

NEOCONSTITUCIONALISMO Y CAMBIO DE PARADIGMA JUDICIAL

María Julia Ochoa Jiménez*

Importa la forma en que los jueces deciden. Importa más a todas las personas sin suerte o litigiosas o perversas o lo suficientemente santas como para encontrarse en una corte. (...)Las personas pueden perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o Parlamento.
R. Dworkin, *El Imperio de la Justicia* (Barcelona: Gedisa, 2008, p. 15).

Resumen

El neoconstitucionalismo ha implicado cambios en el papel del juez en el orden constitucional. Partiendo de la *constitucionalización* o *impregnación constitucional* del orden jurídico, el presente trabajo expone algunos de estos cambios y resalta brevemente algunos rasgos en el contexto latinoamericano.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo, función judicial, América Latina.

NEOCONSTITUTIONALISM AND CHANGE OF JUDICIAL PARADIGM

Abstract

Neoconstitutionalism has implied changes in the role of tribunals in constitutional order. Taking into account the *constitutionalization* or *constitutional impregnation* of the legal order, this paper exposes what these changes are about and highlights some features in the Latin American context.

Key words: Neoconstitutionalism, judicial function, Latin America.

* María Julia Ochoa Jiménez. Abogada y especialista en propiedad intelectual, Universidad de los Andes, Mérida- Venezuela, Máster en estudios jurídicos, Universidad de Navarra, Magistra iuris y Doctora en derecho, Georg-August-Universitaet Goettingen. Docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Antonio Nariño, Bogotá, Colombia.

Introducción

El fin de la Segunda Guerra Mundial trajo consigo diversos cambios de paradigmas en diferentes esferas. En el ámbito internacional, la comunidad internacional se enfoca a partir de entonces no ya en la eliminación de la guerra, sino en la búsqueda de la paz. Esto supuso no sólo la sustitución del fenómeno al cual de ahora en adelante el derecho internacional dirigiría su atención (cambio de *guerra* por *paz*), sino también el reforzamiento de ciertos métodos de trabajo, tales como la institucionalización y la cooperación de los Estados entre ellos, de éstos con las organizaciones internacionales y de estas últimas entre sí¹. En este contexto se desarrolla especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX el derecho internacional de los derechos humanos como uno de los medios para asegurar la convivencia pacífica entre los Estados.

Paralelamente se producen transformaciones en la geografía política internacional y en los ordenamientos internos. En Europa, la Alemania de la posguerra busca renacer y para conseguirlo debe reinventarse a sí misma política y jurídicamente. Lo consigue entre otras cosas con ayuda de la sanción de su Ley Fundamental (*Grundgesetz*) en 1949². Además de la organización de los poderes del Estado, la nueva Constitución alemana incorpora derechos humanos (*Menschenrechte*) en la forma de derechos fundamentales (*Grundrechte*), cuya interpretación posterior por parte del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) produce en Europa el surgimiento de nuevas aproximaciones al derecho. Son tales trabajos de interpretación de los derechos fundamentales anclados en la Constitución alemana, llevados a cabo por el Tribunal Constitucional alemán y luego elaborados teóricamente por doctrinarios especialmente italianos y españoles, los que constituyen el origen histórico inmediato del llamado neoconstitucionalismo.³

El origen de lo que se conoce como neoconstitucionalismo se encuentra, pues, en la labor jurisdiccional. El neoconstitucionalismo se origina en la labor interpretativa de los derechos fundamentales por parte de los jueces, labor ardua debido a que la aplicación de estos derechos supone frecuentemente problemas de interpretación y ponderación de no fácil solución.⁴ Al mismo tiempo, el neoconstitucionalismo

¹ Otras referencias de profundas transformaciones político-jurídicas en la Europa de la segunda posguerra se encuentran en Italia, con su Constitución de 1947 y su Corte Constitucional de 1956, y las Constituciones de Portugal y España de 1976 y 1978 respectivamente (Barroso, 2008, p. 2).

² Santiago (2008, p. 3).

³ Véase Alexy (1998, p. 256).

⁴ Zagrebelsky (2006, p. 2).

ha supuesto, como trataremos de mostrar en este trabajo, una ampliación del papel del juez en la interpretación (y creación) del derecho.

Este trabajo se propone exponer el papel que el juez está llamado a jugar dentro de la concepción jurídica del neoconstitucionalismo. Se comienza por explorar en qué consiste el neoconstitucionalismo, haciendo ciertas referencias generales al constitucionalismo tradicional. A continuación exponemos cuál es la relación del neoconstitucionalismo con el poder judicial, haciendo hincapié en el lugar que el juez ocupa en un ordenamiento jurídico constitucionalizado (o en vías de constitucionalización) así como su función dentro del mismo. Y finalmente hacemos una breve reseña sobre cómo la reivindicación de la labor del juez ha impregnado –con motivo de lo que Zagrebelsky⁵ llama propensión ultra-nacional o universal de la justicia constitucional– los órdenes constitucionales latinoamericanos, destacando en particular el caso colombiano. Para cerrar, ofrecemos ciertos comentarios críticos y un breve balance general.

I. Lo “neo” del neoconstitucionalismo: Tres perspectivas

En el caso Lüht⁶, el Tribunal Constitucional alemán resolvió una controversia con base en argumentos que no habían sido utilizados en ningún caso hasta entonces, durante los poco más de seis años que llevaba funcionando el Tribunal.⁷ E. Lüht, en su calidad de presidente de un club de prensa, había escrito una carta pública llamando a boicotear la presentación de la película “Amante Inmortal” (*Unsterbliche Geliebte*) del director de cine V. Harlan, quien en el Tercer Reich había rodado el film de propaganda antisemita “El Judío Süß” (*Jud Süß*). El Tribunal Estatal de Hamburgo había condenado a E. Lüht, so pena de prisión o multa, a abstenerse de solicitar a los dueños de teatros y distribuidores que no incluyeran dentro de su programación la película, así como a abstenerse de incitar al público a no verla. Contra la decisión del Tribunal Estatal E. Lüht interpuso tutela ante el Tribunal Constitucional. Éste decidió que el Tribunal Estatal había desconocido en su decisión el significado del derecho fundamental a la libertad de expresión, el cual debe ser reconocido también cuando entra en conflicto con intereses

⁵ Mencionamos este caso como referencia, aunque no es el único caso relevante en esta materia. Entre los hitos jurisdiccionales del Tribunal Constitucional alemán se mencionan, además, el de la convalidación de la negación de la personería jurídica a los partidos neonazi y comunista y el caso “Elfes” (Santiago, 2008, p. 4).

⁶ El *Bundesverfassungsgericht* comenzó a funcionar el 9 de septiembre de 1951, y la sentencia del caso Lüht (BVerfGE 7, 198) es del 15 de enero de 1958.

⁷ Guastini (2003, p. 55).

privados de terceros; y en consecuencia revocó la sentencia. Con esta sentencia del Tribunal Constitucional se pone fin a la discusión doctrinaria que existía sobre la posibilidad de aplicación directa de las normas constitucionales a controversias entre particulares (*Drittwirkungslehre*), cristalizándose una de las características del constitucionalismo de nuestros días: considerar que la Constitución, más allá de regular la relación del Estado con sus ciudadanos, tiene como función modelar las relaciones sociales.⁸

Sirva la mención al caso anterior para introducir la breve exposición que sigue a continuación de las transformaciones que ha supuesto la nueva lectura de la Constitución que tiene lugar a partir del neoconstitucionalismo, si bien ha de indicarse que dicha nueva lectura no se limita a lo tratado en la sentencia referida. Las transformaciones a que se hace referencia serán mencionadas partiendo de las relaciones que el neoconstitucionalismo guarda (1) con la teoría jurídica, (2) con los derechos humanos y los derechos fundamentales y (3) con el ordenamiento jurídico.

1. Neoconstitucionalismo y teoría jurídica: Cambios de paradigmas epistemológicos e interpretativos

Esta relación muestra al neoconstitucionalismo como *concepción teórica*. Hasta el fin de la segunda guerra mundial el positivismo jurídico era en Europa la corriente dominante en la teoría del derecho⁹. La ciencia jurídica debía hacer abstracción de todos los elementos distintos de las normas positivas, creadas por el Estado, independientemente de la influencia que dichos elementos pudieran tener en la creación de tales normas. El ámbito del conocimiento jurídico se circunscribía exclusivamente a la norma válidamente creada. La evolución del neoconstitucionalismo supuso dentro de tal contexto una vuelta del iusnaturalismo¹⁰, el cual regresa –renovado– a la teoría jurídica en el último tercio del siglo XX,¹¹ representado entre otros¹² por Dworkin, quien plantea en su obra *Freedom's law: The Moral Reading of the American Constitution* hacer una lectura moral de la Constitución. Es así como algunas líneas más abajo del fragmento transcrito en la primera página de este trabajo, Dworkin destaca la dimensión moral de la tarea del juez: “Un juez no debe sólo decidir quién recibirá qué, sino quién se ha portado bien,

⁸ Véase, por ejemplo: Santiago (2008, p. 10).

⁹ Moreso (2003, p. 7).

¹⁰ Bonorino y Peña (2006).

¹¹ También se cuentan a J. Rawls y B. Ackerman entre los más influyentes.

¹² Dworkin (2008, p. 15).

quién ha cumplido con sus responsabilidades de ciudadano (...) Si este juicio no es justo, entonces la comunidad ha infligido un daño moral a uno de sus miembros...”¹³

A partir del reconocimiento de los derechos humanos acicateado a partir de la segunda mitad del siglo XX, el neoconstitucionalismo valora elementos distintos de la validez meramente formal, en especial la eficacia y la justicia de las normas jurídicas, y preconiza el contenido, los principios y valores de la Constitución.¹⁴ Los rasgos iusnaturalistas del neoconstitucionalismo, empero, lucen perfectamente compatibles con el positivismo jurídico, como lo afirma Moreso,¹⁵ en tanto que se trata de una “posición que se sitúa más allá del positivismo jurídico y del iusnaturalismo”, si bien conlleva un énfasis en la valoración moral.¹⁶

En la nueva visión, el ámbito de acción de la Constitución se restringe, pues ocurre que interesa más el afianzamiento de los derechos humanos que el control que originariamente ésta estaba llamada a realizar al poder estatal¹⁷, al mismo tiempo que, no obstante, se amplía en cuanto al acento que el neoconstitucionalismo pone en el respeto de los derechos humanos contenidos en ella. Pero frente a esto, se fortalece a la vez el papel del juez a cargo de su aplicación, pues el neoconstitucionalismo supone, en contraste con el constitucionalismo del siglo XVIII, un cambio de destinatario de las normas constitucionales. Más que el legislador, son los tribunales, particularmente el Tribunal Constitucional, los que están llamados a asegurar la supremacía de la Constitución frente a las leyes. Y, a fin de asegurar dicha supremacía, los tribunales están llamados a interpretar la norma constitucional por medio de una aproximación antiformalista. Esto supondrá una interpretación evolutiva de la Constitución, con lo cual ésta adoptará el carácter de instrumento viviente.¹⁸

¹³ Santiago (2008, p. 10).

¹⁴ Moreso (2003, p. 2).

¹⁵ Barberis critica esta tendencia reduccionista de la esfera práctico-normativa a la dimensión moral, calificándola de “imperialismo de la moral” (Barberis, 2003, p. 325)

¹⁶ Santiago (2008, p. 8).

¹⁷ La interpretación evolutiva es aplicada en el sistema europeo de los derechos humanos a partir de 1978 cuando se utilizó en la resolución del caso *Tyrer vs. Reino Unido*. En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales es un *living instrument*, por lo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales (Lawson, 2009; Mowbray, 2005). Particularmente en el contexto estadounidense el debate se plantea en torno al concepto de *living constitution* (Santiago, 2008; Zagrebelsky, 2006, p. 7).

¹⁸ Alexy (1998, p. 258).

2. Neoconstitucionalismo, derechos humanos y derechos fundamentales

Al ver la relación del neoconstitucionalismo con los derechos humanos y los derechos fundamentales, éste aparece no ya como concepción teórica, como ocurría desde la perspectiva anterior, sino como *modelo constitucional*. En este contexto sobresale la obra de Alexy. Éste sostiene que los derechos humanos deben ser garantizados por el Estado, a pesar de que la actuación de éste sea, a la vez, la mayor amenaza de los mismos.¹⁹ La garantía dada por el Estado, continúa el autor alemán, sólo lo puede tener lugar cuando los derechos humanos se convierten en derechos fundamentales mediante su incorporación a la Constitución.²⁰ En este sentido, existe la necesidad de un Estado constitucional democrático que abarque las dos formas de Estado, consideradas imperfectas por Alexy: el Estado formal de derecho y el Estado democrático de derecho.

El Estado formal de derecho no es suficiente porque no va más allá de la condición más elemental para la garantía de los derechos humanos, esto es, la separación de los poderes. La separación de los poderes no basta porque no asegura, por ejemplo, la sujeción del legislativo a los derechos humanos. Afirma Alexy que esto sólo ocurre cuando los derechos humanos, convertidos en derechos fundamentales mediante su reconocimiento por la Constitución, adquieren validez jurídica y rango constitucional. Sin embargo, el mero reconocimiento de los derechos fundamentales en la Constitución tampoco es suficiente. La relación entre Estado democrático de Derecho y Estado constitucional democrático la plantea Alexy como sigue:

La pregunta decisiva es quién controla la sujeción del legislador a los derechos fundamentales. Hay dos respuestas esenciales: el proceso democrático o un Tribunal Constitucional.

¹⁹ “Das klassische Mittel zur Herbeiführung einer solchen Bindung [der Legislative an die Menschenrechte] ist die Aufnahme der Menschenrechte in der Verfassung. Die Menschenrechte verwandeln sich dabei in Grundrechte.” Traducción libre: El medio clásico para conseguir tal unión [del legislativo con los derechos humanos] es la asimilación de los derechos humanos en la constitución. De esta manera los derechos humanos se transforman en derechos fundamentales (Alexy, 1998, p. 259).

²⁰ Alexy (1998, pp. 260-261). Traducción libre del texto original alemán.

Quien vota a favor de que el legislador es controlable únicamente a través del proceso democrático, se decide por el Estado democrático de Derecho. Quien además aboga por el Tribunal Constitucional, defiende el Estado constitucional democrático.²¹

El nuevo constitucionalismo representado en este planteamiento de Alexy propugna, entonces, que la verdadera garantía de los derechos humanos exige, por un lado, que la Constitución incorpore los derechos humanos transformándolos en derechos fundamentales y, por otro lado, que contemple el control de la conformidad de la legislación a los derechos fundamentales mediante un Tribunal Constitucional. Estos dos requisitos para asegurar el respeto a los derechos humanos se erigen en rasgos fundamentales del neoconstitucionalismo. En base a lo anterior, es de resaltar, pues, que debido a que la Constitución debe incorporar todos los derechos humanos como derechos fundamentales²², incluidos los derechos políticos (derecho a reunión y asociación, libertad de opinión, derecho a elegir y ser elegido, etc.), el juez cumple en este modelo, pues, la función de garante del sistema democrático.

3. Neoconstitucionalismo y ordenamiento jurídico: Constitucionalización

Desde esta perspectiva se nos presenta el neoconstitucionalismo como un *proceso de transformación del ordenamiento jurídico*. Este proceso de transformación es presentado por Guastini y ampliamente manejado en la literatura en idioma español. Para este autor la “constitucionalización de un ordenamiento jurídico” consiste en un proceso de “impregnación” del respectivo ordenamiento por parte de las normas constitucionales. Al describir en qué consiste este proceso señala Guastini siete condiciones que, reunidas todas, dan origen a un ordenamiento jurídico constitucionalizado, o totalmente “impregnado” por la Constitución. Dichas condiciones son: 1) existencia de una Constitución rígida que incluya los derechos fundamentales; 2) garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional; 3) fuerza vinculante de la Constitución, en el sentido de que ésta ha de ser un conjunto de normas preceptivas; 4) “sobreinterpretación” de la Constitución, en tanto ésta debe

²¹ “Eine Verfassung, die nicht alle Menschenrechte als Grundrechte enthält, ist nicht legitim.” Traducción libre: Una constitución que no contiene los derechos humanos en tanto derechos fundamentales no es legítima (Alexy, 1998, p. 260).

En la práctica normativa esto ha alcanzado su máxima expresión en el llamado “bloque de constitucionalidad”, al cual se hará referencia más adelante.

²² Guastini (2003, p. 50).

ser interpretada extensivamente; 5) aplicación directa de los normas constitucionales a las relaciones entre particulares (*Drittwirkung*); 6) interpretación de las leyes y normas inferiores conforme a la Constitución; y 7) influencia de la Constitución en el debate político. Las dos primeras condiciones son, según Guastini,²³ esenciales, ya que en su ausencia no existe ningún grado de constitucionalización; mientras que las cinco restantes determinan el grado de constitucionalización del ordenamiento jurídico en cuestión. Nosotros nos concentraremos, en la sección siguiente, en aquellas condiciones de constitucionalización que atañen directamente a la función jurisdiccional.

II. Neoconstitucionalismo y poder judicial: El lugar y la función del juez

En el constitucionalismo desarrollado a partir de finales del siglo XVIII, la Constitución es un instrumento que persigue limitar y controlar el poder político estatal.²⁴ Como lo indica Santiago,²⁵ en el modelo decimonónico la Constitución es una carta política dirigida al Parlamento. Es en este sentido como, según la concepción liberal del constitucionalismo tradicional, la Constitución impone límites a la legislación. Con el nuevo constitucionalismo la función de la Constitución se modifica, pues ésta pasa a enfatizar el hecho de que la legislación debe desarrollar los principios constitucionales y ejecutar los programas de reforma trazados en ella, transformándose así en la norma jurídica suprema dirigida fundamentalmente a los tribunales. Los jueces son, de esta forma, quienes deben asegurar que las leyes y las demás normas jurídicas respeten el contenido de los derechos humanos. La magistratura pasa, así, a ocupar el lugar institucional central.

De cara a la función del órgano judicial, el carácter novedoso del neoconstitucionalismo frente al constitucionalismo tradicional se manifiesta particularmente en algunas de las condiciones mencionadas por Guastini que se mencionaron, a saber, la garantía jurisdiccional de la Constitución, el carácter preceptivo de las normas constitucionales, la interpretación extensiva de dichas normas, la aplicación directa de las normas constitucionales entre particulares y la interpretación de la ley conforme a la Constitución. La primera de estas condiciones cumple aquí el papel de indicar la posición (preponderante) que el juez ocupa en el marco del neoconstitucionalismo. Las demás condiciones son reglas de aplicación e

²³ Véase, por ejemplo, Barberis (2003, p. 325); Guastini (2003, p. 55).

²⁴ Santiago (2008, p. 17).

²⁵ Girón (2003, p. 2).

interpretación de las normas (constitucionales y legales), en tanto labores llevadas a cabo fundamentalmente por el juez.

Con la proclamación de la *garantía jurisdiccional de la Constitución* se eleva al juez a guardián de las normas constitucionales, pues el aseguramiento de la conformidad de las leyes con la Constitución recae en un órgano jurisdiccional (o cuasi jurisdiccional). Diversos pueden ser los sistemas de control en los ordenamientos contemporáneos, destaca Guastini los tres modelos siguientes: (i) control *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*; (ii) control *a priori* (por vía de acción) e *in abstracto*; y (iii) control *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*, pero con efectos *erga omnes* de la decisión. Según sea el órgano que ejerce el control, éste puede ser difuso o concentrado, o de carácter mixto, como ocurre en Colombia. En modelo colombiano el sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad es mixto en la medida que combina elementos del modelo difuso y del concentrado: al ser ejercido por la Corte Constitucional, se aprecia su dimensión concentrada; mientras que su dimensión difusa se muestra en la labor del Consejo de Estado, de los jueces o autoridades administrativas – mediante la denominada excepción de inconstitucionalidad– y de cada juez de la República, al momento de resolver las acciones de tutela.²⁶

Por otra parte, el neoconstitucionalismo proclama que el juez puede *aplicar las normas constitucionales, pues éstas son de carácter preceptivo*. Esto hace referencia a uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización que tiene lugar en el siglo XX:²⁷ la concepción de las normas constitucionales como normas jurídicas “genuinas”, es decir, vinculantes y capaces de producir consecuencias jurídicas.

El juez debe, adicionalmente, *interpretar extensivamente las normas constitucionales*, lo cual supone, de un lado, la “omnipresencia” de la Constitución y, de otro lado, la ausencia de situaciones o hechos jurídicos carentes de regulación. Esto se traduce, como resulta evidente, en la ausencia de lagunas en la Constitución, pues el juez no se limita en su labor interpretativa al método gramatical o silogístico de interpretación de las normas constitucionales. Esto significa, en otras palabras, que “no existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional” puesto que “no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa”.²⁸

²⁶ Barroso (2008, p. 6).

²⁷ Guastini (2003, p. 54).

²⁸ *Ibidem* (pp. 55-56).

Siguiendo las condiciones de Gusatini, el juez puede *aplicar directamente la Constitución* para la solución de cualquier controversia, incluidas aquellas que tienen lugar entre particulares, siempre y cuando la controversia no pueda ser resuelta mediante aplicación de una ley, ya sea porque existe una laguna legal o porque, ponderada por el juez, la ley parece injusta²⁹. Es esto lo planteado por la doctrina de la *Drittwirkung*, reconocida judicialmente por el Tribunal Constitucional alemán desde el caso Lüht, al que ya se hizo mención.

Finalmente, el juez está llamado a *interpretar la ley conforme a la Constitución*. Esto quiere decir que, para decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley, el juez debe interpretar la ley de forma conforme –adecuadora o armonizante– con la Constitución, esto es, el juez debe interpretar la norma en el sentido que evite toda contradicción con la Constitución, a fin de conservar la validez de la ley que, de ser interpretada de otra forma, sería declarada inconstitucional.

Un ordenamiento jurídico que acoge la concurrencia de las condiciones para la constitucionalización mencionadas (más las otras dos condiciones, 1 y 7 en la lista de Guastini, es decir: existencia de una Constitución rígida e influencia de la Constitución en el discurso político) será un ordenamiento jurídico constitucionalizado o completamente “impregnado” por la Constitución. Naturalmente, y a los efectos que en este artículo nos interesan, el orden jurídico en el que todas estas condiciones concurran será de modo necesario un ordenamiento jurídico en el que la magistratura ocupa el lugar central.

Ahora bien, las condiciones referidas en esta sección se encuentran entre sí necesariamente muy relacionadas. Este hecho puede apreciarse especialmente en las dos condiciones que aluden directamente a la labor interpretativa del juez: primero, que el juez deba interpretar extensivamente las normas constitucionales y, segundo, que la interpretación de las leyes que se presumen inconstitucionales debe ser hecha conforme a la Constitución. La íntima relación que hay entre ambas condiciones reposa en el hecho de constituir la base de una jurisprudencia creativa y, así mismo, de una acción creadora de derecho por parte del juez, acción exigida particularmente encontrándose el juez ante un “caso difícil”²⁹. De este hecho resulta que los postulados del nuevo constitucionalismo presuponen la existencia de un margen de elasticidad en la tarea de interpretación de los tribunales, es decir, de discrecionalidad judicial. A tal respecto se ha dicho que si falta ese margen

²⁹ Un caso difícil —concepto trabajado, i.a., por Dworkin— es un caso en el que “juristas expertos no están de acuerdo en la solución jurídica que cabe darle” (Bonorino y Peña, 2006, p. 14).

de apreciación del juez, el discurso neoconstitucionalista “sería echado por la borda”.³⁰

III. El juez (neo)constitucional en América Latina: Breve reseña

El debate teórico sobre el neoconstitucionalismo en la literatura en lengua castellana ha sido copioso³¹. Entre los autores latinoamericanos, el argentino C. S. Nino es citado y comentado con cierta frecuencia.³² Ahora, en cuanto a la propensión universalista del neoconstitucionalismo y de la justicia constitucional de la cual nos habla Zagrebelsky³³, ésta no puede de ninguna forma significar, como el mismo autor lo reconoce, ausencia de diferencias entre los diversos sistemas. Dicho sea, pues, que en América Latina existe diversidad de modelos que, siguiendo el planteamiento de Guastini, muestran diferentes grados de constitucionalización. Sobre el caso argentino, por ejemplo, se ha sostenido que no existe un cambio cualitativo, sino de grado en cuanto al carácter normativo y supremo de la Constitución, carácter este que se reconoce desde el texto de 1853. No obstante, se admite que contemporáneamente se ha dado una creciente constitucionalización del ordenamiento jurídico argentino, debido a la juridización y judicialización del proceso político y social³⁴. La absorción en América Latina de la figura del bloque de constitucionalidad se inserta en el mismo proceso. El reconocimiento de “jerarquía constitucional” (como en Argentina³⁵ o Venezuela³⁶) o de “prevalencia en el orden interno” (como en Colombia³⁷) de los tratados internacionales sobre derechos humanos sirve para asegurar la inclusión en la Constitución de *todos* los derechos humanos como derechos fundamentales, lo cual es uno de los presupuesto esenciales que Alexy asigna al Estado constitucional democrático, modelo que se completa con la función del juez constitucional como garante de la correspondencia de la legislación con la Constitución, como ha sido ya mencionado.

³⁰ Zagrebelsky, 2006, p. 6.

³¹ Autores latinoamericanos incluidos. Nombres que destacan son: Genaro R. Carrió, Carlos S. Nino, Juan Carlos Bayón, Roberto Gargarella, Pablo de Lora, José Juan Moreso, Luis Prieto, Víctor Ferreres (Ruiz, 2004, p. 57).

³² Véase Barberis, 2003; Ruiz, 2004. M. Barberis incorpora en su artículo “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral” una respuesta a los planteamientos de C. S. Nino.

³³ Zagrebelsky (2006, p. 2).

³⁴ Santiago (2008, p. 23).

³⁵ Artículo 75 inciso 22 de la Constitución de 1994.

³⁶ Artículo 23 de la Constitución de 1999.

³⁷ Artículo 93 de la Constitución Política de 1991.

Ahora bien, el desarrollo del neoconstitucionalismo en nuestro subcontinente en el plano teórico, al igual que ha ocurrido en el plano práctico-normativo, tiene lugar ciertamente dentro de los parajes de la Teoría Transnacional del Derecho estudiada por López³⁸. En el caso colombiano, usa López la expresión “nuevo derecho” para designar la presencia de diferentes tendencias antiformalistas en América Latina y particularmente en Colombia. El *nuevo derecho* se instala en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991. La flamante Corte Constitucional de la década de los noventas se esmera, como lo recuerda López, en estar a la vanguardia del pensamiento jurídico. Llamada como estaba entonces (al igual que ahora) a cumplir su papel de garante de la Constitución, así como del sistema democrático mismo, debía asimilar y estar en capacidad de desenvolverse en el hasta entonces desconocido campo de los derechos fundamentales. Es así como a la Corte colombiana asumió el reto de crear un estilo judicial distinto³⁹ a pesar del riesgo implícito de ser tildada, como de hecho lo ha sido, de “alocadamente activista”⁴⁰.

Ciertamente, en este proceso, la actividad creativa ejercida por la Corte Constitucional colombiana ha estado circunscrita por las teorías antiformalistas contemporáneas en boga. Sirva de ejemplo el ejercicio de sistematización que trae López de las referencias que en sus primeros doce años de existencia la Corte hizo de los autores que han guiado en el ámbito mundial el proceso antiformalista. Este autor indica los siguientes números: Dworkin, 20; Hart, 6; Alexy, 10; Rawls, 7, y Habermas, 4.⁴¹

Lo anterior queda patente en algunas de las sentencias en las que la Corte Constitucional echa mano de teorías antiformalistas, en las que se dejan claros el lugar y la función interpretativa que el juez está llamado a cumplir dentro de este contexto. Así, en la sentencia T-406/92 dice la Corte:

El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución –sus principios y sus normas– con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.

³⁸ López (2004).

³⁹ *Ibidem* (pp. 436).

⁴⁰ Santiago (2008, p. 20).

⁴¹ López (2004, p. 436).

El mismo hilo argumentativo en relación con la interpretación de las normas constitucionales se encuentra en otras sentencias, como la sentencia T-002/92 y la sentencia C-404/98. Mientras que en otros fallos la Corte ha tenido oportunidad de determinar la función de interpretación legislativa, afirmando en particular la legitimidad de la interpretación analógica de las normas jurídicas, como lo hace en la sentencia C-083/95.

Comentarios críticos y balance general

Criticados han sido diversos rasgos del nuevo constitucionalismo. En la mayoría de los casos los críticos apuntan a los riesgos que estarían implícitos en la posición privilegiada que el neoconstitucionalismo otorga al juez y en la libertad interpretativa que se le concede.

La centralidad que se otorga a la magistratura supondría, ciertamente, el riesgo de un “elitismo judicial” ligado a un “excesivo protagonismo y vedetismo”.⁴² Esto ha sido asociado con un llamado a los jueces para resolver problemas sociales y políticos complejos, tarea para la cual no estaría legitimado un órgano que carece de base electoral directa. Creemos que en relación con esto sería de provecho –aun cuando no se pretenda exponer aquí una opinión concluyente– tomar en consideración la teoría, desarrollada por la doctrina alemana, de la cadena de legitimación (*Legitimationskette*)⁴³, es decir, el hecho de que la legitimación de la actuación del Estado está basada en una cadena de legitimación que se origina en consentimiento expresado por parte del pueblo a través del voto y que conduce, de forma ininterrumpida, hasta la institución de la cual emana el acto. Si se sigue el hilo argumentativo de esta teoría, siempre que los jueces sean nombrados y elegidos de forma legítima por órganos directamente electos por el pueblo, podría sostenerse que estaría dada su legitimación y que ésta tiene su origen en la voluntad popular.

Ahora bien, enfocándose en la ampliación y flexibilidad de la interpretación por parte de los jueces, Santiago (2008) hace referencia, por otra parte, a la posibilidad de que los derechos constitucionales sean interpretados de forma individualista, relativista y permisiva. El autor ahonda en este argumento sosteniendo que es posible que los derechos humanos resulten desnaturalizados o que, en aras de la

⁴² Santiago (2008, p. 20).

⁴³ La idea que subyace tras la *Legitimationskettetheorie* es la salvaguarda del sistema democrático: “Das eigentliche Ziel der Demokratie ist die Sicherung des effektiven Einflusses des Volkes auf die Ausübung des Staatsgewalt.” Traducción libre: La verdadera meta de la democracia es asegurar la influencia efectiva del pueblo sobre el ejercicio del poder estatal (Häuser, 2002, p. 426).

protección de ciertos derechos, otros sean lesionados, todo lo cual puede resultar en la imposición de una “concepción disolvente de la vida social”⁴⁴. El origen de los riesgos señalados se encontraría en que en los ordenamientos jurídicos nacionales ha tenido lugar una apertura “incondicionada, acrítica e indiscriminada” al derecho internacional de los derechos humanos⁴⁵. La opinión de Santiago parecería a nuestros ojos, al menos en una primera aproximación, excesivamente crítica. Al respecto podría observarse que habría de tenerse en cuenta, por una parte, que la relación del ordenamiento jurídico interno con el internacional, particularmente en cuanto se refiere a los derechos humanos (como se manifiesta en el reconocimiento del bloque de constitucionalidad) presupone una postura concreta en cuanto a la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional, siendo ésta –i.a. en el caso colombiano– la del monismo moderado con prevalencia del derecho internacional⁴⁶. Por otra parte, es de considerar el comentario hecho por Zaglebel'sky. Éste sostiene que el hecho de que las cortes constitucionales sean condenadas a cerrarse a sí mismas, sin poder tomar en cuenta desarrollos que tienen lugar más allá de las fronteras nacionales, significaría “predisponerse a políticas constitucionales y de los derechos humanos funcionales solamente a los exclusivos intereses nacionales”⁴⁷.

En relación con la discrecionalidad de los jueces es interesante destacar las palabras de Couture que nos trae Santiago: “Del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el Poder Judicial; en tanto que del despotismo del Poder Judicial no queda recurso alguno”⁴⁸. Puestas estas palabras frente a las de Dworkin: “Las personas pueden perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o Parlamento”⁴⁹, resolver a favor de uno o de otro argumento no resulta tarea sencilla. En cualquier caso, y a fin de contrastar con el riesgo implícito en las palabras de Couture —es decir, el despotismo y, en definitiva, la injusticia que acarrea una excesiva capacidad interpretativa— conviene tener presente lo que ha dejado sentado la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-404/98:

“No escapa a esta Corte la posibilidad de que, en una sociedad plural, la utilización de argumentos morales a favor de la constitucionalidad

⁴⁴ Santiago (2008, p. 21).

⁴⁵ *Ibidem* (p. 22).

⁴⁶ Véase Rey (2006, p. 310).

⁴⁷ Zaglebel'sky (2006, p. 6).

⁴⁸ Santiago (2008, p. 21).

⁴⁹ Dworkin (2008, p. 15).

de una determinada norma legal, puede originar atropellos inmensos en contra de la libertad de personas que, en ejercicio de su autonomía, no comparten los principios de la mayoría. No obstante, para evitar este tipo de abusos se han diseñado herramientas estrictas de control constitucional que, como el juicio de proporcionalidad, impiden o dificultan su ocurrencia, además de la obligatoriedad superior de los principios y libertades garantizados por la Constitución. En primer lugar, toda norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe estar sometida a un juicio estricto de proporcionalidad. En consecuencia, sólo si la finalidad corresponde verdaderamente a un principio de moralidad pública (...) y, si es útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de tal finalidad podrá resultar ajustada a la Constitución. En este sentido, se admite, por ejemplo, que la realización de determinados comportamientos o prácticas que pueden afectar gravemente principios de moralidad pública imperantes se vean sometidos a una restricción, consistente, por ejemplo, en limitar su realización a lugares privados o reservados o en someter su difusión pública a ciertas condiciones especiales (franjas, horarios, autorización previa, etc.)”.

Es de resaltar, por último, que mientras los riesgos que han sido mencionados en esta última sección no han de ser soslayados, al mismo tiempo deben tenerse en cuenta las bondades de la evolución que ha significado el desarrollo de una nueva mirada al constitucionalismo, a partir de la cual se ha hecho posible un distanciamiento de excesivos formalismos del derecho. Este panorama plantea, pues, la necesidad –propuesta por el propio Santiago (2008)– de aproximarse críticamente a la nueva situación, de forma que, por una parte, no se impida el desarrollo sucesivo de las tendencias jurídicas de nuevo tipo y que, por otra parte, se posibilite la corrección de sus posibles falencias en la práctica.

Bibliografía

- Alexy, R. (1998). Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. En Gosepaht, S. y Lohman, G. (Eds.). Philosophie der Menschenrechte. Baden-Baden: Suhrkamp.
- Barneris, M. (2003). Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral. En Carbonell, M. (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta.
- Barroso, L. (2008). El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho. El Triunfo Tardío del Derecho Constitucional en Brasil. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
- Bonorino, P. y Peña, J. (2006). Filosofía del Derecho. Plan Anual de Formación y Capacitación de la Rama Judicial. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Cantor, E. (2006). El Bloque de Constitucionalidad. Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales, 4, 299-334.
- Dworkin, R. (2008). El Imperio de la Justicia. Barcelona: Gedisa.
- García, L. (2008). El “Nuevo Derecho” en Colombia: ¿Entelequia Inecesaria o Novedad Pertinente? Revista de Derecho, 29, 289-330.
- Girón, E. (2003). El Control de Constitucionalidad en Colombia. Extraído el 11-6-2011 de <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/justicia/EmiliaGiron.pdf>
- Guastini, R. (2003). La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano. En Carbonell, M. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta.
- Häuser, H. (2002). Demokratie an der Legitimationskette. Extraído el 10-06-2011 de <http://www.gewaltenteilung.de/haeuser2.htm>
- Lawson, R. (2009). The European Convention on Human Rights. En Krause y Scheinin (Eds.). The International Protection of Human Rights. Turku: Åbo Akademi University.
- López, D. (2004). Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana. Bogotá: Legis.
- Moreso, j. (2003). Comanducci sobre Neoconstitucionalismo. Extraído el 11-6-2011 de http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf
- Mowbray, A. (2005). The Creativity of the European Court of Human Rights. Human Rights Law Review, 5, 57-79.
- Pastor Ridruejo, J. (2003). Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Madrid: Tecnos.
- Ruiz, A. (2004). Constitucionalismo y Democracia. Isonomía, 21, 51-84.
- Santiago, A. (2008). Neoconstitucionalismo. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2008, 3-26.
- Zagrebel'sky, G. (2006). Jueces Constitucionales. Discurso pronunciado con motivo de la celebración del 50 aniversario de la Corte Constitucional italiana. Extraído el 10-6-2011 de <http://www.iidpc.org/pdf/doctrinar6Zagrebel'sky.pdf>
-