V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

RICARDO ANDRÉS MARQUISIO AGUIRRE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ricardo Andrés Marquisio Aguirre – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-274-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias da justiça. 3. Teorias da decisão. 4. Argumentação jurídica. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).
CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Este GT del V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR) el día 9 de setiembre de 2016, entre las 9 y las 12 hs. La temática y las ponencias anunciadas hacían presagiar una importante diversidad de intereses y concepciones teóricas (referidas a la argumentación, el Derecho, la teoría del Derecho y la teoría de la Justicia), así como la producción de interesantes discusiones a partir de las exposiciones, previsiones que se cumplieron ampliamente.

El primer artículo presentado entre los correspondientes al GT fue APROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO STF (ADPF 178): COMO O ATIVISMO JUDICIAL ROMPE A SEPARAÇÃO FUNCIONAL DOS PODERES CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA aborda el álgido tema del modo en que, bajo el discurso justificativo de realizar una "interpretación conforme a la Constitución", los tribunales legislan en materia constitucional y practican activismo judicial, lo que da mérito a que su accionar sea cuestionado por violación del principio de separación de poderes.

El artículo LIMITES AUTOIMPOSTOS À TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE, DE JOHN RAWLS, E AS CONSEQUÊNCIAS EM SUA NATUREZA discute los límites que la teoría dela justicia rawlsiana se impone con el objetivo de recibir una aceptación lo más amplia posible y el modo en que dichos límites tienen consecuencias a la interna de dicha teoría.

Por su parte, el artículo O BEM COMO RACIONALIDADE EM JOHN RAWLS, continúa con el análisis de la influyente teoría de la justicia de dicho autor, tomando como tema el papel de la teoría del bien y sus implicancias, así como el contraste entre el bien y lo justo, que aparece como uno de los aspectos centrales de la concepción de justicia como equidad.

El último artículo en ser expuesto entre los brasileños es O DIREITO À IMAGEM NO PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO SOB A ÓTICA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E DO DISCURSO RACIONAL. En el artículo se discute si y en qué medida

debe prevalecer el derecho a la imagen de los candidatos o exercentes mandatos o cargo político en contra del derecho a la información de los ciudadanos para el propósito de construcción de una opinión pública "libre".

En lo que refiere a los artículo expuestos por investigadores uruguayos, el primero fue ARGUMENTACIÓN Y DEBERES IMPERFECTOS. En él se defiende la necesidad de aceptar la existencia de deberes imperfectos en la argumentación y se plantean los rudimentos de tal incorporación en una Teoría de la argumentación de orientación Pragma Dialéctica.

EL siguiente artículo es LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL AMBITO DE LAS SOCIEDADES COMPLEJAS LATINOAMERICAS. UNA VISIÒN DESDE EL MARCO DE LA TEORIA CRÍTICA. El tema elegido, trata dos aspectos esenciales del Derecho en las sociedades complejas latinoamericanas, avanzado ya el S XXI: la judicialización creciente de la política y su reverso la politización de la justicia.

El artículo OBJECIÓN DE CONCIENCIA analiza, a partir de un reciente y comentado fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la problemática que plantea “deducir” un derecho general a la objeción conciencia de las disposiciones constitucionales y legislativas que se invocan para fundarlo.

Finalmente, se expuso el articulo RAZONES Y CREENCIAS CONSTITUCIONALES: ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y NORMATIVOS DEL ESTADO (NEO) CONSTITUCIONAL. Allí se plantean algunos problemas vinculados al papel de la Constitución densa en proveer razones justificativas del derecho de las fuentes sociales y de la conducta de los operadores e intérpretes jurídicos (jueces, legisladores, dogmáticos).

Prof. Adj. Ricardo Marquisio Aguirre - Facultad de Derecho - UDELAR

RAZONES Y CREENCIAS CONSTITUCIONALES: ALGUNO PROBLEMAS CONCEPTUALES Y NORMATIVOS DEL ESTADO (NEO)CONSTITUCIONAL

CONSTITUTIONAL REASONS AND BELIEFS: SOME CONCEPTUAL AND NORMATIVE PROBLEMS OF THE (NEO) CONSTITUTIONAL STATE

Ricardo Andrés Marquisio Aguirre

Resumo

En este ensayo planteo algunos problemas vinculados al papel de una Constitución densa en proveer razones justificativas del derecho de las fuentes sociales y de la conducta de los operadores e intérpretes jurídicos. Mi tesis es que la creencia de que una Constitución densa "resuelva" ciertos aspectos centrales de la vida social, enfrenta serias objeciones de naturaleza conceptual y normativa. En este sentido, la distinción entre creencias y razones constitucionales contribuye a explicar los problemas teóricos del constitucionalismo fuerte y, al mismo, tiempo, da cuenta del modo en que éste influye en las distintas dimensiones de la práctica jurídica.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Teoría del derecho, Democracia, Moral y derecho, Política y derecho

Abstract/Resumen/Résumé

In this paper I pose some problems related to the role of a dense Constitution to provide justifying reasons for the Law of the social sources and the actions of legal operators and interpreters. My claim is that the belief in a dense Constitution as "resolving" certain central aspects of social life faces serious objections of conceptual and normative nature. In this sense, the distinction between constitutional beliefs and reasons contributes to explain the theoretical problems of strong Constitutionalism and, at the same time, accounts for the way of its influence in the different dimensions of legal practice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoconstitutionalism, Theory of law, Democracy, Morality and the law, Politics and the law

Las Constituciones *densas* son una realidad jurídica virtualmente omnipresente en el mundo contemporáneo. Más que un conjunto de normas, parecen ser la concreción definitiva de un horizonte normativo, algo así como la suma de todas las expectativas que la legitimidad política pueda ofrecer en un Estado de Derecho. Desde las versiones fuertes del constitucionalismo se plantea que, por imperio de las enunciaciones valorativas de la Carta, vivimos en orden social donde las controversias morales, ideológicas y hasta filosóficas tienen una medida común de resolución, y donde los problemas de alta complejidad que requiere atender a las diversas dimensiones del bienestar de las personas están ya resueltos bajo la forma de derechos irrevocables.

Tomar con seriedad estas promesas plantea una serie de interrogantes centrales: 1) ¿Qué tipo de razones para las prácticas jurídicas puede proveer una Constitución que haga mención a principios y valores? 2) ¿Cuáles son los problemas conceptuales y normativos que plantean las constituciones contemporáneas, en cuanto son entendidas como pretendiendo ir mucho más allá de la regulación de la estructura del Estado y los poderes de los gobernantes? 3) ¿Cuáles son las creencias de los operadores e intérpretes contemporáneos sobre la manera en que la existencia de una Constitución *densa* resulta relevante en las prácticas jurídicas?

La posibilidad de que una Constitución densa "resuelva" aspectos centrales de la vida social enfrenta objeciones conceptuales y normativas. Las mismas se vinculan con el impacto de la Constitución en la existencia de un orden moral objetivo (objeciones *escéptica*, *relativista* o de *irrelevancia*), la discutida legitimidad de imponer, bajo la forma de un programa axiológico, una limitación sustancial a la voluntad popular en la formación de la decisión colectiva (objeción *democrática*), la posibilidad de que un texto constitucional por la mera mención de principios, valores y derechos –vagos y abstractos- *determine* el derecho, es decir, permita establecer su existencia y contenido (objeciones *conceptuales*) e inclusive tenga el efecto de falsificar un paradigma de teoría jurídica: el positivismo jurídico (objeción *metateórica*).

A la luz de los problemas señalados, todos los aspectos en que la Constitución puede entenderse significativa se presentan como inherentemente controversiales y tiene, por tanto, una importancia decisiva el modo en que los participantes de la práctica jurídica consideran que deben resolverse. Esto es, las *creencias constitucionales* de los agentes relevantes determinarán, en última instancia, las *razones constitucionales aplicables a la legislación, adjudicación e interpretación del derecho.* Por tanto, es pertinente

preguntarse por el grado de *constitucionalismo* al que de modo explícito implícito, adhieren dichos agentes en el Uruguay contemporáneo.

1. Constitución y metaconstitución.

En términos básicos, una Constitución es la manera en que se articula el gobierno de un Estado, en cuanto es posible describirla y categorizarla a partir de la identificación de ciertas reglas fundamentales. En este sentido básico todo Estado tiene una Constitución. (Whittington, 2008). No cualquier tipo de dominación da origen a un Estado. Para poder considerarse *estatal*, el poder requiere, entre otras condiciones, de un marco normativo que organice su ejercicio y ello hace necesario el tipo de manifestación jurídica que llamamos *Constitución* (Salazar Ugarte, 2015).

A menudo, aunque no siempre, la Constitución puede identificarse con un documento escrito que formalice las reglas que establecen los distintos organismos de gobierno. El caso británico –una práctica constitucional estable a lo largo de varios siglos basada en reglas mayoritariamente consuetudinarias- ilustra bien el punto central de una constitución: no es el texto en sí sino la regulación establecida. Normalmente, la reglas fundamentales se expresan por escrito, en tanto son el resultado de algún tipo de ruptura institucional (cercana en el tiempo o más o menos remota) a la que sigue un nuevo comienzo (las constituciones norteamericana de 1789 y uruguaya de 1830 son ejemplos típicos), lo que hace inevitable su codificación. En Gran Bretaña, en cambio, la Constitución es el resultado de un lento y gradual proceso evolutivo que, aunque con tropiezos, marca una historia de continuidad que se mantuvo al menos hasta finales del siglo XX (King, 2007).

Sobre este punto, es relevante la distinción que plantea L. Alexander entre *constitución* y *metaconstitución*. Una constitución es un acuerdo generalizado sobre ciertas *reglas atrincheradas,* lo que supone que no pueden ser alteradas con la misma facilidad que las restantes reglas (aunque su grado de atrincheramiento puede ser diverso, desde la exigencia de un procedimiento especial para el cambio hasta la suposición de que no pueden alterarse nunca). El acuerdo sobre reglas es un acuerdo sobre su *significado*, es decir sobre los criterios de actuación que –una vez interpretadas- se entienden establecidos por ellas y no meramente sobre la identificación

de un conjunto de símbolos (como un texto escrito) o sonidos (como una tradición oral que da cuenta de una costumbre).

Una *metaconstitución*, por su parte, es un acuerdo sobre (meta)reglas acerca de que particular set de símbolos podrá identificarse como una *constitución*, a quien corresponderá interpretar en forma autoritativa esos símbolos y cuáles intenciones semánticas contarán como relevantes a la hora de dicha interpretación. Aunque la expresión escrita no es necesaria para que exista una *constitución*, la autoridad de las constituciones escritas se basa necesariamente en reglas metaconstitucionales no escritas. Y, aun cuando no puede haber una *constitución* sin alguna *metaconstitución* que permita identificarla, la primera puede cambiar de diversas maneras sin que se altere la segunda. Sin embargo, cuando se produce una transformación revolucionaria del orden social, es probable que se altere la *metaconstitución* y eso inevitablemente lleve a una diferente *constitución*. Si bien el grado de atrincheramiento de las reglas constitucionales depende de la *metaconstitución*, ésta última no puede (conceptualmente) estar atrincherada pues solo se sostiene en virtud de su aceptación *momento a momento* (Alexander, 2009)

Por ejemplo, la Carta uruguaya de 1830 es el resultado de un acuerdo metaconstitucional originario sobre qué debería contar como Constitución para el Estado naciente: un documento aprobado por una Asamblea Constituyente y después jurado públicamente. Este documento tuvo sucesivas reformas sin que cambiara significativamente la metaconstitución salvo en un punto relevante: los jueces, a partir de la reforma de 1934, adquirieron el poder de interpretar autoritativamente la Constitución al punto de estar habilitados a desaplicar la legislación ordinaria por considerarla incompatible con ésta[1].

2. Constitución, constitucionalismo y neoconstitucionalismo

[1] Es plausible suponer, que en el Uruguay contemporáneo estamos asistiendo a un importante cambio *metaconstitucional* a partir de la cada vez más aceptada idea de que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados tienen *rango constitucional*. Muchos autores en distintas ramas de la dogmática, así como múltiples sentencias judiciales, refieren a los tratados como parte de un *bloque de constitucionalidad*, para expresar que integran con la Carta un único set de reglas y principios y a la necesidad de un *control de convencionalidad*, para justificar la desaplicación de leyes contrarias a dichos tratados como una obligación idéntica a la de los jueces frente a las leyes inconstitucionales (ver bibliografía y jurisprudencia citada *infra*, d). Se trata de un cambio sumamente relevante ya que: a) amplía significativamente el rango de *lo constitucional* y, con él, de las restricciones a lo que pueden hacer válidamente los legisladores y, en última instancia, a la propia idea de soberanía popular; b) aumenta el grado de *densidad* de la Constitución, en cuanto buena parte del contenido de los tratados internacionales de derechos humanos consiste en la enunciación de principios y derechos en un lenguaje abstracto y vago.

El modo en que la Constitución provee razones para la práctica y la interpretación jurídica podría caracterizarse como un continuo entre dos extremos. Por un lado, el *escepticismo constitucional* según el cual la existencia de una Constitución *densa*, *larga* o *robusta*, no implica, en sí misma, ninguna razón *específica* para la acción (legislativa, interpretativa, adjudicativa). Esta postura puede defenderse desde distintas aproximaciones teóricas como el realismo jurídico, las teorías críticas o el positivismo ético. La postura opuesta, según la cual las constituciones modernas (en cuanto incluyen ciertos contenidos) proporcionan un robusto set de razones para la teoría y práctica jurídica, puede atribuirse al *neoconstitucionalismo*.

Solo en las sociedades donde impera (o al menos se invoca) un principio de legalidad es posible hablar de un orden constitucional. La idea de legalidad refiere a la vigencia de un orden jurídico, esto es, el cumplimiento, constatable empíricamente o la aceptación generalizada de sus normas. La legalidad se verifica cuando una sociedad tiene un orden jurídico supremo y a través de éste se ejerce el gobierno. Las reglas jurídicas articulan y limitan las distintas formas en que se expresa el gobierno, operando como una regulación unificada de los poderes de soberano (Cohen, 2012:27). En el marco de la legalidad, quienes ejercen el poder lo hacen invocando como justificación el actuar *en nombre del derecho* o *sobre la base del derecho*. La esencia del principio de legalidad es que no se exija la obediencia a los gobernados más allá de lo que las normas válidas (por su forma u origen institucional) e impersonales lo permitan (Ver Schmitt, 2004). Supone, entonces, el ejercicio y la limitación del poder a través de reglas jurídicas, cuya expresión suprema sería el orden constitucional, pero no plantea exigencias con relación al contenido de tales reglas ni a la justificación moral que sus autores deben tener para establecerlas[2]. La adopción de una Constitución implica que una sociedad ha establecido reglas según las cuales se puede crear *derecho válido* pero no garantiza que quienes lo crean tengan derecho moral a gobernar. Un gobierno ostensiblemente despótico puede autolimitarse por el principio de legalidad.

El constitucionalismo presupone la eficacia generalizada en una sociedad de un set de reglas fundamentales pero implica además *una cierta actitud* hacia esas reglas: la

[2] Es conocida la fórmula de Kelsen, según la cual cualquier contenido –con independencia de su conformidad o no con las exigencias de la moral- puede ser establecido por alguna norma jurídica como una conducta humana debida (Kelsen, 2011: 114-115).

creencia de que constituyen una *limitación necesaria del poder y* tienen en sí mismas valor, además de permitir realizar *otros valores.*

Aunque el término es relativamente reciente (comenzó a propagarse a partir de la Revolución Norteamericana) la idea a que hace referencia es de larga data. El aforismo de que un orden político legítimo "es un gobierno de leyes y no de hombres" tiene su origen en el juramento de los magistrados de la República de Roma. La esencia detrás de la fórmula es que las leyes deben controlar efectivamente el poder (y no solo permitir su ejercicio). Ello supone que, en tanto obras justificadas por el propósito asumido de servir a los seres humanos, deben ser creadas y aplicadas por funcionarios obligados, en todas las instancias de su actuación, a considerar sus méritos morales y finalidades. En la óptica constitucionalista, un buen ordenamiento es aquel donde las leyes no atribuyen a los gobernantes el poder de actuar de modo caprichoso o arbitrario (Gordon, 1999: 5-6). El constitucionalismo es, en esencia, una actitud: la actitud de tomar a la Constitución *muy en serio*, como un valor autónomo entre aquellos que dan sentido a un orden social; un valor del cual no deberían permitirse desviaciones aunque ello pudiera favorecer el logro de otros valores importantes. En este sentido, el *constitucionalismo* es, además de una teoría, una ideología (Waldron, 2009).

Si para la vigencia de un orden constitucional basta que rija el principio de legalidad, el *constitucionalismo* requiere evaluar el ejercicio del poder desde algún ideal de legitimidad política, esto es, la afirmación de ciertas condiciones morales (debatidas entre las distintas concepciones) que los gobernantes han de cumplir para constituir una autoridad política justificada (Buchanan, 2002: 689-690). Los constitucionalistas creen que el apego a los principios constitucionales forma parte de esas condiciones.

Contemporáneamente, el constitucionalismo ha sido asociado de modo estrecho con el liberalismo, en tanto el centro de la ambición de controlar el poder estatal es la protección de los derechos individuales contra la posibilidad de interferencia indebida del Estado (Salazar Ugarte, 2015)[3]. Sin embargo, el constitucionalismo también se invoca en múltiples discusiones como argumento para propósitos más amplios como limitar la autoridad de los gobernantes en función del bien común a largo plazo (piénsese por ejemplo en la discusión reciente en Uruguay sobre la mega minería) o

[3] Muchos liberales son *constitucionalistas* en el sentido explicitado (el paradigma de un liberalismo de este tipo puede encontrarse en Rawls, 1971 y en Dworkin, 1997). Una notable excepción es Waldron que defiende desde el liberalismo su rechazo al constitucionalismo (Waldron, 2006; 2009).

para imponer ciertas concepciones particulares de la identidad nacional o religiosa (ver Whittington, 2008)[4].

Adoptar el constitucionalismo no implica sostener que la Constitución adhiere a un programa *específico* de valores, es decir, que constituye una especie de código axiológico que permite superar el desacuerdo moral. En tanto, la aprobación de una constitución supone inevitablemente el compromiso entre personas que sostienen creencias contrapuestas en temas fundamentales (Ver Alexander, 2009), puede ser concebida como una especie de *plan fundamental* para cooperar pese al desacuerdo (Shapiro, 2011), esto es, como un *método de coordinación* y no como un contrato (Hardin, 1999: 85). En ese plan pueden estar incluidas reglas, mencionados principios y valores, y reconocidos derechos que algunas (o muchas) personas consideren profundamente equivocados. No puede presuponerse que toda previsión vaga y abstracta de la Constitución -como las que reconocen derechos tales como la libertad o la igualdad- sea pasible de ser interpretada "justamente" de modo no problemático, en tanto no hay una sino múltiples concepciones de justicia que discrepan sobre la adecuada comprensión de estos conceptos (ver Marquisio, 2015b). Y aun cuando la Constitución establezca una solución específica –mediante una regla clara- a una cuestión en debate (por ejemplo, prohibiendo o permitiendo expresamente el aborto, las drogas, le matrimonio entre el mismo sexo, los impuestos a los altos ingresos o la tenencia de armas), eso no impide que quienes se opongan de plano a esas soluciones las consideren una especie de *mal constitucional*, negándoles cualquier respeto especial por el hecho de estar atrincheradas con relación a la legislación ordinaria (Graber, 2006; Tushnett, 2007).

El denominado *neoconstitucionalismo* se caracteriza por atribuir a la Constitución –o más bien a cierto tipo de constituciones, aquellas que incluyen menciones a principios, valores y derechos- una importancia esencial en la creación de un nuevo orden estatal, asignándole además un rol muy peculiar, *metateórico*: constituir un argumento decisivo

[4] Un caso interesante es la denominada por Hirschl *teocracia constitucional*, para diferenciarla de la *pura teocracia*. Mientras que en la última el supremo líder religioso es también el más alto líder político, asumiendo un liderazgo indiscutible y personalizado, en la primera, aunque la religión constituya la principal fuente que informa (y condiciona) el conjunto de la legislación y los métodos autorizados de interpretación, el poder no está atribuido institucionalmente a la autoridad religiosa. Quienes gobiernan son figuras políticas y su autoridad está limitada por una constitución rígida que consagra el principio de separación de poderes y establece una jurisdicción constitucional a la que atribuye alguna forma de revisión judicial. El constitucionalismo teocrático tiene como fin primordial asegurar que las leyes sean conformes con los principios de la doctrina religiosa y que ningún estatuto que los contradiga sea efectivamente aplicado (Hirschl, 2010).

para dejar lado el positivismo jurídico, paradigma de teoría del derecho dominante durante el siglo XX.

Tomando como punto de partida la creciente importancia jurídica y política que adquiere las constituciones en el mundo de posguerra, los neoconstitucionalistas concluyen en la idea de *constitucionalización del derecho:* el efecto expansivo de las normas constitucionales, cuyo contenido material y axiológico se irradia, con fuerza normativa, por todo el sistema jurídico (Barroso, 2008; Gil Rendón, 2012).

La palabra *neoconstitucionalismo* fue empleada inicialmente por tres teóricos genoveses (Pozzolo, Commanducci y Barberis) a finales de los 90 del siglo pasado[5] precisamente como una forma de identificar posiciones teóricas que comparten rasgos comunes en sus críticas al positivismo. Barberis lo caracteriza como una filosofía normativa que privilegia tres temas: la conexión del derecho y la moral (se afirma que esa conexión tiene múltiples dimensiones y una importancia de la cual una teoría positivista no puede dar cuenta); la teoría de las normas (la distinción entre reglas y principios que se opone al reduccionismo normativo del positivismo teórico) y la ponderación (los casos jurídicos concebidos como conflictos entre principios que son resueltos paradigmáticamente por los jueces constitucionales) (Barberis, 2011).

El *neoconstitucionalismo* se identifica por una actitud ideológica *anti-positivista* al aproximarse al derecho que, sin embargo, también pretende ser diferenciada del iusnaturalismo y de otras formas de post-positivismo (Commanducci, 2002; Moreso, 2003). La mejor forma de caracterizarlo es, por tanto, a partir de oposiciones paradigmáticas con (el modo en que los neoconstitucionalistas conciben) el positivismo jurídico: *principios vs. reglas*; *ponderación vs. subsunción*; *Constitución vs. legislación*; *juez vs. legislador*. Para el *neoconstitucionalismo* el *Estado de derecho constitucional* es una nueva forma de la organización estatal, por oposición al viejo *Estado de derecho legalista*, del cual sería una especie de "mutación genética" justamente a partir del advenimiento de los principios. Su instrumento preferido, la *ponderación* –que implica resolver los casos con instrumentos equitativos o de razonabilidad práctica antes que con deducciones a partir de reglas- armoniza con la Constitución concebida no como una norma más sino como un conjunto de valores a través de los cuales se controla la legislación. Una consecuencia de esta actitud es la *jurisdiccionalización de la política*, donde queda relativamente poco espacio para la voluntad de legislador, que puede ser

[5] El término es utilizado por primera vez en Pozzolo, 1998.

sustituido por el juez –especialmente la corte constitucional- sin que se considere que hay menoscabo del principio democrático. La democracia es vista como la expresión política de los valores que se consideran incluidos en el texto fundamental y el rol del poder legislativo (o judicial, en su caso) es traducir en normas concretas los principios superiores (Pozzolo, 2011: 16-18; 2015)[6].

Las distintas formas de constitucionalismo incorporan diferentes creencias acerca de los valores que conlleva un orden constitucional y las razones que proporciona para los operadores e intérpretes del derecho. La investigación refiere a las razones para la práctica jurídica que las formas robustas de constitucionalismo derivan de una Constitución *densa*, a los problemas conceptuales y normativos que plantean estas razones y a las creencias que sobre ellas pueden atribuirse a los agentes relevantes de la aplicación e interpretación del derecho en el Uruguay del siglo XXI.

3. Creencias constitucionales: moral, política y derecho a la Carta

Tomando a la Constitución como partida, el constitucionalismo supone atribuirle un cierto valor, intrínseco o instrumental, en la realización de un cierto orden legítimo. En particular, se asigna a la Constitución un papel esencial en el denominado "imperio del derecho" (*rule of law*), según el cual algunos valores como la certeza y seguridad jurídica pueden ser realizados solo si el Estado se gobierna por reglas predeterminadas, que resultan claras y suficientemente inteligibles. Cuando reúnen estas características las reglas conforman una trama para que los individuos puedan predecir razonablemente las consecuencias de sus acciones y se encuentren protegidos de intervenciones arbitrarias de funcionarios u otros ciudadanos privados (MacCormick, 2005: 12-13). Aunque la idea del *imperio del derecho* es formal, de ella se implican, como afirma Raz, algunos valores importantes: reglas jurídicas prospectivas, claras, estables y elaboradas por métodos preestablecidos; independencia judicial, acceso sin obstáculos a los tribunales, ajuste de la legislación a ciertos principios de justicia (Raz, 1983: 210-218).

El constitucionalismo admite, en cuanto a los valores que se supone permite realizar una constitución y al grado en que ella determina el estatus y las acciones de funcionarios y ciudadanos, una gradación. Por ejemplo, como una forma débil podría

[6] Para una referencia panorámica de las distintas variantes del neoconstitucionalismo ver Carbonell, 2007.

mencionarse al *originalismo* según el cual la Constitución opera como un marco de límites a la legislatura ordinaria impuestos a través de reglas fundacionales, donde las intenciones originales de los autores y ratificadores, determinadas por hechos lingüísticos, al momento de la creación y ratificación del texto, agotan el alcance de la interpretación y el ámbito del control de una corte constitucional (Solum, 2011). Desde esa óptica, la Constitución funciona como una regla que restringe el actuar de la legislatura ordinaria, de acuerdo con las intenciones de los padres fundadores (el método de determinación es materia de desacuerdo entre los originalistas) pero sin que pueda atribuírsele la incorporación de valores fundamentales o alguna consecuencia en la realización de un cierto orden moral. En una perspectiva totalmente diferente se halla Dworkin para quien la Constitución debe abordarse desde lo que denomina *lectura moral*. Cuando las constituciones contemporáneas declaran derechos individuales y enuncian valores en un lenguaje muy vago, Dworkin plantea que quienes aplican esas provisiones (jueces, abogados y ciudadanos) deben interpretarlas en el entendido de que invocan principios morales acerca de la justicia y la decencia política. Para Dworkin, la democracia no está asentada en la premisa mayoritaria sino en la realización de un principio abstracto de *igual respeto y consideración*, y la Constitución al enunciar los derechos y valores fundamentales obliga a los jueces a establecer a través de un razonamiento práctico, no lo que los padres fundadores pudieron haber tenido en mente, sino lo que la moral comunitaria (basada en el principio citado) realmente requiere (Dworkin, 1997). El papel de la Constitución en limitar el poder de la legislatura ordinaria es mucho mayor que el que postulaba el *originalismo* (según Dworkin, las decisiones mayoritarias pueden ser invalidadas por los tribunales si son contrarias a lo que requiere la moral política) pero, dado el carácter controversial de las proposiciones morales, el poder interpretativo de los jueces es sumamente amplio. Aunque tienen que interpretar la Constitución como si de ella pudieran desprenderse "respuestas correctas", pues la postura del juez no puede ser la del escepticismo externo a la práctica (Dworkin, 1986 y 1996), el resultado de su interpretación es altamente indeterminado a priori, por el carácter inherentemente controversial de su objeto y lo complejo del razonamiento que requiere.

El *neoconstitucionalismo* aparece como el extremo fuerte de las creencias constitucionales sobre la determinación de un orden moral objetivo, la limitación del poder del legislador por la incorporación de los principios y valores constitucionales, y la determinación del conjunto del Derecho a partir de la *Norma Fundamental*

(*constitucionalización del orden jurídico*). El punto central es aquí la asumida *largura* o *densidad*[7] de la Constitución que ya no es vista como un mero instrumento de control sino más bien de concreción. Sus previsiones que "incorporan" valores no constituyen reclamos *contra el poder* sino *hacia el poder* (Pozzolo, 2011: 24). El robusto catálogo de derechos y principios que las constituciones enuncian, especialmente las posteriores a la segunda guerra mundial, es concebido como la incorporación de un orden moral objetivo en el Derecho, del que se desprende un programa político[8] que ubica al juez en un rol muy similar al del legislador en su realización. Esta enunciación de principios y derechos *determina el Derecho* en un sentido fuerte, por lo que para el *neoconstitucionalismo* los jueces que resuelven casos invocando las enunciaciones genéricas y controversiales, en realidad *aplican* la Constitución. En la Constitución *densa* los derechos, identificados con las normas que los enuncian pero determinados por el razonamiento ponderativo del juez, operan como el centro de la valoración de las decisiones políticas reemplazando a la autonomía individual que postula el constitucionalismo liberal (Pozzolo, 2011: 32).

4. Razones constitucionales: problemas conceptuales y normativos detrás de la ideología

La interpretación constitucional depende en gran medida del modo en que se conciba la propia *naturaleza* de la constitución, es decir, al sentido o propósito que se le atribuya, lo que supone el involucramiento en múltiples controversias filosóficas (Greenawalt, 2015: 11). Tanto el *constitucionalismo* como su concepción más extrema, el *neoconstitucionalismo*, son ideologías que atribuyen determinado valor y efecto al hecho de la existencia de constituciones rígidas que enuncian determinados contenidos. Como toda ideología, incorporan un conjunto de supuestos normativos cuya validez puede discutirse desde el punto de vista teórico. Como toda ideología, la posibilidad de que proporcionen *efectivamente* razones para la acción depende de que los participantes

[7] Luque caracteriza a la "constitución larga" como aquella que no se ocupa únicamente de los poderes públicos, sino que confiere derechos, menciona principios sustantivos y enuncia principios programáticos. Siendo, además, rígida, sus disposiciones *programáticas* se presentan como difícilmente derogables y, en general, se atribuye a un órgano jurisdiccional la condición de ser su intérprete último (Luque, 2014: 20-21).

[8] Un ejemplo interesante en cuanto ubicar a los derechos como un *a priori* es la fórmula que usa la Constitución ecuatoriana de 2008 al caracterizar a ese país como un "Estado constitucional de derechos", interpretada desde el nuevo constitucionalismo latinoamericano como un "giro democrático radical" frente a la concepción tradicional de "Estado de derecho". (Ver Acosta, 2016: 21-22).

de determinadas prácticas sociales las adopten como creencias en base a las cuales orientar su acción.

En el caso del *constitucionalismo liberal*, los supuestos acerca del valor de la Constitución son la posibilidad de que limite legítimamente el poder, haciendo posible el imperio del derecho y permitiendo una esfera de autonomía individual (libertad de interferencia arbitraria) y protección de derechos básicos. Para el *neoconstitucionalismo*, los supuestos son mucho más densos: determinación de un orden moral objetivo a partir de la incorporación de principios y valores a la Carta, *la democracia constitucional* como imposición al legislador (que puede ser "corregido" por el juez si está omiso u equivocado) de un programa de decisiones sustantivas que limitan de antemano la soberanía popular (*estado constitucional de derecho*), ubicación de *los derechos* (identificados con las normas que los enuncian) como la categoría central por la que se valoran las decisiones políticas; cambio paradigmático en la teoría del derecho: la Constitución (incorporacionista) implica la necesidad de dejar de lado el positivismo jurídico.

Cada uno de estos supuestos aparece como problemático, a partir de los desacuerdos teóricos que a continuación se explicitan.

4.1.**La Constitución y la posibilidad de un orden moral objetivo**

Suponiendo que a una constitución puede (descriptivamente) atribuírsele un *programa de valores* subyacente, es una cuestión (normativa) abierta, si dicho programa es *el correcto*, es decir si constituye o refleja un orden moral objetivo (DeHart, 2007). La práctica de valorar moralmente diversos estados de cosas (acciones, instituciones, reglas) utilizando un discurso que se presenta (al menos en la superficie) como descriptivo, remite a algún criterio de objetividad (validez intersubjetiva) según el cuál debería ser posible establecer la verdad del juicio emitido con independencia de la opinión de cualquier individuo en particular sobre el punto. Sin embargo, es notorio el desacuerdo fundamental que existe en casi todos los problemas relevantes que se plantean en las sociedades contemporáneas. A vía de ejemplo, piénsese en cuestiones como el aborto, la eutanasia, la justicia tributaria, el uso de drogas, el control de armas, la sexualidad y el matrimonio, etc. La discusión sobre si hay efectivamente una moral objetiva o –contra la apariencia del discurso- no hay ningún criterio último de validez moral que sea aplicable a todos los seres humanos, es una de las más antiguas en filosofía y mantiene plena vigencia en la ética y metaética contemporáneas, donde

existen muchas teorías que debaten sobre el punto. Así como hay distintas formas de defender la objetividad moral (*realismo*, *constructivismo*, *ética del discurso*) también hay múltiples de negarla (*escepticismo, expresivismo, teorías del error, ficcionalismo*). El debate tiene innegables consecuencias en la justificación de las prácticas jurídicas, dado el vínculo imposible de soslayar, si se toma en serio la normatividad jurídica, entre el derecho y la moral (Sobre las implicancias del problema de la objetividad moral en la normatividad del derecho y la teoría jurídica, ver Marquisio, 2015a).

Frente a lo discutible de si hay una moral objetiva, la idea de que la Constitución determine la existencia de un cierto orden moral aparece como problemática, cualquiera sea la respuesta que se asuma sobre el punto. Si, como plantean los escépticos, los teóricos del error o los ficcionalistas, no pueden justificarse criterios últimos de objetividad moral, resultante desconcertante asumir que la existencia de una Constitución con determinados contenidos podría proporcionar tales criterios. En ese caso, la mención de principios y valores, así como las declaraciones de derechos no serían capaces de proporcionar razones válidas para todos los sujetos a los que se pretende aplicar la Constitución, que podrían adoptar (sin que haya "prueba" de la invalidez de su punto de vista) una actitud puramente predictiva o prudencial frente a ella.

Puede pensarse, para utilizar un ejemplo harto conocido, en el art. 72 de la Constitución uruguaya, que establece: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno". Que haya "derechos inherentes a la personalidad humana" depende de una concepción normativa de lo que constituye *una persona humana* y el valor que ella representa. En este punto hay desacuerdos radicales como los que se manifiestan en los debates sobre el aborto, la eutanasia, la pena de muerte, la existencia de otras "personas" normativamente relevantes como los animales no humanos o la propia biosfera, el pro y el antinatalismo, etc. Es claro que un hecho social como la aprobación de un texto constitucional que menciona la existencia de tales derechos no tiene aptitud para poner fin a esas discusiones si, como sostienen las distintas variantes de escepticismo, no hay criterios normativos últimos que permitan proporcionar respuestas a ellas.

Por otro lado, supongamos que sí hay un orden moral objetivo robusto (que el *realismo moral* es correcto) y que, en todos los debates citados, algunos de los proponentes tiene razón y los demás están equivocados. En este sentido la pretendida

"incorporación" a partir de la mención en el texto parece devenir irrelevante. Una enunciación como la del art. 72 sería incapaz de proporcionar razones a jueces, que en todo caso ya las tendrían porque la conexión entre la moral (objetiva) y el orden jurídico, como realización institucional necesaria de ella en una comunidad concreta, resultaría necesaria y constitutiva (Finnis, 2011).

Parecería entonces que, digan lo que digan los textos constitucionales al respecto, o bien no existen respuestas correctas (a priori) para los debates morales y en ese caso la incorporación de la moral al derecho es imposible, o bien si existen, y dicha "incorporación" es solo aparente o irrelevante. Dicho de otro modo: la Constitución cumple un rol fundamental en permitir la resolución de conflictos morales a través de ciertas instituciones (legislaturas o tribunales) pero no puede ella misma eliminar el conflicto moral que planteará la presencia de razones competitivas (y quizás inconmensurables) para decidir en distintos sentidos ante cualquiera alternativa de decisión (Ver Raz, 2009: 361-370).

4.2.**Constitución y democracia constitucional**

Un punto central del neoconstitucionalismo es la pretensión de *sustancializar* la democracia, es decir, atribuir a la mención de principio y valores en la Carta la propiedad de imponer decisiones "necesarias" que limitan la soberanía popular, en sus expresiones directas e indirectas. Los ideales de democracia y constitucionalismo, centrales en la filosofía política contemporánea, se encuentran en inevitable tensión. Si nos concebimos como individuos autónomos y apelamos al principio democrático, parece ser que no reconocemos ninguna autoridad superior a la nuestra, actuando colectivamente. Por otro lado, cuando invocamos a la Constitución o a un ideal como los derechos humanos, pensamos en límites infranqueables aun para la decisión ampliamente mayoritaria. La historia constitucional muestra como las Cartas contemporáneas son el resultado de compromisos coyunturales de diversa estabilidad entre ambos ideales. A pesar de estos compromisos, la tensión es imposible de eliminar y su abordaje requiere una argumentación que articule ambos ideales en algún principio común como la igualdad (Gargarella, 2005 y 2015)[9] .

[9] La idea de "dialogo constitucional" defendida por Gargarella y basa en la concepción deliberativa de la democracia es un ejemplo de esa estrategia (Gargarella, 2014).

Una dificultad de esta pretensión es que *democracia* es un ejemplo típico de concepto socialmente contestado sobre el cual hay múltiples concepciones que presentan ideales regulativos distintivos (liberal, deliberativa, populista, pluralista, agonista, minimalista, para mencionar algunas de las más influyentes). Las concepciones de democracia discrepan no solo sobre cómo deberían organizarse las instituciones fundamentales de una sociedad democrática (por ejemplo, sobre si la legislatura debería predominar siempre sobre el poder judicial o viceversa) sino sobre cuáles son los valores fundamentales que dan sentido a la propia institucionalidad (Marquisio, 2013) Si tomamos una definición mínima de democracia como un método de decisión colectiva caracterizado por alguna igualdad fundamental entre los participantes y donde la justificación de las decisiones se conecta con los intereses y juicio de éstos, quedan abiertas la cuestiones normativas fundamentales: cuál es la igualdad relevante (la mejor forma de caracterizar la igualdad política; el vínculo entra ésta y otras dimensiones de la igualdad como las que postulan las diversas concepciones de justicia social), la forma en que deberían conectarse los juicios y las decisiones (representación, caudillismo, deliberación) y los intereses relevantes que deberían constituir el *input* de las decisiones (Marquisio, 2014).

Las distintas concepciones de democracia tenderán a considerar de modos diversos al *constitucionalismo* (los liberales suelen defender importantes restricciones constitucionales basadas en derechos fundamentales; los populistas, agonistas y minimalistas, por razones muy diversas, tienden a defender una expresión lo menos limitada posible de la voluntad mayoritaria). En todo caso, es una cuestión abierta cuál debería ser el alcance de las restricciones constitucionales a la voluntad popular. Por lo que la pretensión del *neoconstitucionalismo* de que la constitucionalización de principios y valores implique, de por sí, una suerte de concreción de un nuevo orden democrático significa una idealización del grado de consenso existente en las sociedades contemporáneas. El desacuerdo moral abarca en dichas sociedades no solo múltiples cuestiones concretas (qué decidir colectivamente) sino los propios fundamentos del orden y la mera mención de principios y valores en la Constitución no puede eliminar el desacuerdo (Waldron, 1999). Por tanto, también la legitimidad del control de constitucional (o *judicial review*) es una cuestión abierta[10]: para justificarlo se necesita justificar por qué los jueces (o los miembros de un Tribunal Constitucional)

[10] Para una presentación panorámica del problema de la revisión judicial ver Linares, 2008. Sobre modelos normativos de revisión judicial ver Spector, 2015.

tienen autoridad *democrática* para dejar de lado la interpretación de los ciudadanos, directamente o a través de la legislatura, sobre los valores morales "correctos", los criterios de justicia social y los derechos humanos[11].

En todo caso, cuando jueces y legisladores adoptan decisiones declarando aplicar la Constitución, lo hacen en función de sus propias creencias sobre lo que la ella significa y los valores que la justifican pero eso no implica que dichas creencias sean objeto de consenso social ni que no puedan ser objetadas desde otras concepciones en debate. Si tomamos en serio el ideal democrático, no podemos dejar de reconocer que sus valores subyacentes son materia de desacuerdo intratable, entre ellos el propio (sentido y alcance del) *constitucionalismo*.

4.3. Constitución y derechos fundamentales

La existencia de derechos fundamentales que son, de algún modo, previos a las decisiones políticas y suponen restricciones normativas al contenido de éstas, es un *factum* de la filosofía política y jurídica, así como del derecho constitucional contemporáneo. La idea de que hay un valor de dignidad fundamental en la persona humana de la que derivan derechos inherentes a ella, abarcando a todos los grupos y sociedades, se ha desarrollado progresivamente en la modernidad hasta llegar a ser virtualmente indiscutible, al menos de modo razonable (Daly, 2013: cap. 1º; Perry, 2009: 11-16).

Esta es una creencia que puede ser problematizadas en función de las discusiones a que se hizo referencia antes (la ontología de tales derechos se vincula con el problema la justificación de una moral objetiva; su alcance es materia de disputa entre las distintas concepciones de democracia). Pero la posibilidad de que los derechos sean el parámetro central de evaluación política a partir de su presunta incorporación a la Constitución plantea algunos problemas específicos.

Uno de ellos es el desacuerdo moral irreductible sobre el contenido de tales derechos. Tal desacuerdo se sostiene aun entre personas que de buena fe comparten el compromiso con la existencia de tales derechos. Por ejemplo, aun cuando las partes estén de acuerdo en que existen los derechos a la salud reproductiva, a la vida y a la

[11] El "debate Dworkin- Waldron" sobre la legitimidad democrática de la revisión judicial es ilustrativo sobre como este problema involucra múltiples discusiones de filosofía moral (la objetividad de los valores), filosofía política (concepciones de democracia, liberalismo, y derechos humanos) y teoría del derecho (*positivismo* y *antipositivismo*) (Marquisio, 2016).

disposición del propio cuerpo pueden discrepar sobre las reglas de acción colectiva que debería adoptar su sociedad sobre el aborto: ¿prohibirlo totalmente o parcialmente? ¿Permitirlo bajo ciertas condiciones o circunstancias excepcionales? ¿Legalizarlo o aun alentarlo? Aun cuando estos derechos estén mencionados en el texto constitucional (o en pactos internacionales que la *metaconstitución* transforma en parte de la *Norma Fundamental*) la adopción de un criterio de regulación sobre el tema no puede ser cuestión de mera aplicación de la Constitución, pues los legisladores que aprueben leyes generales y los jueces que resuelvan casos particulares adoptarán soluciones inherentemente controversiales. El problema relevante pasar a ser quién debería tener la palabra en las decisiones autoritativas que impliquen el contenido y alcance de los derechos mencionados en la Carta (o aceptados como formando parte de ella) (Ver Waldron, 1999 y 2006). Al imponer obligaciones fundándose en textos que, de modo vago y abstracto se presentan como dando respuesta a temas de controversia imposible de erradicar, es sensato preguntarse si los jueces antes que aplicar regulaciones preexistentes, en realidad no "inventan" derechos (ver Guastini, 2012).

Un segundo problema refiere a la deseabilidad de que los derechos sean el parámetro decisivo de evaluación. En este punto el cambio de paradigma que representa el *neoconstitucionalismo* es muy significativo. Para el constitucionalismo liberal, la autonomía individual es la base de justificación de la autoridad política: los individuos, considerados como seres dotados de dignidad fundamental, libertad natural e igualdad recíproca, constituyen la medida última de evaluación de las decisiones colectivas (Rawls, 1971; Dworkin, 1997). Los derechos mencionados en la Constitución se consideran límites a las autoridades –existen acciones que éstas no pueden llevar a cabo, aun cuando sean acordes con el bien común, si resultan violatorias de los derechos constitucionales- y, en ese sentido son instrumentales: restricciones a las acciones de gobernantes y otros ciudadanos para asegurar un cada individuo un espacio libre de interferencia, donde desarrollar su propio plan de vida.

El neoconstitucionalismo modifica radicalmente esta comprensión de los derechos al identificarlos con las normas que los mencionan, esto es, *sustancializarlos* y tratarlos de un modo que Pintore denomina "auto-ejecutivo": un *a priori jurídico* que los gobernantes deben "seguir". La identificación entre *normas* (que meramente los mencionan) y *derechos* (como obligaciones concretas e identificables hacia personas determinadas) conduce a una *ontologización* de éstos que dejan de ser instrumentos al servicio de la autonomía individual. Esta *ontologización* supone considerar a la

Constitución como un contrato social irrevocable que hace indisponibles los términos en que se ha formulado: los presuntos titulares de los derechos (los individuos) se vuelven incapaces de disponer sobre su contenido pues las acciones colectivas que hay que adoptar ya están determinadas *a priori* por la Carta. Pintore resume a esta vocación neoconstitucional por ontologizar los derechos, que implica presuponer (erróneamente) que hay consenso sobre su contenido y sustraerlos de la decisión democrática, en la fórmula *Constitución insaciable*, que al pretender predeterminar a través de la enunciación de los derechos el conjunto de las decisiones colectivas, acaba por devorar su propio sentido y fundamento (Pintore, 2011).

Un tercer problema, vinculado con el anterior, es que la mayoría de las constituciones actuales (y pactos internacionales *constitucionalizados* por la *metaconstitución*) hacen referencia a un robusto set de derechos económicos, sociales y culturales (o derechos de bienestar en otra terminología) que son muy diferentes conceptualmente de los clásicos derechos liberales (Ver Atria, 2014). La ontologización de los derechos plantea problemas especiales con respecto a los derechos de bienestar. Si bien el bienestar de las personas (el acceso a prestaciones de salud, vivienda, alimentación, etc.) es esencial para el bien común y es condición de legitimación de los gobernantes (la autoridad política incapaz de asegurar esa clase de servicios pierde toda plausibilidad en cuanto a su justificación), asegurarlo implica adoptar complejísimas y continuas decisiones sociales, que imponen obligaciones y establecen incentivos para innumerables personas, y que pueden tener como resultado el cumplimiento de sus objetivos o fracasar en hacerlo.

Los llamados *derechos de libertad* –libertad, seguridad, resistencia a la opresión propiedad, debido proceso legal, estado de derecho, habeas corpus, responsabilidad de los funcionarios- son contra todas las personas e instituciones. Los intereses que subyacen a ellos están protegidos en cuanto, basta su mera identificación y formulación para saber que, con respecto a cada individuo, todos los demás individuos están sujetos a la obligación de contrapartida. Aunque para proteger los derechos de libertad, las instituciones necesitan atribuir ciertas obligaciones específicas–por ejemplo a jueces y otros funcionarios-, la asimetría con los llamados *derechos de bienestar* es remarcable: podemos saber quién viola un derecho de libertad sin ninguna atribución de obligación concreta, pero no podemos saber quién viola un derecho a usufructuar bienes o servicios a menos que una obligación concreta haya sido impuesta. Desde una visión normativa de los derechos, las obligaciones y los derechos exigibles son dos facetas de un único

patrón normativo: sin obligaciones (específicas) no puede haber derechos. Por tanto, cuando las obligaciones desaparecen de escena (si leemos las declaraciones de derechos humanos como meras aspiraciones antes que como demandas) también lo hace la propia idea normativa de derechos, así como su importancia práctica (O'Neill, 2009) (El problema de los derechos de bienestar y la decisión colectiva democrática se discute en Marquisio, 2014).

4.4.Constitución y teoría del derecho

Uno de los aspectos más característicos del *neoconstitucionalismo* es la pretensión de que la mención de principios y valores en las Constituciones, no solo implica que estamos en nuevo tipo de *Estado de derecho* (constitucional por oposición al legal) sino que también obliga a un cambio de paradigma en la teoría del derecho, en cuanto obliga a dejar de lado al *positivismo jurídico* al que se cuestiona por ser una concepción neutral, descriptiva y negadora de la conexión entre el derecho y la moral (Atienza & Ruiz Manero, 2006). El Estado constitucional de derecho debería asumir como una especie de "filosofía oficial" alguna variante del *post-positivismo*, *no positivismo* o *anti-positivismo jurídico*.

Esta postura es problemática por varias razones.

En primer lugar porque la propia tesis de la incorporación del derecho a la moral, a partir de las fuentes constitucionales, es discutible ya que, desde el positivismo, existen explicaciones teóricas alternativas acerca del efecto que la mención de principios y valores tiene en el orden jurídico. Estas explicaciones alternativas pueden venir no solo desde el relativismo o escepticismo moral (Kelsen, 2011; Bulygin, 2008) sino también desde posturas que no niegan que exista una moral objetiva pero plantean argumentos conceptuales contra la incorporación de la moral al derecho (Raz, 1983 y 2009) y normativos contra la idea de una constitución robusta (Marmor, 2007) y la propia pertinencia de la mención de principios y valores en los textos constitucionales (Campbell, 2004)[12].

En segundo lugar, porque contemporáneamente el debate sobre el vínculo entre derecho y moral, que marca una imbricación entre la teoría del derecho, la filosofía moral y la filosofía política, desborda la oposición tradicional *positivismo-*

[12] Para una visión panorámica del debate sobre la compatibilidad del positivismo con los estados constitucionales modernos ver Orunesu, 2012.

iusnaturalismo (o *antipositivismo*). La mayor parte de los positivistas contemporáneo no asumen el escepticismo moral y reconocen vínculos necesarios entre las razones morales y jurídicas. Por otra parte, existen autores iusnaturalistas como Finnis que no consideran falso (aunque sí insuficiente) al positivismo jurídico y no rechazan la idea de una teoría descriptiva del derecho. El mismo Finnis y el más radical exponente del *antipositivismo*, Ronald Dworkin, son contestes en rechazar la tesis de la incorporación (Ver Marquisio, 2015).

La pretensión de que un cierto tipo de Constitución determine, por sí misma *un cambio teórico*, aparece como una visión excesivamente simplificadora de la discusión mencionada. Si pretendemos que un hecho social, como la existencia de una Constitución que incluye determinados contenidos, nos determine qué clase de teoría es verdadera, el problema está en realidad mal planteado: la Constitución es ella misma un problema teórico (o más bien el origen de un conjunto de problemas teóricos) y una de las discusiones recurrentes en teoría jurídica es precisamente la propia justificación del *constitucionalismo*.

5. Creencias constitucionales en la dogmática y jurisprudencia

En la dogmática[13] constitucional uruguaya se advierte una marcada tendencia a expresiones "fuertes" de constitucionalismo. Un influyente trabajo de Real ubica a la Constitución en el rol de incorporar "la esencia ideológica del iusnaturalismo clásico" (Real, 1958). Contemporáneamente, Risso resume la postura prevalente al afirmar que la Constitución, al mencionar "valores superiores" evita caer en el reduccionismo "positivista estatalista" ("no se trata de un código positivista") y que esos valores contribuyen decisivamente a la función de legitimidad de las normas, al tiempo que su expresión en el texto constitucional "supone el reconocimiento claro de la dimensión axiológica del Derecho". El reconocimiento de esos valores no solo tiene eficacia decisiva a la hora de interpretar la Constitución sino también en la elaboración,

[13] La dogmática puede caracterizarse como una especie de "tecnología jurídica", es decir, como el estudio del derecho con fines prácticos. Aunque la dogmática suele verse a sí misma como "ciencia", con las características de "formal", "descriptiva" y "teórica", no las posee en realidad. No es una ciencia formal porque no utiliza un lenguaje matemático o lógico; no es (únicamente) descriptiva sino prescriptiva (aunque pretende dar la idea de que descubre el derecho que "está dado", en realidad prescribe a los operadores "lo que debería ser el derecho"); no es teórica en cuanto sus enunciados refieren necesariamente a objetos particulares: órdenes jurídicos específicos (Sarlo, 2006). La mejor forma de concebir a la dogmática es, entonces, no como una disciplina científica sino como "un saber especializado" que cumple una función insustituible en las sociedades contemporáneas al posibilitar el abordaje de ciertos problemas sociales mediante la trama simbólica que denominamos "Derecho" (Blanco, 2006).

interpretación y aplicación del resto del ordenamiento. Todo el orden jurídico se aplica "desde la Constitución" que se asume como "un cuerpo de valores" que "contiene los valores compartidos y superiores de una comunidad organizada". La interpretación de las leyes debería culminar con un "test de constitucionalidad" consistente en chequear que sea acorde con "las disposiciones, principios, valores y fines constitucionales, y con las normativa (constitucional e internacional) referida a los derechos humanos". (Risso, 2006: 24-31 y 280). Se trata de la positivización en la Constitución de los "principios de justicia material que informan todo el orden jurídico" y que así "dejan de ser meras proclamaciones políticas y pasan a tener incidencia en la vida diaria" (Risso, 2014: 86). Asimismo, se consolida la tesis metaconstitucional de que los tratados internacionales de derechos humanos pasan a formar parte de la Constitución conformando el denominado *bloque de constitucionalidad* (Risso: 2014)[14].

En la jurisprudencia del siglo XXI de la Suprema Corte uruguaya se advierte, una adhesión creciente al constitucionalismo fuerte. Tradicionalmente, se ha invocado una "presunción de constitucionalidad de las leyes", que implica que la Corte debe constar una infracción evidente o grosera para poder desaplicar las normas legislativas (sent.392/2009).La alegación de dicha presunción supone una importante autorestricción para el juez constitucional, que reconoce la prevalencia de la soberanía popular ante lo opinable de diversas cuestiones. Sin embargo, se sostiene que la Constitución constituye un orden de valores superior que limita las potestades del legislador y aumenta correlativamente las del juez constitucional. Por ejemplo, la sentencia Nº 973/2003 caracteriza a la Constitución como "una norma axiológica, esto es, una norma que define los valores superiores sobre los que se ha de nuclear el ordenamiento jurídico"; a su vez, la sentencia Nº 201/2002 considera al art. 72 como un receptor de "todos los derechos humanos que se consagran… en las Convenciones o Pactos Internacionales". Las dos premisas que fundan los fallos citados atribuyen a la Constitución la imposición de un orden moral objetivo, así como una importante limitación de la soberanía popular, al atribuirle un "programa de valores" que incorpora "todos los derechos humanos". En última instancia, la interpretación de cuál es el

[14] Virtualmente, la unanimidad de la dogmática relevada atribuye a la Constitución la condición de ser un "programa de valores" y la función de "incorporar" derechos. La siguiente enunciación de autores especialmente influyentes en sus respectivos campos se hace a vía de ejemplo: en derecho constitucional Korseniak (2001:331) y Cassinelli (2009:95); en derecho administrativo Cajarville (2007: 384), en derecho civil a Gamarra (2012: 12-13), en derecho laboral a Barbagelata (2011), en derecho tributario a Mazz (2015:749). Esto no implica, en general, una adhesión explícita al neoconstitucionalismo ni la adopción sin reservas de sus planteos (el caso de Gamarra es ilustrativo en tal sentido).

programa de valores establecido y los contenidos de los derechos "incorporados" queda librada a la óptica de los jueces.

Un mojón sumamente relevante hacia el *neoconstitucionalismo* lo constituye la sentencia Nº 365/2009. Dicho pronunciamiento adhiere explícitamente (citando a Ferrajoli) a la tesis de la "democracia sustancial", aludiendo a que ciertas cuestiones están, por imperio de la Carta, sustraídas a la voluntad popular. En el razonamiento de la Suprema Corte, lo sustraído a la voluntad popular no es solo lo que deriva de reglas constitucionales expresas (del tipo "se prohíbe la pena de muerte") sino de los principios mencionados en ella, cuya determinación autoritativa se ubica en los jueces[15]. A su vez, dicho fallo "reconoce" la aplicación directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del ámbito interno, la aceptación del "bloque de derechos fundamentales" (centrado en el art. 29 lit. C de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos y el art. 72 de la Constitución) (Ver Risso, 2014: 93)[16].

Los ejemplos citados muestran lo pertinente de realizar una reconstrucción de las creencias sobre la relevancia del orden constitucional que dogmáticos y jueces uruguayos ponen de manifiesto en sus trabajos de doctrina y fallos respectivamente. ¿Qué grado de *constitucionalismo* expresan mayoritariamente esas creencias? ¿Al sustentarlas se tienen presentes los problemas conceptuales y normativos de la Constitución como suministradora de razones para la interpretación y práctica jurídica? ¿Plantean los aplicadores e intérpretes, de modo explícito o implícito, respuestas para esos problemas?

La especialísima importancia que se atribuye a las constituciones contemporáneas *densas* justifica la reconstrucción de estas creencias y la reflexión sobre ellas. Aunque de modos diferentes, dogmáticos y jueces contribuyen a determinar lo que los materiales normativos *efectivamente* regulan, esto es, establecen la significación práctica del Derecho. Con respecto a la dogmática el involucramiento en problemas metaéticos y la explicitación de los propósitos sociales, políticos y éticos que persiguen los autores es una condición básica de la legitimidad y relevancia de dicha actividad, que epistemológicamente es inconcebible como autorreferencial (Blanco, 2006). Con respecto a los jueces, nuestra *metaconstitución* hace contar sus creencias como

[15] Una crítica a la postura restrictiva de la soberanía popular asumida en la sentencia citada puede encontrarse en Gargarella, 2012.

[16] Desde luego, la idea de una Constitución *densa* no es sostenida solo por la Suprema Corte de Justicia sino por el conjunto del sistema de órganos jurisdiccionales uruguayos (a vía de ejemplo entre innumerables fallos ver sent. Nº 39/2010 del TAC 2º), incluyendo al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (entre muchas, ver sent. 187/2012).

determinantes del significado de la Carta, al punto que es su "ideología jurídica" la que posibilita que podamos hablar, en última instancia, de una constitución rígida o flexible (Burstin, Delgado, Francolino, Gómez Leiza, Rodríguez & Sarlo, 2009). La explicitación de las creencias de los magistrados sobre la naturaleza de la Constitución, y el involucramiento en los problemas normativos que ella plantea, contribuiría a legitimar en mayor grado su autoridad, para que ésta no sea meramente una "última palabra", haciendo posible concebir sus decisiones como parte de un *diálogo constitucional* en el que también son parte inevitable los propios ciudadanos (Ver Gargarella, 2016).

Conclusiones

La distinción entre creencias y razones constitucionales permite dar cuenta de los problemas que plantean las formas de constitucionalismo fuerte, que han adquirido en las últimas décadas creciente aceptación, muy especialmente en América Latina. La adopción por los agentes de la práctica jurídica de la ideología constitucionalista ha originado importantes cambios metaconstitucionales, al ubicar la interpretación autoritativa y las intenciones relevantes principalmente en los jueces, nacionales y trasnacionales. En ese sentido, puede decirse que, asistimos a una nueva forma de asociación política: *el Estado (neo)constitucional*. La plausibilidad conceptual de ese modelo y su justificación normativa siguen, sin embargo, cuestiones abiertas y –según lo desarrollado- muy problemáticas.

Referencias bibliográficas

Acosta, Y. (2016) "Nuevas constituciones y otras democracias en América Latina". *Anuario del Área Sociojurídica*, Faculta de Derecho-UDELAR, Nº 9. Montevideo: FCU, pp. 12-26.

Alexander, L. (2009) "Constitutionalism". En Christiano, T. & Christman, J., *Contemporary Debates in Political Philosophy*. Malden: Wiley-Blackwell, 283-299.

Atienza, M.; Ruiz Manero, J. (2006). "Dejemos atrás el positivismo jurídico". En Ramos Pascua, J.A. y Rodilla González, M.A (eds.), *El positivismo jurídico a examen.*

Estudios en homenaje a José Salgado Pintos. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 765-780

Atria, F. (2014) "¿Existen derechos sociales?". Estudios Nueva Economía, Vol 3, N1, pp. 15-43.

Barbagelata, H. H. (2009). "El derecho universal al trabajo". Revista de la Facultad de Derecho, 31, pp. 49-62.

Barroso, L. (2008) *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. México D.F.: UNAM.

Barberis, M. (2011) "El neoconstitucionalismo. Third Theory of Law". En Pozzolo, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra, pp. 249-269.

Blanco, A. (2006) "Derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica: contribución desde el caso especial de la responsabilidad de los directores y socios en los impuestos a las rentas uruguayos". *Revista de la Facultad de Derecho*, 25, pp. 189-237.

Buchanan, Allen (2002) "Political Legitimacy and Democracy". *Ethics*, Vol 112, Nº 4, pp. 689-719.

Burstin, D., Delgado Manteiga, S., Francolino, L., Gómez Leiza, J., Rodríguez, G. & Sarlo, O. (2009). *La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible? Un estudio de teoría constitucional contemporánea aplicado al caso uruguayo*. Montevideo: FDER-UDELAR.

Campbell, T. (2004) *Prescriptive Legal Positivism*. New York: Routledge.

Cajarville, J. (2007) *Sobre Derecho Administrativo. Tomo 1*. Montevideo: FCU.

Cohen, J. (2012) *Globalization and Sovereignity. Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism*. New York: Cambridge University Press.

Carbonell, M. (ed.) (2007) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta.

Cassinelli, H. (2009) *Derecho Público*. Montevideo: FCU.

Comanducci, P. (2002) "Formas de (neo)constitucionalismo: una análisis metateórico". *Isonomía*, Nº 16, pp. 89-112.

Daly, E. (2013) *Courts, Constitution and the Worth of Human Person*. Philadelphia: University of Pensilvania Press.

DeHart, P. (2007) *Uncovering the Constitution's Moral Design*. Cambridge MA: Harvard University Press.

Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. New York: Harvard University Press.

Dworkin, R. (1996) “Objetivity and Truth: You’d Better Believe it”. *Philosophy & Public Affairs, Vol. 25, Issue 2*, pp. 87-139.

Dworkin, R. (1997) *The Moral Reading of American Constitution*. New York: Oxford University Press.

Gamarra, J. (2012) *Neoconstitucionalismo, código y ley especial*. Montevideo: FCU.

Gargarella, R. (2005) *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América*. Madrid: Siglo veintiuno editores.

Gargarella, R. (2012). “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos, castigo en el caso Gelman”. *http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf*.

Gargarella, R. (2014) “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de pesos y contrapesos. En Gargarella, R. (compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, pp. 119-158.

Gargarella, R. (2015) “Constitucionalismo vs. Democracia”. En Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Vol 3. México: UNAM, pp. 1991-2009.

Gil Rendón, R. (2011) “El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales”. *Quid Iuris,* 15, pp. 43-61.

Gordon, S. (1999) *Controlling the State. Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge MA: Harvard University Press.

Graber, Mark. (2006) *Dread Scott and the Problem of Constitutional Evil*. New York: Cambridge University Press.

Guastini, R. (2012) “Juristenrecht. Inventando derechos, obligaciones y poderes”. En Ferrer Beltrán,J., Moreso, J.J. & Papayanni, D. (comp), *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 206-222.

Hardin, R. (1999) *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*. New York: Oxford University Press.

Hirsch, R. (2010) *Constitutional Theocracy*. Cambridge MA: Harvard University Press.

Kelsen, Hans. (2011) *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Colihue.

King, A. (2007) *The Bristish Constitution*. New York: Oxford University Press.

Korzeniak, J. (2001). *Derecho Constitucional*. Montevideo: FCU.

Linares, S. (2008) *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.

MacCormick, N. (2005) *Rethoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press.

Mazz, A. (2015) "Imposición y Derechos Fundamentales de los contribuyentes: derechos procedimentales de los contribuyentes en un mundo globalizado". *Revista Tributaria*, 248, pp. 749-768.

Moreso, J. (2003) "Commanducci sobre neoconstitucionalismo". *Isonomía*, Nº 19, pp. 267-282.

Greenawalt, K. (2015*) Interpreting the Constitution*. New York: Oxford University Press.

Luque, P. (2014) *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Marmor, A. (2007) *Law in the Age of Pluralism*. New York: Oxford University Press.

Marquisio, R. (2013) "Democracia: concepto, concepciones y justificación normativa". *Revista de la Facultad de Derecho, 34*, pp. 97-122.

Marquisio, R. (2014) *Una teoría normativa de la democracia. La agencia colectiva como ideal regulativo*. Montevideo: FHCE.

Marquisio, R. (2015a) "Teoría del derecho y filosofía moral". *Revista de la Facultad de Derecho*, 38, pp. 135-160.

Marquisio, R. (2015b) "Introducción". En *Concepciones de justicia social. Una introducción al debate contemporáneo*, Facultad de Derecho, UDELAR, pp. 1-13. Publicación online disponible en http://fder.edu.uy/publicaciones/sdt.html.

Marquisio, R. (2016) "La revisión judicial en empate normativo. Algunas enseñanzas del debate Dworkin-Waldron". *Ruptura VII* (próxima publicación).

O'Neill, O. (2009) "The Dark Side of Human Rights". En Christiano, Thomas & Christman, John (eds.), *Contemporary Debates in Political Philosophy*. Malden: Wiley-Blackwell, pp. 425-436.

Orunesu, C. (2012) *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons.

Perry, M. (2009) *Constitutional Rights, Moral Controversy and the Supreme Court*. New York: Cambridge University Press.

Pintore, A. (2011) "Derechos insaciables". En Pozzolo, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra, pp. 215-247.

Pozzolo, S. (1998) "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional". Doxa, 21 II, pp. 339-253.

Pozzolo, S. (2011) “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”. En Pozzolo, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra, pp. 13-87.

Pozzolo, S. (2015) “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”. En *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Vol 1. México: UNAM, pp. 363-405.

Rawls, J. (1971) *A Theory of Justice*. Cambridge MA: Belknap Press of Harvard University Press.

Raz, J. (1983) *The Authority of Law.* New York: Oxford University Press.

Raz, J. (2009) *Between Authority and Interpretation*. New York: Oxford University Press.

Real, A. (1958) “Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya”. En *Revista de Derecho Público y Privado,* t. 40, pp. 195-247.

Risso Ferrand, M. (2006) *Derecho Constitucional. 2º Edición*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Risso Ferrand, M. (2014) “El ‘juez constitucional’ en el Uruguay”. *Revista de Derecho Público*, Nº 45, pp. 79-102.

Salazar Ugarte, P. (2015) “Sobre el concepto de Constitución”. En Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Vol 3. México: UNAM, pp. 1930-1958.

Sarlo, O. (2006) “El marco teórico de la investigación dogmática”. En Courtis, C. & Atienza, M., *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, pp. 175-208.

Shapiro, Scott. (2011) *Legality*. New York: Oxford University Press.

Solum.L. (2011) “What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory”. En Huscroft, G. & Miller,B., *The Challenge of Originalism. Theories of Constitutional Interpretation*. New York: Oxford University Press, pp. 12-41.

Spector, H. (2015) “The Theory of Constitutional Review”. En Jovanovic, M. (ed.), *Constitutional Review and Democracy*. Portland: Eleven International Publishing, pp. 17-38.

Schmitt, C. (2004) *Legality and Legitimacy*. Durham: Duke University Press.

Tushnet, M. (2007*) Out of the Range. Why Constitution Can’t End the Battle Over Guns*. New York: Oxford University Press.

Waldron, J. (1992) “The Irrelevance of Moral Objectivity”. En George, R. (ed.) *Natural Law Theory*. New York: Oxford University Press, pp. 158-187.

Waldron, J. (1999) *Law and Desagreement*. New York: Oxford University Press.

Waldron, J. (2006) “The Core Case Against Judicial Review”. The Yale Journal, 115, pp. 1345-1406.

Waldron, J. (2009) “Constitutionalism. A Skeptical View”. En Christiano T. & Christman, J., *Contemporary Debates in Political Philosophy*. Malden: Wiley Blackwell: pp. 267-282.

Whittington, K. (2008) “Constitutionalism”. En Whittington, K., Kelemen, D. & Caldeira, G., *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, pp. 281-299.