

EL CANON NEOCONSTITUCIONAL



Miguel Carbonell
Leonardo García Jaramillo

EDITORES

Universidad
Externado
de Colombia

EL CANON NEOCONSTITUCIONAL



Miguel Carbonell
Leonardo García Jaramillo

EDITORES

Universidad
Externado
de Colombia

EL CANON NEOCONSTITUCIONAL

SERIE INTERMEDIA DE TEORÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO N.º 8

MIGUEL
CARBONELL

LEONARDO
GARCÍA JARAMILLO
EDITORES

EL CANON NEOCONSTITUCIONAL

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

ISBN 978-958-710-469-1

ISBN EPUB 978-958-710-953-5

© 2010, MIGUEL CARBONELL - LEONARDO GARCÍA JARAMILLO (EDS.)

© 2010, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: enero de 2010

Fotografía de cubierta: *Cronos: Dios del tiempo humano* (detalle), escultura en mármol, Cementerio La Recoleta (Buenos Aires), tomada por Leonardo García Jaramillo

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones

Composición: David Alba

ePub x Hipertexto Ltda. / www.hipertexto.com.co

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

*A Rodolfo Arango:
forjador de cánones*

PRESENTACIÓN

Uno de los elementos esenciales que hacen parte de la influyente corriente teórica denominada “neoconstitucionalismo” es la renovación en la literatura jurídica que se produce en un contexto determinado^{1}, la cual, además de aumentar en cantidad, se destaca también por su nivel cada vez mayor de sofisticación y rigor, así como por el grado de impacto que ejerce sobre otras disciplinas y otros contextos distintos de los de su origen.

Puede afirmarse (al menos con un grado importante de asentado consenso) que Colombia es uno de los países de la región inscritos en la fenomenología abarcada por esta corriente, tal como lo han reconocido diversos estudiosos pero, principalmente, como puede deducirse al observar su realidad jurídica actual, determinada por la promulgación de una constitución en 1991 muy distinta de su antecesora debido, entre otros aspectos, al amplio catálogo de derechos que consagra, junto con mecanismos procesales instaurados para asegurar su cumplimiento, la cual a su vez creó una nueva jurisdicción a cuya cabeza ubicó un tribunal constitucional independiente; la jurisprudencia de dicho tribunal no se ha restringido en el examen de la constitucionalidad de los actos del legislativo, sino que ha ejercido un activismo al amparar los derechos sociales, además de los de libertad, desde un garantismo respetuoso de las competencias de las otras ramas del poder público.

El trabajo de la Corte Constitucional ha influido de manera determinante en la creación y el desarrollo del derecho, ya que incluso la jurisprudencia ha pasado a concebirse como la fuente primaria de la conciencia jurídica colombiana, es decir, como la principal fuente de la forma de comprender el derecho en el ámbito académico y profesional.

La implementación del modelo neoconstitucional no ha dejado de suscitar polémicas, como el enfrentamiento entre las tesis optimista y escéptica frente a la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia, al igual que su papel (no sólo jurídico sino también) político en la crítica a la predominante influencia del formalismo jurídico en nuestra forma de entender el derecho, sobre la cual subyace una ideología que irradia todas las instituciones públicas. Otros aspectos que han merecido críticas destacadas se relacionan con la potestad de los jueces, y en especial de los magistrados de las altas cortes, para proferir decisiones que tienen impacto sobre la economía nacional al proteger derechos de prestación, o con los mecanismos utilizados (la ponderación, especialmente) para resolver las tensiones que se presentan en la aplicación de los derechos fundamentales.

Los desarrollos evidenciados en la jurisprudencia y la academia, sin duda, han contribuido de forma novedosa y decisiva a renovar nuestras concepciones y prácticas sobre el derecho, pero también a crearlas. Los caracteres propios y distintivos del neoconstitucionalismo se reflejan asimismo en la enseñanza de la ciencia jurídica, que cada vez va haciendo más imperativa la necesidad de formar a los futuros juristas en otros campos temáticos adicionales a las sacrosantas leyes y los procedimientos.

La inmensa problematicidad que se deriva de los anteriores postulados impide que una limitada selección de artículos pueda representar con fidelidad todo el rango que abarcan las principales preocupaciones intelectuales de los juristas y académicos del derecho neoconstitucionalista en la actualidad. Aunque las cuestiones son diversas, podría decirse que dentro de los principales títulos que en materia de literatura jurídica se publican en Colombia se distingue nítidamente la influencia ejercida por los espectros ius-filosófico, filosófico-político y constitucional; materias en las que -como el lector ya lo habrá advertido- se inscriben los ensayos presentes en este libro que procura insertarse en (y contribuir con) la referida renovación teórica que comporta el cada vez más profuso y cualificado debate sobre el neoconstitucionalismo.

Si bien todos los ensayos que componen el libro están claramente relacionados por cuestiones afines entre ellos y en torno a varios de los aspectos centrales del debate académico nacional y transnacional actual, desde el principio se pretendió que cada uno fuera autosuficiente en su lectura, es decir, que se pudieran abordar de forma independiente tal como fueron concebidos desde un principio. Así pues, de manera sugestiva varios de los ensayos se entrecruzan respecto de los temas que analizan y las preocupaciones que ocupan a sus autores. Esto se procuró lograr también por la importancia que autores como DWORKIN le confieren a la filosofía política dentro del estudio y la interpretación jurídicos. El profesor estadounidense sostiene que “la teoría jurídica es un compartimiento que hace parte de la filosofía política”^{2}. Así lo creemos nosotros también.

En tal sentido, de los ensayos puede destacarse que se sintonizan con las preocupaciones por lo que el derecho es y por lo que *debe ser* (respecto de su práctica y concepción), las cuales comportan la defensa que autores como DWORKIN y ALEXY han sustentado del grado de vinculación que el derecho debe tener con la moral. Entre otros factores, debe insistirse en que una teoría del derecho es insuficiente para describir el fenómeno jurídico si no da cuenta de su naturaleza controversial. BRIAN BIX señaló precisamente que un obstáculo al momento de procurar desarrollar y ampliar el diálogo e intercambio académico entre los teóricos jurídicos es la carencia de un reconocimiento efectivo de la diversidad de formas y propósitos que sustentan las diferentes teorías que se ocupan de la naturaleza del derecho^{3}.

Desde otro punto de vista, pero cercano a este, en el derecho comparado las reconstrucciones teóricas son antecedentes ineludibles en los posteriores análisis concretos sobre casos de trasplantes de sistemas o instituciones jurídicas, ya que los cambios enmarcados por el neoconstitucionalismo han tornado imperativa la atención a instituciones y figuras doctrinarias extranjeras para concebir adecuadamente, interpretar y aplicar los ordenamientos jurídicos. Ante la pregunta sobre de qué forma cambia el derecho en contextos determinados y por qué razones se ven obligados los sistemas o instituciones a mutar cuando viajan de país a país, diversos autores sustentan que, si bien el derecho es autónomo, su transformación se da mediante el trasplante o los intercambios de normas de un lugar a otro, aunque esos lugares presenten distintos contextos socioculturales^{4}.

Este libro procura avanzar en una comprensión y problematización sobre algunos de los debates que en la actualidad se desarrollan en las aulas universitarias y en los numerosos eventos académicos que se convocan sobre temáticas constitucionales y teórico-políticas, así como de los que hacen parte en la cada vez más numerosa y calificada cuantía de publicaciones académicas sobre los mismos temas. Precisamente, el contribuir con el proceso de sofisticación y avance de la literatura jurídica es el cometido que nos ha motivado a presentar esta compilación de ensayos que revisten de arsenal académico, pero también político y propiamente jurídico, para adentrarse o avanzar en parte importante de los cánones jurídicos que, cada vez con mayor rigor y cohesión, contribuyen a explicar, desarrollar y señalar los horizontes de las prácticas jurídicas y de las cuestiones cuyo estudio se vuelve imperativo en distintos espacios de discusión académica.

Sin relevar a algún potencial reseñador de las características del libro, deben presentarse los textos que lo integran. Justamente la primera sección, "Los cánones y la canonicidad", abre con un ensayo que analiza y controvierte la denominación y conformación de los cánones en el derecho. JACK M. BALKIN y SANFORD LEVINSON, además de explicar, describir y ejemplificar literatura y casuística canónica, discuten en torno de varios aspectos sobre la canonicidad en el derecho en general, y en el derecho constitucional en particular. En contraste con la conformación de los cánones en las humanidades, señalan que, dado que los cánones jurídicos dependen fuertemente de los pronunciamientos de los tribunales y las legislaturas, los humanistas tienen más control sobre su canon que los juristas. Argumentan que el canon de derecho

constitucional en los Estados Unidos necesita una seria revisión, pues el estudio actual de tal campo está demasiado centrado en la Corte Suprema, por lo que el resultado es una carencia de perspectivas histórica y comparativa. La enseñanza del derecho resulta, en este contexto, afectada en la medida en que se incentiva una excesiva especialización y se enfoca la atención disciplinar lejos de cuestiones básicas acerca de la justicia del sistema jurídico. Dentro de los análisis que revisten una significativa importancia para nuestro contexto, se encuentra el que un revitalizado canon constitucional debe prestar atención a cuestiones estructurales que no se presentan a menudo ante los tribunales, y debería asimismo incluir intérpretes no judiciales de la Constitución, en particular aquellos que sean representativos de movimientos políticos y sociales cuyas lecturas frecuentemente demarcan la dirección de la interpretación constitucional. Los autores debaten también en torno a los diferentes modos de constituir o definir un canon, sustentando, por ejemplo, que lo considerado como canónico en el derecho depende en gran medida de la audiencia y los propósitos para los cuales se construye el canon.

Sin lugar a dudas, en los sistemas jurídicos de Occidente -particularmente en los de tradición romano-germánica como el nuestro- una de las teorías canónicas en la comprensión y aplicación del derecho en general, y del derecho constitucional en particular respecto de la interpretación de los derechos fundamentales, es la propuesta por el jurista germano ROBERT ALEXY. A su vez, dentro de los principales elementos que hacen parte de los procesos de neoconstitucionalización se encuentra la ponderación como mecanismo metodológico para la

aplicación de los principios constitucionales, sobre todo aquellos que se refieren a derechos fundamentales. Y ha sido ALEXY quien ha presentado de manera más estructurada y sólida una concepción bien desarrollada de la estructura de la ponderación.

En su contribución a este libro, ALEXY defiende la racionalidad de la ponderación en casos complejos de aplicación de derechos fundamentales frente a críticas como las enderezadas por HABERMAS, para quien la construcción ponderativa nos deja fuera de la esfera de la justificación, de la corrección y de la objetividad, y además reblandece los derechos fundamentales. La ponderación, como requisito esencial de la coherencia del sistema en la teoría de ALEXY, reconoce una gradualidad por la cual HABERMAS ha sostenido que carece de un criterio estructurado de racionalidad^[5]. Se presentan, entonces, las críticas de HABERMAS y se expone la estructura de la ponderación para concluir sosteniendo, luego de una lectura en clave jurisprudencial, que la ponderación resiste tales objeciones.

Uno de los principales problemas (si no el mayor) que ALEXY enfrentó en su obra *Teoría de los derechos fundamentales* fue precisamente el de las demarcaciones de los derechos fundamentales respecto de una teoría de los principios. La idea central es que los derechos fundamentales son un tipo de normas que además de distinguirse por un criterio de generalidad superior al que tienen las reglas, cuentan con una estructura de mandatos de optimización que, como se sabe, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dependiendo de las condiciones jurídicas y fácticas.

Estas ideas, ampliamente presentes en la concepción neoconstitucional, ubican al principio de proporcionalidad - y así a la construcción ponderativa que determina el contenido definitivo de los derechos fundamentales- en el centro de la dogmática de los derechos fundamentales. Para presentar la estructura de la ponderación ALEXY distingue entre dos clases de normas que integran las constituciones democráticas modernas, es decir aquellas que constituyen y organizan los tres poderes públicos, y las que limitan y encauzan el poder estatal, tales como, principalmente, los derechos fundamentales.

El texto resulta importante dentro de la teoría de ALEXY, tanto porque explica su concepción de la ponderación y la defiende de una de las críticas más importantes, como la enderezada por HABERMAS, como porque permite entender aspectos esenciales y estructurales de dicha teoría como la doble naturaleza del derecho: la dimensión real (legalidad) y la ideal (corrección moral). Concebir el derecho sólo desde la primera significa defender un concepto positivista del derecho, por lo que debe asumirse, sustenta, un concepto no-positivista (que autores como BULYGIN han dicho que no es más que una especie de iusnaturalismo camuflado) que añade la corrección moral como un elemento fundamental del derecho.

En su contribución relativa a la superioridad y la primacía constitucionales respecto, puntualmente, de la legitimidad del poder judicial para declarar inconstitucionales leyes promulgadas por legisladores electos, RONALD DWORKIN reconoce que no es extraño que muchos consideren no democrática esta actividad, pero reitera que lo fundamental radica en el entendimiento de la democracia y de la interpretación jurídica. Considerando

que las constituciones del neoconstitucionalismo consagran diversas formas de control judicial de las leyes desde que esta posibilidad fue instaurada en 1803 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, el análisis de esta cuestión por parte de uno de los más lúcidos teóricos que la han defendido reviste gran importancia y pertinencia.

Pareciera que mediante esta labor de revisión judicial se pervierte aquello de que la democracia significa gobierno del pueblo. Lo cierto es que la amenaza a la democracia tiene que ver, más que con la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, con los poderes de una mayoría que, amparada en la legitimidad de ser elegida popularmente, es insensible a los intereses de los menos favorecidos de la sociedad o de quienes no cuentan con poder económico que se traduzca en poder político. DWORKIN insiste en que los constitucionalistas se concentraron demasiado en lo que dice la Constitución y en cómo debería interpretarse, y no lo suficiente en aquello que verdaderamente significa la democracia, la cual requiere de mayorías y del amplio sufragio, pero también de los derechos que contienen las normas constitucionales, razón por la cual los jueces tienen el deber de desafiar la voluntad popular cuando los derechos constitucionales están en juego. Advierte que el debate acerca de lo que es una constitución y de lo que los jueces dicen que es^{6} ha estado descarriado, ya que al garantizar derechos en un lenguaje abstracto y con fuerte contenido moral, no hay otra forma de ser fiel a la interpretación del texto que desde consideraciones morales además de estrictamente jurídicas.

En su primer texto, LUIGI FERRAJOLI parte de la distinción entre dos tipos de dolor: uno natural (dolor sufrido) y otro

producido por las personas (dolor infligido) para señalar que su eliminación o reducción es la razón de ser y la justificación del derecho. Los derechos fundamentales son configurables como derechos a la exclusión o a la reducción del dolor: los *derechos de libertad*, junto con el derecho a la vida y a la integridad personal, pueden ser interpretables como derechos dirigidos a prevenir el dolor infligido, mientras que los *derechos sociales* pueden concebirse como expectativas positivas, o sea a prestaciones públicas dirigidas a reducir el dolor sufrido. A juicio del profesor italiano, la historia misma del derecho moderno puede interpretarse como la historia del desarrollo de la estructura institucional de la esfera pública como sistema de respuestas a estos dos tipos de dolor.

Como es usual no sólo en las obras de estos autores sino en muchas otras que hacen parte del canon neoconstitucional, quienes contribuyen en este libro se refieren a los textos constitucionales de sus respectivos países y, del mismo modo, los ejemplos con los que ilustran y fundamentan sus tesis provienen de sus tradiciones jurisprudenciales; pero las cuestiones centrales y estructurales sobre las que se ocupan pueden extrapolarse a contextos como el iberoamericano donde los problemas de interpretación jurídica, justicia constitucional, democracia real y representativa, legitimidad del poder judicial, etc., ocupan gran parte de la agenda de los cultores del derecho público en nuestros países.

La segunda sección, “Neoconstitucionalismo: teoría y práctica”, inicia con un texto que constituye un marco de referencia para los estudios del neoconstitucionalismo en América Latina, ya que, desarrollando un planteamiento con el cual había prologado un libro reciente^{Z}, MIGUEL

CARBONELL presenta una forma de determinar el influjo de esta doctrina, y su grado, al sustentar que hay al menos tres distintos niveles de análisis que conviene examinar cuando se abocan cuestiones como ¿qué se engloba bajo el paraguas más o menos amplio del neoconstitucionalismo?; tales niveles son: los textos constitucionales originales que comienzan a surgir después de la segunda posguerra, y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX, las prácticas jurisprudenciales que resultan como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del modelo sustantivo de textos constitucionales representado por el nivel anterior, y los desarrollos teóricos que se advierten en distintos contextos en los cuales se investiga a fondo y se traducen materiales influyentes, canónicos, de otros contextos, para contribuir en el proceso de creación y reforma institucionales. Si bien el texto aborda el asunto desde una perspectiva teórica, queda manifiesta la oportunidad y necesidad de desarrollar su estructura de análisis dentro de contextos sociojurídicos concretos.

PAOLO COMANDUCCI se articula de manera crítica con el neoconstitucionalismo. Señala que durante los últimos treinta años se han realizado dos importantes cambios en el dominio jurídico en varios países de Europa continental, y después en muchos países del mundo, a saber: la “constitucionalización” del derecho (cambio estructural) y la afirmación del “neoconstitucionalismo” (cambio doctrinal). Estas transformaciones están relacionadas entre sí, ya que uno favorece y sustenta al otro, en un proceso de acción y retroacción; comienza caracterizando el primer fenómeno y luego presenta y analiza de forma crítica el segundo. Reconstruye desde lo histórico el modelo constitucional italiano y reinterpreta la distinción de

Bobbio entre tres tipos de positivismo jurídico para clasificar, de manera análoga, tres diversas formas de neoconstitucionalismo (teórico, ideológico, metodológico), lo cual es justificado porque de esa forma resulta más comprensible y significativa la confrontación crítica entre tipos homogéneos de positivismo y, respectivamente, de neoconstitucionalismo. Afirma que la utilización de tal tripartición permite también advertir las diferencias existentes entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo.

Al ser COMANDUCCI un crítico del neoconstitucionalismo, una crítica hacia sus planteamientos se constituye, en algún sentido, en una defensa de un cierto tipo de neoconstitucionalismo. Este es el cometido de JOSÉ JUAN MORESO, quien reconoce la importancia de la disección elaborada por el profesor italiano de los presupuestos del neoconstitucionalismo y se muestra de acuerdo con la distinción entre el constitucionalismo como concepción teórica acerca del derecho y el constitucionalismo como modelo constitucional. MORESO acoge la división que presenta COMANDUCCI entre neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico para desarrollar sus objeciones a partir de este esquema; puntualmente, controvierte acerca de las tesis que se le atribuyen al neoconstitucionalismo y a las críticas que se le dirigen con el objetivo de delinear unos perfiles adecuados del neoconstitucionalismo para mostrar que, así trazados, resulta compatible con el positivismo jurídico.

En sus reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución, Susanna POZZOLO indica la ambigüedad en la que ha derivado el concepto "neoconstitucionalismo" por su utilización indistinta para

indicar diferentes clases de fenómenos. Dicha ambigüedad analítica del concepto (que podríamos entender como una consecuencia o, mejor, como una secuela de su temprana y extendida expansión en el léxico iusfilosófico y constitucional) deriva en que al ampliarse su capacidad denotativa se reducen sus potencialidades connotativas. Dentro de los presupuestos esenciales del neoconstitucionalismo se encuentran la rigidez y el carácter garantizado de la Constitución, tal como han afirmado, entre otros, LUIS PRIETO SANCHÍS y CARLOS BERNAL PULIDO. POZZOLO insiste, y sustenta, que tales características necesariamente impiden determinar por sí solas el proceso de constitucionalización. Las exigencias interpretativas del neoconstitucionalismo dependen de la forma como dicha doctrina concibe la Constitución y no del objeto mismo "Constitución" en la medida en que la manera de interpretar dicho texto se encuentra ligada a la forma de concebirlo. El cometido de esta autora es avanzar hacia una mayor claridad del concepto "neoconstitucionalismo" partiendo de un examen de sus presupuestos, tales como el modelo preceptivo de la Constitución como norma y el efecto de irradiación de los derechos fundamentales hacia todo el ordenamiento.

Ocupándose de uno de los presupuestos teóricos más significativos estudiados por los neoconstitucionalistas, JOSEP AGUILÓ REGLA respalda que con sólo considerar nociones neutrales o avalorativas ("constitución rígida" y "constitución regulativa"), es decir, tomando en cuenta sólo algunos cambios estructurales de nuestros sistemas jurídico-políticos, no es posible comprender la evolución y el alcance de los desarrollos teóricos e institucionales que han desembocado en el "Estado constitucional". Se enfoca

en destacar el “componente de valor” que implica el “constitucionalismo político”, es decir la concepción de la Constitución como ideología, sin la cual el Estado constitucional simplemente no se entiende. Revela algunas contradicciones internas del constitucionalismo que permitirán comprender el rol desempeñado por parte de las concepciones constitucionales, a partir de lo cual muestra que una adecuada concepción de la Constitución tiene que poder integrar y dotar de sentido la presencia de elementos en tensión, para lo cual toma como ilustración la necesidad de integrar el momento de “darse una Constitución” y el de “vivir en Constitución”.

Contra el positivismo jurídico del siglo XX se han presentado dos argumentos: el de la injusticia (una norma muy injusta no es derecho) y el de los principios (si existen entonces existe también una relación conceptual necesaria entre derecho y moral), los cuales se orientan, respectivamente, a garantizar un umbral de corrección mínima en el ordenamiento y a señalar un horizonte ideal a cuya aproximación óptima queda vinculado el derecho. El neoconstitucionalismo ha fungido como un marco para la consolidación y expansión de la democracia constitucional, e igualmente ha reforzado la vigencia del argumento de los principios en la teoría del derecho. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA sustenta la derrotabilidad como una propiedad disposicional propia de todas las normas jurídicas de un Estado constitucional (reglas inclusive), por lo que sólo una perspectiva acorde con las exigencias del neoconstitucionalismo permite contemplar de forma adecuada el derecho de los estados constitucionales. El que estemos comprometidos con valores como igualdad, justicia y libertad -o atados a ellos como Ulises al mástil del barco-

significa que debe reservarse la posibilidad de cuestionar (revisar, e incluso derrotar) ciertas normas sin por ello quedarnos fuera del derecho.

GARCÍA FIGUEROA revisa las polémicas sobre el positivismo jurídico y la distinción entre reglas y principios, respecto de la cual sostiene que criticarla por los problemas de los principios como categoría autónoma no parece una estrategia adecuada de ataque en la medida en que lo problemático no es la noción de principio, sino la noción de regla (como norma inderrotable) implícita en la configuración por contraste de los principios. A su juicio, la discusión se ha desplazado hacia la polémica en torno a la distinción entre normas inderrotables y derrotables, señalando que lo cuestionable no es la derrotabilidad de las normas sino la posibilidad de su inderrotabilidad. La dimensión constitucional y ética de las normas y la imprevisibilidad de los hechos constituyen la justificación de la derrotabilidad de las normas jurídicas.

Principia Iuris, la última obra de FERRAJOLI^{8}, ha despertado, como es usual teniendo en cuenta la clase de autor de que se trata, un gran interés que ha trascendido las fronteras geográficas, disciplinares y, próximamente, lingüísticas^{9}. Obra monumental, no sólo por su extensión (tres tomos), es analizada por LUIS PRIETO SANCHÍS, quien la presenta como una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional, y sustenta además que sus conceptos más generales presentan un alcance más amplio que resulta válido para explicar sistemas jurídicos precedentes e incluso sistemas normativos no jurídicos. Examina esta obra, en contexto con las precedentes, desde la agenda del neoconstitucionalismo, o más precisamente desde criterios

bastante adoptados por esta corriente como el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, la Constitución entendida como provisión, la conflictividad entre derechos y, por tanto, la ponderación como mecanismo para su solución. En este contexto, la concepción constitucionalista de *Principia Iuris* es presentada como una clase de constitucionalismo rematerializado o de los derechos.

Conviene desarrollar la estructura del neoconstitucionalismo transnacional presentada por CARBONELL respecto de un contexto sociojurídico particular. La contribución de Leonardo García procura hacerlo desde el colombiano. Al ensayo lo enmarca la pregunta -que a su vez constituye el centro de gran parte de la discusión sobre el tema- de si el “nuevo derecho” en Colombia es una entelequia teórica innecesaria, artificialmente nueva, o constituye, por el contrario, una novedad pertinente que explica algo y que señala rumbos idóneos y cursos de acción. El neoconstitucionalismo, como planteamiento a la vez analítico, descriptivo y prospectivo, debe defenderse también desde lo representativo que resulta como modelo ideológico para contribuir en la defensa del rol progresista de los tribunales constitucionales, por ejemplo, en la formulación y vigilancia de políticas públicas en casos dramáticos que han sido olvidados por los otros poderes. Se argumenta que, en efecto, el sistema jurídico colombiano responde a la fenomenología neoconstitucional en la medida en que una nueva Constitución, unas renovadas prácticas jurisprudenciales y los novedosos desarrollos teóricos que presenta su academia jurídica son los rasgos idiosincrásicos de su derecho actualmente. Al final se presentan y desestiman algunas críticas recurrentes al nuevo derecho.

Un reconocido crítico del neoconstitucionalismo, y en particular de la concepción axiológica de la Constitución y de la ponderación como mecanismo metodológico para la solución de casos donde colisionan principios, Juan Antonio García Amado, después de sintetizar los que a su juicio constituyen los diez más problemáticos caracteres propios y distintivos del neoconstitucionalismo, critica a DWORKIN y ALEXY. Del primero objeta básicamente la concepción en virtud de la cual el derecho que aplica el juez antecede por completo a su decisión, es decir, su razonamiento es puramente aplicativo mas no creativo. Se pretende así, a su juicio, esconder la discrecionalidad en la función judicial, lo cual motiva una acotación hacia DWORKIN.

“El primer DWORKIN”, aludiendo al autor de *Taking Rights Seriously*, es el que más impulsa al neoconstitucionalismo, y muestra que “el DWORKIN posterior” es más ambiguo y se acerca más a la fuerza decisoria de los valores morales que constituyen derecho, por lo cual existe en la función judicial la discrecionalidad a pesar de que el mismo DWORKIN la critique o, mejor, señale que no es total y absoluta. Se objeta la “lectura moral” de la Constitución que ha propugnado el autor estadounidense, así como la noción de “mejor interpretación posible”. A juicio de García Amado, “Más parece que definitivamente queda todo en un asunto de actitudes”. Después de reconocer que ALEXY es el gran expositor y sistematizador de la teoría de la argumentación jurídica, reitera su crítica a la ponderación por cuanto se le resta fuerza a la argumentación. La acotación a ALEXY, en sintonía con algunos elementos que presentara HABERMAS al respecto, tiene que ver con el déficit de racionalidad del derecho, y en particular de la decisión jurídica, cuando se acude en sustento a la forma

ponderativa. Considera que la moral subyacente a estas concepciones tiene mucho de emotivismo y prescriptivismo y acabaría siendo una nueva forma de positivismo jurídico ideológico.

Los lectores juzgarán, a partir también de otros elementos brindados por las demás contribuciones del libro, si la reconstrucción que ofrece García Amado del neoconstitucionalismo es una descripción acertada del canon y una lectura fiel de los autores de los que se ocupa. Es en todo caso valioso para la configuración y estructuración del canon que se controvierta para promover así el debate, ya que mientras más personas rigurosas examinen críticamente los supuestos y postulados de la doctrina neoconstitucional, más serán también los capacitados para corregir y enderezar cuestiones problemáticas.

Como se analizó desde DWORKIN, el rol y la misma naturaleza ontológica de la función judicial cambiaron radicalmente en el neoconstitucionalismo, por lo que estudiar la tarea de los jueces no es sólo pertinente sino necesario. La tercera sección, "Poder judicial y neoconstitucionalismo", inicia con un texto de Juan Carlos Bayón que afronta los principales problemas de justificación del constitucionalismo que se suscitan al asumir el valor de la democracia y reconocer el principio mayoritario como uno de sus ingredientes. Aborda en particular esta cuestión al considerar el dilema que representan los mecanismos institucionales contramayoritarios, a saber, la democracia constitucional y la objeción democrática al constitucionalismo. Sostiene que se ha tendido a subestimar la dimensión del problema y a dar por sentado que entre democracia y constitucionalismo

no hay ninguna dificultad severa. Para presentar la inexistencia del dilema, critica Bayón, se acude a unos pocos argumentos aparentemente muy sencillos y de cuya solidez no parece dudarse lo más mínimo, dentro de los cuales se encuentra el que insiste en que la democracia no puede identificarse sin más con el mero procedimiento de toma de decisiones colectivas por mayoría, sino que implica una serie de requisitos sustanciales sin los cuales sería grotesco calificar una decisión mayoritaria como auténticamente democrática. Presupone demasiadas cosas, y muy discutibles, la idea de que la democracia constitucional es una exigencia inmediata del compromiso con el ideal de los derechos. Su original planteamiento se aparta de las formas habituales de abordar los problemas de fundamentación del constitucionalismo al articularlo con la concepción de justicia propuesta por RAWLS . El núcleo de este enfoque está en la idea de que hay una tensión inevitable entre dos aspiraciones irrenunciables e igualmente valiosas: el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales. Los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos como aquellos que aseguran la autonomía individual.

El problema de la legitimidad democrática del control constitucional de la ley por parte de los jueces merece la atención de Víctor Ferreres. Ofrece en primer lugar varias ideas para enfrentar dicho problema al rechazar la tesis, sostenida por algunas teorías, de que es irrelevante la objeción democrática. Sustenta que es necesario construir una teoría que señale cuáles rasgos del proceso judicial

convierten a los tribunales en mejores instituciones que las asambleas legislativas para garantizar los derechos fundamentales constitucionales. La intervención de los jueces frente al legislador no está justificada únicamente cuando están en riesgo derechos asociados a la participación política, sino también cuando lo están derechos sustantivos. Si bien considera que los tribunales constitucionales y las asambleas legislativas son instituciones imperfectas y falibles, demuestra que hay razones para creer que aquellos, en materia de derechos fundamentales, tienen una ventaja comparativa, razón por la cual se debe establecer un sistema de control judicial de constitucionalidad de la ley, a pesar de su coste democrático. El reto práctico que señala es el de perfeccionar el sistema de justicia constitucional que mejor se adapte a las condiciones de cada país, tratando de maximizar los beneficios que puede aportar esta institución, así como de reducir sus posibles efectos colaterales.

RODOLFO VÁZQUEZ analiza un asunto de permanente discusión en los ámbitos políticos y jurídicos, como es el respeto a la democracia frente al argumento contramayoritario, articulándolo con otra cuestión de singular relevancia en el contexto del derecho público, en la medida en que se trata de una de las condiciones para la consolidación de la democracia: la independencia judicial. Examinando diversas concepciones acerca de dicha cuestión, VÁZQUEZ plantea un instructivo diálogo académico con otros autores del libro como GARGARELLA , MORESO , GARZÓN VALDÉS y CARBONELL , y desarrolla el grado de deferencia de la institución encargada del control constitucional hacia el legislador, cuya respuesta

condiciona al concepto de democracia que se sustente. El grado de deferencia que el órgano judicial debe tener hacia el legislador supone un control rígido y una intervención activa por parte de los jueces, que favorezca el diálogo institucional incrementando así la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones que no ha considerado o los puntos débiles y contradicciones en la fundamentación de sus decisiones.

Una “disputa imaginaria” con CARLOS SANTIAGO NINO es planteada por ROBERTO GARGARELLA , uno de sus discípulos insignes, quien se ocupa de analizar una de las cuestiones inconclusas en la obra de su maestro: el control judicial de constitucionalidad, explorándolo desde una corriente de pensamiento crítica de los enfoques más conocidos sobre tal control, como es el “constitucionalismo popular”. Dicha postura agrupa un conjunto de autores dentro de los que se destacan los coautores de este libro JACK BALKIN y SANFORD LEVINSON, así como LARRY KRAMER, AKHIL AMAR y MARK TUSHNET . Expone sintéticamente los puntos centrales del enfoque de NINO sobre el control judicial de constitucionalidad, tal como fue presentado en sus últimas obras, para sintetizar algunas de las principales líneas de análisis características del “constitucionalismo popular”, y concluye con una exploración de posibles acuerdos y desacuerdos entre ambas perspectivas.

La teoría realista frente a la concreción del control de constitucionalidad de las leyes es analizada por GUSTAVO ZAGREBELSKY respecto del caso italiano. Su concepción de tal control es “abstracta”, es decir, se refiere al control de constitucionalidad de la ley en cuanto tal. Dentro de los aspectos más interesantes del ensayo se destaca el contraste entre las concepciones del control de

constitucionalidad objetiva y abstracta, frente a la subjetiva y concreta. El carácter realista de la Corte Constitucional proviene del hecho de que en casos de colisión de principios, o aun cuando se enfrenta una ley con la Constitución pero no amerita la declaratoria de inconstitucionalidad general, la jurisprudencia no declara inexecutable alguna sino que -desde una contraposición entre el derecho viviente y “la ley en los libros”- establece excepciones para situaciones determinadas como las que ejemplifica el profesor italiano con dos interesantes casos sobre adopción en los cuales se declara una inconstitucionalidad parcial a partir de las hipótesis concretas del problema jurídico.

La última sección del libro, “El constitucionalismo global”, investiga la globalización en clave constitucional. Este movimiento ejerce una influencia determinante en la estructuración del derecho y la configuración del Estado constitucional, por lo cual su perspectiva no puede faltar en un trabajo sobre la corriente más influyente en los últimos años en los debates constitucionales^{10}. MANUEL ATIENZA analiza dos de los fenómenos sociojurídicos más importantes de los años recientes, a saber, el *constitucionalismo* y la *globalización*, y cómo han influido en el entendimiento usual del *derecho*, desde su perspectiva tanto local como global. Debido a que tales fenómenos resultan antagónicos en no pocos sentidos, ya que mientras para el primero el poder político debe someterse al derecho y el segundo supone el sometimiento del poder político al económico, se plantea el problema de si puede concebirse algún tipo de ajuste entre ellos o si, más bien, la globalización, como parece ser, acabará por imponerse sobre el otro. Se precisa el significado del “constitucionalismo” y se señalan algunos de los cambios

más importantes en los sistemas jurídicos que supone este fenómeno. Para Atienza, el futuro del derecho se juega en la resolución de esta cuestión, por lo cual mantiene que un derecho imbuido por los valores del constitucionalismo es uno de los instrumentos más potentes para civilizar el mundo. Reconoce que FERRAJOLI es uno de los mayores defensores de la “constitucionalización” del derecho en el escenario mundial, pero critica, por incoherente, su concepción de los derechos humanos como convenciones jurídicas, desligadas de pretensión de objetividad en materia moral.

Respecto de la posición de América Latina en el contexto de la globalización, CARLOS BERNAL PULIDO analiza tres déficit relativos a la igualdad en la representación política que se padecen en dicha región por los procesos de globalización, a saber: déficit de representación política en lo relativo a la construcción del marco de la globalización y al disfrute inequitativo de libertades y derechos sociales, así como déficit de representación política que se origina por la emigración. Tales cuestiones generan un déficit de representación porque impiden la participación de los ciudadanos del subcontinente en condiciones de igualdad en la toma de decisiones de alcance global. De esta manera se afecta la legitimidad de las decisiones que se adoptan. Como sostiene HABERMAS, basado en el principio del derecho de KANT, la legitimidad del derecho y de toda decisión política se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo, ya que, como participantes en discursos racionales, los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma o la decisión de que se trate encuentra o puede encontrar el consentimiento de todos los posibles afectados. Desde este