

# APROXIMACIÓN ANALÍTICA A LOS PROBLEMAS DEL CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO Y JURÍDICO

Yezid Carrillo de la Rosa<sup>1</sup>

**Fecha de Recepción:** Abril 28/2012

**Fecha de Aceptación:** Abril 9/2012

## RESUMEN

Este ensayo intenta identificar focos de problemas que plantea el constitucionalismo actual para el pensamiento social y muy especialmente para la teoría jurídica. Para ello inicialmente distingue entre constitucionalismo político y jurídico, para luego abordar las posibles situaciones problemáticas que surgen del constitucionalismo jurídico para la teoría del derecho.

---

<sup>1</sup> Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Grupo de investigación en Teoría del Derecho y Problemas Jurídicos Contemporáneos. Candidato a doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Abogado y Filósofo.

## **PALABRAS CLAVE**

Constitucionalismo político. Constitucionalismo jurídico. Constitucionalismo popular. Neoconstitucionalismo. Constructivismo.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El surgimiento de un derecho constitucionalizado ha reordenado el imaginario cultural e histórico respecto de la forma como se ejercía el poder político en Europa, que durante todo el siglo XIX y parte del XX tuvo como eje al poder legislativo, y en Latinoamérica, que desde los inicios de su vida republicana tuvo como epicentro al poder ejecutivo, la mayoría de las veces ejercido durante largo períodos por dictadores. Este reordenamiento espiritual y político-social, plantea nuevos retos para la creatividad de los teóricos de la política y del derecho, especialmente. Este trabajo busca identificar posibles focos de problemas que para el pensamiento jurídico y político surgen del constitucionalismo contemporáneo.

## **II. CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO Y CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO**

El constitucionalismo puede significar:

Una Constitución que garantiza derechos simplemente,

una Constitución que garantiza derechos y que es rígida,

una Constitución que garantiza derechos y que es rígida y que le otorga la última palabra al respecto del significado de los derechos a los juicios constitucionales,

una Constitución que garantiza derechos y que es rígida y que garantiza esos derechos mediante un órgano de carácter político (congreso).

Los tres primeros significados son compatibles con el constitucionalismo jurídico; los dos primeros significados y el último son compatibles con el constitucionalismo político. Uno de los primeros problemas es el de saber si la constitución debe entenderse como un documento político o como un texto jurídico. El constitucionalismo político y el constitucionalismo popular sostendrían la primera y el constitucionalismo jurídico la segunda.

### **2.1. Tesis centrales del constitucionalismo jurídico**

El constitucionalismo jurídico considera que podemos llegar a acuerdos racionales sobre los resultados sustantivos y que estos se expresan mejor en términos de derechos (que aseguran y consignan valores básicos de una sociedad democrática) que deben quedar consagrados en una Ley fundamental o constitución de una sociedad democrática; de lo anterior se infiere el carácter superior que debe tener la Constitución frente a la legislación ordinaria (supremacía

constitucional). El constitucionalismo jurídico desconfía de las mayorías facciosas y, por ello, considera que la Constitución debe ser interpretada y garantizada por los jueces y protegida frente a los cambios legislativos coyunturales, pues los políticos y los electores no siempre actúan ni respetan los valores democráticos. La tensión no es tanto entre Constitución y democracia sino entre derechos básicos constitucionalizados y democracia de mayorías. La cuestión para el constitucionalismo jurídico es determinar cuáles son los límites del juego de las mayorías en una democracia fundada en derechos.

Los partidarios del constitucionalismo jurídico suponen:

La existencia y valoración positiva de constituciones re-materializados que consagran valores fundamentales.

El principio de supremacía constitucional o del carácter superior de la Constitución frente a la legislación.

El carácter normativo de la Constitución que le confiere fuerza vinculante a la constitución en relación a las actuaciones y decisiones de los otros poderes del estado.

La rigidez constitucional o protección contra los cambios legislativos, especialmente frente a las tiranías facciosas o mayorías coyunturales.

La interpretación jurídica de la Constitución. La Constitución es norma, es ley, es un documento normativo que se interpreta de la misma manera que se hace con cualquier norma jurídica.

Supone que los políticos y los legisladores (mayorías estables) no siempre acogen los valores democráticos o están dispuestos a respetar los valores fundamentales.

La protección y garantía de los valores democráticos fundamentales le corresponde al poder judicial, no al legislativo o al ejecutivo, debido a que el proceso judicial es más seguro que el proceso legislativo a la hora de identificar y garantizar los derechos.

El poder judicial es el intérprete último y legítimo de la Constitución.

Defensa de una forma de democracia sustantiva o democracia constitucional que tiene como fundamento de legitimidad los derechos humanos o derechos fundamentales.

## **2.2. Tesis centrales del constitucionalismo político**

Los constitucionalistas políticos sostienen que el constitucionalismo jurídico se opone a la democracia (Bellamy, 2010, p.18) en la medida en que los remedios que proponen para hacer

frente a sus preocupaciones son contra-mayoritarias y subvierten las bases mismas de la democracia. Algunos incluso sostienen que la incomodidad con la democracia es uno de los “pequeños secretos sucios de la jurisprudencia contemporánea” (Unger). El constitucionalismo político concibe la Constitución no como un documento que nos provee de una respuesta sustantiva y correcta frente a los desacuerdos políticos sino como un procedimiento que permite resolver esos desacuerdos sobre la base del principio de igual consideración y respeto; entendiendo por igualdad la posibilidad que tienen todos de argumentar al interior de los procesos democráticos.

Filósofos y ciudadanos de todas las épocas han intentado construir una única visión coherente y normativamente persuasiva sobre una sociedad justa y bien ordenada sin éxito alguno; por el contrario siguen proliferando propuestas teóricas contradictorias y opuestas. La existencia de desacuerdos políticos entre los teóricos y filósofos y entre ciudadanos y grupos de ciudadanos que discuten sin éxito los mismos problemas, no significa que ninguna de las teorías de la justicia sea razonable susceptible de ser aceptada; tampoco significa que una sociedad democrática no deba tener un compromiso con los derechos y la igualdad; significa que existen limitaciones en nuestra capacidad para identificar una teoría verdadera y única sobre los derechos y la igualdad y de persuadir a los demás de esa verdad (Bellamy, 2010, p.19) Estos desacuerdos se presentan de manera exponencial cuando se intenta diseñar políticas que desarrollen y garanticen esos derechos debido a que por una parte no se puede anticipar las consecuencias de las medidas que se tomen y de que no hay certeza si determinadas políticas están relacionadas con determinados valores específicos, y por otra parte, los desacuerdos sobre la naturaleza de los valores fundamentales hacen difícil identificar las condiciones políticas, sociales y económicas que los desarrolle. Si no hay certeza sobre la verdad de una tesis o sobre su justicia y subsisten los desacuerdos razonables no es coherente afirmar que los jueces pueden fundamentar sus decisiones en la perspectiva correcta; no es posible creer que los jueces triunfarán donde los filósofos han fracasado (Bellamy, 2010, p. 20).

El constitucionalismo político sostiene:

Que mantenemos desacuerdos razonables sobre los resultados sustantivos que una sociedad democrática debe alcanzar sobre la base del principio de igual consideración y respeto.

Que el proceso democrático posee mayor legitimidad y más eficacia que el proceso judicial para resolver los desacuerdos razonables y sustantivos de una sociedad democrática.

Que igual consideración y respeto supone que los individuos pueden argumentar al interior de un proceso democrático y el sistema de “un hombre un voto”.

Que decidir mediante mayorías presupone tratar los problemas de manera justa e imparcial.

Que la competencia partidista en elecciones y en el parlamento institucionaliza un equilibrio de poderes que estimula a las partes a escucharse y a tomarse en cuenta.

Que el “proceso político es la Constitución” o “la Constitución es el proceso político”; “el proceso político se rige por el procedimiento establecido en la Constitución por tanto, es constitucional”, pero también es constitutivo de la Constitución debido a que puede reformarse a sí mismo. La Constitución es un documento formal, institucionaliza el procedimiento democrático define las reglas para el juego de las mayorías sobre las bases de un único valor sustantivo: el de “igual consideración y respeto de los participantes en el juego de las mayorías”.

### **2.3. Tesis centrales del constitucionalismo popular**

Una variante del constitucionalismo político lo constituye el constitucionalismo popular, corriente relativamente joven nacida en el ámbito norteamericano, que ha sostenido que los problemas constitucionales deberían ser resueltos por el pueblo, mediante la discusión política a través de sus representantes o líderes, como sucede en Gran Bretaña y no a través del control de constitucionalidad (Mark Tushnet) o, por ejemplo, que no debe la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional ser el intérprete final de la Constitución sino el pueblo, quien debería incluso poder invalidar las decisiones constitucionales (Larry D Kramer). Una versión atenuada del constitucionalismo popular y crítica de la anterior, sostiene que esta conexión se da porque las interpretaciones judiciales de la Constitución reflejan (o deben reflejar) la voluntad popular a lo largo del tiempo, aunque no de manera directa, sino a través de un proceso mediado por la manera en que el público recibe la información sobre lo que hace el tribunal, la manera en que el público reacciona a las decisiones judiciales y los tribunales conocen y toman en cuenta la opinión popular, sin que se entienda que los tribunales tienden a reproducir las opiniones mayoritariamente dominantes en sus decisiones (Barry Friedman)<sup>2</sup>. Los estudios empíricos de Friedman lo llevan a concluir que en Estados Unidos, la mayoría de las decisiones que toman los jueces resultan aceptables para la mayoría de los ciudadanos y que aquellas que producen desacuerdos y alientan la crítica ciudadana no conducen a un rechazo del control judicial que la Corte desarrolla sobre las leyes; todo lo contrario, las encuestas revelan que la mayoría de la población aprueba la interpretación de la Constitución que realizan los jueces<sup>3</sup>.

Hay que precisar que la interpretación constitucional, por la que abogan los constitucionalistas populares, no es aquella que sostiene que la interpretación debe guiarse, irreflexivamente, por las preferencias coyunturales de las mayorías sociales o deberían reproducir como un espejo las visiones populares sobre el significado de la Constitución, sino que en materia de interpretación constitucional “debe prevalecer la voluntad consistente y deliberada del pueblo, como algo diferente, sino directamente opuesto, de las preferencias agregadas de la mayorías en un momento dado”<sup>4</sup>, de allí que propongan un diseño institucional que permita la participación de la ciudadanía,

---

<sup>2</sup> FRIEDMAN, Barry. “Constitucionalismo popular mediado”. En, Revista jurídica de la Universidad de Palermo, pp. 125-126.

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 132.

<sup>4</sup> GARGARELLA, Roberto. Acerca de Barry Friedman y el “constitucionalismo popular mediado”. En, [www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n6N1Octubre2005/061Juridica07.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1Octubre2005/061Juridica07.pdf), p. 7.

de manera más directa y menos diferida en el tiempo, para que esta pueda hacer valer sus puntos de vista sobre el significado de la Constitución, y descentralizar la interpretación de la actividad de los tribunales. En todo caso es aceptado que los constitucionalistas populares pueden ser reconocidos:

Por su crítica al principio de supremacía judicial, al que consideran no solo elitista, al promover una “sensibilidad anti-popular”, sino contrario a la democracia al hacer de los jueces intérpretes últimos de la Constitución (Larry Kramer), de allí su lema de quitar o sustraer “la Constitución de las manos de los tribunales” (MarkTushnet).

Por la defensa que llevan a cabo de la interpretación extra-judicial de la Constitución, que ubica ya no a los jueces sino a la ciudadanía como el protagonista principal de ese proceso. La anterior tesis de carácter normativo es sustentado con estudios empírico-descriptivos que muestran, por una parte, la indiferencia (hostilidad) que tienen los jueces por el “sentido jurídico” de la ciudadanía, que los conduce en la práctica a eliminar ciertas visiones alternativas sobre el derecho que no encajan con las narrativas instituidas; pero además, estos estudios revelan el poco impacto que las decisiones de los jueces y tribunales han tenido, en Norteamérica, para revertir las decisiones políticas tomadas por el ejecutivo y el legislativo, mostrando como, por ejemplo, decisiones judiciales trascendentales (como *Brown v. Board of Education*) solo fueron eficaces cuando el ejecutivo y el legislativo actuaron conjuntamente con los tribunales<sup>5</sup>.

También habría que distinguir entre un:

*Robust Popular Constitutionalism*, que sostiene que es la voluntad popular, representada en el pueblo, es el único que puede dotar de significado la Constitución y es el guarda de su interpretación “correcta”. Para esta corriente la relación entre pueblo y judicatura son de oposición.

El *Modest Popular Constitutionalism*, que le asigna al pueblo una potestad negativa para invalidar las trasgresiones de la Constitución producidas por sus intérpretes institucionales. En este caso, la relación entre judicatura y pueblo puede o no ser de oposición, dependiendo de las circunstancias.

El *Trivial Popular Constitutionalism*, que considera que el pueblo tiene una potestad positiva de reconocimiento (tácito o expreso) de la interpretación que se haga de la Constitución. En este caso la relación entre pueblo y judicatura (de ser el órgano autorizado para realizar dicha interpretación) es de complementariedad.

---

<sup>5</sup> GARGARELLA, Roberto. "El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre de People Themselves", de Larry Kramer. En, [www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf](http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf).

El *Expressive Popular Constitutionalism* que si bien admite que es la Corte Suprema o El Tribunal Constitucional quien interpreta la Constitución valora como positiva la inclusión que esta hace de las preocupaciones y tendencias de la opinión pública mayoritaria en la determinación del significado de la Constitución<sup>6</sup>.

### III. PROBLEMAS BÁSICOS DEL CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO O NEOCONSTITUCIONALISMO

Si se escoge la tesis de que la Constitución es un texto o norma jurídica, entonces surgen para la teoría jurídica una serie de problemas que tradicionalmente han sido patrimonio suyo. A continuación señalaremos algunos.

#### 3.1. Caracterización del Neoconstitucionalismo

Como lo señala Carbonell, lo que se denomina hoy Neoconstitucionalismo está asociado comúnmente con:

La aparición de un grupo de conjunto de constituciones rígidas que incluyen pautas de carácter moral (principios y valores) con fuerza vinculante para todos los poderes públicos.

El cambio de paradigma interpretativo y de justificación de las decisiones judiciales en los tribunales y cortes constitucionales, en donde la ponderación de valores y principios ocupa un lugar central, y

A un nuevo enfoque teórico del derecho.

Guastini ha sugerido que el constitucionalismo supondría la presencia de ordenamientos jurídicos que se caracterizan por:

Poseer una Constitución rígida que agrava su reforma, protegiéndola de los afanes coyunturales de la legislación ordinaria.

Establecer un control o garantía jurisdiccional de la Constitución en cabeza de tribunales que la salvaguardan de la posible vulneración que pueda producirse de las normas infra-constitucionales.

Reconocer el carácter de norma suprema a los textos constitucionales y permitir su aplicación –directa- a todas las situaciones judiciales.

Permitir la sobre-interpretación y omnipresencia de la Constitución en todos los sectores del derecho ordinario.

---

<sup>6</sup> FLÓREZ MUÑOZ, Daniel Eduardo. "Aproximación al constitucionalismo popular". En, Revista jurídica Cognitio Juris, Año 2, No. 4, pp. 37-38.

Reconocer la fuerza vinculante de la Constitución frente al resto de los poderes públicos, especialmente el legislativo.

Exigir la interpretación de las leyes conforme al texto constitucional o de la "interpretación conforme de las leyes", según la cual si una disposición legislativa es susceptible de diversas interpretaciones debe preferirse aquella o aquellas que sean compatibles con la Constitución o si es contraria, puede hacerse una interpretación correcta de la misma.

Además podríamos añadir:

Por admitir la existencia de estándares normativos que ya no son solo las reglas positivas sino también los valores o principios (derechos fundamentales) que, por lo demás, acercan el derecho a la moral y exige del juez constitucional y ordinario la toma de decisiones no solo conforme a la legalidad formal sino también ajustada a la legitimidad expresada en los derechos fundamentales.

### **3.2. Conceptualización y/o clasificación del Neoconstitucionalismo**

Desde la perspectiva analítica, suelen distinguirse tres perspectivas de análisis: una perspectiva teórica, a la que se denomina Neoconstitucionalismo teórico, una perspectiva ideológica, identificada como Neoconstitucionalismo ideológico y una perspectiva metodológica o Neoconstitucionalismo metodológico.

El Neoconstitucionalismo como teoría (Neoconstitucionalismo teórico), constituye la versión opuesta del positivismo teórico. Se caracterizaría por intentar describir o reconstruir el sistema jurídico tal y como surge de la constitucionalización de los sistemas jurídicos luego de la Segunda Guerra Mundial. El Neoconstitucionalismo teórico sería perfectamente compatible con el positivismo actual, en la medida en que solo acepta, al igual que el positivismo metodológico, la tesis de la conexidad contingente entre derecho y moral, reconoce la insuficiencia del modelo de las reglas para dar cuenta del sistema jurídico contemporáneo, admitiendo la existencia de otros estándares como los principios; igualmente reconoce la necesidad de la ponderación para la adjudicación del derecho y, por tanto, la insuficiencia de la subsunción en la aplicación del derecho. Exponentes de esta versión serían autores como, Ferrajoli, Pietro Sanchís y el propio Comanducci, entre otros, aunque es evidente que sus teorías no puedan reducirse unas a otras.

El Neoconstitucionalismo puede ser analizado como una ideología (Neoconstitucionalismo ideológico) y constituiría la versión normativa del positivismo en el Neoconstitucionalismo, pues además de sostener la tesis de la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, la valora como algo positivo (tesis normativa de la vinculación), derivando de ella consecuencias, entre otras, que la constitucionalización de los sistemas jurídicos excluye la obediencia ciega al derecho legislado (antiformalista y antilegalista); por el contrario, que existe una obligación moral de obedecer la Constitución y las normas conforme a ella<sup>7</sup>. Comanducci señala además como una

---

<sup>7</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alonso. "Criaturas de la moralidad". Editorial Trotta, 2009, p. 18



característica del Neoconstitucionalismo ideológico, la exigencia de realizar una interpretación y lectura moral de la Constitución. Exponentes de esta versión son Zagrebelsky, Alexy y Dworkin, entre otros, aunque, como en el caso anterior, sus teorías no pueden reducirse unas a otras.

El Neoconstitucionalismo presupone una posición metodológica (Neoconstitucionalismo metodológico) que niega la tesis central del positivismo metodológico y, contrario a este defiende la tesis analítica de la vinculación o tesis identificativa entre derecho y moral, que sostiene, como lo vimos anteriormente, que existe una conexión conceptual necesaria, no contingente, entre el derecho y la moral y que esta se expresa en la inclusión de principios constitucionales y derechos fundamentales en las nuevas cartas constitucionales. Los neoconstitucionalistas metodológicos pueden a su vez subdividirse entre aquellos que proponen una teoría de alcance general, un neoconstitucionalismo metodológico fuerte, como sería el caso de Alexy, que pretende inferir conclusiones generales sobre el concepto de derecho, y un neoconstitucionalismo metodológico débil, como el propuesto por Dworkin que desarrolla su teoría teniendo en cuenta un contexto particular y, por tanto, limitando sus conclusiones al Derecho de los Estados Unidos y Gran Bretaña. Como podemos observar, hoy conviven dos formas de neoconstitucionalismo uno positivista (teórico) y otro antipositivista (ideológico y metodológico).

No obstante, la clasificación anterior es confusa debido a que confunde enfoques teóricos divergentes. Como ya lo señalamos anteriormente el fenómeno mismo de la constitucionalización del derecho está asociado a una serie de circunstancias políticas que surgen luego de la posguerra y que implican una nueva lógica del ejercicio del poder en Occidente; en ese sentido el constitucionalismo es una nueva forma discursiva que reorganiza el saber jurídico y el poder político en torno de un nuevo imaginario: la Constitución como sinónimo de justicia. En el anterior sentido, todo aquel que defiende una u otra forma de constitucionalismo tiene una perspectiva ideológica de la Constitución y del derecho. Lo que se a mal llamado el neoconstitucionalismo ideológico es una categoría extraña a la teoría jurídica, e insisto desafortunada en la forma en que la propone Comanducci, para quien el Neoconstitucionalismo como ideología se identificaría con los constitucionalistas no positivistas; en realidad, tanto positivistas como no positivistas pueden defender los postulados que se le endilgan a los neoconstitucionalistas ideológicos, en la medida en que pueden valorar como positivo el que en las constituciones se incluyan ciertos derechos morales derivando de ello, consecuencia como la obediencia moral a la Constitución. Si lo que se quiere señalar con ello es que detrás del Neoconstitucionalismo hay una ideología, una teoría política y una teoría moral, es evidente que la hay, como la hay detrás de cualquier teoría jurídica, pero como ya se señaló anteriormente, ello no es un problema de la teoría jurídica sino a lo sumo de la teoría moral, la ciencia política o de la sociología política. Todas las teorías jurídicas han respondido, justificado o legitimado ideologías y formas de Estado y de ejercicio del poder desde los griegos hasta las actuales versiones del constitucionalismo contemporáneo en todas sus variantes.

Pero la anterior clasificación no es solo confusa sino también desacertada porque cuando Bobbio propuso su clasificación del positivismo en teórico y metodológico, explicó que el primero se caracterizaba por su pretensión de definir o decir que es el derecho y el segundo por proponer una metodología para conocer el derecho. Eso no ocurre con lo que es distinción entre el Neoconstitucionalismo teórico y metodológico; no es cierto que el primero se interese por decir

que es la Constitución y el segundo por proponer un método para conocer la Constitución. Es mejor seguir con la distinción clásica de la teoría jurídica y distinguir simplemente entre un neoconstitucionalismo o constitucionalismo positivista y un neoconstitucionalismo o constitucionalismo no positivista.

El Neoconstitucionalismo o constitucionalismo positivista constituiría una versión opuesta al positivismo legalista en sus versiones formalistas y anti-formalistas, puesto que para esta versión la ley no es la fuente principal del derecho sino la Constitución, contraria al positivismo kelseniano y excluyente, pues a diferencia de estos últimos, los constitucionalistas reconocen el denso contenido moral de la Constitución y la necesidad de la argumentación moral para identificar el derecho válido y coactivo en una comunidad. Ahora bien, este Neoconstitucionalismo positivista puede ser perfectamente compatible con el positivismo incluyente, en la medida en que solo acepta la tesis de la conexidad contingente entre derecho y moral. No obstante, se diferencia de este último en que el (neo) constitucionalismo positivista reconoce la insuficiencia del modelo de las reglas para dar cuenta del sistema jurídico contemporáneo y, por ello, admite la existencia de otros estándares como los principios que tienen fuerza vinculante. El Neoconstitucionalismo positivista no tiene inconveniente en admitir la tesis de las fuentes sociales según la cual la identificación del derecho válido en un sistema jurídico puede depender de que los jueces realicen juicios de valor moral respecto de las normas que conforman el sistema, esto es, que la regla de reconocimiento pueda incluir estándares morales para reconocer el derecho obligatorio en una comunidad, pero ello acaece de manera circunstancial y contingente, no porque necesariamente los sistemas jurídicos deban incluir en sus Constituciones o leyes fundamentales determinados derechos morales, pues puede perfectamente el legislador constitucional suprimir algunos de ellos o incluir otros. Un ejemplo de Neoconstitucionalismo teórico es el propuesto por Ferrajoli.

El neoconstitucionalismo no positivista niega la tesis central del positivismo en todas sus versiones y, contrario a este, defiende la tesis de la vinculación, que sostiene, como lo vimos anteriormente, que existe una conexión conceptual necesaria, no contingente ni circunstancial, entre el derecho y la moral y que esta se expresa en la inclusión de principios constitucionales y derechos fundamentales en las nuevas cartas constitucionales. Los neoconstitucionalistas no positivistas pueden a su vez subdividirse entre aquellos que proponen una teoría de alcance general como el caso de Alexy, que pretende inferir conclusiones generales sobre el concepto de derecho, y aquellos que como Dworkin han desarrollado su teoría teniendo en cuenta un contexto particular y, por tanto, limitando sus conclusiones al Derecho de los Estados Unidos y Gran Bretaña.

### **3.3. La moralización del derecho y la juridificación de la moral**

La teoría jurídica actual no puede soslayar dos hechos históricos (o momentos teóricos): el constitucionalismo en el plano jurídico y el constructivismo ético de corte discursivo en el plano de la moral (García, 2011, pág. 17). El constitucionalismo ha aproximado el derecho a la moral en la medida en que ha incorporado elementos morales en los ordenamientos jurídicos (derecho), por su parte, el constructivismo ético ha aproximado la moral al derecho. La constitucionalización ha moralizado el derecho, en la medida en que lo ha aproximado a la moral, y las teorías éticas discursivas y constructivistas han acercado la moral al derecho, han juridificado la moral y ello

supone una crisis en el dualismo derecho-moral. El constructivismo supone a) que la moral ha dejado de ser un discurso individual, para transformarse en un discurso colectivo que se rige por un procedimiento y b) que hemos pasado de una moral subjetiva a una moral intersubjetiva que se caracteriza por proponer una representación procedimental del discurso moral (García, 2011, pág. 35).

A pesar que el constructivismo está lejos de ser una teoría unitaria, cualquiera sea la versión del constructivismo que se asuma, su aporte a la discusión meta-ética actual y al nuevo constitucionalismo tiene que ver con la relativización que este produce en la separación propuesta por el positivismo tradicional entre el Derecho y la moral. La moral como el Derecho no es algo que esté afuera y acabado, no es un objeto que preexista al sujeto moral, es algo que hacemos o construimos de la misma manera que hacemos el derecho; en ese sentido tanto el Derecho como la moral tiene un carácter artificial, pues ambos están compuesto de normas y estas son obra de los hombres. El Derecho y la moral son juicios humanos constituidos de acuerdo con ciertos procedimientos que se encuentran unificados y relacionados por la razón práctica (García, 2011, págs. 39-40).

#### **3.4. Constitucionalismo y judicialismo**

Tres habían sido las formas propuestas desde la teoría jurídica para articular las actividades y competencias del órgano legislativo y el órgano judicial. La primera podría denominarse (a) perspectiva realista-escéptica, caracterizada porque niega la relevancia del legislador; por el contrario, sostiene que no existen normas que preexistan a la decisión del juez y que este en todos los casos crea derecho. La segunda es la (b) perspectiva dogmática-formalista según la cual el derecho siempre es creado por el legislador, es técnicamente infalible y tiene como características principales el ser completo, coherente y preciso; por tanto, el juez siempre aplica un derecho preexistente y nunca lo crea. La tercera es la (c) perspectiva sociológica-antiformalista que si bien sostiene que el derecho es creado íntegramente por el legislador este es técnicamente falible, correspondiéndole al juez, en la mayoría de los casos rutinarios, completar la labor del legislador escudriñando que fue lo que este quiso decir o cual fue la intención o voluntad del legislador, y en los casos difíciles crear derecho marginalmente haciendo uso de su discrecionalidad judicial (García, 2011, pp. 49- 50).

Hoy, sin embargo, la constitucionalización del Derecho ordinario ha afectado las relaciones nítidas que desde el nacimiento del estado liberal se habían establecido entre el poder legislativo y el poder judicial. El Neoconstitucionalismo ha querido dar respuesta a los nuevos desafíos que propone esta nueva realidad de las democracias constitucionalizadas, a diferencia del realismo extremo, no niega que exista un derecho vinculante anterior a la decisión del juez, por el contrario, refuerza la vinculación del juez y de los demás órganos a la Constitución y especialmente a los valores o derechos en ella consagrada; ahora bien, al igual que el antiformalismo considera que el derecho legislado es técnicamente falible, pero a diferencia de este no cree que el juez deba crear derecho por defecto, como consecuencia de una deficiencia del sistema; el juez tiene poder creador de derecho como algo usual y este poder es compartido por el legislador, porque el juez no

se halla sometido al legislador, por el contrario, juez y legislador se hallan sometidos al Derecho (García, 2011, pág. 51).

El Neoconstitucionalismo ataca la tesis central del legalismo que sostiene que es el legislador el depositario de la legitimidad democrática. Esta tesis se fundamenta en la tradicional fórmula de Montesquieu, que adscribe la creación del Derecho al mundo de lo subjetivo, de la política, de los sentimientos, los intereses, la retórica y la ideología, mientras que la aplicación del Derecho pertenece al mundo de la objetividad, la neutralidad y la racionalidad. El Neoconstitucionalismo, influido por el constructivismo relativiza esta separación entre discurso jurídico y discurso político por dos razones: la primera de ellas sostiene que el discurso político del legislador en el Estado constitucional tiende a someterse a las exigencias de racionalidad jurídica representadas en las normas de derechos fundamentales; la segunda, porque el discurso jurídico incorpora una dimensión moral y política que no se puede soslayar (García, 2011, pág. 52).

#### **IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES**

Como puede colegirse de lo anterior, la discusión entre constitucionalistas políticos o populares y los partidarios del constitucionalismo jurídico deriva de cómo cada uno entiende la Constitución. Quien vea en ella un documento político, esta simplemente debe fijar los procedimientos para el juego de las mayorías representadas en el parlamento o el pueblo, siendo este último (parlamento o pueblo) el único y legítimo intérprete y garante de los derechos que se han consignado en ella. Quien, por el contrario, vea en ella un documento o texto normativo considerará que consagra unos derechos que por su importancia no pueden dejársela al juego de las mayorías y que para garantizarlos hay que protegerlos de las mayorías coyunturales, de allí el control y la garantía judicial de estos. Escoger uno u otro depende de nuestras preferencias morales y políticas y no es cierto que se pueda sostener que un diseño es mejor o superior que el otro. Porque si bien no es posible creer que los jueces triunfarán donde los filósofos han fracasado, el argumento puede devolverse, en el sentido de porque hay que pensar que donde los filósofos y juristas han fracasado tendrán éxito los políticos usualmente no informados y guiados por intereses particulares. Durante el siglo XIX y XX el diseño que imperó en Europa y Latinoamérica fue el anterior. Recordemos que el constitucionalismo del siglo XIX y post-kelseniano veía en la Constitución un documento que servía para orientar la tarea del legislador y el ejecutivo pero sin fuerza vinculante para estos. El gran giro que se produce en los sistemas jurídicos de posguerra es que le sustraen de las manos la Constitución al parlamento y a los dictadores y se la entregan a los jueces constitucionales, como sucedió en Alemania, Italia y España y en muchos países latinoamericanos sometidos durante largas décadas a dictaduras infames. Finalmente, hay que señalar que la discusión de si la Constitución debe considerarse un documento político o jurídico no es una discusión propia de la teoría jurídica ni de la teoría constitucional sino de la teoría o ciencia política.

Si se escoge la tesis de que la Constitución es un texto o norma jurídica, entonces surge para la teoría jurídica una serie de problemas, de ellos, sin lugar a dudas, el más problemático tiene que ver con la moralización del derecho o el de la inclusión de la moral en el derecho, que se produce como consecuencia de la positivización o constitucionalización de una serie de principios morales que siempre fueron patrimonio del iusnaturalismo.

El problema no es que la moral se encuentre presente en las Constituciones actuales. Las leyes fundamentales o Constituciones siempre han incluido en mayor o menor medida principios morales. La cuestión ahora es que a estos principios se les ha reconocido el carácter de normas jurídicas con carácter vinculante y se le ha atribuido la función de interpretarlas (atribuirles un significado o sentido) y aplicarlas a un poder que ya no es el legislativo sino el judicial. De manera que la ponderación que anteriormente hacía el legislativo (de los principios, valores y fines señalados en las Constituciones) para crear las reglas positivas que debían regular todas las relaciones sociales y políticas, hoy las deben realizar los jueces con lo que se atribuye a este órgano un poder inmenso en los sistemas políticos actuales.

Todo lo anterior, plantea una serie de retos para la teoría jurídica actual entre los cuales podemos señalar el de:

- a) Proponer un método racional de interpretación que limite la subjetividad de los jueces cuando se trata de determinar el sentido y significado de los principios morales.
- b) Establecer el procedimiento de aplicación de los principios morales que ya no puede ser el de la subsunción propio de las reglas.
- c) Reelaborar el concepto de derecho y de validez jurídica que nos permita tener certeza que son los derechos y cuáles son nuestros derechos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FRIEDMAN, Barry. "Constitucionalismo popular mediado". En, *Revista jurídica* de la Universidad de Palermo.

GARGARELLA, Roberto. *Acerca de Barry Friedman y el "constitucionalismo popular mediado"*. En, [www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n6N1Octubre2005/061Juridica07.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1Octubre2005/061Juridica07.pdf).

GARGARELLA, Roberto. "El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre de People Themselves", de *Larry Kramer*. En, [www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf](http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf).

FLÓREZ MUÑOZ, Daniel Eduardo. "Aproximación al constitucionalismo popular", En, *Revista jurídica Cognitio Juris*, Año 2, No. 4.

GARCÍA FIGUEROA, Alonso. (2009): "Criaturas de la moralidad". Editorial Trotta.

BELLAMY, Richard. "Constitucionalismo político". (2010): *Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Editorial Marcia Pons, Barcelona.