

# EL NO TAN DISCRETO ENCANTO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO: LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

The not so discreet charm of *Neo-constitutionalism*:  
The tension between Law and Morality\*

MARENA BRIONES VELASTEGUÍ\*\*

Fecha de recepción: 30/06/2021  
Fecha de aceptación: 26/10/2021

*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*  
ISSN: 0008-7750, núm. 56 (2022), 97-122  
<http://dx.doi.org/10.30827/ACFS.v56i0.21205>

**RESUMEN** Tres síntomas asociados al neoconstitucionalismo llaman poderosamente la atención: 1), la variedad y la cantidad de literatura dedicada al tema en los últimos veinte años, particularmente en España, Italia y América Latina; 2), el alcance y la pasión de las acusaciones y las defensas de las que ha sido objeto y de las que, con él, han sido objeto particularmente los principios y la ponderación; y 3), la fuerte presencia que se le suele reconocer en casi todos los actuales debates teóricos y filosóficos del mundo jurídico latino. Esos síntomas sugieren que las controversias y los intereses que suscita tocan un aspecto jurídico neurálgico: las (tirantes) relaciones entre el Derecho y la moral. El neoconstitucionalismo constituye, en ese sentido, una corriente desafiante para el pensamiento jurídico contemporáneo, más aún en el contexto del inquietante y sorpresivo mundo de hoy. Este texto quiere empezar a asumir el desafío siguiendo un rastro lingüístico del término *neoconstitucionalismo*.

**Palabras clave:** neoconstitucionalismo, constitucionalismo, positivismo jurídico, iusnaturalismo, principios, ponderación.

**ABSTRACT** Three symptoms associated with Neo-constitutionalism powerfully draw attention: 1), the variety and quantity of literature dedicated to the subject in the last twenty years, particularly in Spain, Italy and Latin America; 2), the scope and passion of the accusations and the defenses it has been subjected to, particular targeting the principles and the balancing; and 3), its strong presence that is usually recognized in almost all current theoretical and philosophical debates in the Latin legal world. These symptoms suggest that the controversies and interests it arouses touch on a neuralgic legal aspect:

---

\* Para citar/citation: Briones Velasteguí, M. (2022). El no tan discreto encanto del *neoconstitucionalismo*: la tensión entre el derecho y la moral. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 56, pp. 97-122.

\*\* Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (Ecuador). Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas-Carrera de Derecho, Kilómetro 1½ Av. C.J. Arosemena Tola, Guayaquil (Ecuador). [marenab59@hotmail.com](mailto:marenab59@hotmail.com) Número ORCID: 0000/0001-9857-8019

the (strained) relations between Law and morality. Neo-constitutionalism constitutes, in this sense, a challenging movement for contemporary legal thought, even more so in the context of today's disturbing and surprising world. This paper wants to begin to take on the challenge by following a linguistic trace of the term *neo-constitutionalism*.

**Keywords:** Neo-constitutionalism, constitutionalism, legal positivism, natural law, principles, balancing.

## 1. ABREBOCA (PRESENTACIÓN)

Aunque habrá de ser evidente que estas reflexiones no pretenden ahondar exhaustivamente en un asunto tan ricamente pensado y debatido como aquel al que están destinadas, no deja de ser imprescindible perfilar desde ya los límites dentro de los que habrán de insertarse. De entrada, habrá que advertir que contienen los primeros y aún vacilantes pasos de un empeño investigativo de más largo aliento. Son tales la vastedad y la variedad de los horizontes teóricos y prácticos en los que pueden converger las preocupaciones en torno a la *certeza jurídica* —“a kind of Aleph (in the sense used by Borges), which casts a bright light on many key problems of modern legal theory”<sup>1</sup> (Guastini, 2016, p. ix)—, así como las de su vinculación con la *seguridad jurídica* —“un concepto controvertido y no del todo claro” (Atienza, 1998, p. 104)—, los *principios*<sup>2</sup>, la *ponderación*<sup>3</sup> y, en general y sobre todo, con el denominado *neoconstitucionalismo*<sup>4</sup>, que la búsqueda

- 
1. Guastini cierra el prefacio de *Certainty in Law* señalando que el libro de Humberto Ávila (2016) muestra que la certeza jurídica es “una especie de Aleph (en el sentido usado por Borges), que alumbra una multiplicidad de problemas clave en la moderna teoría del derecho” [traducción libre].
  2. Entendiendo por tales al tipo de enunciados normativos que, a diferencia de las reglas, “establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas”, y “dotan de sentido a las reglas” (Aguiló Regla, 2008, p. 17).
  3. Tomada en la versión estándar de Robert Alexy, que Fernández Núñez sintetiza así: “enjuiciamiento de un conflicto no previsto por una regla entre, generalmente, dos principios opuestos que se resuelve con la precedencia condicionada de uno de esos principios” (2017, p. 356).
  4. Uso la expresión como referida al variopinto conjunto de síntomas y perspectivas que caracterizan la particular época de transformaciones y controversias jurídicas que se ha venido viviendo especialmente en países de América Latina y Europa desde la segunda mitad del siglo xx. Háblese de *neoconstitucionalismo*, o de *paradigma constitucionalista*, o simplemente de *constitucionalismo*, o también de *postpositivismo*, o de *jurisprudencia de principios*, o de *constitucionalismo de los derechos*, o de *constitucionalismo principialista* o de *constitucionalismo argumentativo*, e, incluso, de un *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, de lo que finalmente se habla y sobre lo que finalmente se discute es sobre *algo*

no ha pretendido labrar resultados acabados, sino empezar a indagar sobre el suceso, para hilvanar alguna que otra hipótesis y dar pie a mejores y nuevas preguntas.

Las reflexiones contenidas en este texto, así como el propósito que las mueve, tienen un punto de partida concreto, que se enuncia con una generalidad y una simplicidad que no le hacen justicia ni a la complejidad teórico-práctica que el asunto encierra, ni a la fructífera producción de pensamiento que lo rodea. Tienen que ver con la acusación que, desde diferentes lados y de distintas maneras, se ha hecho y se hace a esa vigorosa, heterogénea, polimórfica y problemática transformación jurídica contemporánea que, aunque con resistencia<sup>5</sup>, suele ser englobada bajo la etiqueta de *neoconstitucionalismo*, y con ella a los principios y a la ponderación, de favorecer —incluso de incitar— el debilitamiento, cuando no el desaparecimiento, de la seguridad jurídica —certeza<sup>6</sup> como valor (intrínseco o instrumental) del Derecho y como condición necesaria para la realización de la autonomía personal<sup>7</sup>.

[S]iempre hay un principio dispuesto a derrotar una norma, siempre hay un principio. ¿Y cuándo la va a derrotar? Cuando el aplicador quiera que sea derrotada. Y cuando no quiera que sea derrotada, pues, hay dos salidas para esto: una, decir que, en la ponderación, la no derrotada, que era derrotable, sin embargo, ganó; y dos, nombrar a una determinada norma inderrotable [...] Alexy, uno de los padres de este neoconstitucionalismo y este principialismo, dice no solo que hay reglas y principios, y que toda regla puede ser derrotada por un principio y que todo principio, a su vez, puede ser derrotado por otro principio, con lo cual todas las

---

que está pasando en el mundo del Derecho. Ese *algo* es el objeto final de las inquietudes que dan impulso a estas páginas.

5. Atienza (2019), por ejemplo, en una nota al pie de página de su comentario a “Il futuro del diritto”, de Francesco Viola, propone no utilizar la expresión *neoconstitucionalismo* “para referirse a los autores que no se autodenominan así”, porque, en su opinión, el término es enormemente confuso y ha suscitado “muchísimos malentendidos” (p. 131).
6. La noción de *certeza jurídica* ha despertado diversas posturas cuyo espectro va desde una incertidumbre total hasta una certeza absoluta sobre sus condiciones de posibilidad. El severo escepticismo de Jerome Frank ilustra la primera. De la segunda dan cuenta todos quienes propugnan y demandan la vigencia de un principio de certeza jurídica, aunque también reconozcan que en los hechos “has not always been fully realized” [traducción libre: no ha sido completamente realizada] (Fenwick, Siems y Wrбка, 2017, p. 217). Se la considera un ingrediente central de la seguridad jurídica y se la conecta con la noción de previsibilidad (posibilidad de prever o predecir las consecuencias de nuestras conductas y/o de prever o predecir cómo actuarán los órganos jurisdiccionales ante un caso).
7. Por ejemplo: *El imperio de la ley. Una visión actual* (Laporta, 2007), y “II. Neoconstitucionalismo” (García Amado, 2010).

normas pueden ser derrotadas en cualquier momento, con lo cual a qué puede uno atenerse<sup>8</sup> (García Amado critica el neoconstitucionalismo en 5 minutos, 2015, p. 2:24).

Una acusación que no deja de ser paradójica, pues, desde otras perspectivas que podría calificar como afines a las mutaciones que han venido aconteciendo en oposición al clásico paradigma jurídico positivista, en cambio, por ejemplo, los principios aparecen como “factor[es] generador[es] de certeza jurídica” en tanto ofrecen “coherencia normativa” (Lifante, 2013, p. 99). Y la ponderación —también, por ejemplo— “se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios” (Bernal Pulido, 2012, p. 225). Y hasta el neoconstitucionalismo —interés central de estas ideas— ha sido reivindicado como una nueva teoría del derecho:

Existe hoy una *Third Theory of Law* —como fue denominada por John Mackie— a la que se llama neoconstitucionalismo en Italia y Latinoamérica, constitucionalismo en España, *no positivism, theory of Law as integrity*, o *as interpretation, inclusive positivism, postpositivism*, etc., en el mundo anglosajón (Barberis, 2011, p. 340).

A la acusación, en todo caso, se puede llegar por varios caminos, que suponen a su vez —aunque en grados y con materializaciones disímiles— otros reproches al actual predominio de esa suerte de profesión de fe constitucionalista (y principialista) que —se dice— ha ido poniendo en jaque los clásicos presupuestos del paradigma iuspositivista, y al papel preeminente que hoy desempeñan los principios constitucionales como faros rectores inexcusables a la hora de enfrentar la tarea de aplicar el Derecho. Se trata, además, de una acusación que, por los vínculos que pretende tender con el decisionismo, el particularismo y la arbitrariedad<sup>9</sup>, puede ser capaz de echar al traste la aspiración (constitucionalista-democrática) de un Estado al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales y de una administración de justicia capaz de respetarlos y precautarlos.

8. Se puede consultar en <https://youtu.be/XNqBnz8CIQM>

9. “La crítica, en definitiva, consiste en afirmar que dicha evolución supone un retroceso ‘civilizatorio’, pues se minan las bases sobre las que están contruidos los valores de la autonomía de las personas y de la seguridad jurídica, dando entrada a la arbitrariedad y al decisionismo en la aplicación del Derecho” (Aguiló Regla, 2007, p. 668).

Efectivamente, el constitucionalismo contemporáneo se ha interesado menos por las normas fundamentales relativas a la forma, organización y funcionamiento de los poderes de gobierno y más por las referidas a valores morales fundacionales, derechos constitucionales de los ciudadanos y objetivos sociales y colectivos y, en particular, por el modo en que condicionan o guían la acción de gobierno y la manera en que han de ser interpretados por los operadores jurídicos (Peña Freire, 2020, p. 90).

Las durísimas críticas de las que han sido blanco el neoconstitucionalismo y las dos categorías conceptuales más ligadas a él: los principios y la ponderación, merecen mucha más tinta reflexiva que la que aquí se invierte y no echan sus dardos solamente en nombre de la certeza y la seguridad jurídicas. Pero, dichas nociones, la de certeza jurídica y la de seguridad jurídica —que se entretujan y aparecen como cruciales en el Derecho—, resultan apropiadas como lentes de aumento para examinar el *neoconstitucionalismo*, no porque haya la intención de detenerse en ellas ahora, sino porque tienen la virtud de poner simultáneamente en el banquillo de los acusados tanto a los principios como a la ponderación y al mismo neoconstitucionalismo, y porque tienen la virtud de convocar al unísono el profundo malestar que, en el quehacer jurídico reflexivo y práctico, provocan las (posibles) relaciones entre el Derecho y la moral.

Así, pues, estas páginas quieren sostenerse en la idea de que el fenómeno neoconstitucionalista y las acusaciones de las que él es objeto, sobre todo aquellas que lo ponen en la picota de la certeza-seguridad jurídicas, han traído de vuelta, pero con renovados, disímiles y osados bríos, la vieja tensión existente entre el Derecho y la moral. Decir que la han traído de vuelta es, en principio, solo un decir, porque siempre ha estado ahí. Expresada a veces de manera explícita y otras veces de manera implícita, esa vieja tensión entre el Derecho y la moral es una especie de leitmotiv en la vida del Derecho<sup>10</sup>. Y eso, para no entrar en terrenos más desafiantes y atractivos como supondría seguir la tentadora pista de Laporta: “el problema de las relaciones entre moral y derecho no es *un* tema de la filosofía jurídica, sino que es *el* lugar donde la filosofía del derecho *está*” (1993, p. 7).

En todo caso, lo que interesa relevar es que el neoconstitucionalismo —con toda la variedad que lo caracteriza y con todo el revuelo que ha cau-

---

10. “En el ámbito de la teoría del Derecho se asiste en los últimos tiempos a una nueva reedición de la clásica polémica entre iusnaturalistas y positivistas, quienes a lo largo de la historia del pensamiento jurídico vienen discrepando radicalmente sobre el rol que ocupa la moral en la propia definición de Derecho” (Escudero Alday, 2011, p. 97).

sado<sup>11</sup>— aparece como el intento más plural, centrado, aguerrido y persistente de subvertir la tradicional tirantez existente entre el Derecho y la moral. Como puede apreciarse de toda la literatura que se ha producido y se sigue produciendo alrededor de él, que no es para nada escasa, así como de las disputas que su presencia genera en diversos ámbitos del Derecho, que no son necesariamente pacíficas, el referido fenómeno ha terminado obligando a repensar el Derecho con agudeza, desparpajo y persistencia inusitados.

Neo-constitutionalism is a term recently suggested in legal and political philosophy to label what appears as a new perspective to look and to discuss of law, of its ontological, phenomenological and epistemological dimension; i.e.: of its forms of identification, application and cognition<sup>12</sup> (Mazzarese, 2008, p. s/n).

Hay mucho que explorar y comprender sobre el neoconstitucionalismo. O tal vez sería más atinado afirmar que los cambios que han venido aconteciendo en las prácticas y los órdenes jurídicos de múltiples países latinoamericanos y europeos no son obra de un diablillo como el de Einstein<sup>13</sup>, sino del propio dinamismo de los tiempos y del propio dinamismo del Derecho, así como de la especial circunstancia de que, más allá de cualquier sospecha filosófica que existiere o cupiere, los seres humanos somos indefectiblemente seres morales<sup>14</sup>. Aunque el tema ha sido objeto de mucha reflexión y de no poca producción bibliográfica, la tirantez entre

- 
11. “creo justificado hablar de neoconstitucionalismos, en plural. Sin duda, esto supone un defecto, pero entraña posiblemente una virtud, y es que el neoconstitucionalismo tiende a convertirse en una respuesta global, en una nueva cultura jurídico-política si se quiere, que se halla presente en toda clase de debates; en los debates de filosofía política acerca del mejor modo de organizar las instituciones democráticas; en los conceptuales a propósito de qué debemos entender por Derecho y de cómo se explica su relación con la moral; en los metateóricos sobre la función de la ciencia jurídica y el enfoque más adecuado para la comprensión del Derecho; en los teóricos relativos a la naturaleza de las normas y de su interpretación, etcétera” (Prieto Sanchís, 2010, p. 462).
  12. Traducción libre: “Neoconstitucionalismo es un término sugerido recientemente en la filosofía jurídica y la filosofía política, para etiquetar lo que parece ser una nueva perspectiva para mirar el Derecho y discutir sobre él, sobre su dimensión ontológica, su dimensión fenomenológica, su dimensión epistemológica, es decir, sobre sus formas de identificación, aplicación y conocimiento”. Se puede consultar en <https://www.juragentium.org/topics/rights/en/mazzares.htm>
  13. Diablillo travieso que fue protagonista del experimento mental que Einstein propuso a Bohr sobre una pretensa “violación del principio de indeterminación” (Frabetti, 2017, p. 168).
  14. Siempre es posible evaluar éticamente (y solemos hacerlo) lo que hacemos o dejamos de hacer; pero, además, las investigaciones y reflexiones sobre una cierta base biológica de la moral no son pocas; por ejemplo: *Braintrust. What Neuroscience Tells Us about Morality*,

el Derecho y la moral es un asunto en el que hay demasiados cabos sueltos y muchos ovillos por desenredar. Hasta hace unos años las cosas parecían estar bastante claras, parecía que era solo cuestión de resolver hacia qué lado habría de inclinarse la balanza: hacia el del iuspositivismo o hacia el del iusnaturalismo. En otras palabras, parecía (aún parece) que todo era cuestión de resolver si hay o no una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral. Pero, esa discusión parece no dar para más. Aunque —precisamente, a propósito del neoconstitucionalismo, los principios y la ponderación— se siga discutiendo en términos de iuspositivismo e iusnaturalismo, esa discusión tiene visos de obsoleta o de fatídicamente irresoluble.

De tal suerte que comprender, al menos parcialmente, qué ha venido pasando en el mundo (principalmente, latino) del Derecho y por qué, y comprender, también al menos parcialmente, por qué el *neoconstitucionalismo* ha avivado con tanto ímpetu adhesiones y animadversiones, es una tarea imprescindible. En cierta forma, entra otras obras, esa tarea ha sido emprendida con textos como *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias* (Vigo, 2016), *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller* (Porciello, 2019), *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano* (Alterio, 2020), *Teorías neoconstitucionalistas. Un análisis de los constitucionalismos garantista, principialista e incorporacionista desde la cultura constitucional mexicana* (Vásquez Sánchez, 2020) o *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* (García Figueroa, 2010). A mí me parece una tarea fundamental. Por varias razones, pero hay una cuya envergadura y actualidad la justifican con creces: las variadas y provocadoras transformaciones científicas, tecnológicas, sociales, políticas, culturales, éticas, económicas, que caracterizan al vertiginoso y sobresaltado mundo de hoy<sup>15</sup>, y que están planteando al Derecho toda suerte de retos y

---

de Patricia Churchland (2011); *The Moral Brain: A Multidisciplinary Perspective*, de Jean Decety y Thalia Wheatley (2015).

15. Como atestiguan numerosas publicaciones en diferentes áreas del conocimiento, de las que, solo como ejemplo, destaco: desde la historia, con visión transdisciplinar: Noah Harari, Y. (2018) y sus *21 lecciones para el siglo XXI*, en la que se perfilan grandes desafíos para la humanidad. También con perspectiva transdisciplinar entre la epistemología, la tecnología, la ciencia, la teoría feminista y la filosofía, están: Braidotti, R. (2019) con *El conocimiento posthumano*, cuyo norte es entender “cómo se produce y se distribuye el conocimiento en esta época nuestra de mediación altamente tecnológica y de desastre ecológico, conocida como Antropoceno”; y Díaz, E. (ed.) (2000) con *La Posciencia. El conocimiento científico en las postrimerías de la modernidad*, que propone quebrar los compartimentos estancos en los que habitan las diferentes disciplinas científicas, para operar con la inter y transdisci-

lo están obligando a remozarse en la práctica y en la teoría. Retos y remozamientos que estos infaustos y desasosegantes tiempos de pandemia, no solo que han vuelto urgentes de enfrentar, sino que los han diversificado y multiplicado. Y todos son retos y remozamientos que demandan al Derecho entablar diálogos con la política y la moral. Ningún área del pensamiento jurídico escapa a esa demanda.

Así que, aquí, por ahora se trata de dar un paso. Un paso terminológico que quiere intentar desbrozar cómo, cuándo, por qué, surgió el término *neoconstitucionalismo*, que tantas pasiones ha atizado y que no se halla incluido en el Diccionario de la lengua española, ni en el del Instituto Treccani<sup>16</sup>, considerado fuente autorizada respecto de la lengua italiana. Lo más pertinente hubiera sido rastrear la huella lingüística en italiano, pues en esa lengua nació el término; pero, dadas las similitudes lexicográficas que el término tiene en ambas lenguas, hacerlo en español no implica riesgo. Se trata, pues, de *trazar* unos primeros contornos del signo lingüístico *neoconstitucionalismo*, de su *significante*, de su *significado* y de su (posible) *referente*. Se trata de una primera aproximación a la génesis de un término en extremo significativo (si no, no produjera tanta agitación) y en extremo problemático, en una parte considerable del mundo jurídico de estos días. Mientras, por ejemplo, por un lado, Pozzolo ha tachado su ambigüedad (2018, p. 5)<sup>17</sup> y su “complejidad significativa” (2016-2017, p. 143)<sup>18</sup>, y Atienza (2017, p. 125) lo ha tildado de “difuso”, “impreciso” y “espantapájaros conceptual”; por otro lado, Moreso reconoce que el término “evoca una serie de rasgos que están presentes en la cultura jurídica actual” (2019, p. 5)<sup>19</sup>, y Barberis finalmente ha sostenido que, “si acaso, sería hora de tomarlo en serio” (2015, p. 482).

---

plinariedad. En el ámbito propiamente transdisciplinario de las Neurociencias y el Derecho está: Garland, B. (ed.) (2004) con *Neuroscience and the Law. Brain. Mind, and the Scales of Justice*. Desde las tecnologías de la información y la comunicación: Durán, X. (2019) con *El imperio de los datos*, que radiografía con detalle la avalancha de datos a la que estamos sometidos. Desde la teoría política con horizonte global y transdisciplinario está: Rosanvallon, P. (2020) con *El siglo del populismo*, una mirada actual, crítica y profunda sobre un fenómeno socio-político mundial también actual. Desde la tecnología: Suskind, R. (2019) con *Online Courts and the Future of Justice*, una entusiasta invitación a tender puentes hasta ahora inadmitidos entre la tecnología y la administración de justicia.

16. Se puede consultar en <https://www.treccani.it/vocabolario/>

17. Consta ya en la edición en español de 2011.

18. Se puede consultar en <http://dx.doi.org/10.20318/economia.2016.3284>

19. Se puede consultar en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0985379>



## 2. LA MESA ESTÁ SERVIDA (UN EXAMEN AL SIGNO LINGÜÍSTICO)

### i. *Neoconstitucionalismo*, el significante

Como se ha dicho, este trabajo se inserta en el esfuerzo mayor de intentar comprender la índole de ese suceso al que, hace ya veintitantos años, se etiquetó como *neoconstitucionalismo*. ¿Por qué ese significante y no otro? El dato más recurrente, proveniente de terceros, es el de que la etiqueta surgió en el seno de la denominada escuela genovesa de teoría del Derecho, usado por primera vez por Susanna Pozzolo en 1997, “en una conferencia presentada en el *XVIII Congreso de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*”, para aludir “a un movimiento teórico que comparte algunas tesis y perspectivas especiales en torno a la concepción, interpretación y aplicación del derecho, así como a los problemas que traen aparejadas dichas actividades” (García Jaramillo, 2010, p. 212). Vásquez Sánchez también se refiere a ese dato y añade que la comunicación presentada por Pozzolo se titulaba “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional” y que fue publicada al año siguiente en la Revista *Doxa* (2020, pp. 132-133). Moreso va por la misma línea, pero matiza la información anterior refiriéndose a que “la expresión comenzó a usarse en los despachos y seminarios del entonces *Dipartimento Giovani Tarello*, de la Universidad de Génova”, y que la empezó a usar Susanna Pozzolo, “quien dedicó al estudio de la cuestión su tesis doctoral” (2020, p. 14).

Según esos y otros testimonios que se puede mencionar, pero que no es necesario hacerlo, así fue como el término *neoconstitucionalismo* llegó al mundo del Derecho. Según declaración de Mauro Barberis, conforme se aprecia en la cita siguiente, además de Pozzolo, él y Paolo Comanducci fueron autores de la expresión. De todo lo buscado, no he hallado dato que permita reconstruir con precisión en qué circunstancias, al calor de qué pensamientos, se desarrolló el parto lingüístico, ni por qué fue esa la expresión afortunada —o desafortunada, según como se lo mire— y no otra. O si solamente fue alumbrada como recurso lexicográfico más a la mano. Sin embargo, para bienestar de estas líneas, de lo que sí se dispone es de algunas versiones de sus protagonistas, que es mejor apreciar con sus propias palabras.

En “¿Existe el neoconstitucionalismo?”, Barberis declara:

Como corresponsable de la génesis del neoconstitucionalismo junto con Susana Pozzolo y Paolo Comanducci, debería buscar defenderlo; pero me encuentro tentado a abandonarlo a su suerte, por al menos dos razones. Al fin, habíamos inventado el neoconstitucionalismo sobre todo

para criticarlo; y es bastante paradójico que, hoy, un número creciente de estudiosos de los países “latinos” del Viejo y Nuevo continente se identifiquen bajo esta dubitativa etiqueta, desconocida en otros países (2015, p. 460)<sup>20</sup>.

En nota a pie de página de “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, Comanducci afirma:

Neoconstitucionalismo» es una etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho —Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo— han empezado a usar, como forma de clasificar, para criticarlas, algunas tendencias pos-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes pero también diferencias entre sí. La etiqueta ha tenido mucho éxito, pero sobre todo se han multiplicado, en Europa —particularmente España e Italia— y Latinoamérica —particularmente en Argentina y México— los estudios de esas tendencias, y su comparación con el positivismo jurídico (2009, p. 87).

Pozzolo, por su parte, en “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, lo puso de este modo:

Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, sólo en parte, Carlos S. Nino. Probablemente estos iusfilósofos no se reconocen dentro de un movimiento unitario, pero, en favor de mi tesis, en sus argumentaciones es posible encontrar el uso de algunas nociones peculiares que posibilita que sean agrupados dentro de una única corriente iusfilosófica (1998, p. 339)<sup>21</sup>.

En *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico* (2018, p. 23), cuya edición original en italiano fue en 2001, y en español, en 2011, en el Capítulo I, apartado II titulado “Argumentos para una denominación”, lo explicó así:

---

20. Se puede consultar en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/26.pdf>

21. Se puede consultar en <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v2-n21-neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacion-constitucional>

Hace algunos años Nicola Matteucci publicaba un ensayo con el título Positivismo jurídico y constitucionalismo; en él, afirmaba la intrínseca incompatibilidad entre iuspositivismo y constitucionalismo. Aquel trabajo tuvo el mérito de evidenciar, muchos años antes, algunas cuestiones que se encuentran en el centro de un vasto debate en torno al positivismo jurídico; pero el renovado interés por este tema ha tenido origen, más recientemente, en la obra de Ronald Dworkin, seguida, al menos, por aquellas de Carlos S. Nino, Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky.

Uno de los problemas que podría generar el enfoque del presente trabajo es el relativo a la elección de etiquetar autores tan diversos bajo la denominación neoconstitucionalismo, extraña para la gran parte de ellos. En realidad, todos estos autores tienen en común el hecho de que critican al positivismo jurídico por su incapacidad de explicar al moderno Estado constitucional.

Años más tarde (el original en italiano fue publicado en 2001), Pozzolo advirtió lo siguiente:

aunque fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiiuspositivista, muy pronto se convirtió en un término ambiguo: su extensa y vertiginosa difusión en el léxico de iusfilósofos y constitucionalistas amplió su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas. Así, rápidamente, el término fue empleado para indicar fenómenos diferentes, si bien conectados entre ellos (2010, p. 165).

En “Apuntes sobre ‘Neoconstitucionalismo’”, Capítulo 10 del volumen uno de la Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Pozzolo reafirma el primer uso de la expresión:

El término “neoconstitucionalismo” fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el *XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social* celebrado en Buenos Aires el año de 1997. En aquella ocasión, y posteriormente en el sucesivo libro dedicado al mismo tema, el vocablo fue introducido para indicar una serie de posiciones teóricas —defendidas por algunos autores representativos de un cierto modo de enfocar el derecho— que estaban delineándose y definiéndose. Defendidas por juristas distantes en otras cuestiones, algunas tesis se presentaban como mutuamente conectadas desde diferentes puntos de vista hasta el punto de poder ser reconstruidas unitariamente para dar cuenta de una (posiblemente nueva) doctrina del derecho”<sup>22</sup> (2015, p. 363)<sup>23</sup>.

---

22. El libro al que se refiere es *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*.

23. Se puede consultar en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/13.pdf>

Y, en la nota preliminar de *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, ya había dejado constancia de que:

Este libro encuentra su origen en mi tesis doctoral, discutida y aprobada en la Università degli Studi di Milano en abril de 1998. El texto original ha sufrido diversas modificaciones y correcciones (2018, p. 12).

Con lo anterior, habría material suficiente para apuntalar unas cuantas ideas en torno al significante *neoconstitucionalismo*. Pero, es difícil resistir la tentación de sumar un par de miradas que enriquecerán desde afuera este trozo del mapa.

La primera ha sido tomada de uno de los últimos libros de Manuel Atienza, cuyo título se revela altamente sugestivo al vincular la filosofía del derecho con la transformación social, y cuyo contenido se desliza —digamos— entre dos aguas: una indeseada, el neoconstitucionalismo, y otra deseada, el postpositivismo. Atienza inicia el capítulo V de su obra, titulado “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, precisamente preguntando si alguien sabe qué es el neoconstitucionalismo. Su respuesta inmediata es: “No se sabe qué es”.

El término “neoconstitucionalismo” o “neoconstitucionalista” ha adquirido, como todo el mundo sabe, un gran predicamento en la teoría del Derecho de los países latinos —europeos y americanos— en los últimos años. Pero no parecen [sic] existir expresiones equivalentes en otros ámbitos culturales; o, si existen, tienen un significado muy diferente. La procedencia de la expresión parece estar en la escuela genovesa, en varios representantes de la misma (Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci y Mauro Barberis), que la introdujeron con un propósito manifiestamente crítico y descalificador (2017, p. 117).

La segunda, de Luis Prieto Sanchís, muestra una faz más redonda de la etiqueta:

Aun cuando la etiqueta circula cada día con mayor profusión en el mercado de las ideas, lo primero que llama la atención del neoconstitucionalismo es que parece ser una corriente de pensamiento con muy pocos militantes; los autores que suelen citarse como principales impulsores del movimiento, muy heterogéneos entre sí por otra parte, no suelen calificarse a sí mismos como neoconstitucionalistas; y, a su vez, quienes hacen uso de esa expresión generalmente adoptan un sentido crítico y en ocasiones destructivo. En mi opinión, la primera dificultad reside en el carácter gravemente ambiguo y extremadamente

vago que presenta el uso de este neologismo [...] Cualquiera que fuese el inventor de la palabra, lo cierto es que, si bien hoy no existe una filosofía jurídica neoconstitucionalista, tampoco es fácil encontrar esferas de discusión mínimamente relevantes en las que no aparezca una posición así calificada, por lo común desempeñando una función crítica frente al positivismo (2010, p. 462-463).

Pues, bien, siguiendo a de Saussure, hay que partir de tener claras dos cosas: i) una de carácter general: que la distinción entre *significante* y *significado* es básicamente una cuestión metodológica; todo signo lingüístico está integrado por esos dos elementos, que de Saussure distinguió, entre otras razones, para enfatizar que la relación entre uno y otro es arbitraria, esto es, no hay explicación causal alguna de por qué a tal significado le corresponde tal significante; y ii) otra de carácter particular: que el elemento *significante* (el que interesa en esta sección) se identifica con la imagen acústica de dicho signo, con la “imagen sensorial” que, de él, se produce en el cerebro. Obviamente, en la comunicación, así como para de Saussure, no es posible pensar el significante sin el significado, pero no son lo mismo, están perfectamente delimitados. Por eso, es perfectamente posible separarlos para análisis. Si se repara en ello, será apreciable que, cuando se habla<sup>24</sup>, lo único que sensorialmente se percibe del signo lingüístico es, precisamente, el significante. Puede decirse que el significante es la parte física, material, del signo lingüístico.

Por el momento, hay que procurar, entonces, hacer abstracción del (posible) *significado* del término *neoconstitucionalismo*, y quedarse únicamente con ese conjunto sonoro de veintinueve letras que no existe lexicográficamente. Lo que sí consta en los diccionarios lexicográficos del español y del italiano son las palabras *constitucionalismo* y *neo / costituzionalismo* y *neo*: la primera, sustantivo, y la segunda, en una de sus acepciones, prefijo. Así, puede decirse que en dichos diccionarios nos topamos con los signos lingüísticos *constitucionalismo* y *neo / costituzionalismo* y *neo*, y, por consiguiente, con sus respectivos significantes, que se expresan mediante tales palabras. Y lo que ocurrió, ya en 1997, cuando Pozzolo presentó su ponencia en el referido Congreso, o ya en algún otro momento, en conversaciones entre Barberis, Comanducci y Pozzolo, es que esos dos significantes, pasaron a constituir un solo y nuevo significante. De los conjuntos de fonemas que son *constitucionalismo* y *neo* surgió un nuevo y único conjunto de fonemas que dio pie a una única y nueva “imagen acústica”: *neoconstitucionalismo*.

---

24. No es indispensable hacer precisiones respecto del signo lingüístico escrito.

En ese sentido, ciertamente, un *significante* inventado. Algo que no es para nada extraño. Las lenguas y, por lo tanto, las palabras, cambian, fluyen, nacen, mueren. Hay múltiples maneras de expresar las mismas cosas. De hecho, los miles de lenguas que existen son un ejemplo viviente de cómo un mismo concepto (significado) puede ser expresado de tantas y tan diferentes maneras significantes. Pero, como se dijo, no hay significante sin significado. No solo porque, entonces, no habría signo lingüístico, sino porque tal significante sería completamente inútil. Y, como también por cuestiones de contexto, intencionalidad, situación, un mismo significante puede referirse a significados distintos, ha llegado el momento de pasar a la otra cara del signo lingüístico *neoconstitucionalismo*, la de su *significado*.

## ii. *Neoconstitucionalismo*, el significado

El signo —afirma Eco, hablando de los signos en general, no solo de los lingüísticos— “se utiliza para transmitir una información, para decir, o para indicar a alguien algo que otro conoce y quiere que lo conozcan los demás también” (1994, p. 21). Eso es lo que bien se puede suponer que hicieron Pozzolo, Barberis y Comanducci, o solamente Pozzolo, cuando alumbraron el término *neoconstitucionalismo*: lo usaron para transmitir una información, para decir o indicar algo, a otro u otros. Y, como ya se señaló, para hacerlo produjeron un nuevo signo lingüístico, hecho de la unión de dos signos lingüísticos antes existentes.

El hecho es que, para que esa transmisión de información, ese decir o indicar algo a otro u otros, *comunique*, entre emisor y receptor debe haber un código común. Sin olvidar que el código común del momento originario fue el italiano, para el caso el código común es el español. Comunicativamente hablando, es decir, en tanto proceso de significación, un significante emitido por alguien *significa* para otra persona siempre que esta maneje el mismo código que el emisor. Un significante proferido en mandarín no significará nada para quien no conozca dicha lengua. El asunto del significado es, quizás, el asunto más complejo, esencial y esquivo relativo al lenguaje.

Así que, asumiendo el lugar del lingüista, vale preguntar por la “constitución interna” del signo *neoconstitucionalismo*, por la relación que se entabla entre su significante y su significado (Eco, 1994, p. 97). Una vía expedita para el ejercicio es recurrir al Diccionario de la lengua española<sup>25</sup>,

---

25. El diccionario online del Instituto Treccani, referido en la nota 16, contiene una explicación de sentidos del término *costituzionalismo*. En cuanto al término *neo*, contiene una breve explicación de su función como prefijo.

que, para los vocablos *constitucionalismo* y *neo*, los dos integrantes del nuevo vocablo *neoconstitucionalismo*, trae las siguientes acepciones: “sistema político regulado por un texto constitucional” e “ideología partidaria del constitucionalismo”, para el primero; y “nuevo”, “reciente”, para el segundo, como elemento compositivo. Parece indiscutible que los sentidos de ambos términos son vagos; pero, también, que lo son mucho más los sentidos de *constitucionalismo*. Este último, por cierto, componente central de los dos que forman el término *neoconstitucionalismo*. Así, juntados y organizados los dos componentes y sus sentidos correspondientes, los significados del significante *neoconstitucionalismo* son: i) nuevo/reciente sistema político regulado por un texto constitucional, o ii) nueva/reciente ideología partidaria del constitucionalismo. Tan vagos como ya lo eran sus dos términos componentes y tan extremadamente vago como ya lo era en particular el término *constitucionalismo*. La vaguedad del concepto *neoconstitucionalismo* no es, pues, un demérito exclusivamente suyo.

No hay que olvidar que el término *neoconstitucionalismo* nace en el seno de una comunidad académica, de una comunidad de expertos en un área específica del conocimiento, la del Derecho, y que nace, justamente, como parte de ese quehacer académico, de ese quehacer reflexivo teórico y filosófico del que sus protagonistas forman parte. De tal manera que, para los propósitos que se persiguen, habrá que desviar la mirada hacia el significado (concepto) que el término *constitucionalismo* tiene en el mundo jurídico. Pero, ahí, el ejercicio, lejos de facilitarse, se complica. Si se toma como ejemplo el índice de *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, de Maurizio Fioravanti (2014, p. 7-8), se encontrará una gama de constitucionalismos: “constitucionalismo primigenio”, “constitucionalismo de las revoluciones”, “constitucionalismo de la época liberal”, “constitucionalismo” a secas.

Si se sigue a Pozzolo (2018, p. 45-56) en una revisión que ella hace del término *constitucionalismo*, los senderos se bifurcan aún más. Primero, deja sentado que hay una tradición de pensamiento que va desde la noción político-griega del *nomos basileus*<sup>26</sup> hasta la noción de origen estadounidense del *rule of law*<sup>27</sup> y la de origen alemán con influencia continental

---

26. Suele señalarse que la traducción literal es “la ley es el rey” y que debe entenderse como que la ley es la que gobierna.

27. La Enciclopedia Británica incluye la siguiente definición: “Rule of law, the mechanism, process, institution, practice, or norm that supports the equality of all citizens before the law, secures a nonarbitrary form of government, and more generally prevents the arbitrary use of power”. Se puede consultar en: <https://www.britannica.com/topic/rule-of-law>.

europea del *Rechtsstaat*<sup>28</sup>, tradición a partir de la cual —afirma— “podría decir que el término [constitucionalismo], en definitiva, y genéricamente, indica una doctrina de la limitación del poder y, precisamente, una doctrina de los límites específicamente jurídicos del poder público”<sup>29</sup>. Una vez hecho eso, Pozzolo abre otras puertas y, entonces, aparecen los matices y las disidencias: hay un constitucionalismo débil y un constitucionalismo fuerte; un constitucionalismo de contrapoderes y un constitucionalismo de reglas; el constitucionalismo de contrapoderes, a su vez, se divide en un constitucionalismo de la separación funcional (división rígida de las competencias entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial) y un constitucionalismo de frenos y contrafrenos (distribución de las competencias de tal manera que unos y otros se equilibren). Y aparece también un constitucionalismo de reglas garantizadas, que implica la existencia de un órgano encargado de evaluar la constitucionalidad de las leyes, y que, a su vez, se subdivide en un constitucionalismo de reglas garantizadas en sentido débil y un constitucionalismo de reglas garantizadas en sentido fuerte.

La pregunta no se hace esperar: ¿con cuál de esos múltiples sentidos de *constitucionalismo* habrá que entender el significante *neoconstitucionalismo* que, en su momento originario, usó Pozzolo, o lo usaron ella, Comanducci y Barberis? Ni regresando a las palabras de sus autores, transcritas antes, es posible hallar respuesta. Se puede saber —según las palabras citadas, claro— que acuñaron el término *neoconstitucionalismo* para ejercer la crítica, y se puede saber también que esa crítica estaba dirigida: i) a “tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea” que tienen rasgos comunes, pero también diferencias; ii) a un “peculiar modo de acercarse al Derecho” y al uso de “naciones peculiares”, que comparten filósofos como Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y, en parte, Nino; iii) a autores diversos que “critican al positivismo jurídico por su incapacidad de explicar al moderno Estado constitucional”; iv) a “una perspectiva iusfilosófica antiiuspositivista”; v) a “una serie de posiciones teóricas —defendidas por algunos autores representativos de un cierto modo de enfocar el derecho— que estaban delineándose y definiéndose”; y vi) a “una (posiblemente nueva) doctrina del derecho”. Como se puede observar, lo que es posible saber es a qué pedazos de la realidad (referentes) hubo la pretensión de referirse al

---

28. Suele traducirse como “Estado de derecho” y suele señalarse que su traducción literal sería “Estado normado” o “Estado legal”.

29. Ese es el sentido transversal más comúnmente ligado a la noción de *constitucionalismo* en el mundo del Derecho, ahora junto con el de la protección de los derechos fundamentales. Sin duda, sigue siendo un concepto vago.



usar la palabra *neoconstitucionalismo*. Pero, *referente* no es lo mismo que *significado*.

Que el término *neoconstitucionalismo* es vago y ambiguo, sí, como hay muchos en las lenguas en general y como hay muchos en el Derecho. Pero, además, en este caso, la vaguedad y la ambigüedad acusadas existen desde la misma invención del término. No parece posible identificar otro significado de *neoconstitucionalismo* que no sea el que se extrajo juntando los significados de *constitucionalismo* y *neo*. Tal vez podría evaluarse si de la reseña efectuada en el párrafo anterior cabe extraer estos otros dos significados: *neoconstitucionalismo* significa antipositivismo jurídico y/o *neoconstitucionalismo* significa postpositivismo jurídico. Pero ¿hay una sola manera de ser antipositivista? ¿Hay una única y unitaria perspectiva postpositivista? Está claro que el problema de la vaguedad persiste, y, como bien se puede colegir, el de la ambigüedad también. Ha llegado el momento de pasar al *referente*.

### iii. *Neoconstitucionalismo*, el referente

Advierte Eco que la noción de referente es ambigua, pero señala también que «es la manera más cómoda de explicar un hecho que se produce todos los días: es decir, que al emitir signos, *en general* queremos indicar cosas» (1994, p. 25). El significado es el puente entre el significante y aquello que quien habla quiere indicar. Referente no es lo mismo que significado. ¿Qué cosa(s) quiso indicar Pozzolo —o quisieron indicar Pozzolo, Barberis y Comanducci cuando usaron— cuando usó el término *neoconstitucionalismo*? Échese nuevamente la mirada hacia atrás y se encontrará que, con el término *neoconstitucionalismo*, se quiso indicar: tendencias postpositivistas y/o antipositivistas, modo peculiar de acercarse al Derecho, uso de ciertas nociones peculiares y una posible nueva doctrina del Derecho, que tienen en común (o tenían en común hace veinte y algo más de años) Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y, aunque no del todo, Nino. Un referente tan vago y escurridizo como el signo lingüístico que se usó para referirse a él.

### 3. LA SOBREMESA (MÁS ALLÁ DEL SIGNO LINGÜÍSTICO: LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL)

A la luz de todo lo anterior, es indispensable resaltar que una cosa es el término *neoconstitucionalismo* y otra, distinta, el pedazo de la realidad a la que, al usar dicho término, alguien ha querido referirse. Tan es así que, más

allá de los iniciales propósitos con los que fue o pudo haber sido usado, e incluso casi a contra marea, en el camino el término *neoconstitucionalismo* ha ido ganando autonomía. A diferencia de lo que Pozzolo piensa acerca de que el término ha perdido capacidad connotativa, a mí me parece que, por el contrario, lo que el término ha ido ganando es, precisamente, capacidad connotativa, esto es —para decirlo de un modo muy simple—, se ha ido despegando de su limitado significante. Veámoslo de la siguiente manera.

Si bien lo que podría denominar “corriente neoconstitucionalista” cobija bajo su manto perspectivas y sentidos no unívocos sobre una amplia gama de temas y problemas esenciales para el Derecho, y si bien es todavía una especie de norte en pleno y muy controvertido proceso de construcción<sup>30</sup>; de sus múltiples, renovadoras y también polémicas tesis sobre qué es el Derecho y sobre qué debe ser el Derecho, se han extraído suficientes y decisivos puntos de convergencia<sup>31</sup>, que permiten adoptar, frente al suceso, una mirada global. Precisamente, una de las notas distintivas del neoconstitucionalismo (como corriente) que cabe relevar en estas páginas es el énfasis puesto en los principios y en un cierto modo de razonar jurídicamente, la ponderación.

Pero, más allá de eso, con la advertencia de que se recurre a lo que resulta útil para los fines de estas ideas y que se omiten distinciones, modalidades, precisiones y objeciones que también existen, a efectos de partir de la misma crítica cabe recurrir a las tres formas de neoconstitucionalismo que Comanducci (2002) propuso siguiendo el esquema de la famosa tipología *bobbiana* del positivismo jurídico. Así: (1) como teoría del Derecho, el neoconstitucionalismo sería una aspiración encaminada “a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos”, proceso del que surge un modelo de sistema jurídico caracterizado, “además que por una Constitución ‘invasora’, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de

---

30. “Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica” (Prieto Sanchís, 2009, p. 123). Más recientemente: “Como vemos, se trata de rasgos de naturaleza diversa: unos son cambios del diseño institucional, otros son cambios de la actitud de los jueces, de la actitud de todos los operadores jurídicos, del modo de estudiar y enseñar el derecho por parte de los juristas” (Moreso J. J., 2019, p. 5-6).

31. Hace 17 años, Atienza identificaba 12 tendencias comunes de “una concepción del Derecho, quizás aún *in statu nascendi*”, el paradigma constitucionalista (2003, p. 309). Guastini, “a título de ejemplo”, ha recogido doce “posturas axiológicas” y “tesis normativas referidas al neoconstitucionalismo” (2013, p. 233).

principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley” (p. 97); (2) como ideología, el neoconstitucionalismo representaría la reivindicación del carácter valioso de los procesos de constitucionalización para garantizar y hacer efectivos los derechos fundamentales, así como la promoción y la expansión de tales procesos de constitucionalización (p. 99-100); y (3) como posición metodológica, “al menos respecto a situaciones de Derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre Derecho y moral—”, el neoconstitucionalismo sostendría “la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral” (p. 101).

El examen que desde ese triple enfoque hace Comanducci del neoconstitucionalismo no ha estado libre de refutaciones<sup>32</sup> y, aunque el mismo Comanducci (2002) anticipa que es “un poco forzado, [sic] instituir una clasificación análoga (a la de Bobbio) entre tres diversas formas de neoconstitucionalismo”, pero que así “resultará más comprensible y significativa la confrontación crítica entre tipos homogéneos de positivismo y, respectivamente, de neoconstitucionalismo” (p. 96), el hecho es que, en el amplio campo de esa “nueva cultura jurídica”, como la ha calificado Prieto Sanchís (2009, p. 123), y con las particularidades, afinidades y divergencias que correspondieren, parece perfectamente posible encontrar un aspecto teórico, un aspecto ideológico y un aspecto metodológico, que lidian, los tres, —esto es lo que interesa destacar— con la misma vieja tensión fundamental existente entre el Derecho y la moral. Aunque Comanducci acentúe esa tensión al referirse al “neoconstitucionalismo metodológico” y asignarle la defensa de la conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral, lo cierto es que la tensión referida atraviesa las tres formas de neoconstitucionalismo por las que Comanducci ha optado.

Vale la pena, pues, que, con algunos de sus comentarios y críticas, por rebatibles que pudieren ser, el mismo Comanducci ayude a hilar fino al respecto. Comanducci (2002) sostiene que, si el neoconstitucionalismo teórico “acepta la tesis de la conexión sólo contingente entre Derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico, al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo” (p. 102). Comanducci parece decir que, si lo que él ha identificado como “neoconstitucionalismo teórico” solo viera una conexión contingente entre el Derecho y la moral, entonces ya no sería “neoconstitucionalismo” sino “positivismo”, “positivismo metodoló-

---

32. Véase, por ejemplo: Moreso, J. J. (2009) o Ahumada, M. (2009).

gico” en concreto. Pero, no solo que lo parece, sino que pocas líneas después afirma categóricamente que “la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días” (p. 102). Lo complicado de ese razonamiento de Comanducci es que él denomina neoconstitucionalismo teórico a la tarea de dar cuenta, incluso “mejor que la tradicional iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos” (p. 102), así que aquello de la conexión conceptual contingente entre el Derecho y la moral solamente podría salir de esos mismos logros, y, entonces, ya no se comprende bien a qué ha querido referirse Comanducci con esa afirmación.

En todo caso, puede decirse que, desde el ángulo en el que Comanducci se coloca y según qué tipo de conexión se estableciere entre el Derecho y la moral, el neoconstitucionalismo podría ser en algún sentido más positivista o menos positivista (más iusnaturalista o menos iusnaturalista también)<sup>33</sup>. El neoconstitucionalismo teórico sería más positivista, si sostuviera (¿describiera?) la tesis de la conexión *contingente* entre el Derecho y la moral, y el neoconstitucionalismo metodológico, no es que sería, sino que es iusnaturalista, porque sostiene la tesis de la conexión *necesaria* entre el Derecho y la moral. Una mirada —la de Comanducci— que no deja de ser altamente significativa para estas páginas, pues encaja perfectamente con la hipótesis de que el fenómeno neoconstitucionalista ha tenido la virtud de levantar y agitar el vuelo de la tensión entre el Derecho y la moral.

De esa agitación da también cuenta Comanducci (2002) cuando entra en el terreno de lo que él ha calificado como “neoconstitucionalismo ideológico”. Su crítica se enfila hacia lo que considera “una consecuencia peligrosa de tal ideología: la disminución del grado de certeza del Derecho derivada de la técnica de ‘ponderación’ de los principios constitucionales y de la interpretación ‘moral’ de la Constitución” (p. 105). Esas palabras de Comanducci están ya directamente conectadas con el problema que alienta estas ideas. No solo que hablar de certeza del Derecho es hablar también, con los debidos ajustes, de seguridad jurídica, sino que atribuir al neoconstitucionalismo (como ideología) la responsabilidad de disminuir el grado de certeza del Derecho es también atribuirle la responsabilidad de haber empe-

---

33. Así lo dejan entrever las acusaciones de ser iusnaturalistas que se vierten contra posiciones afines al neoconstitucionalismo, así como por los esfuerzos que parte de esas posiciones hacen para desprenderse de dichas acusaciones; acusaciones y defensas que, en cierto modo, se encuentran reflejadas en distinciones como las de *positivismo jurídico fuerte* y *positivismo jurídico débil*, *positivismo jurídico incluyente* y *positivismo jurídico excluyente*, *constitucionalismo garantista* y *constitucionalismo principialista*.

zado a echar por la borda la seguridad jurídica. Culpas que, efectivamente, le han sido endosadas desde diversos lados al neoconstitucionalismo.

En el pasaje citado, Comanducci responsabiliza de esas culpas a dos aspectos específicos e interrelacionados: la técnica de la ponderación de principios constitucionales y la interpretación moral de la Constitución. Tampoco es del caso en esta ocasión examinar o impugnar las aseveraciones que hace Comanducci. Por el momento, el objetivo es aprovecharse de ellas para agregar un peldaño a estas reflexiones: las batallas que en esta época libran el Derecho y la moral, con las que el neoconstitucionalismo lidia centralmente, tienen culpables determinados: los principios (constitucionales) y el poder jurídico-moral del que se los ha dotado constitucionalmente. Los culpables son, nada menos y nada más, que los derechos fundamentales y sus garantías constitucionales.

Ahora, bien, como en cuanto al neoconstitucionalismo metodológico Comanducci (2002) circunscribe su preocupación a lo que él identifica como el “problema normativo” al que pretende dar respuesta la —también conforme a él— tesis neoconstitucionalista de que “cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral” (p. 108), cabe acudir al auxilio de Moreso para cerrar el camino que se ha venido trazando. Moreso (2009) dice dos cosas propicias a estas ideas: (1) que, en esa tesis que le atribuye al neoconstitucionalismo, Comanducci ve “un síntoma de que el neoconstitucionalismo es una forma contemporánea de iusnaturalismo” (p. 230); y (2) que esa tesis que Comanducci le atribuye al neoconstitucionalismo “puede ser comprendida de diversas formas: como una tesis referida a la identificación del derecho, como una tesis relativa al razonamiento jurídico y como una tesis referida al razonamiento práctico general” (p. 230).

Moreso toma partido por la consideración del neoconstitucionalismo como una tesis referida al razonamiento práctico general. Pero, independientemente de eso y de su declarada intención de mostrar que, con los perfiles adecuados, el neoconstitucionalismo “es perfectamente compatible con el positivismo jurídico” (2009, p. 224); la lectura que Moreso hace de la lectura que, a su vez, Comanducci hace del neoconstitucionalismo, tiene la virtud de permitir precisar una cuestión de fondo: el neoconstitucionalismo, como fenómeno global y con la frondosidad que lo caracteriza, cabalga precisamente a lomo de esa peculiar y no en pocas ocasiones difusa y tensa frontera que simultáneamente separa y une al Derecho y la moral. Todo lo que se discute sobre el neoconstitucionalismo gira alrededor de esa tensión. De tal manera que, con independencia de la perspectiva en la que uno se coloque, el punto de llegada siempre termina reenviando al punto de partida: las tirantes relaciones entre el Derecho y la moral.

Por eso no llama la atención que Comanducci perciba en el neoconstitucionalismo tanto aires de una forma contemporánea de iusnaturalismo (neoconstitucionalismo metodológico), como condiciones de parentesco con el positivismo metodológico (neoconstitucionalismo teórico). Es más, Comanducci sostiene que, al interior de la teoría neoconstitucionalista, se puede encontrar dos tendencias de pensamiento contrapuestas, la que entiende que dicha teoría “no es más que la continuación, con el mismo método pero con un objeto (parcialmente) modificado, del iuspositivismo”, y la de quienes “sostienen por el contrario que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología” (2002, p. 98).

Como se sabe, el problema de las relaciones entre el Derecho y la moral es un problema de larga data, abierto, complejo y empedrado. Lo que se ha querido sostener con lo dicho es que ese problema parece constituir el corazón mismo del neoconstitucionalismo, pero no del modo como había venido siendo trabajado. A diferencia de lo que Atienza sostiene en la cita que se transcribe a continuación, el neoconstitucionalismo —como, de alguna manera, muestran las posiciones de Comanducci y Moreso— se caracteriza, más bien, por no disponer de una visión unidimensional del Derecho. Tal vez hasta habría que decir que el neoconstitucionalismo es a veces iuspositivista y a veces iusnaturalista, o —quizás, mejor, si fuere posible— que es tanto iuspositivista como iusnaturalista.

La concepción neoconstitucionalista hay que entenderla también como una reacción contra el positivismo jurídico, contra una visión del Derecho que pone el foco en las reglas, en la positividad, en las formas, y se olvida por ello de la justicia. Pero también en este caso habría que decir que los autores neoconstitucionalistas llevan demasiado lejos esa actitud crítica y se olvidan, por así decirlo, de los valores del legalismo. La suya es también una visión unidimensional del Derecho que incurre en la ingenuidad de pensar que los valores del Estado constitucional pueden alcanzarse sin necesidad de someterse a los límites, las constricciones, que impone el sistema de Derecho positivo (Atienza, 2014, p. 209).

Así, pues, sea que se lo mire como teoría, o como ideología, o como metodología, o sea que se le cierre el cerco hacia el lado del iusnaturalismo o hacia el del iuspositivismo, el fenómeno neoconstitucionalista parece representar un empeño plural y colectivo de resolver (dar cuenta de) una consecuencia innegable de las transformaciones acaecidas en el mundo jurídico de la contemporaneidad y de las múltiples y heterogéneas transformaciones que han venido aconteciendo en la vida humana: la acentuación, por un lado, y la atenuación, por otro lado, de la línea que separa al Derecho

y a la moral. De qué índole son esa acentuación y esa atenuación, qué las caracteriza, de qué maneras se expresan, qué consecuencias acarrear, cómo podrían entenderse, etcétera, son cuestiones a cuya reflexión y discusión, precisamente, convoca esa corriente tan ricamente provocadora a la que, sin titubeo alguno, gustosamente denominó *neoconstitucionalismo*. La tarea, ahora, es darle alas y dejarla que vuele en libertad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló Regla, J. (2008). Sobre Derecho y argumentación. En J. Aguiló, *Sobre Derecho y argumentación* (pp. 11-28). Palma de Mallorca: Leonard Muntaner Editor.
- Aguiló Regla, J. (2007). Positvismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (30), 665-675.
- Ahumada, M. Á. (2009). Neoconstitucionalismo y constitucionalismo. En P. Comanducci, M. Ahumada, y D. Gonzalez Lagier, *Positvismo jurídico y neoconstitucionalismo* (pp. 123-159). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Alterio, A. (2020). *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*. México: Tirant lo Blanch.
- Alterio, A. (2014). Corrientes del neoconstitucionalismo contemporáneo a debate. Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, Num. 8, enero-diciembre de 2014, pp. 227-306.
- Atienza, M. (2019). *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*. Madrid: Editorial Trotta.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Editorial Trotta.
- Atienza, M. (diciembre de 2014). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 15 (2), 194-222.
- Atienza, M. (2003). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (1998). *Introducción al Derecho*. México: Distribuciones Fontamara.
- Ávila, H. (2016). *Certainty in Law*. Suiza: Springer.
- Barberis, M. (2015). Capítulo XIX. ¿Existe el neoconstitucionalismo? En J. L. Fabra Zamora, y L. García Jaramillo, *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 459-482). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Barberis, M. (2011). El neoconstitucionalismo, Third Theory of Law. En S. Pozzolo, *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos* (pp. 340-369). Lima: Palestra Editores.
- Bernal Pulido, C. (2012). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (26), 225-238.

- Braidotti, R. (2019). *El conocimiento posthumano*. Barcelona: Gedisa.
- Carbonell, M. (2010). El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En M. Carbonell, y L. García Jaramillo, *El canon neoconstitucional* (pp. 153-164). Madrid: Editorial Trotta.
- Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (2010). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Carbonell, M. (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta-UNAM.
- Churchland, P. (2011). *Braintrust. What Neuroscience Tells Us about Morality*. Princeton University Press.
- Comanducci, P. (2009). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En P. Comanducci, M. Á. Ahumada, y D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo* (pp. 85-122). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Comanducci, P. (Abril de 2002). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía* (16), 89-112.
- Daza, M. (17 de marzo de 2015). *García Amado critica el neoconstitucionalismo en 5 minutos*. Obtenido de YouTube: <https://youtu.be/XNqBnz8ClQM>
- Decety, J., y Wheatley, T. (2015). *The Moral Brain. A Multidisciplinary Perspective*. MIT Press.
- de Saussure, F. (1971). *Curso de lingüística general*. Buenos Aires: Editorial Losada.
- Díaz, E. (2000). *La posciencia. El conocimiento científico en las postrimerías de la modernidad*. Buenos Aires: Biblos.
- Durán, X. (2019). *El imperio de los datos. El Big Data, la privacidad y la sociedad del futuro*. Valencia: Universitat de València.
- Eco, U. (1994). *Signo*. Colombia: Editorial Labor.
- Escudero Alday, R. (2011). La respuesta positivista al desafío del neoconstitucionalismo: el positivismo jurídico incluyente. En S. Pozzolo, *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos* (pp. 120-159). Lima: Palestra Editores.
- Fenwick, M., Siems, M., y Wr̀bka, S. (2017). The State of the Art and Shifting Meaning of Legal Certainty. En M. Fenwick, M. Siems, y S. Wr̀bka, *The Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparative and Transnational Law*. Bloomsbury.
- Fernández Núñez, M. (2017). La ponderación: análisis de la situación del debate en España. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (40), 355-384.
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Editorial Trotta.
- Frabetti, C. (2017). *El diablillo de Einstein y otros enigmas perturbadores*. Madrid: Alianza Editorial.
- García Amado, J. A. (2010). II. Neoconstitucionalismo. En J. A. García Amado, *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica* (pp. 129-245). Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- García Figueroa, A. (2010). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta.



- García Jaramillo, L. (2010). Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. En M. Carbonell, y L. García Jaramillo, *El canon neoconstitucional* (pp. 208-246). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM / Editorial Trotta.
- Garland, B. (2004). *Neuroscience and the Law. Brain, Mind and the Scales of Justice*. Washington, DC: Dana Press and AAAS.
- Guastini, R. (2016). Preface. En H. Ávila, *Certainty in Law* (pp. 8-21). Springer.
- Guastini, R. (junio de 2013). A propósito del neoconstitucionalismo. *Gaceta Constitucional* (67), 231-240.
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Editorial Trotta.
- Laporta, F. (1993). *Entre el derecho y la moral*. México: Fontanamara.
- Lifante, I. (2013). Seguridad jurídica y previsibilidad. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (36), 85-105.
- Mazzarese, T. (2008). Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism. *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. <https://www.juragentium.org/about/index.html>
- Moreso, J. J. (2020). Prólogo Cos'è il neocostituzionalismo? En O. Vásquez Sánchez, *Teorías neoconstitucionalistas. Un análisis de los constitucionalismos garantista, principalista e incorporacionista desde la cultura constitucional mexicana* (pp. 16-39). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Moreso, J. J. (2019). *Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico)*. Revista i-Latina Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0985379>
- Moreso, J. (2009). Ensayo 12. Acerca del neoconstitucionalismo. En J. Moreso, *La Constitución: modelo para armar* (pp. 223-234). Madrid: Marcial Pons.
- Noah Harari, Y. (2018). *21 lecciones para el siglo XXI*. Debate.
- Peña Freire, A. (2020). La Constitución del Estado de derecho. *AFD (XXXVI)*, 87-110.
- Pino, G. (2018). *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*. Puno: Zela.
- Porciello, A. (2019). *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller*. Lima: Palestra Editores.
- Pozzolo, S. (2018). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra.
- Pozzolo, S. (octubre-marzo de 2016-2017). Neoconstitucionalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* (11), 142-151.
- Pozzolo, S. (2015). Capítulo 10. Apuntes sobre "Neoconstitucionalismo". En J. L. Fabra Zamora, y Á. Núñez Vaquero, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. Uno). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Pozzolo, S. (2010). Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. En M. Carbonell, y L. García Jaramillo, *El canon neoconstitucional* (pp. 165-184). Madrid: Editorial Trotta.
- Pozzolo, S. (nov. de 1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (21-v2), 339-353.

- Prieto Sanchís, L. (2010). Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (44), 461-506.
- Prieto Sanchís, L. (2009). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta.
- Rosanvallon, P. (2020). *El siglo del populismo*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Susskind, R. (2019). *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford University Press.
- Vásquez Sánchez, O. (2020). *Teorías neoconstitucionalistas. Un análisis de los constitucionalismos garantista, principalista e incorporacionista desde la cultura constitucional mexicana*. Lima: Palestra Editores.
- Vigo, R. (2016). *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*. México D. F., México: Porrúa.