

Aproximaciones

AL DEBATE JURÍDICO-POLÍTICO DEL
NEOCONSTITUCIONALISMO

Approximation

*TO THE LEGAL AND POLITICAL DEBATE OF NEW
CONSTITUTIONALISM*

RESUMEN

En el debate actual sobre el constitucionalismo surgen cuestiones que han permanecido a través del tiempo en la Filosofía del Derecho, a saber: el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*. Estos elementos han permitido plantear nuevamente la naturaleza y orientación de la Teoría Constitucional y la manera cómo se aplica en los Estados Constitucionalistas, dando paso a lo que se ha denominado Neoconstitucionalismo; esto ha generado que el valor del componente positivo de la Norma no sea el centro único del componente jurídico, sino que elementos como la ponderación y el Tribunal Constitucional, que hacen parte de una reflexión axiológica e *iusnaturalista*, tengan parte en dicha comprensión. De esta manera, se evidencia que la reflexión sobre la Constitución hace parte de una discusión actual y que está en constante construcción.

Palabras clave: Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo, *Iuspositivismo*, *Iusnaturalismo*, Ponderación.

ABSTRACT

Within the modern debate of constitutionalism are brought concepts that have remained through the time around the Philosophy of Law, they are known as: legal naturalism and legal positivism. Those ideologies have allowed making a restatement of the nature and orientation of the Constitutional Theory and the way how it is applied in Constitutional States, hence opening the road to the so called New Constitutionalism. Therefore, this has changed the reading of the Constitution for the positive component of the rule is no longer the center of the legal law; furthermore, new elements such as the Constitutional Tribunal and the Weight formula have been introduced in order to make an axiological and legal naturalistic thinking of the law. Thus, it is shown how the reading of the Constitution plays a key role in modern issues, although it is still under construction.

Keywords: Constitutionalism, New Constitutionalism, Legal Positivism, Legal Naturalism, Weighing.

ROBEIRO

GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Licenciado en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, candidato a Magíster en Estudios Políticos de la misma universidad, docente de cátedra de la Universidad de Medellín.
rgonzalez@udem.edu.co

ANDRÉS GUSTAVO

MAZUERA ZULUAGA

Estudiante de tercer año de Derecho de la Universidad de Medellín e integrante activo del Semillero de Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la misma universidad.
agmazuera@gmail.com

Recibido:

15 de marzo de 2013

Aceptado:

9 de mayo de 2013

INTRODUCCIÓN

A la luz del debate neoconstitucionalista surge este escrito reflexivo que tiene como objetivo aportar de manera general a las vigentes disertaciones doctrinarias de dicha cuestión. Para tales efectos se aborda en primera instancia las consideraciones generales del constitucionalismo y el neoconstitucionalismo; se empieza con la institucionalización del Poder como elemento *sine qua non* de los Estados, para de allí dirigir la mirada hacia la necesidad de crear normas jurídicas que establezcan un orden en los Estados. A renglón seguido, se explora la necesidad de establecer un cuerpo normativo que agrupe normas de especial importancia en la fundamentación de la realidad jurídico-política del Estado, es decir, la creación de la Constitución como elemento fundante y fuente del poder. Es de ahí que se puede entender cómo la integración de los Derechos Humanos y los principios del Derecho en ese cuerpo normativo es de vital importancia para contextualizarse inicialmente en el Estado Constitucional de Derecho y, posteriormente, comprender cómo la garantía de aquellos Derechos constituye una transición hacia el neoconstitucionalismo. En un segundo momento se continúa con el debate político y jurídico que surge de dicha transición, discusión que gira en torno al papel del Tribunal Constitucional y las decisiones judiciales de este. Como catalizador principal de la cuestión tratada, se expone la tarea que tiene el Tribunal Constitucional de ser el centinela de la Constitución y de los Derechos ahí consagrados, y a su vez, la forma en que este ha logrado superar los obstáculos de su

nueva labor a través de la ponderación de Derechos; aquí se resalta el punto de inflexión que da paso definitivo al neoconstitucionalismo en el Estado moderno, puesto que quedan de manifiesto las remembranzas iusnaturalistas propias del neoconstitucionalismo. Finalmente, se hace un breve análisis sobre las implicaciones políticas que trae consigo el nuevo Tribunal Constitucional y su forma de interpretar la Constitución, para ello se contrasta con la tradición iuspositivista y se resaltan los cambios políticos y las dudas que se dan en el marco neoconstitucionalista.

1. CONSTITUCIONALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO: PRINCIPIOS JURÍDICO-POLÍTICOS

Institucionalización del poder a través de las leyes

La preocupación por el establecimiento del poder en un Estado ha sido constante en la tradición de los pueblos y en su historia. Por esta razón el ejercicio del poder, como acto político, tiene la capacidad de concretarse y hacer parte del imaginario propio de los individuos, no como simple especulación y vivencia de lo político, sino cómo la capacidad de ser evidenciada en la sociedad para su ejercicio cotidiano, es capaz de institucionalizarse: “El poder es una fuerza calificada e institucionalizada”¹. De esta manera, queda de manifiesto que la comprensión del poder y el ejercicio de la política se encuentran en

1. ARENDT, Hannah (2008). *La promesa de la política*. Madrid: Paidós, p.140.

la tarea de ser materializados en el contrato social, y de esta forma se garantiza orden e institucionalización del poder: “Todas las instituciones políticas son manifestaciones y materializaciones del poder”².

Por consiguiente, el surgimiento de las leyes se ha presentado como la forma más adecuada de establecer este orden, de su posible materialización a través de la comprensión de las necesidades demandadas por la sociedad. Así, la identificación de sus principios y cualidades serán el norte en el cual se orientan los principios ético-políticos, lo que permite la implementación y consecuente instauración de los elementos que facilitan el control del Estado.

Ya lo había dicho Montesquieu en *El espíritu de las leyes*: “Entre la naturaleza del gobierno y su principio hay la siguiente diferencia: su naturaleza es lo que le hace ser lo que es y su principio lo que le hace actuar”³. He aquí lo constitutivo de la necesidad de identificar y evidenciar un orden que sea capaz de establecer los elementos necesarios para poder gobernar, generar las razones por las cuales se puede legitimar y reconocer el poder.

Al respecto Platón en *Las leyes*⁴, plantea la necesidad de su creación para poder preve-

nir la perversión del gobierno⁵, aquí queda expuesta la naturaleza de la legalidad en sí misma, en que precisamente: “La grandeza de las leyes en una sociedad libre consiste en que nunca nos dicen lo que debemos hacer, sino únicamente lo que no debemos hacer”⁶. Así el entendimiento del hombre frente a las leyes estriba precisamente en que la identificación plenamente de ellas es lo que permite el ejercicio del poder y la democracia.

La Constitución como fuente del poder

En ese ejercicio de la comprensión del orden del Estado a través de las leyes, consiente el surgimiento de la Constitución y en ella un ordenamiento capaz de establecer principios en torno al ejercicio del poder y por consiguiente a la comprensión de la consolidación del Estado. Seguidamente el nacimiento de la Constitución se da en la posibilidad de la representación clara de la voluntad de un poder, de la comprensión y distinción de quienes mandan y quienes obedecen, es por eso que el poder debe estar sujeto a todas estas cosas, así la supremacía del Derecho se encuentra por encima del poder⁷, se evidencia

2. ARENDT, Hannah (1999). *Crisis de la República*. Barcelona: Taurus, p. 143.

3. MONTESQUIEU (2002). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Ediciones Istmo, p. 106.

4. Las constituciones, *politeiai*, en las que todos consienten voluntariamente, en las que nadie domina sino en las que todos se obligan para siempre a doblegarse a los *nómoi*, a comportarse entre ellos: libres los unos de los otros, voluntariamente bajo los *nómoi*. Véase: PLATÓN (1966). *Las Leyes*. En: *Diálogos*. Libro VIII. Madrid: Aguilar. Véase: ARENDT, Hannah (2006). *Diario filosófico 1959-1973*. Barcelona: Herder, p. 40.

5. Montesquieu muy claramente hace la distinción y plantea la necesidad de coexistencia de las tres ramas del poder, pues de aquí ha surgido la tradición en Occidente de su interacción para no permitir el abuso del poder. Véase: MONTESQUIEU (2002). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Ediciones Istmo, p. 245.

6. ARENDT, Hannah (2008). *La promesa de la política*. Madrid: Paidós, p. 100.

7. La referencia que Jovenel realiza con respecto a este aparte “El Derecho, por encima del poder”, manifiesta la tendencia que se tiene sobre la representación que el Estado ha elaborado en torno a lo que considera como sus principios y fundamentos, tanto el poder como las leyes es la muestra palpable que se ha realizado en torno a la naturaleza de lo jurídico, haciendo alusión del surgimiento de la que se tiene sobre el poder, ya sea desde lo iusnaturalista o iuspositivista, obviamente haciendo alusión al primero. Véase: JOUVENEL, Bertrand (1974). *El poder*. Madrid: Editora Nacional, p. 382.

como elemento catalizador de conformación jurídica y política del Estado.

Cuando se presenta todo esto, se evidencia una forma clara de ordenar los elementos constitutivos de los pueblos, surgen ideas rectoras que se plasman como voluntad de los implicados y por consiguiente son quienes aceptan los elementos que en ellas se profesan. Así pues, surge un constitucionalismo en aras de establecer en una Constitución sus ideas fundantes, lo que se constituye además como representación ideológica de lo jurídico y lo político: “El constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una –cualquiera– Constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo”⁸.

En ese orden de ideas, es claro que el espíritu de un Estado está representado en su Carta Magna, en su Constitución, pero esta representación no está reducida al evento solemne de ser escrita y entronizada como suprema Norma entre todas las leyes que constituyen el ordenamiento jurídico; los elementos que la motivan y la fundan es lo que evidencia lo verdaderamente fundamental, es por eso que siempre se ha planteado la discusión en torno a cuál es su naturaleza y su origen.

Por consiguiente, con el advenimiento de la modernidad y el descubrimiento del Contrato Social y más adelante con el surgimiento en el siglo XIX del iuspositivismo, las motivaciones del constitucionalismo apuntaban

a la supremacía de la normatividad y la ley: “Estas normas están recogidas en un único documento... Este concepto de constitución es característico del positivismo jurídico moderno, es un concepto políticamente “neutro”: una Constitución es tal con independencia de su contenido político”⁹. En este momento se observa cómo la Constitución obedecía a su cumplimiento y aplicación; y todos sus principios debían ser ejecutados y comprendidos a cabalidad, en tanto el ejercicio constitucional queda evidenciado en el cumplimiento de la Norma, sin salirse de ella, en tanto ella es completa y no tiene lagunas ni antinomias.

Pero en nuestros días esta dinámica no se presenta de manera rigurosa y esquemática, no hay una reducción a un asunto simplemente metodológico-instrumental, en donde es necesario la verificación y cumplimiento de la normatividad. En la actualidad existen otras motivaciones que en el actuar cotidiano y en la práctica se presentan, que sobrepasan la validez y preeminencia del acto jurídico desde el componente normativo y toda la carga legal que ello implica. Estas motivaciones como la preeminencia de un debate político, es lo que permite abandonar la rigurosidad de la aplicación normativa como tal y se entra en los terrenos de la interpretación y la discreción judicial, los cuales están mediados por el debate político.

De esta manera, se puede considerar como constitucionalismo, desde el origen de la mis-

8. COMANDUCCI, Paolo (2002). Formas de neoconstitucionalismo: Un análisis metateórico. *Isonomía*, No. 16, abril, p. 91.

9. GUASTINI, Riccardo (2007). Sobre el concepto de Constitución. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, p. 18.

ma idea, no solo como cumplimiento de una normatividad, sino el ejercicio de un espíritu que marca el entendimiento de lo jurídico y lo político, aún así la pretensión que tiene el constitucionalismo es siempre conjugar tanto el sustento ideológico como el proceder jurídico positivo.

Más allá del constitucionalismo

Con el advenimiento de los acontecimientos históricos que marcaron el siglo XX, especialmente en lo que se refiere al periodo de la postguerra, la comprensión de la Constitución, varió significativamente, el valor que había tenido la norma escrita, es decir, su componente positivo, se ve contrastada por el reconocimiento de otros elementos que están en el orden de lo ideológico y axiológico, los principios y los valores, lo que permite la dilatación de lo positivo, para dar paso a otros terrenos, como es el caso de la implementación del concepto de Derechos Humanos y los Fundamentales, en la configuración de los Estados como sus garantes, de ahí surge la concepción de Estado de Bienestar.

De todo lo anterior puede deducirse, que con estas características ya se posibilita la entrada a un mundo donde el Derecho y la acción jurídica está centrada en la valoración y comprensión de estos derechos; de allí la razón por la que el Derecho no estaría fijado en la aplicación positiva de la Constitución como tal, sino en trascender la norma misma, puesto que como dice Ferrajoli: “El resultado es un nuevo modelo de Derecho y de democracia, el *Estado Constitucional de Derecho*, que es el

fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del *Estado Legislativo de Derecho*”¹⁰.

Por consiguiente, en la preocupación por el reconocimiento de los derechos es que se puede entender el nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo, en donde existe un Derecho para los derechos, y no simplemente un Derecho para la ley y su cumplimiento, esto demarca evidentemente una nueva era del constitucionalismo moderno; pues ya no es una simple aplicación jurídica de la norma, sino que se entra en los campos complejos de la interpretación y ponderación jurídica. Es lo que algunos ya han llamado, no el gobierno de la ley sino de los jueces, situación que incide en la nueva dinámica social, política y en la forma de administrar justicia.

En este ejercicio y comprensión de la Constitución, es evidente el cambio que ha sufrido su entendimiento, debido también al cambio de su naturaleza y aplicación, situación que no ha sido asimilada en su totalidad y como también señala Ferrajoli no se ha hecho la suficiente conciencia; y por consiguiente se está muy lejos de elaborar y asegurar verdaderas técnicas que permitan su garantía.

Sin embargo, un Estado Constitucional de Derecho se edifica en la idea de un Estado protector del ciudadano, se preocupa por la protección de sus derechos fundamentales, entendidos estos como los necesarios para

10. FERRAJOLI, Luigi (2007). Sobre los derechos fundamentales. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos Escogidos. Madrid: Trotta, p. 71.

lograr la dignidad humana de la persona y los necesarios para desarrollar un papel en la sociedad: “connaturales, inherentes, imprescriptibles e inalienables al ser humano que le permiten gozar de una vida digna”¹¹. Obviamente estos derechos deben ser garantizados en su protección y cumplimiento a través de la ley, de allí que tampoco exista un abandono de la norma.

Por ello, cuando se realizan este tipo de afirmaciones, el abanico de posibilidades se abre ampliamente, pues ya se está hablando de unos componentes que se tornan bastante esencialistas, la sombra de una Ley Positiva se va difuminando y va apareciendo una Ley Natural, la cual esboza unos criterios que se constituyen fijos e inamovibles, que no pertenecen precisamente a un diseño positivo, sino axiológico. Muestra de ello es nada más iusnaturalista que el concepto de *Dignidad Humana*; es por eso que la ley no se puede aplicar rasa y uniformemente, es necesario el surgimiento de la interpretación y la ponderación como se referenció anteriormente.

A la luz de estas ideas, queda evidenciado que la problemática constitucional que se aborda en nuestros días es el resultado de una evolución que pareciera cíclica, la naturaleza del poder se sostiene en el vaivén de lo normativo positivo y de lo axiológico esencial, que indica la forma de comprender el hecho político y jurídico del Estado. Ello, por cuanto la Cons-

titución consagra un conjunto de valores y principios que trazan una nueva concepción del Estado.

2. LA JURISPRUDENCIA Y LA PONDERACIÓN COMO DEBATE JURÍDICO-POLÍTICO

La ponderación

Gracias a la introducción de estos nuevos elementos al ordenamiento jurídico del Estado Moderno, se ha cambiado la manera de comprender la Constitución, con la puesta en escena de los derechos fundamentales en la historia reciente, se evidencia que la Constitución no se agota en el ámbito positivo, sino que otros elementos entran a participar en su comprensión.

En esta configuración y en la búsqueda de la defensa de los derechos fundamentales con base en los principios y valores de la Constitución, durante la primera mitad del siglo XX se encuentra una preocupación por sopesar la relación entre normatividad y justicia material, procurando garantizar la protección de los derechos fundamentales, dándole importancia capital a la incidencia de la decisión judicial en la interpretación de la norma, siendo un acto valorativo y discrecional a través de una ponderación.

Este concepto tiene su primera manifestación en Norteamérica¹². Su utilización fue la res-

11. ORDUZ, Claudia P. (2008). *Derechos Humanos. Fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento. La lucha por los derechos fundamentales y su principal medio de defensa*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, p. 119.

12. SÁNCHEZ, Santiago (2003). De la imponderable ponderación y otras técnicas del Tribunal Constitucional. *Teoría y realidad constitucional* # 12-13, p. 353.

puesta al constante cuestionamiento que se le hacía a la imposibilidad de la Constitución y del Derecho en general de adaptarse a los constantes y bruscos cambios de la vida social de la época, caracterizados estos últimos por lo caótico de la primera mitad del siglo XX. Es a merced de este antecedente histórico que la ponderación encontró un terreno fértil para abrirse paso como una nueva forma de interpretar las normas constitucionales y positivas a la luz de los principios del Derecho.

No es sino hasta la segunda mitad del siglo XX en que se funda una verdadera preocupación por los derechos inalienables de los seres humanos, solo luego de la Segunda Guerra Mundial y la aparición de la carta universal de los Derechos Humanos, es que la idea de ponderación y el papel de los jueces como agentes que interpretan el orden jurídico y la Constitución, cobraron gran fuerza e importancia en los procesos judiciales del mundo occidental, en tanto que las diversas Constituciones ya se basan en la protección de las garantías individuales, y ante la eventual existencia de un conflicto entre los derechos individuales se debía implementar una ponderación para encontrar la respuesta más justa, y en fin, darle prevalencia en un caso específico a uno sobre otro.

Ciertamente, esta aplicación e interpretación de la ponderación fue una labor entregada por completo a los jueces, que en sus providencias comenzaron a evidenciar jurisprudencialmente la aceptación de esta técnica interpretativa. Esta defendía la adaptación del universo jurídico abstracto y alejado de las

personas, a la realidad del caso en concreto sopesando los derechos fundamentales que se encontraban en conflicto¹³. Así pues, la Rama Judicial encontró en la ponderación de los derechos fundamentales, el escalón para saltar de aplicadores y ejecutores de las normas positivas, a ser ya los intérpretes del ordenamiento jurídico y de los principios del Derecho a la luz de cada caso en especial, consolidándose como un sistema interpretativo-resolutivo de los conflictos. Es esta mirada casuística lo que le da el tinte característico a la ponderación.

De allí que el proceso de ponderación sea la manera como se da el paso de un Derecho puramente positivo, a un Derecho que si bien sigue estando positivizado, busca estar vigente y contextualizado, basándose en aspectos exteriores del tenor literal de la norma, y abrir el campo de visión hacia los principios generales del Derecho¹⁴. La práctica de la ponderación por parte de los tribunales, y más precisamente de los tribunales constitucionales, se ha constituido como instrumento para garantizar la defensa de la Constitución en los Estados actuales¹⁵. *Per se*, la ponderación no está consagrada por ninguna Constitución en general para ser la forma como se ha de proceder en caso de conflicto entre derechos, sino que ha sido introducida como una *praxis*, para garantizar una más transparente protección y supremacía constitucional.

Con este actuar, se busca crear un horizonte de preceptos para el Tribunal Constitucional

13. *Ibid.*, p. 358.

14. *Ibid.*, p. 358.

15. *Ibid.*, p. 352.

en el momento de enfrentarse a los conflictos entre derechos fundamentales, porque de lo contrario se cae en la arbitrariedad, puesto que hay ausencia de “presupuestos colectivamente aceptados para la toma de decisiones”¹⁶; de allí que sea de alguna manera un mecanismo que brinda seguridad jurídica.

A saber, la ponderación permite elaborar un método para la resolución de conflictos de intereses entre los derechos fundamentales de las personas. No es gratuito que Alexy iniciara su libro *Teoría de los derechos fundamentales*, explicando cómo se lleva a cabo la ponderación por parte de los jueces. El esquema estructurado en tres niveles establece que: primeramente, debe haber idoneidad, es decir, que la intervención y la limitación en los derechos sirva para solucionar la problemática; en segundo lugar, está la necesidad, entendida como la búsqueda por la protección de un derecho con el menor costo posible para el otro; en último lugar, la proporcionalidad en sentido estricto, propone una argumentación entre uno y otro derecho, y dar “razones suficientes” para que uno de los derechos subsuma al otro en el caso específico¹⁷. La ponderación pretende determinar la constitucionalidad de una intervención en los derechos fundamentales, haciendo una valoración, del peso abstracto y concreto de cada uno de los derechos según las condiciones jurídicas y fácticas¹⁸.

16. GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007). Derechos y pre-textos. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta. p. 246.

17. ALEXY, Robert (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pp. 90-95.

18. SÁNCHEZ, Santiago. *Op. cit.*, p. 375.

Por consiguiente, durante la ponderación se hallan derechos o situaciones que, en el contexto de un caso específico, no fueron previstos por el legislador a la hora de crear Derecho¹⁹, de tal modo que, los jueces, analizando la situación única que se les presenta, diriman la disputa mediante el peso de los principios en torno a una jerarquía dinámica²⁰, en otras palabras, lograr hacer una especie de complementariedad sobre el órgano legislativo a través de la argumentación que se da en el mismo proceso ponderativo, casi afirmando que los jueces crean Derecho. Conforme a lo expuesto, evidentemente puede afirmarse que, la ponderación de los neoconstitucionalistas supone la superación del positivismo jurídico, puesto que se acude a la tesis de principios naturales contrario a las tesis positivistas, pero de igual forma se renuncia a la absoluta arbitrariedad de los jueces propio del realismo jurídico a través de la carga argumentativa²¹.

19. “El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el Derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad” (Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón).

20. ESTRADA, Sergio (2010). La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. *Vniversitas* # 121. p. 83.

21. Sin embargo, en los ejercicios actuales de ponderación, tan fundamentados en la carga argumentativa, la interpretación ha quedado un poco de lado, no se encuentra en las sentencias un trabajo de interpretación, sino un esfuerzo de argumentación puro. Justamente, durante la interpretación no se está mirando de forma constante el texto legal y de lo que de allí surge interpretativamente, sino que se está recurriendo reiteradamente al contexto en el que se da la violación a cierto Derecho

Así pues, se deduce que por la propia naturaleza de la ponderación no es posible anticipar a ciencia cierta la decisión del Tribunal Constitucional, porque en el contexto de los principios, los conflictos no pueden ser solucionados de la misma manera, ya que no hay una precedencia incondicionada, o una jerarquía entre ellos y ninguno es más general o particular que el otro, por lo cual los conflictos entre principios son solucionados cada uno de diferente manera de acuerdo a la implementación de la ponderación donde uno cede ante el otro, y en donde solo se puede predicar supremacía o prevalencia en el contexto especialmente dado.

Lo anterior es ampliamente debatido, en tanto no se encuentran jurisprudencias relativamente unificadas y coherentes frente a algunas temáticas en cuestión, incluso en decisiones muy divididas de tribunales, demostrando así que la ponderación no es un garante objetivo en la toma de decisiones de los jueces, es un ejercicio argumentativo impregnado de los prejuicios y preconcepciones de unos y otros. Problema evidenciado por Atienza cuando sostiene que la hermenéutica jurídica requiere de una determinada teoría axiológica²², la cual está obviamente influenciada por

las preconcepciones de cada uno de los protagonistas del Tribunal Constitucional.

Por tanto García Amado asevera que se debe entender la ponderación como “no la solución verdadera; sino como solución que le parece al órgano judicial”, debe ser entendida como el “sistema personal de sopesar razones”²³.

El Tribunal Constitucional

La especie de limbo en el que se encuentra hoy la teoría neoconstitucionalista tiene sus bases en la concepción dada al Tribunal Constitucional debido a sus confrontaciones doctrinales, es por eso que no es en sentido estricto una teoría *iusnaturalista* ni *iuspositivista*, y aún más las sentencias de los tribunales contemporáneos no se adscriben a una de las teorías, parece ser que a veces da lugar a una y luego a otra.

Cuando Kelsen edificó su teoría de la Constitución en sentido jurídico-formal reconoció que si su conformación no tenía un garante judicial, alejado de las disertaciones políticas, esta no tendría una fuerza jurídica válida y sería fácilmente modificable, perdiendo absolutamente la idea inicial de ser una norma de carácter superior para organizar la vida política del Estado bajo estándares jurídicos superiores²⁴. Así pues, ideó un Tribunal Constitucional del orden jurisdiccional que se encargaría de ser el guarda de la integridad

constitucional. En cierta medida la ponderación elude la interpretación de la norma, para dirigirse a la formulación del caso en concreto, y de esta forma hallar cuál Derecho o bien, protegido constitucionalmente, tiene más peso frente a otro en la situación específica que se presenta, sin decir que aquel bien jurídico que ha resultado derrotado en la ponderación salga del orden jurídico, sino que será igualmente ponderable en otro caso que se presente, formando una tesis de precedencia condicionada.

22. ATIENZA, Manuel (1999). *Hermenéutica y Filosofía analítica e interpretación del Derecho*. En: *Derecho, la experiencia jurisdiccional: del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. p. 135.

23. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Op. cit.*, p. 259.

24. KELSEN, Hans (2001). La garantía jurisdiccional de la Constitución. *Revista colombiana de Derecho Constitucional*, No. 3, pp. 50-56.

y supremacía de la Constitución, solamente se le encomienda la misión de ser un legislador negativo, es decir, dedicarse a declarar la constitucionalidad de las nuevas leyes que surjan desde el legislador positivo (Parlamento). Y es precisamente por esto que su garantía se le deja al más neutro de los poderes, esa rama del poder que se encuentra alejada del debate político²⁵. También reconoce esto Zagrebelsky cuando afirma que en los Estados constitucionales actuales existe un “mercado de leyes”, dado que algunos grupos ejercen presión sobre el legislador para la promulgación de leyes que los beneficien²⁶.

Ahora bien, la declaratoria de inconstitucionalidad que ejerce este tribunal sería solo una decisión tomada en lo referente a la validez formal de la ley nueva, en otras palabras, el juez se limitaba a ver si se cumplieron a cabalidad las formalidades necesarias para la creación de una nueva ley y si no hay una contradicción expresa con una norma de mayor jerarquía. De tal forma que una revisión de constitucionalidad que tuviera como fundamento la injusticia de una ley es un argumento que no tendría razón de ser para Kelsen²⁷.

25. PRIETO SANCHÍS, Luis (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, p. 108.

26. ZAGREBELSKY, Gustavo (2008). *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, p. 37.

27. La tradición positivista reconoce que el tribunal puede dar lugar a la inconstitucionalidad cuando la nueva norma de carácter inferior a la Constitución vaya abiertamente contra una norma de la Constitución, como sería el caso: una norma constitucional que prohíba expresamente (sea deducible del tenor literal o por las directivas interpretativas en general) la pena de muerte, y a renglón seguido sale una ley del Código Penal que pone como castigo a un determinado delito la pena capital. De esta forma se deduce que el fallo de fondo solo se puede dar en caso de una interpretación si la contradicción con el enunciado constitucional es directa y a la vista de los ojos del juez, por lo que la decisión de inconstitucionalidad es imposible desde el punto de la validez material.

Por otra parte, la comprensión del neoconstitucionalismo, a partir de los derechos fundamentales, pretende un giro de 180 grados en la teoría del derecho y en el ambiente político; ya Prieto Sanchís con una cita de Bachof define este cambio del positivismo a un neoiusnaturalismo: “los derechos se derivan de ese orden de valores que en sus últimos caracteres es preestatal y, por tanto, independientes del arbitrio del Estado”²⁸. Esta es la razón para que el neoconstitucionalismo conciba otra concepción del juez y el Tribunal Constitucional, este ya no se fundamenta en los formalismos o contradicciones directas a la norma constitucional, sino que mutan fuertemente a preocuparse más por la validez material de las normas y, en efecto, a declarar la inconstitucionalidad de las normas por injustas. Así pues, la Constitución comenzó a teñirse de elementos iusnaturalistas no compatibles con las concepciones estrictamente positivistas, y a convertirse no en la manifestación del “Estado que se autolimita” sino en la voluntad emanada de la “soberanía popular” que se protege²⁹. De tal forma, que si una vez el constitucionalismo pretendió controlar el poder político, ahora el neoconstitucionalismo pretende garantizar los derechos fundamentales de las personas, intentando unir en la dogmática jurídica la validez, eficacia y justicia de la norma³⁰.

Como consecuencia lógica de esta transformación, el Tribunal Constitucional debió

28. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*, p. 21.

29. *Ibid.*, p. 92.

30. SANTIAGO, Alonso (2008). Sistema jurídico, teoría del Derecho y rol de los jueces: Las novedades del neoconstitucionalismo. *Dikaión*, No. 17. pp.138-139.

cambiar de papel en su trabajo, ya no puede ser exclusivamente el juez que aplique de forma sistemática la ley, sino que mire el contexto en cuestión para decidir sobre el caso, tiene que ser un: “juez activista que tutele los derechos humanos para lograr su plena vigencia política”³¹ y por tanto se debe hablar de una justicia basada en los derechos fundamentales. En ese sentido el Tribunal Constitucional debe velar absolutamente por la Constitución y por los derechos fundamentales de cada uno de los miembros de la comunidad, es por esto que Zagrebelsky sostiene que: “la justicia constitucional es función de la República y no de la democracia”³², por ende el Tribunal Constitucional no responde a las preferencias mayoritarias porque los derechos fundamentales “no es algo sobre lo cual se pueda votar”³³, la justicia constitucional es sobre aquellos derechos sobre los cuales no cabe la votación por su carácter de connaturalidad al ser humano, para las votaciones está el Legislativo.

De esta forma, el Tribunal Constitucional se convierte en el guardián de la Constitución velando por la garantía de los derechos fundamentales y sus principios axiológicos, fallando la constitucionalidad de una ley nueva con fundamento en la validez material. El Tribunal Constitucional, como legislador en sentido negativo, imaginado por Kelsen, es derrotado por el novísimo Tribunal Constitucional del *Judicial Review*³⁴. Se pasa del

control de mínimos al control de máximos³⁵. Tal cambio de mínimos a máximos, es donde recae el cambio de naturaleza del tribunal: el control de mínimos, característico del positivismo, pretende la guardia de la Constitución basado en interpretaciones salidas del tenor literal, sistemático y teleológico; por otro lado el control de máximos, sosteniendo que las normas constitucionales no tienen una expresión gramatical lo suficientemente clara que permita saber la constitucionalidad de las normas: “Es por esta razón que el intérprete de la Constitución se ve abocado a recurrir a otras fuentes de contenidos: el derecho natural, las tradiciones jurídicas en la sociedad o sus valores, o a un consenso, más ficticio [abstracto] que real, entre los miembros de la comunidad”³⁶, así se genera una vigilancia de la Constitución fundamentada no solo en las directivas principales de interpretación extraídas del positivismo, sino que también esgrime interpretaciones axiológicas concretadas en la ponderación para resolver los diversos casos.

Esta nueva lectura de la Constitución, como Constitución Justa, establece una relación de subordinación de las leyes frente a los principios y los derechos connaturales del hombre, demuestra esto una fe *iusnaturalista* que sostiene Radbruch, citado por Sanchís, mediante la afirmación: “Hay leyes que no son derecho y derecho que está por encima de las leyes”³⁷. Es de esta forma como se pasa del

31. *Ibid.*, p. 140.

32. ZAGREBELSKY, Gustavo (2007). Jueces constitucionales. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, pp. 101-102.

33. *Ibid.*, p. 102.

34. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*, p. 92.

35. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Op. cit.*, p. 240.

36. BERNAL, Carlos (2005). *El derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 35.

37. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*, p. 22.

Rule of Law, que significaba para los constitucionalistas la generalidad, la estabilidad de las normas legales, la previsibilidad e igualdad en la interpretación y aplicación del Derecho, imparcialidad e impersonalidad, a una individualización de la justicia y de las decisiones judiciales al caso en concreto³⁸.

3. IMPLICACIONES POLÍTICAS DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

Como asevera Dworkin en la actualidad se hace un llamado a la lectura moral de la Constitución, en tanto está inundada de preceptos axiológicos que el juez constitucional debe interpretar y extraer: “La lectura moral propone que todos nosotros, jueces, abogados y ciudadanos, interpretamos y aplicamos estas cláusulas abstractas en el entendido de que al hacerlo invocamos principios acerca de la moralidad política y de la justicia”³⁹. Es mediante esta interpretación con valores políticos que se le puede dar el mayor valor positivo a la norma interpretada⁴⁰. Así pues, la misión del juez es: “develar el texto vago... lo que está metafísicamente vinculado”⁴¹ a la Constitución. El rol del juez como intérprete entonces, consiste en develar los elementos que están ocultos a la simple vista del tenor

literal y hallar los principios ilustradores, los valores allí consagrados y los derechos a tutelar.

Contrario sensu a la interpretación *iuspositivista*, que se basa en el tenor literal del enunciado, la hermenéutica del neoconstitucionalismo se presenta como comprensiva, histórica y valorativa⁴². La nueva hermenéutica presenta al juez como intérprete de los valores de la sociedad⁴³ para lograr resolver el conflicto con la mayor justicia; es menester que el Tribunal Constitucional sea una justicia individualizadora centrada en los valores y las necesidades del momento⁴⁴. Es gracias a una lectura moral que se pretende abandonar el formalismo característico de principios del siglo XX y crear una jurisprudencia más comprometida con la justicia y la validez material, una idea propia de las novísimas reivindicaciones del pueblo por la justicia social y un Estado más garantista.

Bajo el *dictum* neoconstitucionalista: la justicia (axiológica) como pilar del Tribunal Constitucional, se pasa a la concepción del Tribunal como legislador negativo a legislador positivo. Bien era reconocido por Kelsen que el juez tenía la capacidad para crear Derecho en la sentencia proferida para el caso *inter partes*, empero esta potestad estaba limitada al mínimo posible. No obstante, dentro de la teoría del tribunal neoconstitucionalista

38. TARUFFO, Michele (1999). Ley y juez en el *Rule of Law* inglés y en el constitucionalismo. En: *Derecho, la experiencia jurisdiccional: del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 142.

39. DWORKIN, Ronald (2002). La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria. *Cuestiones constitucionales UNAM* No. 7, p. 4.

40. WALUCHOW, Wilfrid (2009). *Una teoría del control de constitucionalidad basada en el common law*. Madrid: Marcial Pons, p. 125.

41. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Op. cit.*, p. 243.

42. ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 125.

43. TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 149.

44. *Ibid.*, p. 157.

y con motivo de impregnar a todo el orden jurídico de Constitución, la *ratio decidendi* se convierte en vinculante para todos, es decir, *erga omnes*⁴⁵. De tal forma que el tribunal se convierte en un legislador positivo en sus decisiones, exhortando al legislador derivado que regule ciertas materias, o autorizando el uso de alguna libertad, despenalizando conductas. El juez constitucional acredita sus decisiones con lo justo, “habla a través de la Constitución”⁴⁶.

Sin embargo, sale de nuevo el gran interrogante sobre la capacidad fehaciente del juez para abstenerse de impregnar su sentencia con sus propias convicciones. Este es solo el primero de los inconvenientes de la interpretación axiológica de la Constitución, gracias a la existencia de valores y principios es mayor la discrecionalidad del juez cuando individualiza su justicia para el caso en concreto: “la interpretación no parte de cero, sino de las precomprensiones”⁴⁷, lo cual quiere decir que la hermenéutica jurídica de los Tribunales Constitucionales está condicionada preinterpretativamente por la subjetividad de los jueces, por sus valoraciones, “el conocimiento hermenéutico es [necesariamente] valorativo”⁴⁸, y se corre con el constante peligro de que los jueces impongan irrevocablemente su propia cosmovisión de la interpretación axiológica a asuntos jurídico-políticos. Ya lo intuó Kelsen al decir:

*Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc...., como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada (...) Y no es imposible que un Tribunal Constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en ese caso, el poder del Tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento*⁴⁹.

De esta manera, cabe dentro de la duda razonable la intranquilidad que genera para un Estado Constitucional, que un Tribunal Constitucional interprete la Constitución con autoridad, puede llegar a ofender la separación de poderes, casi siendo un creador de Derecho, no limitado, sino todo lo contrario, con atribuciones casi infinitas, es una “autoatribución del rol de legislador”⁵⁰. Son tan acertadas las preocupaciones de Kelsen, que Dworkin, promotor de la lectura moral,

45. ESTRADA, Sergio. *Op. cit.*, p. 81.

46. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Op. cit.*, p. 243.

47. ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 126.

48. *Ibid.*, p. 126.

49. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*, p. 90.

50. LÓPEZ, Germán (2010). Le juge constitutionnel en Colombie, législateur-cadre positif: Un gouvernement des juges? *Opinión Jurídica*, No. 18. p. 85.

acepta el peligro de un Tribunal Constitucional con el poder para decidir sobre lo justo o injusto de una ley, y aunque afirma: “Los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución. No pueden leer las cláusulas morales abstractas como si expresaran un juicio moral particular, sin importar qué tanto esa opinión les pueda atrever (...)”⁵¹, y aun así también reconoce que:

Aunque la queja familiar de que la lectura moral dé a los jueces un poder ilimitado es hiperbólica, contiene suficiente verdad para alarmar a aquellos quienes creen que tal poder judicial es inconsistente con una forma republicana de gobierno. El navío constitucional es uno amplio, y mucha gente teme que sea demasiado grande para ser un barco democrático⁵².

En los Estados modernos se está llevando a cabo una manifiesta disputa entre quienes consideran que las cortes deben jugar un papel determinante en la construcción de la política de la sociedad, y entre quienes consideran que estas atribuciones ponen en peligro todo el sistema. De nuevo la mirada *iusnaturalista* pone en entredicho la vigencia de las normas positivizadas y de su “justicia”. Las antiguas disputas jurídicas sobre quién debe ser el guardián de la Constitución entre Kelsen y Schmitt quedaron atrás. Incluso se ha superado en gran medida el *iuspositivismo* y el *iusnaturalismo* a ultranza de los siglos pasados, la pregunta ahora va dirigida al papel

político de la justicia, a la preocupación de Montesquieu en *El espíritu de las leyes*. Es sabido que un *iuspositivismo* radical deriva en políticas amparadas por la ley, como el caso del nazismo; o por el contrario, un *iusnaturalismo* desmedido termina en una derogatoria de las normas vigentes, producto del debate, del encuentro de opiniones y del trabajo institucionalizado de una democracia, esto podría llegar a constituir un “gobierno de jueces” que decidan sobre “lo humano y lo divino” excusados en la principialística y la argumentación. Así se puede ir evidenciando que la pugna entre positivistas y neoconstitucionalistas es más una lucha política que jurídica, y todavía habría que preguntarse si puede haber una controversia jurídica que no sea política.

CONCLUSIÓN

De todo lo anterior, se puede decir que, la mirada neoconstitucionalista responde a las necesidades de los Estados de verse involucrados con más peso en la protección de los derechos fundamentales. Si bien esta postura mantiene como base las leyes positivas y la tradición jurídica del constitucionalismo, también es cierto que le agrega un tinte más esencialista, puesto que busca adentrarse en el espíritu de las normas y de allí impartir justicia. Esta es sin duda una postura ecléctica que busca mediar y dar respuesta a las falencias tanto del *iuspositivismo* como del *iusnaturalismo*. Aunque las ventajas y aciertos del neoconstitucionalismo no se hicieron esperar, tampoco lo han hecho sus riesgos y defectos, y aún así no es posible saber los resultados a largo plazo que deje el *boom* neoconstitucionalista.

51. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 14.

52. *Ibid.*, p. 17.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ARENDRT, Hannah. *La promesa de la política*. Madrid: Paidós, 2008.
- , *Diario filosófico 1959-1973*. Barcelona: Herder, 2006.
- ATIENZA, Manuel. *Derecho, la experiencia jurisdiccional: del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- BERNAL, Carlos. *El derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de neoconstitucionalismo: Un análisis metateórico. *Isonomía*, No. 16, abril, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria*. Cuestiones Constitucionales, 2002.
- ESTRADA, Sergio. La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. *Vniversitas*, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Derechos y pretextos. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- JOUVENEL, Bertrand. *El poder*. Madrid: Editora Nacional, 1974.
- KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución. *Revista colombiana de Derecho Constitucional*, 2001.
- LÓPEZ, Germán. Le juge constitutionn el colombien, législateur-cadre positif: Un gouvernement des juges? *Opinión Jurídica*, 2010-2.
- MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Madrid: Ediciones Istmo, 2002.
- ORDUZ, Claudia P. *Derechos Humanos. Fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento. La lucha por los derechos fundamentales y su principal medio de defensa*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2008.
- PLATÓN. *Diálogos. Las leyes, libro VIII*. Madrid: Aguilar, 1966.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- SÁNCHEZ, Santiago. De la imponderable ponderación y otras técnicas del Tribunal Constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, 2003.

- SANTIAGO, Alfonso. Sistema jurídico, teoría del Derecho y rol de los jueces: Las novedades del neoconstitucionalismo. *Dikaión*, 2008.
- WALUCHOW, Wilfrid. *Una teoría del control de constitucionalidad basada en el common law*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Sentencia T-406. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Ciro Angarita Barón, 1992.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2008.
- TARUFFO, Michele. *Derecho, la experiencia jurisdiccional: del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- Jueces constitucionales. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.