acerca de la democracia que, sin ser ingenuo, esté desnudo de prejuicios elitistas. Una concepción que no niega las bondades del constitucionalismo, pero que puede imaginar arreglos institucionales diferentes a los aquí presentados. Así, traslada la pregunta esencial desde cuál es la mejor comprensión de la constitución, hacia “*qué forma institucional* hace posible que dicha comprensión se exprese, qué tipo de problema es determinar la correcta interpretación de nuestros conceptos constitucionales”.<sup>397</sup>

En el apartado siguiente trataré de dar respuesta a estas preguntas, presentando algunas formas alternativas de entendimiento constitucional. Asimismo compararé las teorías que subyacen a las propuestas neoconstitucionalistas con las que pueden servir de fundamento para sus alternativas, intentando encontrar respuesta a la pregunta que se planteó al iniciar este trabajo: ¿En qué se diferencia el modelo neoconstitucional del modelo del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano?

---

<sup>396</sup> *Ibidem.*, p. 163.

<sup>397</sup> Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, *op. cit.*, p. 78, la cursiva me pertenece. En un sentido similar, Kramer insiste en cambiar la pregunta fundamental desde cuál sea la mejor forma de interpretar la Constitución a otra sobre *quién* debe hacerlo y con qué efectos. Kramer, Larry, “Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint”, *California Law Review*, vol.100, 2012, pp. 621-634, p. 624.

#### IV. LAS CORRECCIONES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: LA PARTICIPACIÓN POPULAR

Como ya se dijo, el modelo institucional del neoconstitucionalismo se ha calificado como un modelo de constitucionalismo fuerte y elitista. Ese calificativo se debe principalmente a dos caracteres: por un lado, la desconfianza que se presenta frente a la “gente común” y sus capacidades en materia constitucional; y por otro lado (y en consecuencia o por causa de), las fuertes restricciones constitucionales que se prevén para el control de su expresión, entiéndase la rigidez constitucional contra-mayoritaria y el control de constitucionalidad con supremacía judicial.

En lo que sigue haré un repaso por las decisiones institucionales que tomó el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y que desafían el elitismo propio del neoconstitucionalismo a fin de poder realizar una comparación. Algunas aclaraciones deben hacerse ante este enunciado. Para empezar, ninguna de estas corrientes es homogénea en su interior. Ya vimos que no existe uno sino varios neoconstitucionalismos (neoconstitucionalismo *propriamente dicho*, *normativo* y *garantismo*) y que incluso hay autores que niegan que se trate de una corriente diferente al constitucionalismo *tout court*. Algo similar ocurre con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano que, aunque podría considerarse “un modelo teórico que tiene expresión —con modalidades distintas— en algunas realidades constitucionales,<sup>398</sup> lo cierto es que su desarrollo se ha producido más bien “en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones populares y de los movimientos socia-

---

<sup>398</sup> Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. (Una perspectiva crítica)”, *op. cit.*, p. 353; aunque el autor, siguiendo a Viciano Pastor y Martínez Dalmau, distingue el “nuevo constitucionalismo” como corriente teórica —a la que aquí aludo—, del “nuevo constitucionalismo latinoamericano” como modelo constitucional con plasmación institucional en la realidad o “fenómeno constitucional”.

les que de planteamientos teóricos coherentemente armados”<sup>399</sup> y por tanto, también es muy diversa. En este libro he utilizado el término Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano indistintamente para referirme a la corriente teórica como ahora al modelo institucional.

Por otro lado, el desarrollo de cada una de estas doctrinas se ha dado en contextos absolutamente diferentes. Así, mientras el llamado neoconstitucionalismo nació a la luz de las experiencias jurídicas europeas de la segunda posguerra —aunque eso no ha sido óbice para que se valiera de autores de otras procedencias e incluso para que tenga una gran influencia sobre el pensamiento latinoamericano en particular—, el Nuevo Constitucionalismo ha surgido en ciertos países de Latinoamérica y pretende ser además, un constitucionalismo “auténtico” (autóctono), que responda a los problemas propios de la región.

Estas características que *prima facie* parecieran hacer muy difícil una comparación, pueden dejarse de lado si nos centramos no tanto en las bases culturales de estas corrientes o en su historia, cuanto en sus pretensiones normativas.<sup>400</sup> En este sentido, abstraeré algunas ideas —a mi criterio— principales de esta corriente y repararé en las teorías subyacentes a las mismas para analizar sus opciones institucionales.

---

<sup>399</sup> Véase Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>400</sup> Que es lo que he hecho al momento de analizar el neoconstitucionalismo y que centra este trabajo en una visión “general” del constitucionalismo según la definición de Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, *op. cit.*, pp. 3-5. También del autor “The Core of the Case Against Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1352; donde explica: “What is needed is some general understanding, uncontaminated by the cultural, historical, and political preoccupations of each society”. Lo que no quiere decir que el contexto cultural, histórico y político no sea importante o incluso determinante a la hora de pensar en aplicar las propuestas normativas a determinadas realidades.

### ***1. Los arreglos institucionales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, aun en tensión***

Éste es sin duda el capítulo más novedoso y ecléctico de la corriente en estudio. Ante todo decir que los diseños institucionales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano se pueden adscribir fácilmente al constitucionalismo fuerte<sup>401</sup> aunque no elitista.<sup>402</sup> Lo primero, que lo acerca a modelos neoconstitucionalistas, se ve reflejado en la previsión de constituciones rígidas, con control judicial de constitucionalidad de las leyes “fuerte” como señalé anteriormente. Lo segundo, que lo acercaría a modelos propios del llamado constitucionalismo popular,<sup>403</sup> se nota en el protagonismo que se le da a la participación popular.<sup>404</sup>

Esa participación va mucho más allá del acto constituyente o de la elección de representantes, pues se prodiga a lo largo de los textos constitucionales en ámbitos como la iniciativa popular,

---

<sup>401</sup> Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *op. cit.*, p. 124.

<sup>402</sup> De hecho hay una voluntad expresa de “trascender el constitucionalismo de élites hacia un constitucionalismo popular”, Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 42. Como expresan Nolte, Detlef y Schilling-Vacaflor, Almut, “Introduction”, *op. cit.*, p. 19. “It would be mistaken to describe the constitutional changes of Venezuela, Bolivia and Ecuador simply as top-down processes; this would not do justice to their multi-faceted nature. [...] The aforementioned constitutions were perceived as instruments to reconfigure the relationships between the state and citizens [...] the adoption of the new constitutions was part of bottom-up process, including legal mobilization, and was among the central demands of social movements and citizens that were discontent with the previous social and political order”.

<sup>403</sup> Me permito remitir sobre el tema Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto, *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2013.

<sup>404</sup> Al punto que se hable de estas constituciones casi como de “orgías participacionistas”, véase Palacios Romeo, Francisco, “La reivindicación de la polis: Crisis de la representación y nuevas estructuras constitucionales de deliberación y participación en Latinoamérica”, *op. cit.*, p. 177, en alusión a la Constitución ecuatoriana.

legislativa y constitucional; el referendo aprobatorio, consultivo, revocatorio y abrogatorio<sup>405</sup> o los cabildos abiertos o populares.<sup>406</sup> Además, a nivel legislativo se prevén instituciones como la “silla vacía”,<sup>407</sup> cuotas para mujeres, pueblos indígenas y campesinos y otras minorías. También se refleja en instancias ciudadanas de control de la gestión pública<sup>408</sup> y en el reconocimiento de formas de democracia comunitaria desarrollada por los pueblos indíge-

---

<sup>405</sup> Pisarello, Gerardo, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución venezolana de 1999”, p. 10, disponible en <http://www.rebellion.org/docs/96201.pdf>. Por ejemplo, la Constitución venezolana en su artículo 70 prevé la participación ciudadana en la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas mencionadas, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas. En Ecuador, los artículos 103-113 consagran la consulta popular y la revocatoria del mandato.

<sup>406</sup> Artículo 11 de la Constitución de Bolivia, artículo 100 en Ecuador y artículo 70 en Venezuela. Este punto es destacado también por Gargarella, Roberto, “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, artículo presentado en el seminario de profesores del ITAM, el 4 de febrero de 2015, p. 14.

<sup>407</sup> Según el artículo 101 de la Constitución de Ecuador: “Las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados serán públicas, y en ellas existirá la silla vacía que ocupará una representante o un representante ciudadano en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en su debate y en la toma de decisiones”. El artículo 77 de la Ley de Participación Ciudadana regula el mecanismo, dándole voz y voto al ciudadano que se considere representante de la sociedad civil. La modalidad para la elección de él o ella y para su participación es regulada por cada gobierno autónomo descentralizado en el que la institución se realiza. Véase Ramírez, F. y Espinosa, A., “Ocupando la silla vacía. Representación y participación en el tránsito posconstitucional del Ecuador”, *Cuadernos del Cendes* 81, núm. 29, 2012, pp. 109-40.

<sup>408</sup> Como la creación del “Poder Ciudadano” en la Constitución de Venezuela (Título V, Capítulo IV), el “Poder de Transparencia y Control Social” en la Constitución de Ecuador (Capítulo V, Título IV), y la función de “Participación y Control Social” en la Constitución de Bolivia (artículos 241 y 242). Solo este último está previsto por fuera de las instituciones del Estado y reconocido como una organización circunstancial y comunitaria del pueblo. Véase Noguera, Albert, *El sujeto constituyente: Entre lo viejo y lo nuevo*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 144-45.

nas.<sup>409</sup> Además, se establecen defensorías del pueblo, presupuestos participativos y consulta previa para pueblos indígenas. Finalmente, la participación no se agota en las instancias formales, sino que surge también de la previsión de mecanismos informales como las asambleas barriales, los consejos abiertos, los comités de control, los observatorios ciudadanos y el derecho de resistencia.<sup>410</sup>

Ahora bien, esta aludida cercanía con otras corrientes constitucionales no quita su fuerte originalidad,<sup>411</sup> en tanto el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano refleja la voluntad de refundar ese legado en clave republicano-democrática con el objeto de dar respuesta a alguno de los principales retos que el siglo XXI plantea a la región.<sup>412</sup> Veamos.

Ya adelanté que la previsión de rigidez constitucional es bien distinta a la sostenida por las constituciones propias del neoconstitucionalismo, en tanto aquí la rigidez es plenamente aplicable a los poderes constituidos, mas para el poder constituyente (originario) no existen cotos vedados ni ámbitos indecidibles. Tampoco el control de constitucionalidad puede asimilarse sin más a sus pares europeos, puesto que el Nuevo Constitucionalismo Latino-

---

<sup>409</sup> Véase Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *op. cit.*, p. 117, también De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, *op. cit.*, pp. 118-122, en lo que se llama democracia intercultural.

<sup>410</sup> Contemplado expresamente en el artículo 98 de la Constitución de Ecuador. Sobre el tema véase Noguera Fernandez, Albert, “What do we mean when we talk about ‘Critical Constitutionalism?’”, *op. cit.*

<sup>411</sup> En ese sentido sin duda el caso boliviano es el ejemplo más rotundo de transformación institucional, en cuanto avanza hacia un Estado plurinacional, con un Tribunal Constitucional plurinacional elegido directamente por la ciudadanía. Véase Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 35. En contra de esta afirmación, Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, pp. 370-371; también Gargarella, Roberto, “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, *op. cit.*, p. 1.

<sup>412</sup> Pisarello, Gerardo, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución venezolana de 1999”, *op. cit.*, p. 2.

americano se ha tomado en serio la objeción democrática y ha intentado salvarla de diversas maneras. En ese orden de ideas ha establecido la posibilidad de proponer así como de objetar candidatos al máximo Tribunal Constitucional,<sup>413</sup> incluso en el caso de Bolivia, se prevé la elección directa de sus miembros por parte de la ciudadanía.<sup>414</sup>

Asimismo se determinan expresamente los criterios de interpretación de los preceptos constitucionales para evitar lo más posible la discrecionalidad judicial,<sup>415</sup> cuales son el tenor literal del texto, la voluntad del constituyente, así como la integralidad de la Constitución.<sup>416</sup> Esto, como decía *supra*, demuestra la desconfianza hacia el poder judicial, al que se ordena, en caso de conflicto de derechos, beneficiar a los grupos sociales más débiles con la

---

<sup>413</sup> Constitución de Bolivia: artículo 199.II, en la Constitución de Venezuela: artículo 264. En este sentido es interesante lo que ocurrió en Ecuador luego de que Lenín Moreno asumiera la presidencia en 2017. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social desmanteló la Corte Constitucional del país debido al alegado vínculo existente entre sus miembros y el gobierno anterior, nombrándose una composición completamente nueva. Véase <<https://www.vistazo.com/seccion/pais/politica-nacional/consejo-destituye-todos-los-jueces-constitucionales>>. Wolff, J., 'Ecuador After Correa: The Struggle Over The "Citizens" Revolution', *Revista de Ciencia Política*, núm. 38, 2018, pp. 281-302.

<sup>414</sup> El artículo 198 de la Constitución de Bolivia permite la elección popular de Jueces de la Corte Constitucional Plurinacional de Bolivia. Asimismo se prevé la elección popular de jueces del Tribunal Supremo, del Tribunal Agroambiental y del Consejo de la Magistratura.

<sup>415</sup> Aunque es cierto que, como advierte Salazar en su crítica, debido a la extensión del articulado y la gran variedad de tradiciones, ideologías y cosmovisiones que recogen, los documentos constitucionales en estudio se prestan a las más diversas interpretaciones, que en suma, quedan en manos de los jueces. Salazar Ugarte, Pedro, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano", *op. cit.*, pp. 356, 360. Lo mismo, sin ser crítico, señala Pazmiño Freire, Patricio, "Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *op. cit.*, p. 45: "...existe la tendencia a que sean los jueces, y no el Parlamento o el Gobierno, los que asumen el rol fundamental en la creación del Derecho por medio de su función de intérpretes de la Constitución".

<sup>416</sup> Artículo 196.II de la Constitución de Bolivia y artículo 427 de la Constitución de Ecuador.

interpretación.<sup>417</sup> Por último se otorga amplio acceso de la ciudadanía a los tribunales e incluso la legitimación activa universal para la presentación del recurso de inconstitucionalidad.<sup>418</sup>

Ahora bien, este tipo de diseños institucionales genera fuertes tensiones al interior del modelo en estudio que es advertida por casi la unanimidad de la academia. Esto pues es difícil pensar en el establecimiento de modelos de justicia constitucional fuerte que al tiempo pretendan una participación amplia de los movimientos sociales y la ciudadanía en general para la determinación del contenido constitucional.<sup>419</sup> Menos aún puede esperarse el desarrollo de la participación de la ciudadanía que las constituciones prevén, con una organización del poder concentrada políticamente y centralizada territorialmente, “que se mantiene en pie desde mediados del siglo XIX”.<sup>420</sup> Aunque al parecer, estas conciliaciones hayan sido la aspiración del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, que ha considerado como vía posible para cambiar la correlación de fuerzas sociales y generar cambios redistributivos,

---

<sup>417</sup> Bolivia es el ejemplo más claro. Véase Noguera Fernández, Albert, “Derecho Antidiscriminatorio y Protección de los Colectivos en Situación de vulnerabilidad en las constituciones de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009”, *op. cit.*, pp. 175 y ss.

<sup>418</sup> Véase Noguera, Albert, “Las nuevas constituciones andinas y la articulación democrática entre justicia constitucional, conflicto y transacción social”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2013, p. 178; resaltando que el hecho de que los ciudadanos puedan participar en el planteamiento de acciones de inconstitucionalidad ante las cortes, determina el carácter más popular de la justicia constitucional, p. 172.

<sup>419</sup> Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, pp. 376-381. Gargarella, Roberto, “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina*, *op. cit.*, p. 97. Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *op. cit.*, pp. 131-133.

<sup>420</sup> Gargarella, Roberto, “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, *op. cit.*, pp. 6 y 12.

contar con Ejecutivos fuertes amparados en la Constitución normativa.

Otra nota de originalidad en este aspecto institucional surge de la implementación de nuevas funciones y poderes del Estado que se apartan de la tripartición liberal clásica. En este sentido se crean,

el Poder Electoral y un Poder ciudadano de control ('cuarto poder'), que toma el nombre de 'Poder Ciudadano' en la Constitución de Venezuela (Título V, Capítulo IV), 'Poder de Transparencia y Control social' en la ecuatoriana de 2008 (Capítulo quinto. Título IV 'Participación y organización del poder'), y función de 'Participación y control social' en la boliviana de 2009 (arts. 241 y 242).<sup>421</sup>

Esto genera una complejidad institucional<sup>422</sup> que puede apalear cierta fragilidad, puesto que muchas de las instituciones no han sido probadas con anterioridad y por tanto, no se puede saber qué grado de utilidad o problemas vayan a tener.<sup>423</sup> En este sentido se advierte sobre las dificultades para diseñar obras de macro-ingeniería (que intentan establecer las condiciones materiales para el constitucionalismo) dado que son demasiadas las conse-

---

<sup>421</sup> Noguera, Albert, "Las nuevas constituciones andinas y la articulación democrática entre justicia constitucional, conflicto y transacción social", *op. cit.*, p. 17. Como explica el autor: "Se trata, sobre todo en el caso de Ecuador, de un órgano de contra-poder, conformado por representantes de la sociedad civil, contra las decisiones del gobierno, aunque en la práctica, la intromisión del gobierno en el proceso de nombramiento de sus miembros haya mermado sus potencialidades de control y enfrentamiento contra el Poder".

<sup>422</sup> Salazar Ugarte, Pedro, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano", *op. cit.*, p. 356. Que no complejidad lingüística, "debido a la voluntad de trascender el constitucionalismo de élites hacia un constitucionalismo popular". Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, "Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *op. cit.*, especialmente p. 41. Esto último es importante en contraste con la aludida sofisticación que ha desarrollado el neoconstitucionalismo en materia de interpretación constitucional.

<sup>423</sup> *Ibidem.*, p. 39. Una crítica fuerte al abandono de la ortodoxa separación de poderes, se halla en Couso, Javier, "Las Democracias Radicales y el 'Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano'", disponible en [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Couso\\_CV\\_Sp\\_20130420.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Couso_CV_Sp_20130420.pdf), p. 21.

cuencias no intencionadas que no podemos prever ni controlar. Asimismo, se cuestiona la capacidad política para implementar reformas de tal magnitud.<sup>424</sup>

Además de estas innovaciones, destaco por último —aunque no por eso menos importante— que las nuevas constituciones contienen apartados dedicados a la relación entre Estado y economía, con un fuerte protagonismo del primero, al punto que se habla de “constituciones dirigistas”<sup>425</sup> y de “gobierno económico”.<sup>426</sup> Esta intervención estatal en la economía, por un lado se desmarca abiertamente de los tipos (neo) liberales de Estado y de la concepción capitalista de mercado que los acompaña.<sup>427</sup> Por otro lado, tiene por fin hacer efectivos los objetivos de igualdad material entre las personas y grupos que tienen estas constituciones latinoamericanas<sup>428</sup> y el respeto al medio ambiente. Ambas cuestiones, siguen la lógica participativa ya aludida. Así, destacan instancias de atención ciudadana, instituciones de autogestión, cogestión, cooperativas, cajas de ahorro, empresas comunitarias y demás formas asociativas guiadas por los valores de mutua cooperación y solidaridad.<sup>429</sup> El fortalecimiento de este proyecto, se confía si-

---

<sup>424</sup> Curtis, Christian y Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, *op. cit.*, p. 40.

<sup>425</sup> Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *op. cit.*, p. 127.

<sup>426</sup> Maestro Buelga, Gonzalo, “El nuevo constitucionalismo económico latinoamericano”, en Storini, Claudia y Alenza García, José Francisco (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 93.

<sup>427</sup> Como también se diferencia del constitucionalismo social de tipo europeo, aun cuando pueden encontrarse elementos comunes. *Ibidem.*, pp. 86-88,90. Se habla así de tendencias anticapitalistas y anticoloniales: De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, *op. cit.*, p. 85; en igual sentido Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *op. cit.*, p. 116.

<sup>428</sup> Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>429</sup> Artículo 70 de la Constitución de Venezuela.

multáneamente al reforzamiento de la unidad latinoamericana y la autonomía en las relaciones internacionales.<sup>430</sup>

## 2. *La relación con la teoría democrática. ¿Populismo constitucional?*<sup>431</sup>

Resulta fundamental dilucidar a qué teoría de la democracia responde el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ya que allí descansa toda su legitimidad. A diferencia de las teorías democráticas fuertemente sustancialistas que acompañan los desarrollos neoconstitucionalistas,<sup>432</sup> el NCL se apoya en lo que éste mismo define como “democracia participativa”<sup>433</sup> y como vimos, instrumenta los mecanismos vinculantes para que dicho adjetivo tenga sentido, incluidos mecanismos de democracia directa. Pero más allá de esa calificación, quisiera indagar un poco en el trasfondo de la propuesta.

Hay acuerdo en que la democracia participativa no cuestiona la esencia del sistema de democracia representativa, sino que se configura como un complemento.<sup>434</sup> Ahora bien, a mi criterio dos

---

<sup>430</sup> Pisarello, Gerardo, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución venezolana de 1999”, *op. cit.*, pp. 2,15.

<sup>431</sup> Algunas de las ideas de este apartado se pueden encontrar publicadas previamente, de modo más exhaustivo en “El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales”, en Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo Progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, UNAM, México, 2016, pp. 63-94, y en “Reactive vs. Structural approach: a public law response to populism”, *op. cit.*

<sup>432</sup> Como son las concepciones de la democracia de los autores referidos en la primera parte del libro: Ferrajoli, Dworkin, Alexy, Nino, entre otros.

<sup>433</sup> En la Constitución de Venezuela de 1999: preámbulo y artículos 6, 18, 55, 62 entre otros. En la Constitución de Bolivia, artículo 11. En la Constitución de Ecuador, se habla de “Participación en democracia” en el Título IV, capítulo primero, sección tercera.

<sup>434</sup> Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 45. Para otros autores es una “superación”, véase Castro Riera, Carlos, “Valoración jurídico-

concepciones subyacen con fuerza a este modelo de democracia y otra se yergue amenazante ante el fracaso de estos ideales. Me refiero en primer lugar a la concepción agonista de la democracia, en segundo lugar a cierta forma de democracia deliberativa y por último a un eventual desenlace populista de la democracia en Latinoamérica.

Comenzando por el primer modelo, la llamada a tipos de democracia radical<sup>435</sup> o “agonista”.<sup>436</sup> Muchos teóricos del Nuevo Constitucionalismo no dudan en basar su apoyo a esta corriente en su “crítica a la democracia liberal, y especialmente a algunos de sus presupuestos centrales como la asunción de que la sociedad es culturalmente homogénea, que el conflicto social se puede superar, y que las relaciones de poder sociales no juegan, o no deberían jugar, ningún papel en un esquema democrático de organización política”.<sup>437</sup>

Para el modelo agonista, poder y legitimidad están inevitablemente vinculados y esto hace que se critique por imposible el modelo de democracia deliberativa que ata la legitimidad a la pura racionalidad.<sup>438</sup> Para esta lógica, el problema de la democracia deliberativa es que no reconoce la dimensión de poder y antagonismo ínsita en las relaciones políticas de la sociedad democrática.

---

política de la Constitución de 2008”, p. 116 y Noguera Fernández, Albert, “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, p. 137, ambos en Ávila Santamaría, Ramiro *et al.* (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

<sup>435</sup> Según Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 384. También para Couso, Javier, “Las Democracias Radicales y el ‘Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano’”, *op. cit.*

<sup>436</sup> Según la caracterización de Mouffe, Chantal, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, 2a. ed., Gedisa, Barcelona, 2012.

<sup>437</sup> Según lo que Martí, José Luis, *La república deliberativa*, *op. cit.*, p. 71, considera los puntos en los que coinciden los defensores de la democracia agonista o radical.

<sup>438</sup> Mouffe, Chantal, “Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?”, *Social Research* 66, núm. 3, 1999, pp. 745-758, p. 753.

De allí que proponga concentrarse no en cómo eliminar el poder de las relaciones sociales (de “lo político”) sino en cómo constituir formas de poder compatibles con los valores democráticos.

Así, el modelo que también se llama de “pluralismo agonista” concibe “la política” como el conjunto de prácticas, discursos e instituciones que buscan establecer cierto orden y organizar la coexistencia humana en condiciones que son siempre potencialmente conflictivas porque están afectadas por la dimensión de “lo político”. Es decir, la política consiste en “domesticar las hostilidades”<sup>439</sup> y se convierte en democrática cuando el *otro* pasa de ser un “enemigo” para destruir, a ser un “adversario” cuyas ideas tiene derecho a defender. Esta “transformación” ocurre con la adhesión compartida de principios ético-políticos de la democracia que hacen que se pase del antagonismo entre enemigos al *agonismo* entre adversarios.<sup>440</sup>

De cualquier modo, esta “domesticación” no elimina las pasiones ni considera que un consenso racional es posible, sino que moviliza esas pasiones a través de diseños democráticos que hacen posible que se acepte que cualquier consenso que exista es el resultado temporal de una hegemonía provisional como estabilización del poder, que siempre implica exclusiones.<sup>441</sup> La advertencia contra la ilusión de una democracia completamente conseguida (o completamente inclusiva) es la fuerza que según Mouffe mantiene la contienda democrática viva.<sup>442</sup>

Esta concepción ha sido pasible de importantes críticas, especialmente destaca la que la acusa de provocar un colapso de la

---

<sup>439</sup> *Ibidem.*, p. 754.

<sup>440</sup> *Ibidem.*, p. 755. Esta adhesión compartida de principios ético-políticos es considerando muy diferentes interpretaciones de los mismos, por lo que se trata de un consenso conflictivo, p. 756.

<sup>441</sup> *Ibidem.*, p. 756. Sobre el concepto de hegemonía véase también Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemony and Socialist Strategy. Toward a Radical Democratic Politics*, Verso, Londres, 1985.

<sup>442</sup> Mouffe, Chantal, “Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?”, *op. cit.*, p. 757.

idea de legitimidad, en tanto no permite construir ningún criterio independiente de las preferencias de los individuos.<sup>443</sup> Una crítica que nos vuelve a llevar al difícil equilibrio entre las ideas sustancialistas y procedimentales para sustentar la legitimidad. Además, hay que decir que este modelo “agonista” no es un modelo normativo de democracia que pueda guiar nuestras instituciones, sino que más bien es descriptivo y que aquí nos sirve para rebatir la ilusión consensualista del neoconstitucionalismo.

En segundo lugar —y en muchos casos de forma concomitante— se habla de modelos de democracia deliberativa,<sup>444</sup> aunque no de tipo liberal, como puede hallarse en las corrientes neoconstitucionalistas, sino en clave republicana. Esto puesto que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano pone énfasis en “la esfera pública”, las condiciones materiales para el funcionamiento de la democracia,<sup>445</sup> la apertura e inclusión en la deliberación, etcétera; rasgos que hacen pensar en un modelo deliberativo alternativo tanto al liberal como al comunitarista, y que podría calificarse como “modelo crítico”.<sup>446</sup> Con la misma idea se destacan la emergencia y reconstrucción de sujetos colectivos y el establecimiento de mecanismos de participación y confrontación para que esos sujetos utilicen en y contra el Estado.<sup>447</sup> En este aspecto son evi-

---

<sup>443</sup> Martí, José Luis, *La república deliberativa*, *op. cit.*, pp. 74-75.

<sup>444</sup> “La democracia deliberativa es siempre la condición *sine qua non* de la democracia participativa. Así como es, también, el imperativo esencial de una democracia representativa”. Palacios Romeo, Francisco, “La reivindicación de la polis: Crisis de la representación y nuevas estructuras constitucionales de deliberación y participación en Latinoamérica”, *op. cit.*, p. 173.

<sup>445</sup> En ese sentido se habla también de democracia “material”. Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 37.

<sup>446</sup> Por utilizar la categoría de Forst, Rainer, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, *Ratio Juris*, vol. 14, núm. 4, diciembre 2001, pp. 181, 183 y 186.

<sup>447</sup> Noguera Fernandez, Albert, “What do we mean when we talk about ‘Critical Constitutionalism?’”, *op. cit.*, p. 105.

dentes las similitudes que se encuentran con los postulados del constitucionalismo popular.<sup>448</sup>

Otros autores, de un modo más ambicioso (y sustantivo), aluden a una democracia “intercultural”, que sería aquella en la que coexisten a) diferentes formas de deliberación democrática —demodiversidad—; b) diferentes criterios de representación democrática; c) reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos como condición de efectivo ejercicio de los derechos individuales; d) reconocimiento de nuevos derechos fundamentales (como derecho al agua, a la tierra, a la soberanía alimentaria, a los recursos naturales, etcétera); y e) educación orientada a formas de sociabilidad y de subjetividad asentadas en la reciprocidad cultural.<sup>449</sup> Este tipo de democracia es incluso calificada como “una de las formulaciones constitucionales sobre democracia más avanzadas del mundo”,<sup>450</sup> aunque desde mi perspectiva podría considerarse una profundización de la democracia deliberativa de tipo crítica.

Ahora bien, muchas disfuncionalidades de estos modelos hacen que hoy por hoy se hable de una deriva hacia tipos de democracia populista<sup>451</sup> o de “cesarismo democrático”.<sup>452</sup> En un principio y en razón de los diseños institucionales, se advertía

---

<sup>448</sup> Aunque podría hallarse una diferencia en el hecho que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano apela al pueblo en tanto “soberano” y no mediado por el parlamento, cuya actuación “debe estar siempre limitada por el principio de la soberanía popular”. Noguera Fernández, Albert, “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, *op. cit.*, p. 147. Este punto puede ser problemático de cara a las derivas populistas de los gobiernos latinoamericanos.

<sup>449</sup> De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, *op. cit.*, pp. 118-119, afirmando que es el tipo de democracia consagrada en las constituciones de Ecuador y Bolivia.

<sup>450</sup> *Ibidem.*, p. 119. En igual sentido Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *op. cit.*, p. 124.

<sup>451</sup> Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 384.

<sup>452</sup> Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *op. cit.*, p. 131.

sobre la apelación recurrente a la consulta popular, que podía establecer una “relación directa entre el líder y las masas”<sup>453</sup> que obviara otros canales participativos más deliberativos y por ello, mucho más “robustos” en términos democráticos. Esto, aunado a un desmedido protagonismo del liderazgo presidencial, amenazaba la profundización democrática en tanto debilita los contrapesos institucionales, restringe la auto-organización popular y hace peligrar la participación y el pluralismo político y social.<sup>454</sup> De allí que se avizorara un refuerzo a las tendencias autoritarias en la región<sup>455</sup> y se temiera el convertir a la democracia participativa en una mera ilusión.

Lamentablemente, muchos de esos temores iniciales se concretaron y ya no hay dudas de que al menos Venezuela conforma un país populista, dudosamente democrático. Con respecto a Ecuador y Bolivia —por distintas razones y en distinta medida— también muchos autores consideran que han caído en el populismo.<sup>456</sup> Así, aunque no se pueden negar el compromiso que los

---

<sup>453</sup> Edwards, Sebastián, *Populismo o mercados. El dilema de América Latina*, Norma, Bogotá, 2009, p. 233, citado por Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 23.

<sup>454</sup> Pisarello, Gerardo, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución venezolana de 1999”, *op. cit.*, pp. 16-17. Sobre lo mismo viene insistiendo Gargarella, Roberto, “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina”, *op. cit.*, pp. 98-100 y “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, *op. cit.*

<sup>455</sup> Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *op. cit.*, p. 131. También Couso, Javier, “Las Democracias Radicales y el ‘Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano’”, *op. cit.*, pp. 11-12.

<sup>456</sup> Digo en distinta medida porque así como el caso de Bolivia pudo ser el más discutible al comienzo, en el sentido en que Morales tuvo que dialogar más y someterse al control intenso por parte de los movimientos sociales (a quienes rinde cuentas), a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional (sentencia 084 del 28 de noviembre de 2017) que le permitió una nueva postulación para su reelección, los reproches populistas se incrementaron. En el caso de Ecuador, con motivo de que el ex Presidente Correa no se postuló a las elecciones de 2017, podría decirse que se retomó la política

tres países asumieron con la justicia social y la expansión de la participación a grupos anteriormente excluidos; el uso instrumental de la legislación, la concentración de poder en el ejecutivo, la destrucción de las instituciones que generaban algún tipo de control y las restricciones a algunas libertades fundamentales (particularmente la libertad de prensa)<sup>457</sup> han hecho que hasta los originales defensores del modelo se hayan volcado a la crítica.<sup>458</sup> Todo esto

---

ordinaria en el país, alejándose de los reproches de populismo. Sobre el análisis puntual a cada uno de estos países véase Lopez Maya, Margarita y Panzarelli, Alexandra, “Populism, Rentierism, and Socialism in the Twenty-First Century: The Case of Venezuela”, Crabtree, John, “From the MNR to the MAS: Populism, Parties, the State, and Social Movements in Bolivia since 1952” y Montúfar, César, “Rafael Correa and His Plebiscitary Citizens’ Revolution”, todos en De la Torre, Carlos y Arnson, Cynthia (eds.), *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Woodrow Wilson Center Press, Washington D. C., 2013, pp. 239-268, 269-293 y 295-321 respectivamente.

<sup>457</sup> De la Torre, Carlos y Arnson, Cynthia “Introduction: The Evolution of Latin American Populism and the Debates Over Its Meaning”, en De la Torre, Carlos y Arnson, Cynthia (eds.), *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Woodrow Wilson Center Press, Washington D. C., 2013, pp. 1-35, p. 4.

<sup>458</sup> En este sentido véanse los artículos de opinión de Rodríguez Garavito, César “Los derechos humanos y la ‘nueva’ izquierda latinoamericana”, *Open Democracy*, 12 de marzo de 2014; De Sousa Santos, Boaventura, “¿La revolución ciudadana tiene quien la defienda?”, *Revista Crisis*, núm. 18. Me interesa destacar de aquí la crítica a Rafael Correa, que explica cómo el ex presidente fue “sacrificando” los objetivos de largo plazo de la Constitución (como la defensa de los recursos naturales) por otros como la explotación minera o petrolera, según él necesarios para que el modelo en algún futuro pueda lograr sus objetivos. Así quienes se oponían a Correa, como los pueblos indígenas afectados, fueron vistos como “obstáculos al desarrollo”, o víctimas de manipulaciones por parte de dirigentes corruptos, etcétera. En ese sentido ironiza De Sousa: “La participación ciudadana es bienvenida, pero sólo si es funcional y eso, de momento, sólo puede garantizarse si recibe una mayor orientación del Estado, es decir, del Gobierno [...] Periodistas son intimidados, activistas de movimientos sociales son acusados de terrorismo y la consecuente criminalización de la protesta social parece cada vez más agresiva”. Y sigue, “El contacto directo con los ciudadanos no tiene como objetivo que estos participen en las decisiones, sino más bien que las ratifiquen mediante una socialización seductora que se presenta desprovista de contradicción”.

al tiempo que “el poder popular tiende a ser invocado o citado, como acompañamiento o como aclamación, pero no como poder autónomo...”<sup>459</sup> En este sentido, explica Negretto que de los mecanismos de participación ciudadana, sólo se han hecho efectivos aquellos que tienen un impacto puramente plebiscitario y anti-deliberativo, como es el caso del referéndum.<sup>460</sup>

Ahora bien, ¿empaña esta *desfiguración* populista de la democracia los méritos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano? ¿Se puede hablar del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como un tipo de *populismo constitucional*? Considero que la respuesta a ambas preguntas no puede ser terminante. Y esto porque pienso que los niveles de análisis deben diferenciarse para evitar generalizaciones simplificadoras, aunque siga considerando fundamental mirar en conjunto teoría y práctica constitucional.

Como explica Noguera, hay una relación entre la naturaleza del sujeto constituyente y el tipo de democracia o de Constitución que emerge de él.<sup>461</sup> Por lo que es posible encontrar importantes diferencias en el tipo de participación que establecen las constituciones del NCL que permite evaluarlas de diferente manera. En lo que sigue, tomaré como contrapuntos ejemplificativos las constituciones de Venezuela y Bolivia.

---

Para concluir “La erosión de las instituciones, típica del populismo, es peligrosa sobre todo cuando estas no son fuertes desde el principio [...] Y es que cuando el líder carismático abandona la escena (como ocurrió trágicamente con Hugo Chávez), el vacío político alcanza proporciones incontrolables debido a la falta de mediaciones institucionales”. Del mismo autor véase también la más reciente “Carta Abierta de Boaventura De Sousa Santos al Presidente Rafael Correa”, *Otra América*, 12 de diciembre de 2014, todas disponibles en Internet.

<sup>459</sup> Gargarella, Roberto, “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>460</sup> Negretto, Gabriel, “El populismo constitucional en América Latina. Análisis crítico de la Constitución Argentina de 1949”, en Luna-Fabritius, A. *et al.* (coords.), *De Cádiz al Siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica (1812-2012)*, Taurus, México, 2012, p. 370.

<sup>461</sup> Noguera Fernández, Albert, *El sujeto constituyente: Entre lo viejo y lo nuevo*, *op. cit.*, p. 45.

En el caso de Venezuela, el sujeto constituyente se formó por la identificación del pueblo-masa con el líder, lo que permitió una forma de democracia directa altamente mayoritaria.<sup>462</sup> La Constitución de 1999 tuvo dos efectos: por un lado, debilitó las funciones del Poder Legislativo para desplazar el centro de la toma de decisiones al Poder Ejecutivo. Así, la Constitución cambió la composición bicameral tradicional a una unicameral llamada “Asamblea Nacional”, la cual perdió poder de autorización,<sup>463</sup> pero sobre todo, perdió su función fundamental de control sobre el ejecutivo.<sup>464</sup> Por otro lado, la Constitución estableció mecanismos de ratificación refrendaria directa por parte del pueblo, sin la intermediación del Parlamento.<sup>465</sup> Por lo que la participación se consideró desde una perspectiva centralista,<sup>466</sup> en la cual el líder es el arquitecto de la unidad del pueblo, con quien hay una relación de jerarquía. En este sentido, la fuente del pueblo es externa y su unidad frágil,<sup>467</sup> lo que permite hablar de populismo constitucional *tout court*. Aunque la Constitución de Venezuela haya sido inclusiva en sus comienzos y pueda haberse visto como un primer paso para superar una situación de crisis generalizada en ese país, a medida que pasaron los años no incrementó la participación en un sentido robusto ni auspició la autonomía de los grupos socia-

---

<sup>462</sup> *Ibidem.*, p. 46. El autor llama a este tipo de democracia “de movilización”.

<sup>463</sup> Por ejemplo, en la Constitución venezolana de 1961 el Senado debía autorizar al Presidente la promoción de oficiales, capitanes y coroneles de las fuerzas armadas, mientras que en la Constitución de 1999 este requerimiento fue eliminado.

<sup>464</sup> La pérdida parcial de funciones legislativas se concretó a través de leyes habilitantes (artículo 236.8 de la Constitución) que permitieron al Presidente legislar por vía de decreto. *Ibidem.*, p. 103.

<sup>465</sup> *Ibidem.*, p. 102.

<sup>466</sup> En este sentido, las cuestiones a discutir son aquellas que interesan al gobierno, todos los medios de comunicación y la prensa están controladas por el gobierno, los mecanismos de participación se activan solo para proveer de apoyo popular al líder, independientemente del asunto en cuestión. En otras palabras, la participación tiene un carácter instrumental que busca legitimar la actuación gubernamental.

<sup>467</sup> *Ibidem.*, pp. 101-109.

les. De esta manera, se volvió un proyecto político personalista de construcción y mantenimiento del poder, obviando la dimensión de control que debe tener toda democracia.<sup>468</sup> Como anticipaba, hoy difícilmente pueda decirse que Venezuela configura una democracia. Las instituciones judiciales y electorales están completamente capturadas por el régimen de Maduro, quien además ha silenciado y perseguido a la oposición, reemplazando la disputa política con violencia y militarización.<sup>469</sup>

Por el contrario, la Constitución de Bolivia de 2009 se fundó bajo un entendimiento diferente del pueblo. Éste no se consideró como un todo orgánico (como en Venezuela) sino actuando como un grupo de individuos, luchas y movimientos sociales.<sup>470</sup> La Constitución fue escrita por un consorcio de diferentes actores sociales previamente organizados en torno a luchas contra la exclusión y el colonialismo. En consecuencia y como vimos en el apartado anterior, el diseño institucional se basó en la desconfianza hacia el Estado y el empoderamiento de los movimientos sociales con reconocimiento expreso de los derechos de los grupos vulnerables. Esto permitió la descentralización del poder, la auto-gestión y la apropiación de lo público por el pueblo en una práctica relacional de permanente conflicto con el Estado.<sup>471</sup> El componente crucial aquí es la autonomía que se reconoce a los grupos sociales que caracteriza la relación entre el gobierno y la ciudadanía.<sup>472</sup> Esta autonomía permite el acceso al poder político del pueblo y es consistente con mecanismos de participación en los que los ciudadanos mismos tie-

---

<sup>468</sup> Barr, Robert, "Populists, Outsiders and Anti-Establishment Politics", *Party Politics* 15, núm. 1, 2009, p. 40.

<sup>469</sup> González-Bertomeu, Juan y Saffón, María Paula, "Jan Werner Müller. What Is Populism?", *Book Review*, I.CON15, núm. 4, 2017, p. 1234.

<sup>470</sup> Noguera Fernández, Albert, *El sujeto constituyente: Entre lo viejo y lo nuevo*, *op. cit.*, pp. 108, 137.

<sup>471</sup> *Ibidem.*, pp. 131, 151.

<sup>472</sup> Barr, Robert, "Populists, Outsiders and Anti-Establishment Politics", *op. cit.*, p. 42.

nen un papel en el gobierno.<sup>473</sup> Por estas razones, la Constitución de Bolivia no solo auspicia la dimensión de inclusión de la democracia, sino también la dimensión de control. Como señala Robert, en Bolivia “Evo Morales —a diferencia de Hugo Chavez— fue reiteradamente desafiado no solo por las élites opositoras, sino también por organizaciones populares que retuvieron una capacidad sustancial de expresión política autónoma”.<sup>474</sup> Por lo que su liderazgo descansa en una lógica diferente de autoridad política y movilización, que de hecho configura la antítesis del populismo.<sup>475</sup> Como resultado, esta Constitución puede ser tipificada como un ejemplo de constitucionalismo popular cuyas posibilidades de desarrollo no están monopolizadas por el Estado, sino que son compartidas con la participación directa del pueblo.

Para concluir, si bien las reformas constitucionales que dieron lugar a que se configurara el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano fueron apoyadas masivamente<sup>476</sup> e intentaron responder a necesidades puntuales de los países protagonistas,<sup>477</sup> sus resultados fueron bien diferentes. A nivel institucional, varias apostaron por fortalecer la democracia, sobre todo en razón de la amplia partici-

---

<sup>473</sup> Roberts, K., “Populism, Political Mobilizations, and Crisis of Political Representation”, en De la Torre, Carlos (ed.), *The Promise and Perils of Populism: Global Perspectives*, University Press of Kentucky, Lexington, 2015, p. 143.

<sup>474</sup> *Ibidem.*, p. 146.

<sup>475</sup> Roberts, K., “Latin America’s Populist Revival”, *SAIS Review of International Affairs* 27, núm. 1, 2007, p. 14.

<sup>476</sup> Así el referéndum para aprobar la Constitución venezolana del 15 de diciembre de 1999 contó con una aprobación del 71% de los votos. En el caso de Ecuador, el referéndum que se llamó para consultar a la ciudadanía sobre la necesidad de reformar la Constitución (el 15 de abril de 2007) tuvo un apoyo del 81,5% de los votos. Por su parte el referéndum para aprobar la Constitución (del 28 de septiembre de 2008) contó con un apoyo del 65%. En el caso de Bolivia, el 61% de los votantes aprobaron la Constitución en referéndum del 25 de enero de 2009. Fuente: Linares, Sebastián, “The democratic génesis of a Constitution: Venezuela, Ecuador and Bolivia in comparative perspective”, presentación facilitada por el autor.

<sup>477</sup> Courtis, Christian y Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, *op. cit.*, pp. 9-11.

pación (de distintos sectores) con que contaron en su origen y que previeron para su desarrollo posterior.<sup>478</sup> En igual sentido, se pretendió dar a las reformas una estabilidad institucional, generando constituciones normativas, con una gran cantidad de mecanismos de control y que fueron largamente más allá de objetivos cortoplacistas.<sup>479</sup> Claramente las constituciones son perfectibles, pero considero que siendo un intento de innovar en busca de generar una identidad propia, podrían servir de base para comenzar un proyecto popular, susceptible de futuras mejoras.

También es cierto que los populismos no están necesariamente ligados al contenido de alguna Constitución. Todo lo contrario, están ligados al modo de hacer política de los líderes en el poder, que se valen del gran apoyo mayoritario para sortear cualquier freno e incluso previsión constitucional que fuera en contra de sus liderazgos. De allí que venga a cuento lo advertido por Curtis y Gargarella: “la concreción de las promesas de una Constitución [...] dependen del buen funcionamiento de la política ordinaria”.<sup>480</sup> Y en ese sentido valga recordar que la enorme cantidad y variedad de experiencias populistas que se han dado en el mundo no se pueden asociar a algún tipo de Constitución en particular, sino más bien al desprecio por cualquiera de ellas.<sup>481</sup> Ahora bien, en la medida que prosperen las reformas constitucionales que estos mismos líderes proponen para, por ejemplo, re-

---

<sup>478</sup> Aunque también cabe la crítica al diseño institucional que desde su origen estuvo signado por la contradicción. En este sentido como explican Curtis y Gargarella en *Ibidem.*, p. 29 “... la relación entre un ‘presidencialismo’ que se fortalece o consolida y las cláusulas constitucionales que quieren promover la participación popular no es pacífica, sino que más bien es de tensión. Ocurre que, en principio, el ideal de la democracia participativa requiere descentralizar y desconcentrar el poder, y no a la inversa”.

<sup>479</sup> *Ibidem.*, p. 10.

<sup>480</sup> *Ibidem.*, p. 17.

<sup>481</sup> Aunque a mi criterio puede considerarse que las constituciones presidencialistas allanan el camino institucional para el desarrollo del populismo, lo cierto es que se encuentran experiencias populistas también en países parlamentarios.

elegirse de forma indefinida, acrecentar su propio poder, obviar los controles preestablecidos, dismantelar cualquier oposición, etcétera, ese Nuevo Constitucionalismo, se puede transformar en puro *populismo constitucional*.

En suma, podría decirse que mientras hay acuerdo en que en la *práctica política* los países en cuestión son *populistas*; *institucionalmente* se mezclaron en las constituciones fundantes una intención por realizar metas de participación y empoderamiento ciudadanos, con previsiones de populismo constitucional —como la concentración y centralización del poder—; ambas contradictorias. De ahí que resulte tan difícil evaluar estos nuevos constitucionalismos y su calificación sea tan escurridiza, como lo es la que intenta distinguir entre democracia y populismo. Pero esa dificultad no debe impedirnos buscar claridad para poder rescatar algunas y criticar otras de las disposiciones de los nuevos constitucionalismos, pues la simple actitud de descartarlos por sus desarrollos populistas, es simplista y nos hace caer en una lógica dicotómica falaz que termina auspiciando el también deficiente modelo establecido con anterioridad. En suma, no todo lo popular es populista y caer en esa equiparación, nos deja sólo ante la alternativa elitista.

### ***3. La relación entre derecho y política***

Por último, cabe repasar expresamente la fuerte relación entre derecho y política presente en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, que se preocupa no sólo por la dimensión jurídica de la Constitución sino, incluso en primer orden, por la legitimidad democrática de la misma. De la mano con lo anticipado en el apartado anterior, se afirma que “el primer problema del constitucionalismo democrático es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente y establecer los mecanismos de relación entre la *soberanía* [...] y la *constitución*”.<sup>482</sup> Este “fortalecimiento de

---

<sup>482</sup> Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 20.

la dimensión política” de la Constitución también se ve reflejado en su carga simbólica.<sup>483</sup>

Para poder terminar la comparación con el neoconstitucionalismo, diré que desde el punto de vista interno esa relación es ambigua. De un lado, encontramos una amplísima consagración de derechos, en términos de principios que requieren una concreción por parte de los poderes políticos y para la cual está prevista una fuerte participación ciudadana. En ese sentido no cabe duda de que los significados constitucionales serán pasibles de disputa “política”,<sup>484</sup> máxime para la puesta en práctica de los proyectos de país enunciados con carácter normativo.<sup>485</sup> Así se nos recuerda que “...los textos constitucionales, sobre todo cuando son el resultado de procesos participativos intensos, no son simples instrumentos técnicos pensados para obedecer a las exigencias rigoristas del jurista. Son también, y ante todo, documentos políticos, con una función legitimadora y pedagógica que no puede soslayarse”.<sup>486</sup>

Aunque de otro lado, la primacía del constituyente originario, reflejada tanto en los mecanismos de interpretación previstos constitucionalmente, como en las partes más “reglamentaristas” de las constituciones rígidas, hace que se hable de una rigidez

---

<sup>483</sup> *Ibidem.*, p. 37.

<sup>484</sup> Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 364. Así nos advierte Salazar sobre la escasa utilidad del nuevo constitucionalismo latinoamericano como herramienta para superar los conflictos sociales, pues por el contrario, la Constitución “se convierte en una de las causas de los mismos porque la disputa política anterior a la Constitución se ha trasladado al seno de la misma”.

<sup>485</sup> En este sentido, la mayor parte de las reformas se proyectan hacia el futuro, pues “más que intentar codificar las relaciones de poder existentes, son documentos jurídicos que tienden a delinear un modelo de sociedad a construir. Son pues [...] constituciones ‘aspiracionales’”. Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *op. cit.*, p. 123.

<sup>486</sup> Pisarello, Gerardo, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución venezolana de 1999”, *op. cit.*, p. 9, nota al pie núm. 14.

interpretativa al punto de “congelar” lo decidido en el momento constituyente contra cualquier natural evolución que se pudiera desarrollar.<sup>487</sup>

Más clara es la relación desde el punto de vista externo, pues el predominio absoluto de lo político sobre lo jurídico es evidente. No es necesario repetir lo ya analizado, sólo recordar la permanente apelación a la legitimidad (extrajurídica<sup>488</sup>) de la Constitución, invocando al constituyente revolucionario para ilustrarse las infinitas posibilidades que permanecen abiertas.

Solo para terminar, baste decir que el carácter político de las constituciones del Nuevo Constitucionalismo, si bien en gran medida cooptadas actualmente por el populismo, puede verse como la herramienta de recuperación de la institucionalidad de los países de la región. Y esto pues permite, refuerza y protege la interpelación por parte de los movimientos sociales y la ciudadanía en general a los gobiernos en turno (en tanto poderes constituidos), desde la propia Constitución.

---

<sup>487</sup> Véase Couso, Javier, “Las Democracias Radicales y el ‘Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano’”, *op. cit.*, pp. 17-18.

<sup>488</sup> Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 20.



## **CONCLUSIONES**

Este libro ha planteado una comparación de los aspectos normativos, teóricos e institucionales del neoconstitucionalismo con los del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Animaron esta comparación varios objetivos.

Por un lado, el simple “mostrar” que existen formas diferentes de abordar el constitucionalismo y su relación tanto con las teorías del derecho como con las teorías de la democracia. Por otro lado, criticar el modelo elitista neoconstitucional y demostrar que hay propuestas alternativas que mediante otras formas de institucionalización y anclados en teorías diferentes, rescatan el papel del pueblo en la interpretación constitucional como así también en la toma de decisiones sobre las cuestiones más importantes de la vida política.

Estas opciones institucionales se acompañan de, a la vez que se apoyan en presupuestos bien diferentes. Como vimos, desde concepciones distintas —incluso antagónicas— en materia de legitimidad, hasta diversas concepciones sobre el lugar que la política debe ocupar con respecto al derecho.

Así, el neoconstitucionalismo, coherentemente con una teoría neo-iusnaturalista del derecho basada en concepciones de la moral correcta —receptada en los principios constitucionales— y por tanto, fuertemente sustancialista en materia de legitimidad;<sup>489</sup> sostiene ideas de la democracia también sustancialistas, o en el mejor de los casos deliberativas liberales que repercuten en el lugar del pueblo en el sistema jurídico-político. No es de extrañar que ese lugar sea más bien tímido, esté claramente encorsetado por constituciones rígidas, con contenidos indecibles y bajo un estricto control de constitucionalidad de las leyes en manos del poder ju-

---

<sup>489</sup> Con la excepción de Ferrajoli, que no es neo-iusnaturalista sino neo-positivista, aunque como vimos, su teoría desemboque en la misma concepción institucional y en una legitimidad fuertemente sustancialista.

dicial. Todo esto operando en un campo claramente delimitado y de no interferencia entre derecho y política.

Frente a estas opciones se alzan corrientes insipientes del constitucionalismo que se preocupan por el disenso, la falibilidad de todo juicio humano práctico, el necesario reconocimiento de la igualdad de poder político y el respeto por las opiniones de todos los ciudadanos, propiciando formas de legitimidad procedimentales y en sintonía con ellas, ideas de democracia también procedimentalistas o deliberativas no consensuales. Aquí encontramos la narrativa y propuesta ideológica del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, que intenta buscar una correlación entre esos ideales participativos y los diseños institucionales que los puedan facilitar o hacer posibles. Así mencionamos la preocupación por generar estructuras —en todas las ramas del poder estatal— abiertas a la participación popular, y receptivas a ella, la apertura al desarrollo de movimientos sociales independientes que puedan entrar en diálogo con las instituciones y fortalecer la opinión pública y así el autogobierno. Todo esto con el entendimiento de que el derecho es un producto de la política y que en la determinación de su rumbo, el pueblo debe tomar un lugar protagónico.

Este componente popular *latinoamericano* claramente es difícil de asir (y no ha sido pretensión de esta obra resolver esa dificultad). Sólo decir que ideológicamente aquí lo que se nombra es a un pueblo, que más allá de las dificultades conceptuales que implica nombrarlo, le da fuerza al proyecto político que encarna. Esa fuerza viene de su condición de subalterno, oprimido, no de su ubicación territorial, no de su pertenencia nacional, no de su identidad cultural, política, etcétera, sino de la fuerza que moviliza en la alteridad de ser los otros/los de abajo y que se institucionaliza a través de la idea de democracia, como opción emancipadora frente a los largos años de dictaduras que jaquearon la región.

Como se pudo apreciar, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, quizá por encontrarse aún en etapa experimental y no tanto teórica, carece de las consistencias que podemos encontrar

en las otras corrientes constitucionales, y en ese sentido, es pasible de una evaluación ambigua. Esta particularidad se percibe claramente a nivel institucional, donde de la mano de ideas fuertemente democráticas, no elitistas e igualitarias, se encuentran poderes concentrados y centralizados como el ejecutivo, o netamente contra-mayoritarios como el judicial; generando constituciones cargadas de tensiones internas y de difícil concreción práctica. De hecho, han servido poco estas propuestas institucionales que dan un papel preponderante al pueblo y propician la democratización frente a las tendencias populistas, favorecidas por la debilidad institucional que aqueja a la región.

La comparación propuesta en esta obra, como decía un poco más arriba, sirve para demostrar que hay distintas alternativas al momento de pensar normativamente un modelo constitucional, pero también, ayuda a animarnos en la aún pendiente tarea de imaginar constituciones que permitan el ingreso de la ciudadanía tanto en el goce de los derechos como en la “sala de máquinas” del poder,<sup>490</sup> intentando, si no superar, al menos resolver de la mejor manera posible la clásica tensión entre Constitución y democracia.

Para concluir podría decirse que el desafío que enfrenta la región es el de la *institucionalización*, y en ello juega un papel fundamental el constitucionalismo. Hemos visto a lo largo de la segunda parte del libro (referida a los arreglos institucionales) que una de las razones de ser de la Constitución —y en ese sentido de las previsiones para su rigidez y formas de control— tiene que ver con la generación de cierta estabilidad y claridad en las reglas del juego democrático. Se pueden pensar diferentes arreglos institucionales, lo que no cabe es que no haya ninguno, y esta afirma-

---

<sup>490</sup> Parafraseando a Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz, Argentina, 2014, que es traducción del libro que aquí se ha consultado *Latin American Constitutionalism 1810-2010*, *op. cit.* Del mismo autor “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, *op. cit.*, p. 25.

ción vale para cuando contamos con constituciones que quedan en letra muerta o se reforman tan frecuentemente que no logran establecer ninguna estabilidad política-democrática.

Los méritos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano a nivel institucional —como se expuso— se entienden únicamente bajo una idea de democracia robusta enfocada en acrecentar la participación ciudadana y el diálogo entre los componentes de estos Estados plurinacionales, y en incluir en la esfera política-social-económica a sectores sociales marginados durante siglos. Si eso se vulnera mediante la subestimación de los ciudadanos por considerarlos “poco esclarecidos, malintencionados, infantiles, ignorantes, fácilmente manipulables por políticos oportunistas o enemigos procedentes de la derecha [...]”,<sup>491</sup> como se está pretendiendo hacer desde el poder, se vulnera el propio espíritu del nuevo constitucionalismo. Por lo que queda como reto a los países de la región, fortalecer los arreglos institucionales propios, empezando por su cumplimiento reiterado, para de allí ir mejorando la arquitectura constitucional del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

---

<sup>491</sup> De Sousa Santos, Boaventura, “¿La revolución ciudadana tiene quien la defienda?, *op. cit.*

## **REFERENCIAS**

### **Bibliográficas (libros y artículos académicos, diccionarios, enciclopedias)**

- Aguiló Regla, Josep, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010.
- Ahumada, María Ángeles, “Neo-constitucionalismo y Constitucionalismo”, en Comanducci, Paolo et al., *Positivismo jurídico y neo-constitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª edición, Gedisa, Barcelona, 2004.
- “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, n° 66, septiembre-diciembre 2002.
- *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 1ª reimpresión, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008.
- Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto, *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2013.
- Alterio, Ana Micaela, “El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales”, en Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo Progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, UNAM, México, 2016.
- Álvarez, Luciana, *Implicancias filosófico-jurídicas del reconocimiento de derechos a la diferencia. El caso indígena en el discurso jurídico argentino*, Universidad Nacional de Cuyo, agosto de 2009.
- Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.
- Asís Roig, Rafael et. al., “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”, en Peces-Barba Martínez, Gregorio et al.

- (dirección), *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, siglo XVIII, vol. III, Dykinson, Madrid, 1998.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Paletra-Temis, Lima, Bogotá, 2009.
- Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, en Aguiló Regla, Josep et al., *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007.
- *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- Atria, Fernando, “Lo que importa de los principios”, en Carbonell, Flavia, Letelier, Raúl y Coloma, Rodrigo (coords.), *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011.
- Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)* Trotta, Madrid, 2003.
- Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, Pablo y Redondo, Cristina (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, Jerónimo et. al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- “¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?”, en Ferrer Beltrán, Jordi, Moreso, José Juan y M. Papayannis, Diego (eds.), *Neutralidad y Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2012.
- Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.
- “La Regla de Mayoría: límites y aporías”, en Bovero, Michelangelo (ed.), *Teoría General de la política*, Trotta, Madrid, 2003.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudio sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- Bovero, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, en De

- Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
- Brest, Paul, et al., *Processes of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, 5a. ed., Aspen, Nueva York, 2006.
- Bryce, James, *Studies in history and jurisprudence*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1901.
- Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, “Desafíos y Retos del Canon Neo-constitucional”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neo-constitucional*, Trotta, Madrid, 2010.
- Carbonell, Miguel, “Prólogo Nuevos tiempos para el constitucionalismo” en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Cevallos, Quito, 2010.
- Castro Riera, Carlos, “Valoración jurídico-política de la Constitución de 2008”, en Ávila Santamaría, Ramiro et al. (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis meta-teórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neo-constitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- “Constitucionalización y neo-constitucionalismo”, en Comanducci, Paolo et al., *Positivismo jurídico y neo-constitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005.
- Crabtree, John, “From the MNR to the MAS: Populism, Parties, the State, and Social Movements in Bolivia since 1952”, en De la Torre, Carlos y Arnson, Cynthia (eds.), *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Woodrow Wilson Center Press, Washington D. C., 2013.
- Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1919)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987.
- Cuenca Gómez, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.
- De Cabo Martín, Carlos, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003.
- De la Torre, Carlos y Arnson, Cynthia “Introduction: The Evolution of Latin American Populism and the Debates Over Its Meaning”, en De la Torre,

- Carlos y Arnson, Cynthia (eds.), *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Woodrow Wilson Center Press, Washington D. C., 2013.
- De Lora, Pablo, “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005.
- De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Plural, La Paz, 2010.
- Díaz, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 3a ed., Taurus, Madrid, 1998.
- “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, en Betegón, Jerónimo et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, (coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- Díaz Revorio, Javier, *La Constitución como orden abierto*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1924.
- Dorado Porrás, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Dykinson, Madrid, 1997.
- Dussel, Enrique, *Hacia una filosofía política crítica*, Desclée de brouwer, Bilbao, 2001.
- Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, USA, 2011.
- *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, trad. de Ernest Weikert García, Paidós, Barcelona, 2008.
- *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Elkins, Zachary et al., *The endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, 2009.
- Elster, Jon, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, traducción de J. Mundó, Gedisa, Barcelona, 2002.
- *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, traducción de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1995.
- Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional, una visión de derecho comparado*, Dykinson, t. I, Madrid, 2009.
- Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.

- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 6a ed., Trotta, Madrid, 2004.
- *Democracia y Garantismo*, Carbonell, Miguel (ed.), Trotta, Madrid, 2008.
- “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 55, núm. 03, Giuffrè, Milano, 2010.
- *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2006.
- *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, vol.1: *Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2006.
- *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez et al., Trotta, Madrid, 1995.
- “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en de Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
- Ferreres, Víctor, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010.
- Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.
- García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.
- Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Siglo XXI, Madrid, 2005.
- “The “New” Latin American Constitutionalism: Old Wine in New Skins”, en von Bogdandy, Armin et al. (coords.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, UK, 2017.
- “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

- “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, en Elster, Jon (comp.), *La Democracia Deliberativa*, trad. de José María Lebrón, Gedisa, Barcelona, 2001.
- *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, Iguaitaria, Buenos Aires, 2014.
- *Latin American Constitutionalism. 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, working-paper, presentado en el seminario de profesores del ITAM, el 4 de febrero de 2015.
- *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz, Argentina, 2014.
- Glendon, Mary Ann, *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, New York, 2001.
- Greppi, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005.
- Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Habermas, Jürgen y Rawls, John, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós I.C.E/ U.A.B, Barcelona, 1998.
- Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, 2ª ed. (reimpresión), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
- Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- “Las reglas mordaza o la política de omisión”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitucionalismo y Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- Hoerster, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Gedisa, Barcelona, 2000.
- Huntington, Samuel, *The third wave: Democratization in the late 20th Century*, University of Oklahoma Press, USA, 1991.
- Iglesias Vila, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- Kramer, Larry, *The people themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004.

- Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemony and Socialist Strategy. Toward a Radical Democratic Politics*, Verso, Londres, 1985.
- Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, Trotta, 2007.
- Linares, Sebastián, *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- “The democratic génesis of a Constitution: Venezuela, Ecuador and Bolivia in comparative perspective”, presentación facilitada por el autor.
- Lopez Maya, Margarita y Panzarelli, Alexandra, “Populism, Rentierism, and Socialism in the Twenty-First Century: The Case of Venezuela”, en De la Torre, Carlos y Arnson, Cynthia (eds.), *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Woodrow Wilson Center Press, Washington D. C., 2013.
- Maestro Buelga, Gonzalo, “El nuevo constitucionalismo económico latinoamericano”, en Storini, Claudia y Alenza García, José Francisco (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Aranzadi, Navarra, 2012.
- Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- “Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino”, en Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- McIlwain, Charles, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, Ithaca NY, 1947.
- Möllers, Christoph, *The three Branches. A comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, UK, 2015.
- Montúfar, César, “Rafael Correa and His Plebiscitary Citizens’ Revolution”, en De la Torre, Carlos y Arnson, Cynthia (eds.), *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Woodrow Wilson Center Press, Washington D. C., 2013.
- Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- Moreso, J. Juan, “Sobre los conflictos entre derechos”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo*, Madrid, Trotta, 2009.
- Mouffe, Chantal, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, 2a. ed., Gedisa, Barcelona, 2012.
- Negretto, Gabriel, “El populismo constitucional en América Latina. Análisis crítico de la Constitución Argentina de 1949”, en Luna-Fabritius, A. et al. (coords.), *De Cádiz al Siglo XXI. Doscientos años de constitu-*

- cionalismo en México e Hispanoamérica (1812-2012), Taurus, México, 2012.
- Niembro Ortega, Roberto, “Desenmascarando el Constitucionalismo Autoritario”, en Gargarella, Roberto y Niembro Roberto (coords.), *Constitucionalismo Progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, IIJ-UNAM, México, 2016.
- “Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales”, en Von Bogdandy, Armin et al. (coords.), *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Campus Jurídico, Elsevier, 2013.
- Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- Noguera Fernandez, Albert, “What do we mean when we talk about ‘Critical Constitutionalism’? Some Reflections on the New Latin American Constitutions”, en Detlef Nolte y Almut Schilling-Vacaflor (eds.), *New Constitutionalism in Latin America*, Ashgate, England, 2012.
- *El sujeto constituyente: Entre lo viejo y lo nuevo*, Trotta, Madrid, 2017.
- “Las nuevas constituciones andinas y la articulación democrática entre justicia constitucional, conflicto y transacción social”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2013.
- “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, en Ávila Santamaría, Ramiro et al. (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Nolte, Detlef y Schilling-Vacaflor, Almut, “Introduction: The Times they are a Changin’: Constitutional Transformations in Latin America since the 1990s”, en Detlef Nolte y Almut Schilling-Vacaflor (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Ashgate, England, 2012.
- Pace, Alessandro, “La ‘natural’ rigidez de las constituciones escritas”, en Pace, Alessandro y Varela, Joaquín, *La rigidez de las constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- Palacios Romeo, Francisco, “La reivindicación de la polis: Crisis de la representación y nuevas estructuras constitucionales de deliberación y participación en Latinoamérica”, en Storini, Claudia y Alenza García, José Francisco (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Navarra, Aranzadi, 2012.

- Palombella, Gianluigi, *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad. de José Calvo González, Comares, Granada, 2000.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio y García Manrique, Ricardo, “Los textos de la Revolución Francesa”, en Peces-Barba Martínez, Gregorio et al. (dirección), *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, siglo XVIII, vol. III, Dykinson, Madrid, 1998.
- Perez Calvo, Alberto, “Características del nuevo Constitucionalismo latinoamericano”, en Storini, Claudia y Alenza García, José Francisco (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Navarra, Aranzadi, 2012.
- Pintore, Anna, “Derechos Insaciables”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
- Pisarello, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011.
- Post, Robert y Siegel, Reva, “Democratic Constitutionalism”, en Balkin, Jack M. y Siegel, Reva (eds.), *The Constitution in 2020*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- Post, Robert, *Citizens Divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 2014.
- Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001.
- “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Prieto Sanchís, Luis, “La doctrina del derecho natural”, en Betegón, Jerónimo et al., *Lecciones de teoría del derecho*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997.
- “El constitucionalismo de los Derechos”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007.
- “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 2005.
- “Constitucionalismo y Garantismo”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo*, Madrid, Trotta, 2009.
- Prieto Valdés, Martha, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: nuevos paradigmas político constitucionales”, en Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- Przeworski, Adam, *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*, trad. de Stella Mastrangelo, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010.
- Rawls, John, *El liberalismo político*, trad. de Antoni Domèch, Crítica, Barcelona, 1996.
- “La idea de un consenso por superposición”, en Betegón, Jerónimo y de Páramo, Juan Ramón (coords.), *Derecho y Moral: ensayos analíticos*, Ariel, 1990.
- Roberts, K., “Populism, Political Mobilizations, and Crisis of Political Representation”, en De la Torre, Carlos (ed.), *The Promise and Perils of Populism: Global Perspectives*, University Press of Kentucky, Lexington, 2015.
- Rodríguez Garavito, Cesar, “Prólogo. Teorías de retaguardia: la refundación del Estado, el derecho y la teoría social en América Latina”, en *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Plural, La Paz, 2010.
- Rosenberg, Gerald, *The hollow hope. Can Courts bring about social change?*, The University of Chicago Press, Chicago, 2008.
- Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una perspectiva crítica”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013.
- Sastre Ariza, Santiago “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Shklar, Judith, “Liberalism of Fear”, en Rosemblaum, Nancy (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Harvard University Press, 1989.
- Siegel, Reva, “El rol de los movimientos sociales como generadores de derecho en el derecho constitucional de los Estados Unidos”, en *Los límites de la democracia*, SELA 2004, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Sunstein, Cass, *One case At a Time. Judicial minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.
- *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1996.
- Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (coord.) *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

- Varela, Joaquín, “Sobre la rigidez constitucional” en Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.
- Villabella Armengol, Carlos Manuel, “El derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: un cambio de paradigma”, en Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Waldron, Jeremy, “Legal and Political Philosophy”, en Coleman, Jules et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2004.
- *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- “Normative (or Ethical) Positivism”, en L. Coleman, Jules (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to ‘The Concept of Law’*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- “Deliberación, desacuerdo y votación”, en Hongju Koh, Harold y C. Slye, Ronald (comps.), *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- Whittington, Keith, “Constitutionalism”, en Whittington, Keith et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 1988.
- Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces Constitucionales” en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neo-constitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007.
- *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8a ed., Trotta, Madrid, 2008.
- Zilla, Claudia, “Defining Inclusion from the Perspective of Democracy and Citizenship Theory”, Ponencia para el Congreso IPSA, 2016.

### **Hemerográficas (artículos publicados en periódicos o revistas de divulgación)**

- Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa*, núm. 26, 2003.
- Alaez Corral, Benito, “Supremacía y rigidez constitucionales. (A propósito del libro *La rigidez de las Constituciones escritas*, de Alessandro Pace y Joaquín Varela, y del debate celebrado el 20 de mayo de 1996 en la Universidad de Oviedo)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, núm. 47, mayo-agosto 1996.

- Alterio, Micaela, "Corrientes del Constitucionalismo Contemporáneo a Debate", *Problema*, núm. 8, UNAM, México, enero-diciembre 2014.
- "La relación entre rigidez y supremacía constitucional: un análisis a la luz de las reformas constitucionales en México", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 4, enero-junio de 2017.
- "Reactive vs. Structural Approach: A Public Law Response to Populism", *Global Constitutionalism*, 2019, forthcoming.
- Ansuátegui, Javier, "Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales", *Seminario de Filosofía del Derecho*, sesión núm. 2, Getafe, 2000.
- Asís Roig, Rafael, "Modelos teóricos del Estado de Derecho", *Doxa*, núm. 22, 1999.
- Balkin, Jack M., "Populism and Progressivism as Constitutional Categories", *Faculty Scholarship Series, Paper 268*, 1995.
- Barr, Robert, "Populists, Outsiders and Anti-Establishment Politics", *Party Politics* 15, núm. 1, 2009.
- Bayón, Juan Carlos, "Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico", *Isonomía*, núm. 13, México, octubre de 2000.
- "Derechos, Democracia y Constitución", *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, núm. 1, 2000.
- Bovero, Michelangelo, "Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado", *Doxa*, n° 31, 2008.
- Carrió Sampedro, Alberto, "La aporía del soberano encadenado. Análisis crítico de 'las limitaciones jurídicas al soberano' del profesor Ernesto Garzón Valdés", *Doxa*, núm. 30, 2007.
- Comanducci, Paolo, "Las conexiones entre el derecho y la moral", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, año 8, núm. 12, 2003.
- Courtis, Christian y Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes", *CEPAL. Serie políticas sociales*, núm. 153, 2009.
- De Sousa Santos, Boaventura, "¿La revolución ciudadana tiene quien la defienda?", *Revista Crisis*, núm. 18.
- "Carta Abierta de Boaventura De Sousa Santos al Presidente Rafael Correa", *Otra América*, 12 de diciembre de 2014.
- Dixon, Rosalind y Landau, David, "Tired Constitutional Design & Referenda", *The George Washington Law Review* 86, núm. 2, marzo de 2018.
- Ferrerres, Victor, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, núm. 23, 2000.

- Forst, Rainer, "The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy", *Ratio Juris*, vol. 14, núm. 4, diciembre 2001.
- Frankenberg, Herman G., 'Authoritarian Constitutionalism - Coming to Terms with Modernity's Dreams and Demons', Research Paper of the Faculty of Law of the Goethe University Frankfurt/M, 2018.
- Friedman, Barry, "The History of the Countermajoritarian Difficulty, part one: The road to Judicial Supremacy", *New York University Law Review*, vol.73, núm. 2, mayo de 1998.
- Gardbaum, Stephen, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001.
- Gargarella, Roberto, "Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano", *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, núm.1, Montevideo, junio de 2018.
- Garzón Valdés, Ernesto, "Consenso, racionalidad y legitimidad", *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
- "El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías", *Isonomía*, núm. 12, 2000.
- González-Bertomeu, Juan y Saffón, María Paula, "Jan Werner Müller. What Is Populism?", *Book Review*, *I.CON15*, núm. 4, 2017.
- Greppi, Andrea, "Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia", *Eunomía*, núm. 4, marzo-agosto de 2013.
- Guastini, Riccardo, "Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 30, año 2000.
- "Normas Supremas", *Doxa*, núm. 17-18, 1995.
- Guzmán, Nicolas, "Constitucionalismo principialista, constitucionalismo garantista", *Doxa*, núm. 34, 2011.
- Hart, H.L.A., "El nuevo desafío del positivismo jurídico", *Sistema*, núm. 36, mayo de 1980.
- Hirschl, Ran, "The political origins of the New Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 11, (1); Article 4, 2004.
- Hogg, Peter W. y Bushell, Allison, "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, núm. 1, 1997.
- Isiksel, Turkuler, "Between text and context: Turkey's tradition of authoritarian constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 3.
- Jiménez Cano, Roberto, "Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)", *Isonomía*, núm. 39, México, octubre de 2013.

- Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre de 2008.
- "El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12, 2009.
- Kramer, Larry, "Popular Constitutionalism, circa 2004", *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, 2004.
- "Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint", *California Law Review*, vol.100, 2012.
- Laporta, Francisco, "Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta", *El Cronista del Estado social y Democrático de derecho*, núm. 0, 2008.
- Lema Añón, Carlos, "Transformaciones del Estado de Derecho contemporáneo", *Estado, Democracia y Derechos Humanos*, Mar del Plata, Suárez-UNMP, 2009.
- Limbach, Jutta, "Papel y poder del Tribunal Constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 2o semestre, 1999.
- Marmor, Andrei, "Legal Positivism: Still descriptive and morally neutral", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 26, 2006.
- Moravcsik, Andrew, "The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe", *International Organization*, vol. 54, núm. 2, Spring 2000.
- Mouffe, Chantal, "Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?", *Social Research* 66, núm. 3, 1999.
- Navarro, Pablo, "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho", *Doxa*, núm. 14, 1993.
- Niembro Ortega, Roberto, "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional", *Revista española de Derecho Constitucional*, n° 95, mayo-agosto 2012.
- Nino, Carlos Santiago, "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", *Cuadernos y debates*, núm. 29, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.
- Noguera Fernandez, Albert y Criado de Diego, Marcos, "La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Colombia, 2011.
- Noguera Fernández, Albert, "Derecho Antidiscriminatorio y Protección de los Colectivos en Situación de vulnerabilidad en las constituciones de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009", *Derechos y Libertades* 40, Época II, enero 2019.

- Parker, Richard, "Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto", *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, núm. 3, 1993.
- Pazmiño Freire, Patricio, "Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, núm. 67/68.
- Pino, Giorgio, "The place of legal positivism in contemporary constitutional states", *Law and Philosophy* 18, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1999.
- Pisarello, Gerardo, "Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?", *Jueces para la democracia*, núm. 41, 2001.
- Portinaro, Pier Paolo, "Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli", *Doxa*, núm. 31, 2008.
- Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, núm. 21, vol. II, 1998.
- "Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di 'Neo-costituzionalismo e positivismo giuridico'", *Diritto & questioni pubbliche*, núm. 3, 2003.
- Ramírez, F. y Espinosa, A., "Ocupando la silla vacía. Representación y participación en el tránsito posconstitucional del Ecuador", *Cuadernos del Cendes* 81, núm. 29, 2012.
- Rincón Salcedo, Javier, "La soberanía interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular", *Universitas*, núm. 115, Bogotá, enero-junio de 2008.
- Roberts, K., "Latin America's Populist Revival", *SAIS Review of International Affairs* 27, núm. 1, 2007.
- Rodriguez Garavito, César "Los derechos humanos y la 'nueva' izquierda latinoamericana", *Open Democracy*, 12 de marzo de 2014.
- Ruiz Miguel, Alfonso, "Lo no deliberable de la democracia deliberativa", *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm.9, 2009.
- "El principio de jerarquía normativa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre de 1988.
- Salazar Ugarte, Pedro, "Garantismo y Neo-constitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción", *Doxa*, núm. 34, 2011.
- Solum, Lawrence, "Constitutional Possibilities" *Indiana Law Journal*, vol. 83, 2008.
- Tomás y Valiente, Francisco, "La resistencia constitucional y los valores", *Doxa*, núm. 15-16, 1994.
- Tushnet, Mark, "The Hartman Hotz Lecture: Dialogic Judicial Review", *Arkansas Law Review*, núm. 61, 2009.

- Waldron, Jeremy, "Constitutionalism: A Skeptical View", New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 248, 2012.
- "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, Oxford University Press, 1993.
- "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006.
- *Judicial Review and Judicial Supremacy*, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, New York University, Working Paper núm. 14-57, November 2014.
- Wolff, J., 'Ecuador After Correa: The Struggle Over The "Citizens" Revolution', *Revista de Ciencia Política*, núm. 38, 2018.
- Young, Iris, "Activist Challenges to Deliberative Democracy", *Political Theory*, vol. 29, núm. 5, 2001.
- Zagrebelsky, Gustavo, "Constitucionalismo", *Derechos y Libertades*, núm. 29, época II, junio de 2013.
- Zurn, Christopher F., "Deliberative democracy and constitutional review", *Law and Philosophy*, núm. 21, Kluwer Law International, 2002.

### **Electrónicas (direcciones de internet)**

- Couso, Javier, "Las Democracias Radicales y el 'Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano'", disponible en: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Couso\\_CV\\_Sp\\_20130420.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Couso_CV_Sp_20130420.pdf)
- Dixon, Rosalind, 'Populist Constitutionalism and the Democratic Minimum Core' (April 2017) *International Journal of Constitutional Law Blog*, disponible en: <http://www.iconnectblog.com/2017/04/populist-constitutionalism-and-the-democratic-minimun-core/>
- Gargarella, Roberto, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes*, disponible en: [http://www.palermo.edu/Archivos\\_content/derecho/pdf/Constitucionalismo\\_atinoamericano.pdf](http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf)
- "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman", *SELA papers*, 2013, disponible en: [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/125/](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/125/)
- Müller, Jan-Werner, "Populist Constitutions- A Contradiction in Terms?", *International Journal of Constitutional Law Blog*, april 2017, disponible en: <http://www.iconnectblog.com/2017/04/populist-constitutions-a-contradiction-in-terms/>
- Pisarello, Gerardo, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución venezolana de 1999", disponible en: <http://www.rebellion.org/docs/96201.pdf>

Puga, Mariela, Litigio Estructural, Universidad de Buenos Aires, octubre de 2013, disponible en: <https://es.scribd.com/doc/156966140/Tesis-Mariela-Puga>

Sunstein, Cass, “Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional”, trad. de Alicia Fernández, disponible en: <http://www.mediafire.com/download/c4w3he8obh79o1m/sunstein2010seminario.pdf>

### **Normativas (códigos, leyes, reglamentos, etc.)**

Constitución de la República del Ecuador (arts. 1, 98, 100, 101, 103-113, 427, 441, 444)

Ley Orgánica de Participación Ciudadana de Ecuador (art. 77)

Constitución Política del Estado de Bolivia (arts. 1, 11, 196 (II), 198, 199 (II), 241-242, 411 (I), 441-443)

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (arts. 2, 6, 18, 55, 62, 70, 236.8, 264, 340-341, 342-346, 347-350)

Constitución de la República Italiana (cláusula 139)

Ley Fundamental de la República Federal Alemana (arts.1, 20 y 79.3)

### **Jurisprudenciales**

City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).

Cooper v. Aaron 358 U.S.1, at 18 (1958).

Employment Division v. Smith, 494 U.S.872 (1990).

Marbury William vs. Madison James, 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803).

Planned Parenthood of South East Pennsylvania v. Casey. 505 U.S. 833 (1992).

Tribunal Constitucional Español: STC 31/2010, FJ 57.