

El control constitucional a partir del positivismo jurídico

Jesús Emil Larrahondo Mina¹
Contraloría General de la República

Recibido: 26 de enero de 2015 - Revisado: 26 de marzo de 2015 - Aceptado: 23 de junio de 2015.

Resumen

Esta investigación parte de una manera de entender cómo la filosofía del derecho (iusfilosofía) ha tenido una gran incidencia en la consolidación de los Estados constitucionales y democráticos, tomando como precedente el papel que desempeñan los jueces constitucionales como garantes y protectores de los derechos fundamentales y los derechos sociales. Es así como en las últimas décadas sus aportes al derecho constitucional y a la configuración de la estructura estatal de los Estados contemporáneos han sido notables.

Así mismo, se hace referencia a la importancia del control constitucional en las decisiones tanto del legislativo como del ejecutivo, sin dejar de lado que a pesar de que quien funge como organismo de control constitucional no es elegido por voto popular, este se convierte en protector y garante de la Constitución, toda vez que con su ejercicio impide el abuso de los poderes públicos al ponerles un límite. La metodología utilizada en la presente investigación se enmarcó en los métodos que caracterizan a las ciencias sociales en general y a la ciencia jurídica en particular. Por parte de las ciencias sociales, se retomó el método histórico, comoquiera que se hace un análisis de los distintos modelos de Estado, su transformación histórica y su relación con el control constitucional.

Palabras clave: iusfilosofía, constitucionalismo, Estados, control constitucional, jueces, neoconstitucionalismo.

Puede citar el presente artículo así: Larrahondo, J. (2015). El control constitucional a partir del positivismo jurídico. *Revista Ciencias Humanas*, 12, 45-57.

1. Abogado de la Universidad Libre Cali. Funcionario de la Contraloría General de la República. Especialización en Instituciones Jurídicas y Derecho Público de la Universidad Nacional, en Convenio con la Universidad del Valle. Especialización en Humanidades Contemporáneas de la Universidad Autónoma de Occidente.

Constitutional control starting from legal positivism

Abstract

This research starts from a viewpoint of understanding how the philosophy of law has had on the elapse of times, starting from the contemporary states up to the consolidation of the democratic constitutional state of law and a high incidence in this consolidation, on the preceding the role of constitutional judges as guarantors and protectors of fundamental rights and social rights, is how in recent decades have been remarkable his contributions to constitutional law and the configuration of the state structure of contemporary states. It also referred to the importance of playing constitutional review decisions of both the legislative and the executive, always pointing out that even though who serves as a body of constitutional control is not elected by popular vote becomes protector is made and guarantor of the constitution, since their exercise prevents the abuse of power by the authorities because it sets a limit. The methodology used for this research was framed in the methods that characterize the social sciences in general and legal science in particular, by the social sciences the historical method is returned because an analysis of the individual is made. State models, their historical transformation and its relation to the constitutional and which became advocates writer on different state mentioned in the research control. **Keywords:** isufilosofie, constitutionalism, states, constitutional review, judges, new constitutionalism.

Positivism jurídico y control constitucional

La teoría del derecho, basada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Constitución francesa y el Código Civil, que ha predominado desde la aparición del Estado moderno en el que la legalidad es central en la configuración de esta organización, ha sido el positivismo jurídico. Esta teoría, relacionada con el formalismo jurídico y el método jurídico denominado exégesis, considera la ley como ente central del campo jurídico, e incluso la percibe como el derecho en su totalidad. Derecho era igual a ley y cuando un ciudadano común y corriente se refería a la ley estaba aludiendo al derecho y a quienes lo comprendían, a saber, los abogados.

Para comprender más en profundidad esta teoría del derecho, se expondrán algunas características y conceptos que aclararán por qué este postulado teórico de un primer positivismo jurídico o positivismo jurídico tradicional o clásico –como lo han llamado ciertos filósofos del derecho, sociólogos jurídicos e historiadores del derecho– no permite el control constitucional.

De acuerdo con la teoría del derecho, la concepción del positivismo jurídico del siglo XIX –que investía a la ley de una importancia central– se caracterizaba en tres planos o dimensiones, con la pretensión de diferenciarlo de la teoría del derecho distinguida como iusnaturalismo, con la cual que mantenía la disputa por el dominio del campo jurídico del momento. Estos tres planos son:

En el plano gnoseológico o metodológico, se manifiesta como un modo de conocimiento del derecho tal como es, prescindiendo de cómo debería ser, contribuyendo a una concepción de la ciencia jurídica que describa, complemente y sistematice el ordenamiento jurídico positivo. Así pues, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, el objeto de la misma debe limitarse estrictamente al propio de derecho tal como viene impuesto, esto es, a la norma jurídico-positiva, efectuando un análisis interno de la misma para poder deducir, a través de un proceso de investigación puramente lógico-formal, la aplicación de esta norma formulada con carácter general a un caso o situación concretos.

En el plano ontológico o de la teoría del derecho, tiende a definir las normas en función de su colectividad, de la posibilidad de asegurar su cumplimiento a través del recurso a la fuerza monopolizada por el Estado, de la supremacía de la ley y como fuente del derecho y de la concepción mecánica de su interpretación y aplicación.

Por último, en el plano deontológico o ético-político supone, en algunas de sus versiones, la defensa de la separación entre moral y derecho, así como una ideología de la justicia en virtud de la cual debe prestarse obediencia a las normas jurídico-positivas con independencia de su contenido (Pérez-Luño, 2007, p. 80).

En este contexto sociojurídico y de teoría jurídica, la posibilidad de un control constitucional sobre el legislador era irrealizable y fantasioso, debido a que al representar los intereses de los ciudadanos que participaban en su elección, el Parlamento era considerado soberano y pilar esencial para la consolidación y organización del Estado.

En el pensamiento continental europeo la corriente liberal desarrollará el dogma de la omnipotencia del legislador que propone la subordinación de los jueces a la ley, tesis que se acopla perfectamente con la afirmación de Montesquieu según la cual la decisión del juez debe ser una fiel copia de la ley. La aparición del Estado moderno secularizado trae como consecuencia la monopolización del derecho por la comunidad política organizada, a quien se reconoce como su única fuente, y la racionalización del material jurídico disperso: el derecho es el establecido en la ley por el Estado y su obediencia al derecho no depende

de un fundamento trascendente e intemporal, depende de su positividad, de haber sido puesto por el soberano. El Estado ejerce un monopolio legítimo de la violencia y está por encima del derecho, es soberano. El concepto de soberanía como poder absoluto implica que el Estado; o está por encima del derecho y lo convierte en un ente único y autónomo que no tiene límite en el ejercicio de su poder y que carece de instancias superiores que lo legitimen (Carrillo de la Rosa, 2008, p. 55).

Este postulado, enmarcado dentro de la teoría del derecho positivista tradicional o clásico predominante en los umbrales del Estado moderno, fue cuestionado por los teóricos y filósofos del derecho que dominaban la ciencia jurídica de comienzos del siglo XX. Este fenómeno académico antiformalista y antipositivista, posibilitó la entrada de otras teorías del derecho más amplias y flexibles que lo propuesto y defendido por los positivistas jurídicos considerados tradicionales o clásicos:

*Es significativo reseñar que uno de los primeros juristas en mostrar su sensibilidad hacia el fin del derecho fue quien, precisamente, en su primera etapa había sido el principal defensor de la metodología formalista dogmática y conceptualista en el derecho: Rudolf Von Ihering. Bajo su impulso surge la denominada jurisprudencia de intereses, cuyo leitmotiv es que el fin es el creador del derecho y que no existe ninguna norma jurídica que no deba su origen a algún fin, es decir, a algún motivo práctico. Esta orientación fue desarrollada, ya en el siglo XX, por el movimiento del derecho libre, propugnador de la libertad del jurista, en especial el juez, para integrar, e incluso corregir, el derecho positivo a partir de los valores y principios morales y políticos vigentes en la sociedad. Si hubiera que sintetizar cuanto implicaron esta tesis en la experiencia jurídica de las primeras décadas del siglo XX, cabría tomar como punto de referencia el título de la obra del sociólogo de la cultura americana Morton White, *The Revolt Against Formalism*. La rebelión contra el formalismo halló, en efecto, su puntual reflejo en la interpretación y aplicación del derecho auspiciada por las teorías de Kantorowicz y Geny, así como en los numerosos juristas que siguieron sus directrices metódicas. La desformalización fue una de las exigencias reclamadas a una her-*

menéutica jurídica por quienes abogan por una mayor fluidez y flexibilidad de los instrumentos y cauces jurídicos de solución de conflictos sociales (Pérez-Luño 2007, p. 35).

Precisamente, una de las teorías del derecho que será transformada y adecuada para impulsar transformaciones en el Estado y, por supuesto, en el derecho, es el mismo positivismo jurídico. Esa renovada teoría se la considera neopositivismo jurídico, ya que rompe con los postulados que preconizaban que el legislador era el soberano y el responsable de la estructura del ordenamiento jurídico. Por el contrario, los nuevos positivistas consideran que el legislador es la estructura del poder estatal que más se debe condicionar y pasan a segundo plano la premisa de que la creación del derecho por medio de la ley estaba en quien la elaboraba (el legislador). De esta manera posibilitan que los jueces hagan aportes importantes a esta creación. Entre los teóricos destacados del neopositivismo se encuentra Hans Kelsen:

Kelsen se halla influenciado por el positivismo o positivismo lógico, corriente que surge en las postrimerías del siglo XX y que sostiene que solo tiene sentido el enunciado que puede ser verificado, [...] El campo de análisis de este nuevo positivismo es el conjunto de proposiciones a través de las cuales se expresa el conocimiento científico y la validez de los mismos. El problema de este nuevo empirismo no es lo que se puede conocer (el contexto del descubrimiento), sino lo que se puede decir (el contexto de justificación) (Carrillo de la Rosa, 2008, p. 55).

Desde la perspectiva del neopositivismo jurídico kelseniano, se propone –teóricamente– una especie de control constitucional por parte de los tribunales hacia los productores de leyes, que tradicionalmente ha sido el legislador y recientemente el ejecutivo. Este control está legitimado por la interpretación especializada que efectúan los tribunales de la Constitución, con la pretensión de salvaguardar los intereses generales y de los ciudadanos:

El examen y la anulación de una ley, en virtud de su inconstitucionalidad, pueden tener lugar

de acuerdo con varios métodos. Hay dos tipos importantes de procedimientos para el examen y la abolición de la ley inconstitucional. El órgano que tiene que aplicar la ley en un caso concreto, puede hallarse autorizado para examinar su inconstitucionalidad y negarse aplicarla en el propio caso, si descubre que no concuerda con la constitución. Cuando el poder de examinar la inconstitucionalidad de las leyes, se concede a los tribunales hablando de una revisión judicial de la legislación. El examen de la ley puede ser emprendido por el órgano competente, especialmente el tribunal, es officio, bien a petición de parte en el juicio, en que la ley ha de ser aplicada. Al rehusarse aplicarla en el caso concreto, el órgano la invalida, no de una manera general, es decir, no para todos los casos posibles a los que el precepto a de ser aplicado de acuerdo con su contenido, sino solo individualmente, esto es, para el caso que se estudia. La ley, como tal, permanece válida y sigue siendo aplicable a otros casos concretos, a menos que vuelva a ser declarada inconstitucional y abolida en relación con otros casos concretos (Kelsen, 1995, p. 82).

Como se observa, el postulado de control constitucional concentrado de Kelsen fue retomado por varios Estados europeos en los inicios del siglo XX y durante la posguerra, impulsando de esta manera el neopositivismo jurídico como teoría del derecho predominante y reconociéndole al juez constitucional la importancia como intérprete y protector de la Constitución, supremo documento jurídico de los Estados contemporáneos.

Precisamente, al retomar algunos conceptos de Kelsen bien para consolidarlos o bien para cuestionarlos y abolirlos, el profesor de filosofía del derecho de Oxford Hebert Hart, considerado un positivista moderado en la línea del derecho neopositivista, propone la regla de reconocimiento para revisar el sistema jurídico y determinar cuáles están en contravía de la supremacía constitucional, función que le corresponde al juez constitucional:

En el ahora famoso post scriptum al concepto del derecho, H. L. A. Hart acepta la tesis de la incorporación, según la cual es posible que un sistema jurídico tenga una regla de reconocimiento que

incorpora criterios morales de validez. En tales sistemas jurídicos, una norma debe satisfacer ciertas condiciones morales, pero no como una condición necesaria o suficiente para que sea legalmente válida. Según la tesis de la incorporación, entonces, los criterios de validez no deben consistir exclusivamente de estándares que determinen la validez en términos de la fuente de una norma o el pedigrí [...] Desde perspectiva hartiana, la función esencial del derecho es guiar la conducta (Himma, 2012, p. 1).

Para Hart, la regla del reconocimiento adquiere cierta importancia, ya que en definitiva revisa el sistema u ordenamiento jurídico en su totalidad para determinar sus inconsistencias y contradicciones y armonizar sus contenidos, amén de que en esta regla convergen lo jurídico y lo social, de ahí su importancia a la hora de resolver los inconvenientes jurídicos. Esta regla ha sido representada por medio de la Constitución y el respectivo control constitucional de las leyes que efectúan las estructuras estatales:

Al suministrar el criterio supremo de validez, la regla de reconocimiento es una regla última, lo que significa que en ella termina la cadena de validez del sistema. De la regla de reconocimiento, como se verá enseguida, no se puede predicar su validez, porque no hay ninguna regla por encima de ella que sea su fuente de validez, sino su existencia fáctica [...] La regla de reconocimiento de Hart, en consecuencia, tiene un carácter jurídico-social: de un lado, es fuente de validez del criterio supremo y, por tanto es la regla última del sistema jurídico; de otro lado, es la enunciación de un hecho social consistente en la aceptación práctica del criterio supremo y de criterios subordinados como parámetros de identificación de las normas de dicho sistema (Rodríguez, 2012, p. 33).

Los jueces son esenciales en la estructura del Estado contemporáneo por la función legítima que desempeñan al revisar el cumplimiento de la Constitución, revisión (o control constitucional) que conduce a que su participación en la creación del derecho sea esencial. Este postulado lo comparte el profesor Hart, ya que los jueces asisten a resolver casos difíciles que

no han sido regulados por la ley o los distintos documentos jurídicos, llevando de esta manera a los jueces a decidir de acuerdo con su concepción jurídica y discrecional. Esta creación de derecho dinamiza el campo jurídico y proyecta un derecho más acorde con la realidad:

Es importante señalar que la facultad de creación de derecho que le atribuyo a los jueces para regular casos particularmente indeterminados por el derecho es diferente de una legislatura: no solo están tales facultades sujetas a muchas restricciones que limitan sus opciones de las que puede estar libre una legislatura, sino que al ejercer el juez esta facultad únicamente para disponer de casos particulares no puede utilizarla para imponer reformas a gran escala ni nuevos códigos. Sus facultades son entonces intersticiales y están sujetas a muchas limitaciones sustantivas. No obstante, habrá puntos en los cuales el derecho establecido no determina una decisión como correcta, y para decidir aquellos casos en los que tal cosa sucede, el juez debe ejercer la facultad de crear el derecho. Sin embargo, no debe hacerlo arbitraria mente, esto es, debe siempre tener razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso lo haría al decir según sus propias creencia y valores. Si satisface estas condiciones, está autorizado a seguir parámetros o razones de decisión que no están dictados por el derecho y que pueden diferir de aquellos seguidos por otros jueces enfrentados a análogos casos difíciles (Hart, 2005, p. 77).

Según Hart, los jueces crean derecho a partir de su discrecionalidad y al orientar el devenir sociojurídico de una determinada sociedad y elaborar guías de conductas (mientras otras estructuras del Estado no tienen la capacidad de crear derecho y alinear los comportamientos sociales), se convierten en el soporte central del campo jurídico. En esta situación, la revisión judicial y el control constitucional son algunas de las acciones que determinan la importancia de los jueces contemporáneos en la consolidación del modelo de Estado como el Estado social de derecho o el Estado constitucional y democrático de derecho. Esta reflexión a partir de los postulados de Hart –reputada como positivismo jurídico de nuevo cuño o

neopositivismo jurídico– se ha adecuado a los desafíos actuales que exigen un control más eficaz de los jueces constitucionales hacia las instituciones públicas:

[...] es el propio positivismo jurídico el que impone a los juristas y a los jueces, a partir del reconocimiento de las leyes de los principios estipulados en las constituciones como normas de derecho positivo de grado superior, la formulación de juicios jurídicos acerca de la validez sustancial de las leyes (con los inevitables y siempre opinables juicios de valor implícitos) y, por tanto, la crítica del derecho que ellos consideren inválidos por contradecir las normas constitucionales (Ferrajoli, 2005, p. 88).

Neoconstitucionalismo y control constitucional

Por su parte, Dworkin coincide con Hart acerca de la importancia del juez como creador y orientador del derecho en lo que respecta al control del Estado. Considera esencial que los jueces controlen las diferentes instituciones estatales –entre ellas el ejecutivo y el legislativo– para consolidar la democracia, basados en la protección de los derechos que benefician a los ciudadanos:

El programa del activismo judicial sostiene que los tribunales deben aceptar las directivas o mandatos de las estipulaciones constitucionales supuestamente 'vagas' con el ánimo que he escrito, a pesar del tipo de razones concurrentes que mencioné. Deben elaborar principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, revisarlos de tiempo en tiempo a la luz de lo que parezca ser la visión moral más reciente de la Corte y, de acuerdo con ello, juzgar los actos del congreso, los diversos estados y el Presidente (Dworkin, 2005, p. 76).

Al plantear la necesidad de controlar constitucionalmente las instituciones que se soportan en las mayorías políticas, Dworkin propone su limitación por medio de la tolerancia liberal, en concordancia con su postulado teórico del comunitarismo, concepción que considera las mayorías políticas contrarias a la misma demo-

cracia, ya que la afectan negativamente y por consiguiente a la comunidad en su conjunto:

Si insistimos en que el valor de los recursos de las personas debe fijarse a partir de la interacción de elecciones individuales, y no según las decisiones colectivas de una mayoría, entonces ya habremos decidido que la mayoría no tiene derecho a decidir sobre qué tipo de vida deben llevar todos los miembros de la comunidad. En otras palabras, una vez aceptamos que los entornos económico y ético están unidos, tenemos que aceptar la tolerancia liberal en materia ética, ya que cualquier punto de vista contrario niega la unidad (Dworkin, 2004, p. 67).

Estos postulados teóricos neopositivistas jurídicos (en el caso de Hart) y de argumentación jurídica basada en la teoría comunitarista del derecho (den lo tocante a Dworkin), impulsan el papel del juez en el control constitucional de las estructuras políticas de los Estados contemporáneos. Precisamente, en las últimas décadas la teoría y la filosofía del derecho y el derecho constitucional, han configurado un movimiento con importantes repercusiones teóricas y prácticas en la constitucionalización del derecho, movimiento conocido como neoconstitucionalismo. Incluso Dworkin ha sido considerado neoconstitucionalista, si se entiende el neoconstitucionalismo como

[...] la explicación de un conjunto de textos constitucionales que surgen después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos (Carbonell, 2010, p. 89).

Entre los teóricos del derecho sobresaliente, considerado un neoconstitucionalista por su aporte del garantismo se encuentra Ferrajoli,

para quien la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos es medular en los Estados contemporáneos, toda vez que la democracia sustancial se soporta en la garantía de derechos. Cuanto más garantista sea un Estado con sus ciudadanos, más consolidada es su democracia. Precisamente, el aporte teórico de Ferrajoli relativo al garantismo, propone una relación más estrecha entre los ciudadanos y Estado:

Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar más que de sistemas garantistas o anti-garantistas tout court, de grado de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema. Así, diremos por ejemplo que el grado de garantismo del sistema penal italiano es decididamente alto si se atiende a sus principios constitucionales, mientras que ha descendido a niveles bajísimos si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas. Y mediremos la bondad de un sistemas constitucional sobre todo por los mecanismos de invalidación y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas –es decir, de garantías– que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho legítimo (Ferrajoli, 2009, p. 34).

Para que las garantías que propone Ferrajoli contempladas en la Constitución sean cumplidas, se hace necesario un control legítimo de las leyes que producen el legislativo, el Ejecutivo y otras instituciones descentralizadas responsables de producir documentos jurídicos regulativos (que en ocasiones tienen la pretensión de ley) por parte de los jueces constitucionales. Es decir, el control constitucional se encuentra soportado en la legitimidad que promueve la misma Constitución:

Por eso designa no simplemente un Estado legal o regulado por la ley, sino un modelo de Estado nacido con las modernas constituciones y caracterizado: a. en el plano formal, por el principio de

legalidad, en virtud del cual todo poder público –legislativo, judicial y administrativo– está subordinado a leyes generales y abstractas que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se haya sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el tribunal constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b. en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial (Ferrajoli, 2009, p. 88).

Los neoconstitucionalistas consideran que la garantía y protección de los derechos fundamentales, la supremacía de la Constitución y el control constitucional deben efectuarse de acuerdo con un modelo específico de Estado, el cual no es otro que el modelo constitucional y democrático de derecho. Por ello, la relación entre neoconstitucionalismo y Estado constitucional es complementaria y dependiente, ya que la existencia del modelo estatal valida esta reciente concepción de la teoría del derecho y del constitucionalismo contemporáneos.

Robert Alexi es considerado un neoconstitucionalista por los aportes recientes al derecho constitucional, como la protección de los derechos fundamentales, la proporcionalidad y la ponderación para resolver los casos en los que colisionan derechos y principios. Todo ello, junto con su postulado de consolidar el Estado constitucional y democrático de derecho, configura su teoría de la argumentación jurídica que rompe con los distintos postulados del positivismo jurídico:

[...] los derechos fundamentales, entendidos como principios, desplegarían sus efectos a lo largo de todo en ordenamiento jurídico. De este modo, generarían una eficacia expansiva a todos los ámbitos jurídicos, que conduciría

necesariamente a una eficacia horizontal o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, así como al reconocimiento de que existen contenidos iusfundamentales de protección, de aseguramiento social y de organización y de procedimiento, que exigen una actuación positiva del Estado y que no se limitan –como los clásicos de derechos de libertad– a exigir únicamente omisiones estatales. Los derechos fundamentales se convertirían por esta vía en los principios de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico en su conjunto. Como tales, en definitiva, ya lo contendrían todo. Solo sería necesario concentrarlos por medio de la ponderación (Alexy, 2004, p. 54).

Este autor, al plantear que los derechos fundamentales al ser principios vinculados a la Constitución, se convierten en mandatos que deben garantizarse y protegerse por parte de las instituciones estatales y cuando colisionan deben ir a la ponderación y proteger el derecho más afectado negativamente y perturbar en lo mínimo posible el principio que se colisiona:

En el derecho constitucional alemán la ponderación es una parte de aquél, que postula un principio general. Ese principio general es el principio de proporcionalidad, que consta de tres subprincipios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales, como principios, son mandatos de optimización. Como mandato de optimización, son principios las normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas (Alexy, 2010, p. 56).

Este investigador no se limita a explicar su teoría de la argumentación jurídica soportada en la colisión de principios y derechos para los casos concretos que el juez debe resolver racionalmente, sino que esta se convierte en indispensable para el control constitucional ejercido sobre el legislador, debido a que la legitimidad de la interpretación de la Constitución está en manos del juez constitucional y la función del legislador es formular leyes

que estén en concordancia con los derechos constitucionales:

[...] la fundamentación de los márgenes de acción epistémicos que se logra mediante los principios formales parece llevar inevitablemente a una divergencia entre las normas de acción, es decir, normas que dicen lo que está prohibido y ordenado al legislador y lo que se ha confiado a su discrecionalidad, y las normas de control, o sea, las normas con base en las cuales el tribunal constitucional controla al legislador. En esta divergencia se asienta la crítica más importante contra los principios formales. Dicha crítica señala que los márgenes de acción epistémicos que resultan de los principios formales son importantes contra la vinculación –incluso– del legislador a los derechos fundamentales (Alexy, 2010, p. 78).

Su propuesta ha sido recogida por distintos tribunales y cortes constitucionales alrededor del mundo, entre ellas la Corte Constitucional colombiana. Pese a lo plausible de estos postulados de la teoría de la argumentación jurídica, la crítica a la teoría del derecho que posibilita el reconocimiento de los derechos no ha estado ausente:

Esta paradoja entre el idioma universal y efecto local de los derechos trasciende tanto a los niveles temporales como a los especiales: si bien los derechos pueden operar como una indiscutible fuerza emanciparía en un momento de la historia, en otro momento pueden volverse un discurso regulador, un medio para obstruir o cooptar demandas políticas más radicales, o ser simplemente la más hueca de las promesas vacías. Esta paradoja está parcialmente capturada en la insistencia nietzscheana en que las instituciones liberales dejan de serlo una vez se consiguen. Se expresa también en la ironía de que los derechos perseguidos por un grupo definido políticamente se conceden a individuos despolitizados; en el momento en que un nosotros particular es exitoso en su lucha por los derechos, pierde su carácter de nosotros y se disuelve en individuos. En el nivel espacial o social: los derechos que dan poder a quienes están en lugar social o extracto determinado pueden quitárselos a quienes están en otro (Brown, 2003, p. 8).

Teoría crítica del derecho y el control constitucionales

Los estudios críticos legales (*Critical legal studies*) de los Estados Unidos, consideran que el derecho y el control constitucionales no han logrado las pretensiones para las que fueron creados. En Latinoamérica, el incumplimiento ha sido mayor que en otros contextos sociojurídicos como el norteamericano o el europeo:

Durante mucho tiempo, pareció asumirse que las principales injusticias y desigualdades sociales podrían resolverse a través del establecimiento de un sistema constitucional adecuado. Un buen sistema constitucional iba a hacer posible que aquellos que tuvieran quejas o demandas justificadas pudieran resolver sus dificultades a través de la discusión y la negociación con los demás miembros de la sociedad. Sin embargo, el paso de los años comenzó a mostrar que el paraíso constitucional prometido no se alcanzaba. Para algunos, los derechos constitucionales parecían ser una mera ficción; para otros, el parlamento no terminaba de representarlos de un modo adecuado; para otros más, el poder judicial solo servía al interés de uno pocos. Cada uno de estos reclamos encerraba algo de razón. Y es que el mundo constitucional creado se basaba en su puestos, muchas veces, poco razonables: las sociedades sobre las cuales se imponía la Constitución solían ser más complejas de lo que los convencionales constituyentes pensaban; los derechos que se proclamaban eran menos claros -y a veces, menos obvios- de lo que parecían; los jueces y legisladores tendía a carecer de algunas de las virtudes o motivaciones que se esperaba que tuvieran (Gargarella, 1999, p. 78).

La teoría crítica del derecho desmitifica y desvanece los postulados neoconstitucionales del Estado constitucional y democrático de derecho, que plantean que los jueces constitucionales son esenciales en la interpretación y protección de la Constitución e impulsan el control constitucional de la estructura política del Estado que se encuentran en el ejecutivo y en la rama legislativa. Para esta teoría, los jueces forman parte de la estructura estatal y el crear derecho ajustado a las realidades sociales rompería con la jerarquía jurídica, por

lo cual se encuentran limitados para tomar decisiones autónomas que promuevan transformaciones sociales:

[...] la crítica de los CLS (Crítica legal estudios) contra el pensamiento dogmático, y de manera específica, contra su pretensión de crear un sistema de normas aplicables de manera neutral por los jueces, está menos fundada en un problema de lenguaje, como lo creían los realistas, esto es, en la imposibilidad de fijar el sentido de las normas jurídicas, que en un problema político. Ese problema constas de dos premisas: primero, la interpretación jurídica está siempre -incluso en los llamados casos fáciles- marcada por tensiones entre valores opuestos que no pueden resolverse de manera racional o jurídica; segundo, ante estas dicotomías valorativas opuestas, los jueces eligen aquellos valores compatibles con el statu quo. Por eso, los CLS se apartan de los realistas en cuanto a la posibilidad, planteada por estos últimos, de construir la neutralidad del derecho por medio de políticas públicas o del equilibrio entre principios opuestos (García, 2001, p. 90).

Estas críticas han impulsado propuestas que referencian el postulado de los derechos como un escalón que se debe superar en el proceso de transformación jurídica contemporáneo, razón por la cual referencian que el juez constitucional no debe interpretar y proteger exclusivamente la Constitución, función que también les corresponde a las sociedades y a los colectivos humanos, todo ello soportado en la idea de que es el constituyente originario el que debe proteger y garantizar las pretensiones que surjan de la misma Constitución:

Mi propuesta revisionista, por contra, sitúa al pueblo, no al tribunal, en el centro del desarrollo constitucional. Insiste en que los norteamericanos comunes y corrientes, guiados por figuras como Franklin Roosevelt y Martin Luther King Jr. han hecho contribuciones constitucionales tan grandes como las generaciones liberadas por George Washington y Abraham Lincoln. Y que al Tribunal Supremo le corresponde reconocer esto cuando interpreta la Constitución vigente. Cuando trabaje con el canon expandido, la tarea del Tribunal Supremo no será ni defender el concepto original de los textos constitucionales heredados de los constituyentes originarios y la

reconstrucción, ni divagar sobre las complejidades de la objeción contramayoritaria generada por el carácter elitista del constitucionalismo del common law. Su tarea es reflexionar sobre todos los principios afirmados por pueblo norteamericano y usarlo como pesos y contrapesos a las pretensiones políticas del día. Cuando el tribunal abroga una legislación en nombre de las generaciones pasadas de nosotros, el pueblo, ciertamente obliga a los políticos del presente a pensar dos veces antes de empujar en una dirección que amenace los compromisos fundacionales (Ackerman, 2011, p. 78).

Esta propuesta de promover una intervención más directa de la sociedad en su conjunto para los asuntos constitucionales, ha configurado un movimiento del derecho surgido en los Estados Unidos denominado constitucionalismo popular. Entre sus pretensiones está limitar las decisiones de los jueces constitucionales para que sea la sociedad y los colectivos mismos los que hagan el control constitucional sobre las estructuras políticas del Estado e incluso pretenden un control de los mismos jueces:

El constitucionalismo popular agrupa a un notable conjunto de juristas. Entre ellos encontramos a los coautores de este libro Jack Balkin y Sanford Livinson, así como otros autores como Larry Kramer, Akhil Amar, Richard Parker y Mark Tushnet, todos ellos reunidos por una común desconfianza frente al elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea, a la vez que críticos de la obsesiva atención que se dedica en ella al poder judicial. Partiendo de la premisa según la cual el gobierno le pertenece al pueblo (antes que a sus representantes, y mucho antes que a la justicia). En la visión de otros autores cercanos al constitucionalismo popular, como Mark Tushnet o Jeremy Waldron, la impugnación parece ser todavía más radical, y alcanza a toda forma de control judicial de constitucionalidad. Para Waldron, en una sociedad marcada por la existencia de desacuerdos profundos, y a la vez fundada por el principio de igualdad, la idea de que la reflexión sobre las cuestiones más importantes que dividen a la sociedad debe ser trasladada a los tribunales (cuyos miembros también están divididos por desacuerdos profundos, y que también deciden a través de la regla mayoritaria) resulta ininteligible. Para Tushnet, el principal objetivo de un populismo

constitucional como el que defiende es el de quitar la Constitución de las manos de los tribunales (Gargarella, 2010, p. 120).

La concepción y la corriente del constitucionalismo popular pretenden recuperar las apreciaciones ciudadanas sobre el derecho, ya que los directos afectados por las decisiones legislativas o judiciales en la cotidianidad son los ciudadanos. Por ello, los movimientos sociales, las protestas y el inconformismo por cierta medida gubernamental en el campo jurídico deben referenciarse y estudiarse con la pretensión de evitar tensiones con la ciudadanía. Por el contrario, son los ciudadanos inconformes los que efectuarían un control desde la perspectiva constitucional sobre las acciones jurídicas que ellos consideran equivocadas por parte de ciertas instituciones estatales. Es así como los movimientos sociales y los ciudadanos adquieren un protagonismo mayor en el derecho constitucional, debido a que son ellos los responsables de proteger los intereses generales y constitucionales.

Pero no solamente el constitucionalismo popular que se propone en los Estados Unidos transforma el control constitucional (que pasaría a la ciudadanía y los movimientos sociales directamente). También en Latinoamérica se han configurado concepciones que proponen una construcción del derecho, la práctica y la estructura estatal para lograr una mayor armonía y cercanía con las complejas realidades del contexto:

Hay una nueva política de legalidad e ilegalidad. Las nuevas resistencias son muy pragmáticas, utilizan la legalidad que está a su disposición, pero también medios ilegales. Hay una forma de utilizar la ilegalidad que puede ser totalmente pacífica, pero no está en el marco del derecho oficial. Las resistencias apuntan a lo que podríamos llamar desmercantilización de la vida; es decir, las cooperativas, las organizaciones económicas populares, las nuevas formas de servicios de organizaciones comunitarias que están produciendo valores de uso y no valores de trueque. Me parece que esta es una caracte-

rística importante. Hay una relación nueva entre seres humanos y naturaleza, y aquí el campo para establecer alianzas es enorme: ecologistas con campesinos y con indígenas, precisamente porque todos comparten la aspiración de una nueva relación entre los humanos y la naturaleza. Estas alianzas se van a dar también en el domino de los transgénicos, donde ecologistas y campesinos se unan. Es muy importante anotar que esta lucha es por la igualdad pero también por el reconocimiento de la diferencia. Por último, los nuevos objetivos combinan de una manera muy interesante y novedosa lo utópico con lo que es eficaz por ahora. Yo pienso que hoy estamos en un proceso en que se están creando nuevos derechos fundamentales; el derecho al agua, el derecho a la tierra, el derecho a la energía, el derecho a la biodiversidad y el derecho a los recursos naturales. Nada puede ser más fundamental porque la supervivencia de la gente está basada en eso, y me parece que ésa es una característica (Santos, 2009, p. 143).

Conclusiones

La reciente filosofía del derecho se adecua de forma sutil pero determinante con la ciencia jurídica –que reflexiona y delibera sobre temáticas complejas y al mismo tiempo prácticas– afectando con ello áreas del derecho centrales como el derecho constitucional. Este ámbito se ha convertido en el eje del derecho contemporáneo, lo que filósofos del derecho y destacados juristas han denominado constitucionalización del derecho debido a que el derecho constitucional impacta otras áreas del derecho y el mismo campo jurídico en general.

Esta constitucionalización del derecho –que tiene soportes en la filosofía del derecho– ha viabilizado discursos constitucionales innovadores que afectan de forma benéfica a los ciudadanos locales, nacionales y globales. Entre estos discursos sobresalen la garantía y protección de los derechos fundamentales –sean nacionales o supranacionales– determinantes en los diferentes modelos de Estado implementados en el siglo XX y lo que va del XXI. Para la consolidación de estos modelos

estatales, el control constitucional fue esencial y la filosofía del derecho, la teoría jurídica y el derecho constitucional promovieron esta posibilidad al transformar la división de poderes y plasmar la importancia del juez constitucional como garante de los derechos fundamentales. Para ello, los jueces han debido orientar y determinar la producción legal de las ramas legislativa y ejecutiva, acciones que llevan al juez no solo a crear derecho sino también a controlar los poderes políticos.

Con esta investigación se pretendió demostrar con base en la filosofía y la teoría del derecho y el derecho constitucional, que el control constitucional no solo es una práctica jurídica específica, sino que también tiene implicaciones en la consolidación de modelos de Estado, como el Estado constitucional y democrático de derecho, de amplia difusión en Europa y los Estados del norte global. Igualmente, se demostró que en contextos como el colombiano esta figura ha sido esencial para garantizar y proteger los derechos de los ciudadanos, desafortunadamente con resultados desfavorables debido a que el nuestro es un contexto donde las necesidades básicas no están resueltas para la mayoría de los ciudadanos, pese a las repetidas intervenciones de los jueces constitucionales.

Ante esta situación surgen propuestas de control constitucional que superen las decisiones de los jueces constitucionales y sean más efectivas para contextos desiguales como el latinoamericano en general y colombiano en particular. Estas propuestas –soportadas igualmente en la filosofía y la teoría del derecho– están enmarcadas por críticas que proponen formas de control constitucional basadas en la ciudadanía, con la pretensión de que los resultados de garantía de derechos sean más eficaces y beneficien a los ciudadanos directamente. Estas proposiciones innovadoras serán objeto de discusión en los ámbitos del consti-

tucionalismo contemporáneo y, por supuesto, de la filosofía y la teoría del derecho

Bibliografía

ACKERMAN, B. (2011). *La Constitución viviente*. Madrid: Marcial Pons.

ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALEXY, R. (2010). "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". En: *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ARANGO, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Legis.

ANSUÁTEGUI R. (2000). *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*. Madrid: Dykison.

BERNAL, N. (2003). *El Control de Constitucionalidad de la Ley. Estudio comparado y recopilación de las principales decisiones de la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibáñez.

BONILLA, D. (2009). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre.

BOROWSKI, M. (2000). "La restricción de los derechos fundamentales". En: *Revista española de derecho constitucional*. No. 59. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.

CARBONELL, M. (2010). "El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis". En: *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CARRILLO DE LA ROSA, Y. (2008). *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

DWORKIN, R. (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

_____. (2004). *La comunidad liberal*. Bogotá: Siglo del Hombre.

_____. (2010). "Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales". En: *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

FERRAJOLI, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

_____. (2009). "La igualdad y sus garantías". En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. No. 13. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

GARCÍA, M. (2001). "Estudio preliminar". En: *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

GARGARELLA, R. (1999). *Derechos y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa Editores.

_____. (2010). "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de la leyes. El constitucionalismo popular frente a la teoría de Nino". En: *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

KELSEN, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

HART, J. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre.

HART, H. (2005). "Postscriptum". En: *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre.

HERDEGEN, M. (2006). "La Corte Constitucional en la relojería del Estado de derecho". En *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá: LEGIS.

HIMMA, K. (2012). *El debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*. Serie, Teoría

del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

LÓPEZ, D. (2006). "El papel de los jueces y la jurisprudencia en la Constitución de 1886: apuntes históricos sobre la Corte de Casación

de la Regeneración". En: *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá: Legis.

RODRÍGUEZ, J. (2012). *Creación judicial y derechos fundamentales*. Lima: Ara Editores.