

¿(Neo)Constitucionalismo formalista? Sobre el (posible) trasvase de una cultura jurídica no superada

POR DULCE ALEJANDRA CAMACHO ORTIZ

PALABRAS CLAVE: formalismo jurídico; neoconstitucionalismo; concepción del Derecho; categoría crítica; justificación; educación jurídica.

RESUMEN:

Manuel Atienza ha señalado en distintos foros que el formalismo podría tener ligas con posturas tan aparentemente antitéticas como el neoconstitucionalismo<sup>1</sup>. En este escrito propongo profundizar en esa idea que, en algún sentido, podría parecer contraintuitiva. Y es que si, como ha sugerido Pozzolo, una de las consecuencias del neoconstitucionalismo está relacionada con la sustancialización y deformalización del ordenamiento jurídico, parecería al menos extraño que tuviera al mismo tiempo ligas con —o abonara a— la perpetuación de una cultura jurídica formalista.

El ejercicio que propongo pretende analizar esas “ligas” a las que se refiere Atienza, reflexionando sobre el sentido de la siguiente hipótesis: es probable que la *concepción formalista del Derecho de los prácticos*<sup>2</sup> se mantenga, con un nuevo ropaje y un nuevo discurso, en sistemas consitucionalizados y que esto se vea favorecido por la debilidad metodológica y teórica de algunas tesis o propuestas neoconstitucionalistas.

El análisis comienza con una revisión, somera e incompleta, de algunos de los usos que se pueden dar a la expresión “formalismo jurídico”. Destaco cuál de ellos me parece útil en la comprensión de la hipótesis que he señalado. A partir de ello, identifico algunos hábitos mentales, prácticas justificativas o posturas ideológicas consideradas como “formalistas” (en el sentido que explico en el texto, desde una perspectiva del constitucionalismo postpositivista) que podrían pervivir —ligadas al neoconstitucionalismo— en nuestros sistemas jurídicos.

En otras palabras, intentaré dar cuenta de en qué sentido el neoconstitucionalismo podría acompañar el “trasvase” de tales actitudes en la cultura jurídica del mundo latino (especialmente en países con instituciones débiles y una deficiente formación judicial). Concluyo destacando la importancia de la transformación de la educación jurídica y la selección de los jueces en relación con la auténtica superación del formalismo jurídico.

SUMARIO: *I.* Presentación; *II.* Diversos sentidos de formalismo jurídico; *III.* Neoconstitucionalismo formalista: ¿en qué sentido?; *IV.*

---

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo: [https://www.youtube.com/watch?v=3XMa7QEDk5U&list=PLSXFY1kUGiDPhYW0-Wn\\_nilQ1dX1G7EK&index=1](https://www.youtube.com/watch?v=3XMa7QEDk5U&list=PLSXFY1kUGiDPhYW0-Wn_nilQ1dX1G7EK&index=1)

<sup>2</sup> Atienza distingue entre la concepción “de los teóricos o de los filósofos del Derecho” y “la de los prácticos”. De acuerdo con el autor, la concepción de los prácticos “guarda estrecha relación con lo que Friedman ha llamado *cultura jurídica interna*, esto es, la de los que desempeñan las actividades jurídicas especializadas en una sociedad y que contraponen a la cultura jurídica *externa*, las ideas, actitudes, etc., que sobre el Derecho tiene la población en general”. Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ed. Ariel, Barcelona, 2006, p. 21.

A manera de conclusión: sobre la importancia de la educación jurídica; Referencias.

## I. Presentación

Que el formalismo —una cultura jurídica interna formalista<sup>3</sup>— sea un problema que enfrenta la práctica del Derecho en el mundo latino parece indiscutible. Superarlo ha sido un objetivo planteado por no pocos filósofos del Derecho y aparece incluso ligado a deberes constitucionales en México y Ecuador<sup>4</sup>. Pese a lo anterior, no es inconcebible que su carácter inercial, el que corresponde a toda práctica social o cultural, intente *jalar* hacia un gatopardismo constitucionalista en el que “se *cambia* para que nada cambie”. En otras palabras, para que los hábitos mentales (o deficientes prácticas justificativas) que se aúnan a esa cultura jurídica formalista permanezcan.

A esa posibilidad es a la que se refiere la idea de “trasvase” en el título de este trabajo. Está relacionada con la hipótesis siguiente: es probable que la *concepción formalista del Derecho de los prácticos* se mantenga, con un nuevo ropaje y un nuevo discurso, en sistemas consitucionalizados y que esto se vea favorecido por la debilidad metodológica y teórica de algunas tesis neoconstitucionalistas. Explicar la hipótesis es el objetivo del trabajo.

Queda claro que determinar empíricamente tal trasvase (comprobar la hipótesis) correspondería en su momento a la sociología jurídica o, mucho tiempo después, a un futuro apartado de la historia de la filosofía del Derecho. No obstante, creo que por ahora resulta interesante revisar de qué forma algunas ideas calificables como neoconstitucionalistas podrían favorecer que algo así ocurriera (con las dificultades que conlleva definir, más allá de lo meramente convencional, tanto el neoconstitucionalismo como el formalismo).

Siguiendo a Atienza, entiendo que una práctica jurídica puede calificarse como formalista en la medida en la que obvia que el Derecho es una actividad dirigida al logro de ciertos fines<sup>5</sup>. Desde esta perspectiva, y como una cuestión de hecho, no es difícil imaginar que, arropados en un discurso

---

<sup>3</sup> Atienza, siguiendo a Friedman, llama cultura jurídica interna al conjunto de ideas, actitudes, etc., que comparten “quienes desempeñan actividades jurídicas especializadas en una sociedad”, Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 2010, p. 21.

<sup>4</sup> Ecuador: Artículo 169. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

México: Artículo 17, segundo párrafo: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.”

<sup>5</sup> Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, p. 140.

pretendidamente garantista o constitucionalista, los operadores practiquen el Derecho omitiendo el análisis de los valores que éste protege; sintiéndose vinculados “únicamente por el texto de ciertas normas jurídicas vigentes, y no también, por las razones en las que ellas se fundamentan”, en una actitud o comportamiento básicamente ritualistas<sup>6</sup>.

Según creo, es posible identificar casos (no puedo decir que paradigmáticos, pero sí existentes) en los que los criterios jurisprudenciales de los tribunales constitucionales son interpretados “letrísticamente” y aplicados “casi” subsuntivamente por abogados y jueces; en los que jueces de primera instancia adoptan reglas producidas por tribunales constitucionales o internacionales sin más razón que la autoridad de aquéllos; otros, en los que el ejercicio del control de constitucionalidad de medidas legislativas “se justifica” mediante la reiteración de un argumento supuestamente deductivo en el que se repite, casi como frase sacramental, que ello es “debido a una falta de idoneidad, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto”), pero omitiendo exponer las razones en tal sentido y sin que se reconozca el carácter valorativo de esas razones; en otros más, la aplicación de derechos fundamentales aparece con una justificación silogística en la que la única diferencia con lo que ocurría en el anterior paradigma es que la regla aplicada había sido “puesta” por el juez y no “tomada” de la ley.

Según creo, son actitudes, rasgos o hábitos mentales subyacentes a los ejemplos que he mencionado los que podrían ser considerados como formalistas y que éstos pueden ser compartidos, e incluso fomentados, por una concepción neoconstitucionalista del Derecho. El trabajo se desarrolla con el objetivo de justificar esta idea. Para tal efecto haré una revisión de los términos formalismo y neoconstitucionalismo, intentando clarificar en qué sentido podríamos hablar de “formalismo neoconstitucionalista”. Concluiré recuperando algunas de las exigencias planteadas por Atienza para la “verdadera superación” del formalismo jurídico en el mundo latino, relacionadas con la existencia de modelos o programas para la formación de jueces y operadores jurídicos.

## II. Diversos sentidos de formalismo jurídico

---

<sup>6</sup> Atienza, Manuel, *Como desenmascarar a un formalista*, en *Isonomía*, No. 32, México, 2011, disponible en: [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono\\_340.pdf](http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_340.pdf).

El “formalismo jurídico” es un concepto ambiguo y difícil de asir, incluso si únicamente atendemos al sentido que dan a él los filósofos del Derecho<sup>7</sup>. A fin de clarificar su sentido en relación con el objetivo de este trabajo, presento una propuesta de clasificación que exhibirá algunos de estos usos.

Distinguiré entonces entre dos sentidos del formalismo jurídico: como categoría y como concepción del Derecho. En relación con el primero, siguiendo a Duncan Kennedy, me refiero al “formalismo jurídico” como categoría empleada para la descripción o la crítica. En relación con el segundo, destaco que es en este sentido desde el cual hablar de constitucionalismo formalista parece contraintuitivo o extraño.

#### A. Formalismo jurídico como categoría descriptiva o crítica

El formalismo jurídico como categoría descriptiva —según Kennedy— es empleada para comparar desde sistemas jurídicos como un todo, conjuntos específicos de normas al interior de alguno de ellos o incluso aspectos de mayor detalle<sup>8</sup>.

De forma descriptiva se usa también, siguiendo con el autor, para distinguir de entre las técnicas interpretativas a aquéllas que atienden al significado de las palabras y en las que existe una negativa —en mayor o menor medida— para atender a los propósitos o políticas subyacentes al orden jurídico<sup>9</sup>.

Ahora bien, creo que el mismo uso descriptivo al que se refiere Kennedy podría emplearse en relación con cualquiera de los sentidos del término Derecho (no solo al objetivo), así como en relación con otros aspectos metodológicos (no solo en lo que atañe a las técnicas interpretativas). De este modo, la

---

<sup>7</sup> Ya no digamos si atendiéramos al resto de las disciplinas jurídicas que, junto a la Filosofía del Derecho, hacen uso de él que. Dichas disciplinas, de acuerdo con Duncan Kennedy, serían: Historia del Derecho, Derecho Comparado, Estudio cultural del Derecho y Teoría del Derecho. De acuerdo con este autor, el formalismo jurídico es una categoría con un significado diverso en cada una de esas disciplinas, y en todas resulta un concepto esencialmente impugnado (Kennedy, Duncan, “Legal formalism”, *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Vol. 13, Elsevier, 2001, pp. 8634-8638, disponible en: <http://duncankennedy.net/documents/Legal%20Formalism.pdf>.)

Ahora, bien podríamos complicar más aún el intento de dar cuenta del “formalismo jurídico” si tomamos en cuenta que es posible que este concepto sea usado en algunos contextos con el mismo carácter de “espantapájaros conceptual” que ha denunciado Atienza respecto del de “neoconstitucionalismo” (Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, p. 126). Es decir, analizando hasta qué punto es utilizado con fines de “crítica grotesca” en relación con una determinada forma de concebir el Derecho. No creo necesario, sin embargo, entrar ahora en esta discusión.

<sup>8</sup> Según Kennedy, “Greater or lesser formalism is one of the dimensions along which we compare legal regimes and assess internal change, whether at the level of detail, of a large ensemble of rules, or of a system as a whole.” Kennedy, *op.cit.*, p. 8634.

<sup>9</sup> *Idem*

categoría podría ser empleada para comparar distintas maneras de concebir la ciencia jurídica; diversas concepciones de la justicia; o bien, para comparar culturas o maneras de practicar el Derecho.

Comparaciones más de detalle—en relación con ciertas prácticas jurídicas, por ejemplo— podrían referirse a las preferencias o actitudes que presentan los operadores de un determinado sistema jurídico (en comparación con otro u otros) en relación con el uso de reglas o principios en la justificación de decisiones; con la consideración que otorgan a la interpretación literal; la preferencia por técnicas interpretativas originalistas, etc<sup>10</sup>.

Ejemplos del uso descriptivo de la categoría pueden ser encontrados en distintos autores. Así, Bobbio, por ejemplo, distingue entre el formalismo referido al Derecho objetivo del formalismo relacionado con la ciencia del Derecho y éstos, a su vez, del que atañe a la concepción de la justicia<sup>11</sup>. El primero estaría relacionado —según Bobbio— con la “tendencia de los juristas a estudiar el Derecho en su aspecto formal (más aún, a considerar el Derecho como forma, rellenable de los más diversos contenidos)”<sup>12</sup>. Por otra parte, en relación con la ciencia del Derecho, el formalismo está referido a una “teoría científica, en cuanto que establece un cierto punto de vista y un cierto método para *conocer* el fenómeno jurídico”, mismo que nos conduciría a estudiar el Derecho en su “estructura normativa, prescindiendo del contenido de las normas”<sup>13</sup>. El formalismo ético, a su vez, estaría relacionado con una determinada concepción del derecho justo y distinguiría a quienes sostienen que la ley es justa simplemente y en tanto que resulta mandato de un soberano legítimo<sup>14</sup>.

En todo caso, lo que caracterizaría el uso descriptivo de la categoría, vuelvo a Kennedy, es que no implica ni alabanza ni condena en relación con el sustantivo respecto del cual se emplea como epíteto<sup>15</sup>. No es exclusiva tampoco de un tipo de ordenamiento jurídico, ni de una determinada concepción de la ciencia jurídica o del Derecho. Por el contrario, un sistema, una determinada rama del Derecho al

---

<sup>10</sup> *Idem*

<sup>11</sup> Bobbio, Norberto, op. cit., “Formalismo jurídico y formalismo ético”, en: *Contribución a la teoría del Derecho*, Alfonso Ruiz Miguel (ed), Editorial Cajica, Puebla, 2006, pp. 111.

<sup>12</sup> Esta idea de formalismo jurídico designa un elemento estructural del sistema jurídico. En este sentido, está relacionada con la distinción que propone Comanducci respecto del neoconstitucionalismo para diferenciar cuándo se emplea como teoría y/o ideología y/o método de análisis del Derecho, de cuando ese mismo término designa un elemento estructural del sistema jurídico o político. Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trota, Miguel Carbonell (Ed), 4ª. ed., 2009, p. 75.

<sup>13</sup> *Bobbio, Norberto*, op. cit., p. 111.

<sup>14</sup> *Idem*

<sup>15</sup> Según el autor, en sentido crítico, “no positive or negative evaluation is indicated by categorizing a body of legal rules as more or less formal or formalist.” *Op.cit.* p. 8634.

interior de éste o un apartado de la ciencia jurídica puede ser más o menos formalista en relación con otros y alguien podría serlo en relación con su concepción de la ciencia jurídica, pero no, como bien distinguió Bobbio, con su forma de entender el Derecho justo.

Lo que quizá pueda quedar relativamente claro hasta aquí es que el mar de objetos a los que puede referirse descriptivamente la categoría “formalismo jurídico” influye en la connotación que se otorgue a éste y que, en este sentido, la categoría podría considerarse como relacional y graduable. Es decir, un sistema, una práctica, un método o una concepción de la interpretación es más o menos formalista en relación con otra práctica, método o técnica.

Ahora bien, el segundo uso de la categoría formalismo jurídico —para la crítica— habría sido desarrollado —según Kennedy— por la sociología jurídica a finales del siglo XIX<sup>16</sup>. Es en este sentido en el que, según creo, el cariz ideológico del término formalismo jurídico lo convierte en un concepto esencialmente impugnado (en la medida en la que implica la adopción de una determinada postura respecto de cómo debería cambiarse “algo” en el mundo, en este caso, la práctica jurídica).

Como categoría crítica, el formalismo jurídico es un concepto esencialmente impugnado porque —siguiendo a Gallie— resulta evaluativo, internamente complejo, diversamente descriptible, abierto y empleable para la defensa y el ataque<sup>17</sup>. Por estas características, en su uso para la crítica, el formalismo jurídico resulta aún más difícil de identificar o definir. Como señala Gallie, caracterizar como esencialmente impugnado un determinado concepto, hace “imposible encontrar un principio general para decidir cuál entre dos usos rivales [...] en verdad «lo usa mejor»”<sup>18</sup>.

Según creo, en este uso del concepto éste se ve determinado no solo por el objeto al que se dirige la crítica, sino también por la concepción del Derecho de quien la formula; porque el crítico valora, a la luz de cierto ideal, su objeto de análisis. Así, el concepto se vuelve instrumento de batalla. No importa demasiado si se es iusnaturalista, iuspositivista, realista o neoconstitucionalista, cualquiera que sea la

---

<sup>16</sup> Kennedy, *op.cit.*, p. 8635.

<sup>17</sup> *Conceptos esencialmente impugnados*, Gustavo Ortiz Millán (trad.), Cuadernos de Crítica 49, UNAM, 1998, Gallie, pp. 10-21. Este autor emplea dos condiciones más de impugnabilidad a los que no me refiero aquí: “(VI) la derivación de cualquier concepto de este tipo de un modelo original cuya autoridad sea reconocida por todos los usuarios rivales del concepto, y (VII) la probabilidad o la verosimilitud, en los sentidos apropiados de los términos, de la afirmación de que la competencia continúa por reconocimiento entre los usuarios rivales de un concepto permite que el logro del modelo original sea mantenido y desarrollado hasta un punto óptimo” (pp. 20-21).

<sup>18</sup> En términos simples, según Gallie, “usar un concepto esencialmente impugnado significa usarlo en contra de otros usos y reconocer que el uso que uno hace de él tiene que ser apoyado contra otros usos. Dicho de manera aún más simple, usar un concepto esencialmente impugnado significa usarlo tanto agresiva como defensivamente” *Ibid.*, p. 12.

concepción del Derecho que se sostenga, sería posible ver surgir en su contra la acusación de “formalismo” (influida por el punto de vista valorativo de quien la emite).

Así, por ejemplo, señala Kennedy, los sociólogos jurídicos de finales del siglo XIX criticaban al “mainstream” del pensamiento de su época porque consideraban que presumía, injustificadamente, que el Derecho tenía un fin individualista (al que ellos oponían uno “social”). Criticaban, de igual modo, su compromiso con ciertas técnicas interpretativas que, a decir de los críticos, en la práctica conducían a concebir el Derecho como un sistema pleno, basado en el significado de las palabras de la ley y, con ello, a abusar de la deducción. En otras palabras, era denostable que provocara el que “habitualmente los juristas ofrecieran justificaciones deductivas respecto de interpretaciones que eran, de hecho, lógicamente indeterminables” y que, con ello, oscureciese la función creativa de los jueces<sup>19</sup>.

De igual modo, sigue el autor, los opositores a la Corte Warren acusaron a ésta de formalista pues estimaron que abusó de la deducción —teniendo como premisa normativa los derechos personales— de forma análoga a la que posturas conservadoras hicieron con base en los derechos contractuales y de propiedad. Aunado a lo anterior, Kennedy refiere que algunos estudiosos críticos del Derecho calificaron como “conceptualismo social” (*policy formalism*) algunas de las técnicas empleadas con posterioridad al New Deal en el Derecho privado y administrativo. Esto, por haber considerado que la selección de las políticas (*policies*) empleadas para interpretar disposiciones estatutarias eran elegidas arbitrariamente y porque, además, en este quehacer se subestimaba el conflicto que existía entre ellas sin defender “la ponderación (balancing) como un procedimiento racionalmente determinado”.<sup>20</sup>

¿Hasta qué punto —se pregunta Kennedy— la propuesta teórica de finales del siglo XIX criticada por el sociologismo jurídico de entonces fue correctamente presentada por sus críticos? La respuesta a esta cuestión, afirma el autor, es historiográficamente debatible. Lo que queda claro, añade, es que esa crítica cambió el curso del pensamiento jurídico y dio lugar a una inconclusa “dialéctica de crítica y

---

<sup>19</sup> Kennedy, *op.cit.*, p. 8635.

<sup>20</sup> Kennedy, 8636. En relación con este tema, Kennedy refiere el trabajo de Karl Klare, quien consideraba el caso *Phelps Dodge Corp. vs. NLRB*, como el paradigma de un “amalgama de conceptualismo y realismo, vinculatoriedad de las reglas (ruleboundedness) y ponderación ad hoc, deferencia a fuentes no judiciales del Derecho y una confianza absoluta en la superioridad de la mente judicial”. Según Klare, esta “mezcolanza” había dado lugar a la moderna conciencia judicial en la que estilos contrastantes de razonamiento formalista y realista (que, según él se distinguen básicamente por el tipo de justificación que consideran puede avanzarse para sostener una decisión judicial) son simultánea e irreflexivamente empleados por la misma Corte, o incluso el mismo juez. El conceptualismo estaría caracterizado, de acuerdo con este autor, por el uso “mistificado” de los conceptos, como si fuesen conceptos de precisión científica. (“Judicial deradicalization of the Wagner Act and the origins of modern legal consciousness, 1937–1941”, en: *Minnesota Law Review*, No. 62, 1978, nota 45, pp 278-279 y p. 334), disponible en: <https://repository.library.northeastern.edu/files/neu:332779/fulltext.pdf>).

reconstrucción” en la que los pensadores han ofrecido respuestas —y criticado— alternativas al problema de la plenitud del Derecho; si esa condición depende, al menos en algún sentido, del significado de las palabras que expresan normas; así como la relación de estas ideas con el uso o abuso de la deducción en el Derecho<sup>21</sup>.

De este modo —señala Kennedy— Hart acusó a Fuller de formalista por concebir al sistema jurídico sin lagunas; Fuller, por su parte, acusó a Hart de lo mismo por sostener que existían casos fáciles en los que la aplicación de la norma dependía enteramente de su significado<sup>22</sup>.

En su faceta crítica, y en su dialéctica de reconstrucción, el formalismo jurídico podría ser enarbolado contra una concepción teórica, una concepción de los prácticos o bien, directamente sobre una determinada práctica jurídica. Es esta última la que me parece más fructífera para efectos de este trabajo. Es en este sentido, según creo, en el que se afirma o puede “temer” un neoconstitucionalismo formalista. Ahora bien, lo que se teme o crítica dependerá de la concepción del Derecho que se adopte para la crítica. Volveré sobre esto un poco más adelante.

#### B. Formalismo jurídico como concepción del Derecho

Un segundo sentido que cabría otorgar al término que estudiamos está relacionado con tratarlo como una concepción del Derecho. Es decir, como “un conjunto de respuestas con cierto grado de articulación, a una serie de cuestiones básicas en relación con el Derecho”<sup>23</sup>.

Atienza ha otorgado al formalismo un carácter autónomo como concepción del Derecho (quizá para distinguirlo del positivismo, para destacarlo mediante la creación de una especie de “tipo ideal” a lo Weber e identificar con él, más que a una concepción teórica, como él mismo señala “una actitud frecuente en la práctica del Derecho”<sup>24</sup>).

Ahora bien, según creo, es desde este sentido —en el que formalismo es una concepción del Derecho alternativa (así sea de forma periférica) a las que el positivismo, el iusnaturalismo o el propio

---

<sup>21</sup> Kennedy, *idem*.

<sup>22</sup> *Ídem*.

<sup>23</sup> Según Atienza, preguntas como: “a) cuáles son sus componentes básicos; b) qué se entiende por Derecho válido y cómo se trazan los límites entre el Derecho y el no Derecho; c) qué relación guarda el Derecho con la moral y con el poder; d) qué funciones cumple el Derecho, qué objetivos y valores deben —o pueden— alcanzarse con él; e) cómo puede conocerse el Derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; f) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del Derecho; g) y quizá algunas otras.” Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, *op.cit.*, pp. 19-20

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 25.



neoconstitucionalismo ofrecen— donde produce extrañeza hablar de un “neoconstitucionalismo formalista”.

Lo anterior, porque el (neo)consitucionalismo —creo que podría compartirse de forma relativamente pacífica— aceptaría, como señala Pozzolo, que “la aplicación de la Carta Fundamental no representa solo la aplicación de un grado superior de norma, sino que, impregnando todo el Derecho, lo desformaliza y lo sustantiza”<sup>25</sup>.

Ahora, si consideramos el formalismo jurídico como concepción del Derecho —como hace el profesor de la Universidad de Alicante— entonces su comprensión bien podría verse beneficiada de distinguir lo que hay en él de teoría, metodología o ideología —como hiciera Bobbio respecto del positivismo y, recientemente, Comanducci en relación con el neoconstitucionalismo<sup>26</sup>.

Atienza señala como ejemplos de esta concepción a la escuela de la exégesis, la jurisprudencia de conceptos, la *Analytical Jurisprudence* y el «formalismo jurisprudencial» norteamericano. Lo que identifica a estas propuestas, de acuerdo con el autor, es “una tendencia a absolutizar los elementos formales del Derecho y a construir a partir de ahí una teoría —una ideología— que [...] se caracteriza por la tendencia a la simplificación de las operaciones de aplicación e interpretación del Derecho”<sup>27</sup>.

El carácter históricamente lejano y marginal de las concepciones identificadas como formalistas en relación con el “mainstream” del pensamiento jurídico en nuestros días —siguiendo a Atienza<sup>28</sup>— no es un impedimento para que sus presupuestos formen parte de la concepción «operativa» de los prácticos.

De este modo, si bien el uso del concepto formalismo jurídico como concepción del Derecho no es la que resulta más operativa a efectos de este trabajo, de las ideas expuestas es posible desprender que en

---

<sup>25</sup> Pozzolo, Susana, “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, editado por la misma autora, Palestra, Perú, 201, p. 83.

<sup>26</sup> Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2015 y Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, *o.p.cit.*, p. 75. Es posible, sin embargo, que analizar de ese modo el formalismo jurídico nos conduzca simplemente a destacar con mayor énfasis algunos de los rasgos ya identificados por Bobbio en relación con el positivismo. Lo anterior, pues para Bobbio, formalismo jurídico y positivismo teórico son términos equivalentes (que implican, entre otras tesis, sostener que el Derecho está compuesto exclusiva o predominantemente por preceptos legislativos; que el orden jurídico es un sistema autosuficiente para proveer una solución unívoca a cualquier caso, es decir, que carece de lagunas y contradicciones, etc.). Asimismo, porque ya Bobbio apuntaba a que el positivismo jurídico como ideología implicaba cierto formalismo: defender una absoluta sumisión de los jueces a los mandatos legislativos.

<sup>27</sup> Atienza, *El derecho como argumentación*, *op.cit.*, p. 26.

<sup>28</sup> *Ibid.* pp. 35 y 27.

relación con el formalismo jurídico como categoría crítica que referimos antes podría resultar más útil si se emplea para describir la concepción operativa de los prácticos, o su práctica misma, antes que una concepción del Derecho.

### III. Neoconstitucionalismo formalista: ¿En qué sentido?

Según creo, comprender la hipótesis a la que se hizo referencia al inicio de este trabajo implica especificar al menos, que “formalismo jurídico” se emplea en su faz de categoría crítica y que enfila sus baterías, antes que a una determinada concepción del Derecho, a las concepciones prácticas —o prácticas en sí mismas— de los juristas. Asimismo, requiere señalar desde qué concepción del Derecho se enarbola esa crítica y qué ideas, prejuicios, presuposiciones, o hábitos son negativamente valorados desde tal concepción.

En segundo término, implica recuperar muy brevemente qué aspectos del neoconstitucionalismo podrían favorecer la pervivencia de esas ideas formalistas y por qué.

El sentido de neoconstitucionalismo al que me refiero aquí es el reconocido por Atienza. Según este autor, habría que utilizar el término sólo para los autores que aceptan esa denominación y que, hasta cierto punto, podrían ser caracterizados “de acuerdo con las notas que los iuspositivistas atribuyen a ese concepto”<sup>29</sup>. Atienza refiere, en específico: la “tendencia a identificar todo el Derecho con la Constitución [...] interpretada además de la manera libre (arbitraria) que les atribuyen sus críticos”. Asimismo, que un “rasgo típico del neoconstitucionalismo sería [...] no tener en cuenta a las leyes a la hora de solucionar un problema jurídico [...] prescindir del tenor literal de un artículo (una regla) de la Constitución y basarse directamente en los principios y valores constitucionales para la resolución de un problema”.

Lo anterior implica, sigue el autor, sostener una visión “unidimensional del Derecho” en la que se desconocen “los límites, las constricciones, que impone el sistema de Derecho positivo”, es decir, las exigencias del principio de legalidad<sup>30</sup>. Aunado a lo anterior, habría que considerar que —sigue el profesor alicantino— la defensa del neoconstitucionalismo suele implicar, más que la adhesión a una determinada corriente de teoría del Derecho, “la reivindicación de una serie de valores muy generales: la realización de la justicia material, de la libertad, de la igualdad y del resto de los valores

---

<sup>29</sup> Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, pp. 129

<sup>30</sup> *Ibid*, pp. 131 y 134.

constitucionales” y que en esa reivindicación falta un análisis cuidadoso de esas nociones, por lo que la elaboración conceptual (y quizá podríamos agregar también, la justificación de las decisiones) ha sido sustituida por una simple apelación a la Constitución<sup>31</sup>.

La concepción del Derecho desde la cual, con Atienza, es posible enarbolar la crítica de trasvase del formalismo hacia sistemas constitucionalizados es la del constitucionalismo postpositivista. Una concepción en la que, para efectos de este trabajo, el enfoque argumentativo del Derecho juega un papel esencial<sup>32</sup>. Desde éste, señala Atienza, “el Derecho en su conjunto podría verse como una práctica compleja consistente en una buena medida en una serie de decisiones, o de propuestas de decisiones, acompañadas de argumetntación (a favor o en contra de las mismas), para la resolución de ciertos problemas”<sup>33</sup>.

Ahora bien, en relación con lo expuesto, creo que el neoconstitucionalismo podría provocar la pervivencia de prácticas susceptibles de ser calificadas como formalistas, en primer término, porque “identificar todo Derecho con la Constitución” podría estar vinculado con el hábito de asumir que en una disposición normativa (así sea constitucional) está “todo” lo que el Derecho tiene por decir en relación con un caso.

Prescindir por completo y por principio de las reglas me parece que exhibe una confianza *naive* en la capacidad de los principios para dirigir la conducta. Según considero, atender a las reglas no está justificado “solamente” porque con ello se exhiba deferencia al carácter autoritativo del Derecho, sino porque en ocasiones la forma en la que éstas ordenan resolver el caso (la ponderación que expresan) “ilumina” la decisión judicial (con la ventaja de verse envueltas en la “garantía” que les otorga —al menos *prima facie*—haber pasado por una discusión democrática).

Obviar la importancia y el papel de las reglas en el Derecho, señala Atienza, implica desconocer una de sus facetas: la dimensión autoritativa y, con ella, el valor de la seguridad jurídica que —sin carácter absoluto— el Derecho también persigue<sup>34</sup>. Pero no solo eso, pasar por alto el aspecto autoritativo del Derecho, evanesce y simplifica en demasía su carácter de práctica compleja, enfrentada constantemente

---

<sup>31</sup> *Ibid.* 145

<sup>32</sup> *Ibid.* p. 142.

<sup>33</sup> Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 644.

<sup>34</sup> Atienza, *Filosofía del Derecho* [...], p. 140.

a la tensión entre la necesidad de atender a las razones sustantivas del Derecho y las que son protegidas por su estructura formal.

Aunado a lo anterior, considero que negar el valor de las reglas podría ser interpretado como producto de una confianza absoluta —análoga a la del “Noble sueño” al que se refería Hart— en la capacidad normativa de los principios. Esta actitud dogmática podría además, oscurecer o debilitar la obligación de justificación de las decisiones judiciales.

Cualquiera aceptaría que apelar a la Constitución o sus valores no justifica, *per se*, una decisión en el Derecho. Sin embargo, la carga emotiva positiva que conlleva hoy en día apelar a los derechos humanos, aunado a la falta de instrumentos teóricos claros y capacidades argumentativas, favorece que dichas apelaciones retumben en los documentos de los abogados o en las resoluciones judiciales como justificaciones para el sentido de una determinada decisión. De este modo, así como el empleo de términos técnicos en un lenguaje oscuro y evasivo, era un rasgo a tener en cuenta para desenmascarar a un formalista en el anterior paradigma<sup>35</sup>, el uso emotivo del lenguaje de los derechos, las apelaciones estridentes a la justicia y otros valores bien podría auxiliarnos a distinguir a quien practica un “neoconstitucionalismo formalista”.

Visto así, la ideología neoconstitucionalista podría hacer de su práctica una nueva forma de ceguera —pero ceguera al fin— frente al compromiso con los valores que el Derecho debe proteger, lo que podría conducir al anquilosamiento o petrificación de los valores constitucionales, los que dejan de ser vistos como razones no perentorias y se convierten en un discurso tan vacío como lo era el subsuntivo (aunque éste sí que cumplía con algún tipo de función justificativa).

La práctica jurídica que reconoce en los principios constitucionales su sentido exige “algo más” que una asunción dogmática en relación con un “discurso de moda”. La superación del formalismo como práctica que se desarrolla de espaldas a los valores requiere más que la incorporación de nuevos brocados, conceptos, máximas o cierto tipo de disposiciones normativas en un discurso judicial. Apelar a los derechos o principios constitucionales en general, como si se tratase de reglas capaces de conducir la conducta de los jueces en una sola dirección, es poco más que repetir, por otras vías, la alegoría en la que el juez es “boca” a través de la cual habla —ahora— la Constitución.

---

<sup>35</sup> Atienza, Manuel, *Como desenmascarar [...], op.cit.*, p. 199.

En todo esto, el ideal de superación del formalismo, la teoría de la argumentación jurídica y la formación de habilidades argumentativas juega sin duda un papel central. De otro modo, podríamos esperar la perpetuación en la de una misma manera de tomar decisiones en relación con la resolución de conflictos jurídicos, solo que *envueltas* en un discurso distinto.

Sin una teoría del Derecho y de la argumentación jurídica sólidas, las tesis constitucionalistas corren el riesgo de convertirse en pura ideología, oscureciendo la responsabilidad del juez en la decisión y convirtiéndolos en “héroes” que reclaman confianza en su “lucha” por el Derecho, antes que por las buenas las razones que los acompañan para resolver en el sentido en el que lo hacen.

Según creo, de esta forma podríamos ver las críticas a la Corte Warren o a la práctica judicial posterior al New Deal que refiere Kennedy. Cuando se señala que la Corte abusó de la “deducción” al justificar sus decisiones en los derechos personales; cuando se condena por “conceptualismo social” las resoluciones posteriores al New Deal, la crítica está profundamente relacionada con decisiones desnudas de razones. Quizá también, porque repiten formas argumentales pretendiendo que sea la simple forma la que justifique (algo así como una especie de “proporcionalidad apodíctica” insinuada por Laporta<sup>36</sup>). Y es que, como refirió Klare, que algo sea un razonamiento formalista o realista, se identifica por el tipo de consideración que avanza para sostener una decisión judicial<sup>37</sup>.

Finalmente, es posible agregar a todo lo anterior una consideración más —en un sentido completamente distinto en el que he intentado relacionar formalismo y neoconstitucionalismo—. En la medida en la que el “neoconstitucionalismo” oscurezca antes que evidenciar la justificación de una decisión, es altamente probable esperar el retorno en su contra de una “reacción” formalista como concepción del Derecho<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Según Laporta, el razonamiento moral de los jueces españoles “no pasa de ser vulgar”. Basta leer los fallos españoles en los que se procede a la famosa «ponderación», señala el autor, para corroborar que “No hay allí ningún razonamiento moral de importancia, sino simplemente la expresión apodíctica de una preferencia por el «peso» de un valor sobre otro.” (Citado por Atienza en *Filosofía del Derecho y [...]*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>37</sup> *Vid. supra*, nota 20.

<sup>38</sup> De acuerdo con Kennedy: “El formalismo en sus diversos sentidos ha sido un epíteto por tanto tiempo que resulta un acto de rebelión plausible el abrazarlo”. De este modo, según destaca el autor, muchas de las doctrinas de la Corte estadounidense que provocaron la crítica de la sociología jurídica a finales del XIX han revivido recientemente en el Derecho constitucional norteamericano. (*op.cit.* p. 8637).

IV. A manera de conclusión: sobre la importancia de la educación jurídica

Como categoría crítica, el formalismo jurídico —tal como ha destacado Kennedy— ha sido empleado en el proceso dialéctico de reconstrucción entre posturas teóricas sobre el Derecho desde fines del siglo XIX. Mediante su uso, siguiendo con el mismo autor, se han provocado cambios trascendentales en el “mainstream” del discurso jurídico. No parece que ese uso instrumental vaya a cesar en un sistema constitucionalizado o postpositivista. Si acaso, como ocurrió en su momento, su sentido adquirirá nuevas connotaciones evaluativas y poder para la crítica.

Es factible entonces que “superar el formalismo jurídico” continúe siendo un objetivo a futuro. No obstante, sea cuál sea el sentido que se otorgue a esa superación, queda claro que pasa por la enseñanza del Derecho y la formación y selección de los jueces. Distintos autores —críticos del neoconstitucionalismo, defensores del pospositivismo o positivistas metodológicos a ultranza— insisten, quizá como nunca antes (y seguramente motivados por la renuncia, casi generalizada, a ver el Derecho como mera forma) en la necesidad de un cambio en la forma en la que el Derecho es enseñado.

Las constituciones pueden ser más o menos garantistas, dice Pozzolo, “pero ello depende mucho de los intérpretes constitucionales. Es sobre estos por tanto, sobre los que hay que concentrarse”. Laporta ha insistido, según refiere Atienza<sup>39</sup>, en que para “hacer lo que se dice que hay que hacer [para el conocimiento y aplicación del Derecho en el nuevo paradigma] se necesitaría otra educación jurídica y otro método de selección de los jueces”. El propio autor de la Universidad de Alicante ha señalado que:

El «giro argumentativo» tiene que significar también un giro de carácter moral y político; y todo ello debería tener un reflejo en la enseñanza del Derecho [...] se requiere [...] contar con una formación de filosofía moral y política, que aclare qué es lo que un jurista debe considerar como una solución adecuada a esos problemas, o sea, cuáles son los fines del derecho y las profesiones jurídicas. Necesitamos, pues, jueces argumentativos [...] <sup>40</sup>.

Es pues el modelo de juez (jurista, operador) argumentativo el que podría servirnos de contraste para la crítica de la práctica jurídica en un sistema constitucionalizado; para la “batalla” contra el “neoconstitucionalismo formalista”.

REFERENCIAS

---

<sup>39</sup> Atienza, *Filosofía del Derecho* [...], *op. cit.*, p. 101.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 116.

- Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 2010, 316 pp. p. 21.  
*Como desenmascarar a un formalista*, en *Isonomía*, No. 32, México, 2011, disponible en: [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono\\_340.pdf](http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_340.pdf), mayo 2018.  
*Filosofía del Derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, 316 pp..  
*Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, 870 pp..
- Bobbio, Norberto, op. cit., “Formalismo jurídico y formalismo ético”, en: *Contribución a la teoría del Derecho*, Alfonso Ruiz Miguel (ed), Editorial Cajica, Puebla, 2006, 414 pp.  
*El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2015.
- Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Miguel Carbonell (Ed), 4ª. ed., 2009, p. 75.  
Gallie, W.B. *Conceptos esencialmente impugnados*, Gustavo Ortiz Millán (trad.), Cuadernos de Crítica 49, UNAM, 1998, 42 pp..
- Klare, Karl, “Judicial deradicalization of the Wagner Act and the origins of modern legal consciousness, 1937–1941”, en: *Minnesota Law Review*, No. 62, 1978, nota 45, pp 278-279 y p. 334), disponible en: <https://repository.library.northeastern.edu/files/neu:332779/fulltext.pdf>.
- Kennedy, Duncan, “Legal formalism”, *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Vol. 13, Elsevier, 2001, pp. 8634-8638, disponible en: <http://duncankennedy.net/documents/Legal%20Formalism.pdf>).
- Pozzolo, Susana, “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, editado por lo misma autora, Palestra, Perú, 201, 276 pp..

#### ELECTRÓNICAS

[https://www.youtube.com/watch?v=3XMa7QEDk5U&list=PLSXFY1kUGiDPhYW0-Wn\\_\\_nilQ1dX1G7EK](https://www.youtube.com/watch?v=3XMa7QEDk5U&list=PLSXFY1kUGiDPhYW0-Wn__nilQ1dX1G7EK) &index=1

1