

DOCTRINA

PRIMERAS EXPLORACIONES ACERCA DEL TRASPLANTE JURISDICCIONAL Y DOCTRINARIO NEOCONSTITUCIONALISTA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

*Gianella Bardazano Gradin**

RESUMEN. El artículo presenta la primera etapa de una investigación de más largo aliento orientada a explorar si, aun cuando la Constitución uruguaya no forma parte de la oleada de reformas constitucionales recientes, pueden identificarse en nuestro medio prácticas jurisprudenciales renovadas o innovadoras y desarrollos teóricos y doctrinarios novedosos como para determinar el grado de influjo neoconstitucionalista en nuestro sistema jurídico.

PALABRAS CLAVES. Neoconstitucionalismo. Doctrina. Corte. Circulación. Trasplantes.

ABSTRACT. This paper presents the first stage of a longer-term research aimed at exploring whether, even though the Uruguayan Constitution is not part of the wave of recent constitutional reforms, renewed or innovative case - law practices and novel theoretical and academic legal opinion developments can be identified in our environment so as to determine the degree of neo-constitutionalist influence in our legal system.

KEY WORDS. Neconstitutionalism. Doctrine. Court. Circulation. Transplants.

1. INTRODUCCIÓN.

El proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, acompañado de la perspectiva neoconstitucionalista¹ se ha presentado en América Latina a través del llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, que refiere especialmente a una serie de

* Profesora Titular de Filosofía del Derecho (D.T.), Facultad de Derecho, UDELAR. Directora del Instituto de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, UDELAR. Correo electrónico: gbardazano@gmail.com ORCID: 0000-0002-7477-1305

¹ Esta corriente no es uniforme, sino que existen diversas formas de neoconstitucionalismo, Véase: COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo)constitucionalismo un análisis metateórico" en CARBONELL, Miguel. (Coordinador). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Edit. Trotta, 2003, pp. 75-98.

reformas constitucionales que se concretaron a finales del siglo XX y principios del XXI (Colombia en 1991, Argentina en 1994, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008, Bolivia en 2009) y al pensamiento jurídico y las construcciones dogmáticas que las acompañan y justifican². Muchas de estas reformas incorporaron mecanismos judiciales de protección directa de los derechos (como el amparo y la tutela) o profundizaron los mecanismos ya existentes; o bien crearon o reforzaron la justicia constitucional. Esto último se concretó creando tribunales constitucionales o salas constitucionales en los tribunales supremos existentes, o bien asignando o fortaleciendo las potestades de las cortes supremas en el control constitucional de las leyes³.

En este marco, que la Constitución es garantizada o, en otras palabras, que la protección de la Constitución, su efectividad, esté encomendada a los jueces es una de las tesis que defiende el neoconstitucionalismo acerca de la Constitución y su interpretación; junto a otras tesis, entre las cuales se encuentran: la constitución es material, es omnipresente o tiene fuerza expansiva, establece una regulación principialista, se aplica mediante ponderación⁴. Se considera que un ordenamiento jurídico está constitucionalizado cuando posee “una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”⁵. En ese sentido, la constitucionalización es un fenómeno graduable, ya que sus rasgos definitorios pueden darse con intensidad variable⁶.

En los apartados siguientes se presentará brevemente una caracterización del neoconstitucionalismo y su origen; y se intentará poner en relieve la importancia de fenómenos vinculados a la globalización de la jurisdicción constitucional, como la difusión de instituciones jurídicas, la circulación de elaboraciones jurisprudenciales, teóricas o doctrinarias y, en general, los trasplantes jurídicos, que inciden en la transformación de la cultura jurídica de países o regiones receptoras. Por último, se presentarán algunos resultados de una exploración inicial en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (SCJ), hecha a partir de estos supuestos. Se trata de la primera etapa de una investigación de más largo aliento orientada a explorar si, aun cuando la Constitución uruguaya no forma parte de la oleada de reformas referidas al inicio de este apartado, pueden identificarse en nuestro medio prácticas jurisprudenciales renovadas o innovadoras y desarrollos teóricos

² GARGARELLA, Roberto. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano” en Estudios Sociales, N° 48, Universidad Nacional Litoral de Santa Fe (2015), pp. 169-172; UPRIMNY, Rodrigo. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, En RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coordinador) El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 109-136.

³ UPRIMNY, Rodrigo, op. cit. pp. 115-116.

⁴ PRIETO SANCHIZ, Luis. “El constitucionalismo de los derechos” en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 71, (2004), p. 48.

⁵ GUASTINI, Ricardo. Estudios de Teoría Constitucional. México. Editorial Fontamara, 2007, p. 147.

⁶ ATIENZA, Manuel. “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores). El canon neoconstitucional. Madrid, Edit. Trotta, 2010, p. 265. Dichos rasgos, o condiciones de constitucionalización, son: fuerza vinculante de la Constitución, garantía jurisdiccional de la Constitución, rigidez constitucional, sobreinterpretación de la Constitución, interpretación conforme a la Constitución de las leyes, aplicación directa de la Constitución e influencia directa de la Constitución sobre las relaciones políticas. Ver: GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel. (Coordinador). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Edit. Trotta, 2003, pp. 49-73.

y doctrinarios novedosos como para determinar el grado de influjo constitucional en nuestro sistema jurídico. La caracterización del problema a abordar asume, entonces, que los cambios sustanciales en la comprensión del derecho son consecuencia de necesidades culturales profundas y no el resultado exclusivo de cambios constitucionales formales. Los factores que inciden en el modo en que abogados, jueces y demás operadores comprenden el derecho y su sistema de fuentes son de diverso tipo. Algunos se relacionan con elementos estructurales y, por tanto, con la función y el sentido de reformas formales (constitucionales, legislativas). Otros factores obedecen a actitudes e ideas que comparten los juristas respecto del derecho⁷, que se expresan, entre otros registros, en las formas de argumentación, las técnicas de interpretación, y en las fuentes académicas teóricas y doctrinarias consultadas y recibidas en la justificación de las decisiones.

2. REFERENCIAS A LOS CAMBIOS EN LA CULTURA JURÍDICA: LOS CONTORNOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO.

En la literatura contemporánea de teoría y filosofía del derecho, del mismo modo que en la de teoría constitucional, se reserva un espacio cada vez más relevante a la importancia de los derechos humanos y los derechos fundamentales en la cultura jurídica occidental de tradición continental, que se presenta en general como el resultado del proceso iniciado con el constitucionalismo europeo de posguerra, especialmente con la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán⁸. La interpretación de las disposiciones de la Constitución alemana relativas a derechos fundamentales hecha por el Tribunal Constitucional Federal (TCF) y elaborada también, fundamentalmente, por doctrinarios alemanes, italianos y españoles, a la vez que reconstruida, justificada y difundida por filósofos del derecho como Alexy⁹, enmarcan el surgimiento de una aproximación no positivista al derecho. Señala Alexy que “la expansión de las ideas del Estado constitucional democrático se corresponde en Europa con el desarrollo de una teoría y una praxis constitucionales comunes, singularmente por lo que se refiere al control de constitucionalidad, en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y la ciencia del derecho público alemana juegan un importante papel”¹⁰.

Diversos autores consideran que se trata de una nueva cultura jurídica, que denominan *neoconstitucionalismo*¹¹ o bien, de la consolidación de una teoría del derecho: el *paradigma constitucionalista*¹² o *postpositivismo*¹³. En ese marco, la Constitución es el lugar que han tomado los derechos. Ello conlleva cambios en la teoría de las fuentes del derecho, que

⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego. Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana. Bogotá, Edit. Legis, 2004, p. 406.

⁸ LÖSING, Norbert. La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica. Madrid, Edit. KAS-Dykinson, 2002, p. 306.

⁹ ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, CARBONELL, Miguel (Coordinador). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Edit. Trotta, 2003, p. 31-47.

¹⁰ ALEXY, Robert, op. cit. p. 31.

¹¹ POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, Revista DOXA, N° 21 (1998), p. 229-353; PRIETO SANCHIZ, Luis, op. cit., pp. 47-72.

¹² FERRAJOLI, Luigi, ATIENZA, Manuel y MORESO, Juan José. La teoría del derecho en el paradigma constitucional. Madrid, Edit. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.

¹³ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Para una teoría postpositivista del Derecho. Lima-Bogotá, Edit. Palestra-Temis, 2018.

confiere centralidad a la Constitución en detrimento de la primacía de la ley; cambios en la teoría de las normas, que incorpora la conceptualización de los principios como un tipo normativo distinto de las reglas, y; cambios en la teoría de la adjudicación, procurando justificar racionalmente decisiones judiciales vinculadas a un ámbito fuertemente indeterminado del derecho tomadas en el marco de una cultura jurídica cuyas prácticas se han hiperjurisdiccionalizado.

Si bien los cambios enumerados, o al menos la mayor parte de ellos, son presentados por parte de la literatura como novedades¹⁴, implican para otros una recuperación de una concepción premoderna del derecho¹⁵. Una idea cercana a la de Atria podemos ubicar en la contraposición entre el “imperio de la ley”¹⁶ y el “constitucionalismo de los derechos”¹⁷ como ideales reguladores alternativos que puján al interior de la cultura jurídica. Es decir, el hecho histórico de la constitucionalización de los sistemas jurídicos no trajo aparejadas, en el campo de la teoría del derecho, unanimidades en términos valorativos. Los críticos del pospositivismo consideran que la dogmática neoconstitucionalista contribuye al debilitamiento del Estado de Derecho, al ambientar una concepción del derecho en la que éste deja de ser un fenómeno normativo general y que, por el contrario, promueve una concepción del derecho “del caso”. Lo anterior, señala Laporta¹⁸, constituye un retroceso “civilizatorio”, en la medida en que “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”¹⁹.

3. TRASPLANTES JURÍDICOS Y CIRCULACIÓN DE FUENTES.

Sin perjuicio de la referencia a una identidad regional en las reformas constitucionales mencionadas, el constitucionalismo latinoamericano “vincula estructuras jurídicas trasplantadas de los contextos de producción jurídica en el Norte global que fueron plasmadas en constituciones anteriores”²⁰. Los procesos de trasplante jurídico²¹ constituyen una fuente principal de creación de derecho e implican la circulación de elementos normativos, conceptos, técnicas, actitudes respecto del derecho. La dinámica que se constituye entre centros de producción y centros de recepción que acogen dicha producción, si bien frecuentemente adaptada (incluso distorsionada) a las características del medio local, ha sido parte de la estructura de la comprensión de los procesos de trasplante analizados desde

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho” en CARBONELL, Miguel (Coordinador). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Edit. Trotta, 2003, pp. 13-29.

¹⁵ ATRIA, Fernando. La forma del derecho. Madrid, Edit. Marcial Pons, 2016.

¹⁶ LAPORTA, Francisco. El imperio de la ley: una visión actual. Madrid, Edit. Trotta, 2007.

¹⁷ PRIETO SANCHIZ, Luis, op. cit.

¹⁸ LAPORTA, Francisco, op. cit.

¹⁹ AGUILÓ REGLA, Josep “Positivism y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras” en: Revista DOXA. N° 30 (2007), p. 668.

²⁰ LLANO FRANCO, Jairo. (2017). “Constitucionalismo en América Latina, reto para la justicia constitucional” en: PEGORARO, Lucio y otros. Tribunales y Justicia Constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana. Tomo I. Bogotá, Edit. Universidad Libre-Universidad de Bolonia, 2017, p. 188.

²¹ WATSON, Alan. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. Georgia, Edit. University of Georgia Press, 1993.

América Latina²². Entre los factores que determinan estos procesos se señalan la autoridad, la moda, la difusión y el prestigio de los centros de producción²³.

Empleando las categorías de López en su análisis de la transformación de la cultura jurídica latinoamericana respecto de la perspectiva neoconstitucionalista, Europa -particularmente Alemania a través del TCF, pero también España e Italia- constituye el “sitio de producción”, y América Latina el “sitio de recepción”²⁴.

En el ámbito latinoamericano, la Corte Constitucional colombiana desarrolló su labor de garante de la Constitución adoptando una perspectiva antiformalista²⁵ que se expresó, entre otros factores, en las referencias a autores (fuentes doctrinales) representativos de teorías del derecho con esa perspectiva. López releva dichas referencias para los primeros doce años de actividad de la Corte²⁶. Para el caso ecuatoriano, Escobar²⁷ se ocupó de establecer el grado de inserción del derecho constitucional de Ecuador en el constitucionalismo global.

Tomando esos ejercicios como inspiración, nos propusimos buscar en el universo de sentencias de la SCJ dictadas en procesos de declaración de inconstitucionalidad de la ley que se encuentran en la Base de Jurisprudencia Nacional la existencia de referencias a jurisprudencia del TCF alemán y a fuentes doctrinales que admiten ser caracterizadas como postpositivistas o neoconstitucionalistas (en sus diversas formas²⁸) y que, por tanto, pueden formar parte de argumentos teóricos o dogmáticos incluidos en la justificación de las decisiones: Alexy, Zagrebelsky, Ferrajoli²⁹; y qué categorías, nociones o técnicas propuestas por estos autores son recibidas por la Corte en sus decisiones al incorporar la cita, o en los votos discordes de algunos de sus miembros. Los resultados de esa exploración inicial se presentan en los apartados siguientes. Las siguientes tablas muestran, en primer lugar, el número de citas a la jurisprudencia del TCF alemán y, en segundo lugar, el número

²² LÓPEZ MEDINA, Diego, op. cit.; BONILLA, Daniel. (2016). “La economía política del conocimiento jurídico”, en BONILLA, Daniel. (Compilador). El constitucionalismo en el continente americano. Bogotá, Edit. Siglo del Hombre-Universidad EAFIT-Universidad de los Andes, 2016, p. 37-107.

²³ ESCOBAR, Claudia. Transconstitucionalismo y diálogo jurídico. Quito, Edit. Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 162.

²⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego, op. cit., pp. 15-18.

²⁵ LOPEZ MEDINA emplea la expresión “nuevo derecho” para designar la presencia de tendencias antiformalistas en América Latina, y particularmente en Colombia.

²⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego, op. cit., pp. 436-450.

²⁷ ESCOBAR, Claudia, op. cit.

²⁸ Ver: COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo un análisis metateórico” en CARBONELL, Miguel. (Coordinador). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Edit. Trotta, 2003, pp. 75-98.; FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en FERRAJOLI, Luigi y otros. Un debate sobre constitucionalismo. Madrid, Edit. Marcial Pons, 2012, pp. 11-50; FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan. Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación. Madrid, Edit. Trotta, 2012; MARQUISIO, Ricardo. “Tres modelos de postpositivismo jurídico” en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 47, UNLP, (2017), pp. 864-885.

²⁹ Sin perjuicio de las diferencias conceptuales y las diferentes tradiciones a las que adscriben el constitucionalismo principialista y el constitucionalismo garantista, y que el propio Ferrajoli ha criticado el que denomina “paleopositivista” y afirma que su constitucionalismo de la democracia sustancial es una variante del iuspositivismo, creemos que su visión no conflictualista de la Constitución, de la interpretación constitucional y de la primacía jurisdiccional en la determinación del alcance de los derechos fundamentales, justifican incluirlo entre las referencias neoconstitucionalistas de las que se ocupa este trabajo. En el apartado 3.3. se desarrollan estas cuestiones.

de citas de la obra los tres autores mencionados, sumando las ocurrencias en los fundamentos de las sentencias y en los fundamentos de discordias.

Tribunal Constitucional Federal							
2008	2009	2013	2014	2015	2016	2017	2018
		4	6		16	1	1

Tabla 1. Elaboración propia en base a datos de la BJNI

	2008	2009	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Alexy	12		1			22	3	1
Ferrajoli		1			1		1	
Zagrebelsky	12	1						

Tabla 2. Elaboración propia en base a datos de la BJNI

A partir de los resultados de la búsqueda en la Base de Jurisprudencia Nacional puede afirmarse, en principio, que es en los últimos diez años que la Corte ha comenzado a incluir en la justificación de sus decisiones referencias explícitas a la obra de estos autores y a la jurisprudencia del tribunal alemán. Las referencias, a su vez, se concentran especialmente en algunos años —2008 y 2016—, probablemente asociadas a las preferencias de determinados integrantes de la Corporación, como se verá en los apartados siguientes. Es interesante tener presente que en el período 2008-2018 hubo trece magistrados en la Corte, en sus sucesivas integraciones. Para facilitar la lectura de los datos referidos a las citas de Alexy, la tabla siguiente muestra las ocurrencias por año, distinguiendo si la cita integra los fundamentos de sentencias o discordias.

	Citas de Alexy							
	2008	2009	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Sentencia	11		1			2	3	1
Discordia	1					20		

Tabla 3. Elaboración propia en base a datos de la BJNI

El mayor número de citas en los fundamentos de las sentencias se concentra en el año 2008 y en los años sucesivos disminuye notoriamente, con años en los que no hay ninguna referencia explícita. Solo en 2016, se constata un aumento de citas a la obra de Alexy, pero se encuentran en discordias.

3.1. Tribunal Constitucional Federal alemán: la importancia del principio de seguridad jurídica.

Acerca de la posición de los derechos fundamentales en el derecho alemán, Alexy³⁰ sostiene que puede caracterizarse a partir de su rango máximo, su máxima fuerza jurídica,

³⁰ ALEXY, Robert, op. cit. pp. 32-35.

su máxima importancia y su máximo grado de indeterminación. Estas características le permiten resaltar la importancia de la interpretación constitucional y sus peculiaridades, en tanto “los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”³¹. La densidad de sentido de esa expresión la expresa la jurisprudencia del TCF. La interpretación constitucional, dice Alexy refiriendo a la observación del Tribunal, se expresa en un discurso que articula razones a las que se les oponen otras razones, para que las mejores hagan inclinar la balanza; y no en un discurso que se sirve de referencias metodológicas y técnicas³².

La siguiente tabla muestra el número de citas de jurisprudencia del Tribunal, por ministro redactor y ministro discorde.

Citas de Tribunal Constitucional Federal alemán							
	Chediak	Chalar	Hounie	Pérez Manrique	Larrieux	Minvielle	TOTAL
redactor	1	8	8	1	5	1	24
discorde		2	2				4
TOTAL	1	10	10	1	5	1	28

Tabla 4. Elaboración propia en base a datos de la BJA

La búsqueda arrojó 28 resultados; 24 de las citas al TCF alemán se encuentran en los fundamentos de sentencias y las otras cuatro citas, en fundamentos de discordias. En ocho sentencias, dictadas entre 2013 y 2014 y cuyo redactor es el ministro Chalar, la Corte declara, por mayoría, la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la ley 18.831 por entender que violan los principios constitucionales de legalidad e irretroactividad de la ley penal más gravosa. En las sentencias 4/2014 y 20/2014 la Corte, por mayoría, desestimó la excepción de inconstitucionalidad respecto de las mismas disposiciones, con la discordia del ministro Chalar, que en su fundamento incluye la referencia al Tribunal. La cita a la jurisprudencia del Tribunal es indirecta:

“Determinado que la Ley que regula la prescripción de un delito es una Ley penal, corresponde analizar la regularidad constitucional de la norma que se examina. Como señala Dannecker, coincidiendo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, la lógica jurídica no impone la inadmisibilidad de las Leyes retroactivas, sino que las exigencias constitucionales sólo suponen un límite para la aplicabilidad temporal y actúan como límites de la facultad de autorización. Por lo tanto, la prohibición de la retroactividad es un problema de protección de los derechos individuales; la conclusión de Dannecker al analizar el aspecto temporal de la Ley penal, es que en los casos en que no pueda aplicarse la Ley posterior porque perjudica al ciudadano, entonces se deberá aplicar la anterior, sin que eso exija postular un retorno a la vigencia del Derecho anterior”³³.

³¹ ALEXY, Robert, op. cit. p. 35.

³² ALEXY, Robert, op. cit. p. 41.

³³ Citado por Eliseu Frígols i Brines (2002). *El Principio de Irretroactividad y la Sucesión de Leyes Penales - Una perspectiva desde el Derecho Comparado*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 141.

También respecto de los artículos 2 y 3 de la ley 18.831 la Corte desestimó la excepción interpuesta, en trece sentencias dictadas en 2016³⁴, ocho redactadas por el ministro Hounie, cinco por el ministro Larrieux, una por el ministro Pérez Manrique³⁵, cuya fundamentación incluyó la siguiente referencia a la jurisprudencia del TCF:

“En cuanto a la violación del principio de certeza o seguridad jurídica que invocan los excepcionantes, originada por la vía de modificar las normas que determinaron la prescripción de un delito con efecto retroactivo, cabe convocar, siempre a juicio del redactor, la opinión que al respecto emitió el Tribunal Constitucional Federal Alemán al analizar una Ley que extendía el plazo de la prescripción de ciertos hechos punibles, que se dictó con la finalidad de evitar que los delitos de homicidio de la época del régimen nacionalsocialista y de posguerra prescribieran el 31 de diciembre de 1961. *Toda norma penal contempla un juicio ético-social, dotado de autoridad estatal, sobre la actuación penalizada por ella. El contenido concreto de ese juicio se da en forma de un tipo penal y de la sanción con que se amenaza. Ambas, conjuntamente, constituyen la punibilidad en el sentido del artículo 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental (...). La punibilidad de un hecho es presupuesto para su persecución. Una actuación sólo puede ser considerada punible si su punibilidad se determina legislativamente con anterioridad a la comisión del hecho. La punibilidad comprende la persecución, pero la persecución, por el contrario, no comprende la punibilidad. Un hecho punible ya cometido no pierde su carácter de ilegalidad por el hecho de que no hubiere sido perseguido o no pueda ser perseguido por motivos legales o materiales (...)*, (“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, edición Konrad Adenauer Stiftung, 2009, c. 139, p. 535³⁶) (...) Y sigue diciendo el Tribunal Constitucional Federal Alemán: *El postulado de la seguridad jurídica, inmanente al principio del Estado de Derecho, exige que el ciudadano pueda prever las posibles intervenciones del Estado en su contra y que pueda comportarse en forma correspondiente. En principio, se puede contar con que el legislador no vincule consecuencias negativas a los hechos ya concluidos, que no eran previsible al momento de la comisión de esos hechos (...). La seguridad jurídica significa para el ciudadano, ante todo, protección de la confianza. Al Estado de Derecho, sin embargo, pertenece no sólo la seguridad jurídica, sino también la justicia material. Ambas caras del Estado de Derecho no pueden ser tenidas [en cuenta] en igual forma por el legislador (...). Si la seguridad jurídica se encuentra en oposición a la justicia, entonces será función del legislador decidirse a favor de una u otra. Si esto ocurre sin arbitrariedad, entonces la decisión legislativa no podrá ser objetada invocando motivos*

³⁴ SCJ Sent. 124/2016, 126/2016, 185/2016, 203/2016, 212/2016, 217/2016, 263/2016, 407/2016.

³⁵ SCJ Sent. 10/2016

³⁶ Esta compilación de extractos de jurisprudencia del TCF alemán es citada en una sentencia del año 2018, la única decisión que no está referida al alcance de los principios de irretroactividad de la ley penal desfavorable y de legalidad y cita dicha jurisprudencia (SCJ Sent. 1586/2018, redactada por la ministra Minvielle, relativa a la protección de la garantía constitucional de acceso efectivo a los tribunales a través del proceso monitorio). La cita es la siguiente: “La garantía constitucional de la protección jurídica abarca: el acceso efectivo a los tribunales, que la pretensión jurídica (el objeto de la litis) sea analizada dentro de un proceso formal, y que sea resuelta por los tribunales mediante una sentencia vinculante (...). El principio del Estado de Derecho exige que todo litigio ‘en aras de la paz y la seguridad jurídicas’ tarde o temprano llegue a un fin (...)”, (sentencia BVerfGE 107,395, citada en: Schwabe, Jürgen. “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe”, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009, p. 526)”.

constitucionales. La protección constitucional de la confianza no se aplica sin excepción. El ciudadano no puede invocar la protección de la confianza como expresión del principio del Estado de Derecho, cuando su confianza en la continuidad de una reglamentación legal no es susceptible de una consideración por parte del legislador (...), o [cuando] la confianza en una determinada situación jurídica tampoco se justifica materialmente (...), (obra citada, p. 536).”

La misma cita se encuentra en los fundamentos de dos discordias del ministro Hounie, en ocasión de que la Corte cambiara el criterio y, con otra mayoría, considerara inconstitucionales los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831, en sentencias dictadas el 21.09.2016 y el 25.09.2017³⁷.

Sin perjuicio de la relevancia que se la ha atribuido al Tribunal Constitucional alemán y la difusión de su jurisprudencia junto a los desarrollos doctrinarios del test de ponderación, se hizo una búsqueda (secundaria) en la Base de Jurisprudencia Nacional de las menciones a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, cuyo rol en el constitucionalismo europeo de posguerra también ha sido significativo. La búsqueda arrojó 19 resultados, doce de los cuales corresponden a sentencias de los años 2008 y 2009 (contienen la cita a un mismo fragmento de una decisión del año 2000 del Tribunal). En once de ellas el redactor es el ministro Van Rompaey y en una el ministro Rodríguez Caorsi. La cita en cuestión aparece inicialmente en una discordia del ministro Van Rompaey, del año 2008³⁸.

3.2. Alexy y Zagrebelsky: ponderación y constitucionalismo principialista

Desde la perspectiva neoconstitucionalista, a la par de la indeterminación de la redacción de las disposiciones constitucionales y su referencia a principios morales se afirma el carácter de normas aplicables por el juez de esos principios que, han de ser interpretadas y determinadas a través de la ponderación. Zagrebelsky ha defendido un modelo de dogmática “líquida” o “fluida” que pueda dar cabida al “*pluralismo de principios*”, en el entendido que “el modo en que los valores y principios convivan ya no es un problema de la ciencia constitucional, sino de la política constitucional”³⁹. La ley, para este autor que entiende que se ha producido un cambio genético en la cultura jurídica, ya no es garantía de estabilidad, sino que se convierte en instrumento y causa de inestabilidad, en virtud de

³⁷ SCJ Sent. 342/2016, 680/2017.

³⁸ SCJ Sent. 584/2008, 605/2008, 623/2008, 625/2008, 627/2008, 629/2008, 631/2008, 632/2008, 642/2008, 21/2009 y 23/2009: la Corte declaró inconstitucional el art. 29 del Decreto 11.812 de la Junta Departamental de Montevideo (tasa bromatológica); y SCJ Sent. 710/2008, 865/2008: la Corte declaró inconstitucionales los arts. 10 y 15 del Decreto 3.727 de la Junta Departamental de Maldonado, modificado por los arts. 1 y 3 del Decreto 3.759. La misma cita del Tribunal español se encuentra en la sentencia 872/2008, cuyo redactor es el ministro Rodríguez Caorsi y, posteriormente, en la sentencia 386/2013, cuyo redactor es el ministro Chalar. La discordia del ministro Van Rompaey a la sentencia 43/2008 sobre inconstitucionalidad del IRPF a las jubilaciones, es la primera oportunidad en que se constata en la Base de Jurisprudencia Nacional una cita al Tribunal español. Esa misma discordia, como se verá en el siguiente apartado también incluye entre sus fundamentos referencias de las obras de Alexy y Zagrebelsky. Las sentencias 272/2015 (cuyo redactor es el ministro Pérez Manrique) y 53/2016 (cuyo redactor es el ministro Chediak), por las que la Corte desestima la excepción de inconstitucionalidad respecto del art. 1 de la Ley 19.196, incluyen una cita del Tribunal español sobre el principio de legalidad y las leyes penales en blanco. Finalmente, la sentencia 576/2017 (cuyo redactor es el ministro Turell), en la que la Corte declara, por unanimidad, la inconstitucionalidad del art. 733 de la ley 19.355 la cita al Tribunal español se encuentra en el apartado 3.3. del considerando IV, intitulado “Jurisprudencia internacional sobre el caso”.

³⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid, Edit. Trotta, 1995, p.17.

las colisiones de intereses que expresa⁴⁰ (Zagrebelsky, 1995: 38). Este punto es el que puede conectarse con la referencia de Atria al neoconstitucionalismo como derecho premoderno. El hecho del pluralismo de las sociedades contemporáneas “hace *más* y no menos importante la preservación de la esfera de autonomía (sin duda relativa) del razonamiento jurídico”. La indiferencia hacia la dignidad de la legislación pone en riesgo la idea de gobierno por el derecho⁴¹.

El punto de vista teórico de este autor es interno, en tanto considera que es desde el punto de vista de los operadores, de quienes participan en la práctica, que puede conocerse la idea de derecho, y propugna la adhesión a los valores expresados por la Constitución. A su vez, concibe al Derecho como una práctica que combina juicios de hecho y juicios de valor. La teoría, por tanto, se compone de igual modo que la práctica y, en ese sentido, es *iurisprudencia*⁴². En cuanto a la tarea del juez Zagrebelsky sostiene que “en el proceso de interpretación del derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección”, y que en aquellas ocasiones en que el círculo hermenéutico no conduce a componer de un modo satisfactorio la búsqueda de una respuesta para el caso en el derecho, se abre “una cuestión que no afecta ya a la interpretación de la ley, sino a su validez (...). Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida”⁴³.

Los derechos fundamentales, según Alexy, como principios, son mandatos de optimización. Son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas⁴⁴. Para describir la ponderación como parte del derecho constitucional alemán, centra su estructura en el principio de proporcionalidad, que a su vez incluye tres subprincipios que expresan la idea de optimización (los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)⁴⁵. La relevancia de la argumentación como expresión pública de la racionalidad de la decisión es central en la perspectiva de Alexy, y las citas específicas que, como se verá a continuación, registran las sentencias de la SCJ, permite conjeturar que esa importancia quiere ser resaltada.

Las tablas que siguen muestran el número de citas de la obra de estos dos autores por ministro redactor o disconforme.

⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit. p. 38.

⁴¹ ATRIA, Fernando, op. cit. p. 69.

⁴² COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo un análisis metateórico” en CARBONELL, Miguel. (Coordinador). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Edit. Trotta, 2003, p. 90.

⁴³ ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit. p. 134.

⁴⁴ ALEXY, Robert, op. cit.

⁴⁵ ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales. Ponderación y racionalidad” en: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores). El canon neoconstitucional. Madrid, Edit. Trotta, 2010, p. 111.

Citas de Zagrebelsky	
	Van Rompaey
Redactor	12
Discorde	1

Tabla 5. Elaboración propia en base a datos de la BJN

Citas de Alexy							
	Van Rompaey	Chalar	Hounie	Chediak	Turell	Martínez	TOTAL
Redactor		11	1	1	2	3	18
Discorde	1		7			13	21
TOTAL	12	1	8	2	3	13	39

Tabla 6. Elaboración propia en base a datos de la BJN

Agrupamos en este apartado las referencias a estos dos autores porque, si bien se registran 39 citas (18 de ellas en el fundamento de las sentencias y las restantes 21 en fundamentos de discordias) a la obra de Alexy y solo 13 a la de Zagrebelsky, todas las referencias a Zagrebelsky se encuentran en sentencias que también citan a Alexy, salvo en un caso (la sentencia 341/2009). El ministro Van Rompaey es el redactor de todas las sentencias que incluyen citas de Zagrebelsky, que son doce. La restante cita a este autor se encuentra en el fundamento de la discordia del mismo ministro a la sentencia 43/2008. Precisamente, es en esa discordia de marzo de 2008 que se encuentran también las primeras referencias a Alexy⁴⁶. Las mismas dos citas que se encuentran en dicha discordia integran luego la justificación de las decisiones de la Corte en once sentencias, todas de 2008 y acerca del mismo tema (la inconstitucionalidad del impuesto a la renta sobre las jubilaciones), cuyo redactor es el ministro Van Rompaey⁴⁷. Como muestra la tabla, el 100 % de las citas de Zagrebelsky y el 61% de las citas de Alexy incluidas en los fundamentos de las decisiones de la Corte, aparecen asociadas al ministro Van Rompaey. Se transcriben a continuación las citas a ambos autores:

“No es necesario adherir a las postulaciones del constitucionalismo principialista para constatar, como hecho de la experiencia cotidiana, que se verifica con creciente frecuencia un mayor activismo judicial en la decisión de conflictos intersubjetivos o colectivos en los

⁴⁶ SCJ, Sent. 43/2008. La Corte, por mayoría, declaró inconstitucional el art. 8 de la ley 18.083 (IRPF a las jubilaciones) por entenderlo violatorio de los arts. 8 y 72 de la Constitución.

⁴⁷ SCJ Sent. 101/2008, 113/2008, 115/2008, 119/2008, 121/2008, 122/2008, 126/2008, 128/2008, 150/2008, 151/2008, 153/2008. Es interesante apuntar que el cambio jurisprudencial respecto de la sentencia 43/2008 (de 26.03.2008) tuvo lugar en la sentencia 80/2008 (de 30.04.2008), cuyo redactor es el ministro Larrioux en la cual si bien el considerando I ratifica lo expresado por los ministros discordes en la sentencia de marzo (Van Rompaey y Gutiérrez) no incorpora expresamente las citas de Alexy, a diferencia de lo que sucede cuando el redactor es el ministro Van Rompaey. En efecto, en la sentencia 80/2008 la Corte, por mayoría, desestimó la acción de inconstitucionalidad promovida respecto del art. 8 de la ley 18.083. Con miras a confirmar si las referencias a Zagrebelsky solamente se constatan en 2008, se hizo una búsqueda complementaria con la expresión “constitucionalismo principialista” como marcador, que arrojó las mismas trece ocurrencias que la realizada por “Zagrebelsky”.

que están en juego derechos, principios o valores constitucionales de signo contrario, lo que confiere al poder Judicial un protagonismo en la vida institucional de la República inimaginable décadas atrás. Pero tal presencia protagónica de quienes hoy (...) actúan como guardianes de la Constitución, no puede legitimar una indebida injerencia en las competencias que la Carta asigna a los otros poderes del Estado, básicamente en la función de conducción política de la nación, que es la propia de los órganos directamente representativos de la soberanía popular. Es por ello que uno de los más destacados representantes del constitucionalismo principialista, Gustavo Zagrebelsky, ex presidente del Tribunal Constitucional italiano (*El derecho dúctil*, págs. 152, 153) advierte que “el reconocimiento de la legislación como función originaria y no derivada depende necesariamente de que la Constitución se conciba no como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto de elementos cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador. Sólo así es posible que la existencia de una Constitución que contiene principios sustantivos no contradiga al pluralismo, la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas. Pensar lo contrario no sólo representa una manifestación de soberbia de los juristas, sino que constituye también un riesgo “holístico” de asfixia política por saturación jurídica ... Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de Derecho Legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre Ley, derecho y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado Constitucional y ‘cualquier señor del derecho’ hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto de propiedad de uno, sino que debe ser el objeto del cuidado de todos”⁴⁸. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no se rige por el principio de la obligatoriedad del precedente judicial (...), en nuestro régimen el apartamiento del precedente (a fortiori, la solución contraria a la aplicada previamente en caso similar por el mismo tribunal) impone la necesaria invocación de nuevos argumentos cuya fuerza persuasiva enerve la fundamentación del precedente. Ese “principio de inercia” (Perelman) lo sintetiza Alexy: “quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación” (*Teoría de la Argumentación Jurídica*, pág. 287). Esta precaución en los cambios jurisprudenciales la resume Zagrebelsky con la fórmula de “continuidad jurisprudencial críticamente evaluada” (Vigo, op. cit., pág. 138)”.

“Como sostiene Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, págs. 529, 540) y su postura debe reafirmarse en casos de alta complejidad y opinabilidad como el recurrente, la competencia de control de constitucionalidad de las Leyes depende esencialmente de la seguridad con la que pueda fundamentarse la existencia de una posición iusfundamental. Los precedentes contribuyen indispensablemente a la seguridad de la argumentación iusfundamental, y aunque no basten, por sí solos, para el control racional de la fundamentación iusfundamental, el apartamiento de los mismos⁴⁹, en cumplimiento de la carga

⁴⁸ Hasta aquí la cita de *El derecho dúctil*, de Zagrebelsky. El mismo fragmento se encuentra en la sentencia 341/2009.

⁴⁹ Se refiere a la sentencia 256/1997, en la que la Corte desestimó la acción de inconstitucionalidad promovida respecto del art. 24 de la ley 16.697 (impuesto a jubilaciones y pensiones).

argumental premencionada, debe sustentarse razonablemente en razones o argumentos de eficacia persuasiva plena que en el caso no concurren”.

Desde junio de 2008 hasta abril de 2016 no se registran citas a Alexy, con la sola excepción de la sentencia 567/2013⁵⁰, que incluye la siguiente cita:

Pero aun cuando, desde otro enfoque, pudiera estimarse que se trató de una amnistía, se ha expresado que ‘en definitiva la admisibilidad de limitación al interés de justicia, en particular por medio de la abstención de una persecución penal depende del resultado de una sofisticada ponderación de los intereses en conflicto paz y justicia. Este ejercicio de ponderación consiste metodológicamente en un test de proporcionalidad en tres niveles elaborado por Alexy: adecuación: la amnistía es adecuada para alcanzar la paz social; necesidad: es necesaria para alcanzar el objetivo de paz y proporcionalidad en sentido estricto; si podría alcanzarse el objetivo con una medida menor por ejemplo excluir a los mayores responsables’ (Konrad Adenauer, 2009, Breves Reflexiones sobre la Justicia de Transición a partir de las experiencias latinoamericanas. Ezequiel Malarino).

En 2016, las referencias a Alexy se encuentran, en primer lugar, en trece discordias de la ministra Martínez que, en sentencias en que la Corte no hace lugar a la excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 2 y 3 de la ley 18.831⁵¹. La ministra discorda entiendo que corresponde hacer lugar a la inconstitucionalidad en la medida que las disposiciones impugnadas afectan los principios de libertad, seguridad jurídica e irretroactividad de la ley penal:

“...refiriéndose a una eventual colisión de principios, Robert Alexy enseña que *“Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina ‘valor’. En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa”*. *“Principios y valores son por lo tanto lo mismo...”*. *“Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores”* (Cf. Derecho y Razón Práctica, Ed. Coyoacán, México/2002, pág. 16).

Frente a una eventual colisión con los principios de libertad, de seguridad jurídica y de legalidad comprometidos en la consagración de la irretroactividad de las Leyes penales, todos ellos de raigambre constitucional, debe buscarse la interpretación que permita la vigencia y la máxima extensión de cada uno sin sacrificio de ninguno de ellos”.

En segundo lugar, también en 2016, se encuentran citas a la obra de Alexy en seis discordias parciales del ministro Hounie, en ocasión de la declaración de inconstitucionalidad

⁵⁰ SCJ 567/2013 (27.06.2013), cuyo redactor es el ministro Chalar: la Corte, por mayoría, declara inconstitucionales los arts. 2 y 3 de la ley 18.831.

⁵¹ SCJ Sent. 124/2016, 125/2016, 126/2016, 152/2016, 153/2016, 185/2016, 203/2016, 212/2016, 217/2016, 262/2016, 263/2016, 367/2016, 407/2016. En la sentencia 680/2017, la Corte por mayoría, cambia nuevamente el criterio y retoma la posición de 2013 respecto de la ley 18.831, declarando inconstitucionales los arts. 2 y 3. El fragmento de la obra de Alexy incluido en las discordias de la ministra Martínez durante 2016, forma parte de los fundamentos de la sentencia de 2017, redacta por el ministro Chediak.

alidad por la Corte de algunas disposiciones de la ley 19.307, de Servicios de Comunicación Audiovisual⁵²:

“Al restringir el goce de derechos fundamentales, el legislador no sólo está limitado por la previsión de que la Ley restrictiva del goce de derechos humanos o fundamentales se realice por “razones de interés general”, como expresa el art. 7 de la Carta. En efecto, también lo está por otros requisitos respecto de cuya procedencia existe consenso en la más autorizada doctrina tanto internacional como nacional (cf. Robert Alexy, “Los derechos constitucionales y el sistema jurídico”, en “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, Fontamara, 2005, México, págs. 78-88)”.

La misma cita se encuentra en las sentencias 576/2017 y 664/2017, cuyo ministro redactor es Turell⁵³. En ambas, la Corte retoma la mención a los requisitos que limitan al legislador refiriendo al “*test de proporcionalidad*”, al principio de proporcionalidad y al principio de razonabilidad, cuya jerarquía constitucional se desprende de lo dispuesto en los artículos 7 y 72 de la Constitución, se sostiene citando, a su vez, a Risso. En la sentencia 107/2018, también redactada por el ministro Turell, la Corte por unanimidad desestima la excepción de inconstitucionalidad respecto del inciso 1 del artículo 362 del Código Civil. La justificación de la decisión cita, por un lado, a Alexy a través de Mendonca, y por otro, directamente a Alexy respecto del conflicto de derechos. Las referencias son las siguientes:

“Desde la teoría general del derecho, señala MENDONCA –siguiendo las enseñanzas de Robert ALEXY- que la operación de “balancear” derechos consiste, en lo sustancial, en establecer un orden de importancia entre los derechos en cuestión, haciendo prevalecer a uno sobre el otro, con base en una estimación específica para el caso concreto. Esta operación permite identificar, ordenar y seleccionar derechos en conflicto en situaciones específicas. La estrategia incluye tres operaciones: primero, la identificación de los derechos en conflicto, segundo, la ordenación de los derechos identificados, y, tercero, la fundamentación de la ordenación establecida (ALEXY, Robert: “Teoría de los derechos fundamentales” (1984), traducción de Carlos BERNAL PULIDO, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª Edición, 2007, Addenda: “La fórmula del peso”; MENDONCA, Daniel: “Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos”, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 65 y 66)”.

3.3. Ferrajoli: garantismo y democracia sustancial

Según el propio Ferrajoli, el constitucionalismo garantista, a diferencia del principialista, supone un perfeccionamiento tanto del positivismo jurídico como del Estado de Derecho: porque positiviza el deber ser del derecho (los principios de justicia y los derechos humanos históricamente afirmados en las constituciones) y porque sujeta todos los poderes, al

⁵² SCJ Sent. 180/2016, 239/2016, 276/2016, 322/2016, 428/2016, 462/2016, 521/2016. En la sentencia 79/2016, cuyo redactor es el ministro Hounie, se encuentra la misma cita a Alexy que en el fundamento de sus discordias parciales. Asimismo, el fragmento de la obra de Alexy citado se encuentra en las sentencias 221/2016, cuyo redactor es el ministro Chediak, en la cual la Corte, por unanimidad, desestimó la acción de inconstitucionalidad promovida respecto del art. 243 de la ley 18.172.

⁵³ SCJ 576/2017: la Corte, por unanimidad, declara la inconstitucionalidad del art. 733 de la ley 19.355 (Presupuesto nacional). SCJ 664/2017: la Corte, por unanimidad, desestima la inconstitucionalidad respecto del art. 110 del Código Tributario.

derecho y al control de constitucionalidad⁵⁴. La consecuencia del constitucionalismo jurídico, entonces, es que la legalidad (asociada a la democracia representativa) ya no es suficiente para la identificación del derecho válido, sino que está condicionada a los contenidos constitucionales (dimensión sustancial de la democracia constitucional)⁵⁵.

Ferrajoli es crítico de la caracterización sustancialmente creativa de la ponderación jurisdiccional⁵⁶, realizada por el que denomina *constitucionalismo argumentativo o principialista*⁵⁷, que entiende profundiza la discrecionalidad y conduce al colapso de la normatividad de las constituciones y la fuente de legitimación de la jurisdicción⁵⁸.

En ese sentido, Ferrajoli alerta sobre un resultado paradójico: “la ciencia jurídica y la jurisprudencia, gracias al rol asociado a la ponderación de los principios, vuelven a reivindicar su papel de fuentes supremas del derecho (...), la experiencia jurídica más avanzada de la modernidad, representada por la positivización del deber ser del Derecho y por la sujeción de todo poder a límites y a vínculos jurídicos, se interpreta como una suerte de regresión al derecho jurisprudencial y doctrinario premoderno”⁵⁹.

La siguiente tabla muestra el número de referencias a la obra de Ferrajoli por ministro redactor o disorde.

Citas de Ferrajoli			
	Chediak	Minvielle	Pérez Manrique/Rossi
redactor	1		
disorde		1	1

Tabla 7. Elaboración propia en base a datos de la BJJN

La búsqueda arrojó tres referencias en los fundamentos de las decisiones a la obra de Ferrajoli, representante de la corriente garantista dentro del neoconstitucionalismo. En 2009⁶⁰, la Corte recurre a las nociones de *democracia sustancial* y *esfera de lo indecible*, a través de las siguientes citas:

“Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en FERRAJOLI, Luigi y otros. Un debate sobre constitucionalismo. Madrid, Edit. Marcial Pons, 2012, p. 20.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi, op. cit. p. 21.

⁵⁶ Por el contrario, considera que los conflictos entre normas y los incumplimientos con normas supraordenadas, en general, “*dan lugar no a conflictos solucionables por los intérpretes mediante la argumentación y la ponderación, sino más bien, a antinomias y lagunas estructurales, es decir a vicios consistentes en violaciones de reglas o de principios regulativos que sólo pueden ser removidos por intervenciones reparadoras: por la anulación jurisdiccional de las normas inválidas y por la producción legislativa de las normas que faltan*” (Ferrajoli, 2012: 47).

⁵⁷ Del cual son representantes Alexy y Zagrebelsky.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi, op. cit. p. 47.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi, op. cit. p. 50.

⁶⁰ SCJ Sent. 365/2009. La Corte declara la inconstitucionalidad de los arts. 1, 3 y 4 de la ley 15.848 (Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado).

fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella (Democracia y garantismo, p. 32). El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del

Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría. “De forma distinta ‘las cuestiones pertenecientes a la que he llamado ‘esfera de lo decidible’, los derechos fundamentales ‘están sustraídos a la esfera de la decisión política y ‘pertenecen a la que he llamado ‘esfera de lo no ‘decidible’ (qué sí y qué no). Esta es por tanto su ‘característica específica: tales derechos son ‘establecidos en las constituciones como límites y ‘vínculos a la mayoría justamente porque están siempre—‘de los derechos de libertad a los derechos sociales—‘contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la ‘forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se ‘quiere tutelar un derecho como fundamental se lo ‘sustraer a la política, es decir, a los poderes de la ‘mayoría,...como derecho inviolable, indisponible, e ‘inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por ‘unanimidad, puede decidir su abolición o reducción” (ob. cit., p. 55) (...) Superando el rol que le asignaba el viejo paradigma paleoliberal, la jurisdicción se configura como un límite de la democracia política. En la democracia constitucional o sustancial, esa esfera de lo no decidible—que implica determinar qué cosa es lícito decidir o no decidir—no es sino lo que en las Constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la decisión de la mayoría. Y el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la Ley. De lo antedicho, Ferrajoli deriva dos consecuencias. La primera (ligada al nuevo y doble papel de garantía de los derechos fundamentales de todos y, a la vez, de la legalidad de los poderes públicos asignado a la jurisdicción), es, con respecto al paradigma paleopositivista y paleoliberal, un reforzamiento del fundamento de la división de Poderes y de la independencia de los magistrados. La segunda consecuencia—ligada al aumento del peso de la jurisdicción en el sistema de los poderes públicos—es un fortalecimiento del garantismo como fuente de legitimación y condición de credibilidad del poder de los jueces (ob. cit., págs. 212 y 213)”.

En la discordia parcial de los ministros Pérez Manrique y Rossi a la sentencia 131/2015, se señala que los principios:

“cumplen una función interpretadora en tanto orientan al operador a la hora de desentrañar el sentido de la regla de derecho objetivo. En tal sentido, la jurisprudencia, ocupa el rol de garantía en la construcción del derecho a través del proceso interpretativo (Ferrajoli, Luigi. “El derecho como sistema de garantías”, en R.U.D.P. 2/1999 pág. 210...”.

La referencia más reciente a la obra de Ferrajoli se encuentra en los fundamentos de la discordia de la ministra Minvielle en la sentencia 851/2017, a través de una cita indirecta:

“Como anota ANDRÉS IBÁÑEZ las exigencias garantistas del Estado constitucional de derecho en materia de proceso penal no resultan satisfechas en el plano normativo con la sola observancia del principio de legalidad en sentido formal. No basta con que la ley sea condición necesaria de la pena y del delito, sino que, como ha escrito FERRAJOLI, debe regir lo que él llama principio de estricta legalidad, que exige que el contenido del acto legislativo “esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, por lo que es

posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas y resulta así garantizada la sujeción del juez solamente a la ley” (ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto: “Justicia penal, derechos y garantías”, PALESTRA-TEMIS, 1ª Edición, Lima-Bogotá, 2007, págs. 61 y 62”).

4. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Teniendo en cuenta los datos obtenidos puede afirmarse que existe ausencia de continuidad en el proceso de recepción de las fuentes jurisprudenciales y doctrinales objeto de la exploración hecha. No se encuentran referencias anteriores a 2008 y salvo algunos años en que se registran varios casos, las ocurrencias son aisladas.

En ese sentido, las referencias a obras de autores que pueden identificarse como representantes de las diferentes corrientes neoconstitucionalistas parecen asociadas a las preferencias de determinados ministros⁶¹, más que presentarse como un indicador de cambio de paradigma que se manifiesta en la justificación de las decisiones del máximo tribunal.

La noción de cultura jurídica constituye fundamentalmente una categoría historiográfica cuya función es resumir los presupuestos ideológicos explícitos e implícitos de juristas e intérpretes del derecho, así como su influencia en la creación y aplicación del derecho positivo⁶². La reconstrucción de las prácticas de la Corte a partir de los criterios empleados en la exploración efectuada no da cuenta de la ocurrencia de cambios significativos en los criterios tradicionales de identificación del derecho y en la interpretación constitucional. Lo anterior no supone, de ninguna manera, que no haya cambios en marcha en nuestra cultura jurídica, que puedan gestarse desde la práctica de los abogados, por ejemplo, o a través de la producción doctrinaria en determinadas áreas; o que no haya referencias anteriores a la ponderación de principios. La conclusión provisional es, en ese sentido, muy modesta: si se toma como indicadores de la recepción del neoconstitucionalismo la presencia de referencias a fuentes jurisprudenciales y doctrinarias trasplantadas, que son consideradas algunas de sus expresiones indiscutibles y privilegiadas, no hay evidencia suficiente para afirmar que la Corte ha introducido cambios en sus prácticas interpretativas que puedan atribuirse al avance de dicha perspectiva. Por el contrario, las ocurrencias parecen ser sensibles a los cambios en la integración de la Corte y, en ese sentido, se constata una disminución luego de 2008.

La ausencia de continuidad vinculada a la integración también se expresa en los distintos criterios que la Corte ha sostenido en los últimos años, que en ocasiones implica la alternancia de la misma cita como fundamento de sentencia o como fundamento de discordia en los mismos temas: impuesto a la renta de las personas físicas (IRPF) a las jubilaciones, ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado y calificación como delitos

⁶¹ Tales preferencias pueden vincularse al contacto con alguna red académica o centro académico, con vínculos generados institucionalmente con magistrados de otras jurisdicciones, con la participación en instancias de intercambio profesional o en foros regionales e internacionales, con la trayectoria profesional y la formación académica de los asesores de los ministros, entre otros factores. O, simplemente, con las lecturas de los ministros.

⁶² TARELLO, Giovanni. Cultura jurídica y política del derecho. Granada, Edit. Comares, 2002.

de lesa humanidad e imprescriptibilidad de los delitos comprendidos en el art. 1 de la ley 15.848, y servicios de comunicación audiovisual.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- AGUILÓ REGLA, Joseph “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras” en Revista DOXA, N° 30 (2007), pp. 665-675.
- ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales. Ponderación y racionalidad” en: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores). El canon neoconstitucional. Madrid, Edit. Trotta, 2010, pp. 106-116.
- ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, CARBONELL, Miguel (Coordinador). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Edit. Trotta, 2003, p. 31-47.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Para una teoría postpositivista del Derecho. Lima-Bogotá, Edit. Palestra-Temis, 2018.
- ATIENZA, Manuel. “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores). El canon neoconstitucional. Madrid, Edit. Trotta, 2010, p. 264-281.
- ATRIA, Fernando. La forma del derecho. Madrid. Edit. Marcial Pons, 2016.
- BONILLA, Daniel. (2016). “La economía política del conocimiento jurídico”, en BONILLA, Daniel. (Compilador). El constitucionalismo en el continente americano. Bogotá, Edit. Siglo del Hombre-Universidad EAFIT-Universidad de los Andes, 2016, pp. 37-107.
- COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo un análisis metateórico” en CARBONELL, Miguel. (Coordinador). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Edit. Trotta, 2003, pp. 75-98.
- ESCOBAR, Claudia. Transconstitucionalismo y diálogo jurídico. Quito, Edit. Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan. Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación. Madrid, Edit. Trotta, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, ATIENZA, Manuel y MORESO, Juan José. La teoría del derecho en el paradigma constitucional. Madrid, Edit. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en FERRAJOLI, Luigi y otros. Un debate sobre constitucionalismo. Madrid, Edit. Marcial Pons, 2012, pp. 11-50.
- FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho” en CARBONELL, Miguel (Coordinador). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Edit. Trotta, 2003, pp. 13-29.
- GARGARELLA, Roberto. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano” en Estudios Sociales, N° 48, Universidad Nacional Litoral de Santa Fe (2015), pp. 169-172.
- GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel. (Coordinador). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Edit. Trotta, 2003, pp. 49-73.
- GUASTINI, Ricardo. Estudios de Teoría Constitucional. México. Edit. Fontamara, 2007.
- LAPORTA, Francisco. El imperio de la ley: una visión actual. Madrid, Edit. Trotta, 2007.
- LLANO FRANCO, Jairo. (2017). “Constitucionalismo en América Latina, reto para la justicia constitucional” en: PEGORARO, Lucio y otros. Tribunales y Justicia Constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana. Tomo I. Bogotá, Edit. Universidad Libre-Universidad de Bolonia, 2017, pp. 183-207.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana. Bogotá, Edit. Legis. 2004.
- LÖSING, Norbert. La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica. Madrid, Edit. KAS-Dykinson, 2002.

- MARQUISIO, Ricardo. “Tres modelos de postpositivismo jurídico” en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 47, UNLP, (2017), pp. 864-885.
- POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, Revista DOXA, N° 21 (1998), p. 229-353.
- PRIETO SANCHIZ, Luis. “El constitucionalismo de los derechos” en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 71, (2004), p. 47-72.
- UPRIMNY, Rodrigo. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, En RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coordinador) El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 109-136.
- WATSON, Alan. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. Georgia, Edit. University of Georgia Press, 1993.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid, Edit. Trotta, 1995.

Fecha de recepción: 10 de setiembre 2019

Fecha de aceptación: 25 de octubre 2019

