
LOS LÍMITES A LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO PRESUPUESTO PARA EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN INSTITUCIONAL: PROPUESTA DE CONTROL A PARTIR DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y LA METODOLOGÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA¹

●
Sergio Estrada Vélez²
●

Recibido: marzo 20 de 2007
Aprobado: mayo 22 de 2007

Resumen

En momentos en los que se debate una reforma a la administración de justicia y se experimenta lo que ha sido inevitable en otros países que poseen un modelo de control constitucional (un choque de trenes), se estima pertinente una propuesta (al menos un intento) de solución al problema referido a los límites que se deben imponer al titular del control de constitucionalidad. Acorde con las transformaciones de la teoría jurídica en la segunda mitad del siglo XX, una alternativa en tal sentido debe incorporar aspectos sustantivos y metodológicos representados en una teoría de los principios jurídicos y de la argumentación jurídica, respectivamente. La exigencia de una teoría de los principios, entendidos como normas que legitiman el ejercicio del poder del Estado, como concreción máxi-

¹ El presente artículo es producto de la investigación denominada "Los principios jurídicos en el ejercicio de la función jurisdiccional colombiana en la actualidad", financiada por la Universidad de Medellín. Dicha investigación fue culminada en el 2006 y dirigida por el autor.

² Abogado. Doctorando en Responsabilidad Jurídica. Perspectiva Multidisciplinar de La Universidad de León. Profesor e investigador de la Universidad de Medellín, miembro de la línea de investigación teoría general del derecho del grupo de investigaciones jurídicas de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Correo electrónico siestrada@udem.edu.co

ma de la moral pretendida por una comunidad y elementos fundantes del ordenamiento jurídico, en conjunto con una argumentación en los niveles normativo, pragmático y valorativo, sirven de alianza estratégica para el control de la discrecionalidad en el ejercicio del control difuso y concentrado de constitucionalidad.

Palabras clave

Argumentación jurídica, principios, valores, control de constitucionalidad, límites al ejercicio del control, validez, justicia, eficacia

Abstract

In a moment where there is a debate on a reform for the Administration of justice and where we are witnessing what has been inevitable in other countries that have a model of constitutional control (trains collision), it becomes pertinent to formulate a proposal (at least to try to) that would solve the problem referring to the limits of constitutional control. According to the transformations of the juridical theory during the second half of the 20th century, any alternative in this sense should incorporate substantial and methodological aspects that are represented in a theory of juridical principles and of juridical argumentation, respectively.

Key words

Juridical argumentation, principles, values, constitutionality control, limits to exercising control, validity, justice, emfficiency.

INTRODUCCIÓN

Condición necesaria para el fortalecimiento de un Estado de derecho es la existencia de un modelo de control de constitucionalidad que garantice la primacía constitucional. La comprensión del significado del control debe partir del estudio de los problemas que apareja el ejercicio del mismo. Esto es, no es posible asumir el estudio del control de constitucionalidad sin reconocer las múltiples facetas con las que se presenta la Constitución: política, jurídica y axiológica. El estudio de la Constitución se ha sometido generalmente a una aproximación epistemológica unidireccional que conduce a perspectivas parciales del objeto de análisis y, en el peor de los eventos, al desconocimiento

de la dinámica del cuerpo de normas constitucionales.

Si la existencia de un Estado de derecho depende de la integridad de la Constitución Política y, a su vez, el control de constitucionalidad está llamado a garantizar su primacía, es necesaria una aproximación a una dimensión omnicompreensiva de lo que es una Constitución para determinar, a partir de allí, cómo debe ser ejercido ese control de constitucionalidad y, simultáneamente, cómo controlar a quien ejerce ese control.

La pertinencia del tema se encuentra en la necesidad de superar en el imaginario social la idea de que la Corte Constitucional usurpa el principio de separación de poderes, fungiendo

de legislador o de órgano con competencia para reformar la Constitución Política por vía de interpretación, generando, como reacción, propuestas extremas que invitan a su eliminación cuando lo que se debe procurar es por su mejoramiento. Así debe ser entendido este escrito: como una propuesta para el fortalecimiento del control y del órgano controlador, antes que una invitación para su debilitamiento. El diagnóstico no es alentador y, a pesar de enfilarse baterías en defensa del control de constitucionalidad, no es posible ocultar la existencia de extrañas decisiones que no guardan congruencia con los precedentes horizontales generados por la Corte Constitucional ni con una concepción de derecho propia al Estado constitucional de derecho.

La historia cambia, y con ella, el derecho. Los problemas derivados del control de constitucionalidad que indagan por la legitimidad del control, por la forma en que se debe ejercer y los límites al órgano que lo ejerce encuentran una alternativa de solución³ en la teoría jurídica desarrollada a partir de la segunda mitad del siglo XX, en especial, la teoría de los principios⁴ y de la argumentación jurídica. Esto no es nuevo. El valor agregado que pueda tener este escrito radica en dos puntos concretos: el primero, en una formulación conjunta de una teoría de principios y de la argumentación como representaciones teóricas y metodológicas, respectivamente, de lo que debe ser el conocimiento y práctica del Derecho en la actualidad; el segundo, como consecuencia lógica del compromiso que debe estar presente en todo quien teorice con el derecho de proponer soluciones a los problemas de una sociedad, consistente en la proposición de una reforma legislativa a la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, a efectos de señalar que en materia de control de constitucionalidad concentrado (ejercido principalmente por la Corte Constitucional) o difuso (el encomendado a todo funcionario público), se debe elaborar una argumentación

Se inicia con algunos planteamientos acerca de lo que debe ser una Constitución en un Estado constitucional de derecho

que represente la dialéctica o equilibrio entre las principales fases de representación de la Constitución: la política, la axiológica y la jurídica⁵, bajo el convencimiento de que una decisión soportada en una sola de las fases mencionadas conducirá a decisiones fácilmente divergentes con respecto a los demás ámbitos de despliegue de la norma constitucional.

Para el logro del objetivo planteado, consistente en suministrar algunas ideas frente a la posibilidad de un control a la Corte constitucional como condición para el fortalecimiento del Estado democrático, se estimó procedente el siguiente orden temático:

Se inicia con algunos planteamientos acerca de lo que debe ser una Constitución en un Estado constitucional de derecho, tema que deberá ser desarrollado a partir de una caracterización política, axiológica y jurídica de la Constitución, con el ánimo de superar lo que se puede caracterizar como fenómeno de juridización del fenómeno constitucional, entendido como la comprensión del universo constitucional sólo a partir de lo que indica la teoría jurídica sin conexión con el universo político y axiológico.

Comprendida la naturaleza de la Constitución, surge como consecuencia lógica la forma en que se debe desarrollar la argumentación constitucional: se debe demostrar el empleo de los llamados por el profesor Atienza, niveles de argumentación pragmático, axiológico y normativo, los que se encuentran presentes en una argumentación de principios al ser normas que condensan los acuerdos mínimos de una comunidad en los niveles ya mencionados.

Finalmente, el lector encontrará la ya referida propuesta de reforma legislativa, sugerida bajo el convencimiento, que puede indudablemente ser errada, de constituirse en un mecanismo efectivo de control a la discrecionalidad judicial en ejercicio del control de constitucionalidad.

1. ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?

No es posible acudir a definiciones que caractericen plenamente la dinámica cultural inscrita en una Constitución, pero es necesario formular algunas ideas que faciliten el entendimiento de lo que se debe asumir por Constitución. La enseñanza de la misma se ha soportado en perspectivas jurídicas que han degenerado en una reducción del fenómeno constitucional. Además de ser norma de normas, es política y, como acuerdo básico de una sociedad, reposan en ella los principales presupuestos axiológicos estimados como fundantes y fundamentales por una comunidad. Es así como se debe iniciar una aproximación en cada uno de esos niveles como paso necesario para determinar la forma en que se debe ejercer el control de constitucionalidad.

La función del juez constitucional, en fase de control difuso o abstracto de constitucionalidad, no puede ser desarrollada bajo una idea pura del Derecho. La incorporación de nuevos elementos fácticos y axiológicos no puede significar la impureza del Derecho sino el reconocimiento de lo que es el Derecho mismo: una expresión cultural, y como tal no es posible bajo una línea de razonamiento práctico separarlo del poder y de la moral⁶.

1.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA: MÁXIMA EXPRESIÓN DE LA SOBERANÍA POLÍTICA DE UN PUEBLO

Desde una perspectiva política, la Constitución se erige en la máxima expresión soberana del poder constituyente. Teniendo en cuenta que es expresión de quien se asume como

titular de la soberanía, la expresión política no se traduce sólo en una descripción de la organización del poder del Estado sino en la representación de los postulados políticos bajo los cuales pretende ser gobernada. La legitimación del poder estará determinada por la correspondencia entre el ejercicio del mismo y los postulados que le sirven de marco político establecidos en la Constitución.

El carácter político de la Constitución determina dos elementos fundamentales que deben ser tenidos en cuenta al momento de una aproximación al control de constitucionalidad: a) Es un marco. Como tal, se debe entender que la Constitución es un acuerdo de mínimos, esto es, el señalamiento por una comunidad en un momento determinado de cómo debe ser su modelo político. Como marco, no es posible aceptar el carácter definitivo o conclusivo de la Constitución sino su condición de premisa básica sobre la cual se debe continuar construyendo el modelo de sociedad pretendido. b) Es político. Esto es, representa un proceso deliberativo en el cual hacen presencia plurales matices ideológicos que tienen en el consenso su principal reto. Es un acuerdo que no agota la materia sobre la que se pretende edificar la organización de una comunidad ni alcanza a representar la totalidad del sentimiento constitucional.

La Constitución como marco y como expresión política de lo que una comunidad estimó como esencial en un contexto determinado nunca podrá rehuir a las constantes transformaciones derivadas de la dinámica social. Las mutaciones constitucionales son las que otorgan la posibilidad de contar con una Constitución que evolucione a la par de los requerimientos sociales. La Constitución debe ser asumida como acuerdo de mínimos en una sociedad de relaciones dinámicas. Siendo esto así, el carácter dinámico y fragmentario de la Constitución⁷ impide señalar la posibilidad de juicios de constitucionalidad acordes a un derecho "puro".

Si el objeto de control (la Constitución) es político, es imposible que el titular del control prescinda de las condiciones que determinen la mejor protección a la máxima manifestación política de una comunidad en un momento determinado.

La Constitución, entendida como expresión de la soberanía, obliga al reconocimiento del carácter político de la función de control constitucional. El problema del control de constitucionalidad no radica en que tenga un carácter político sino en la dialéctica que debe tener con los elementos axiológicos y jurídicos que, en conjunto, determinan la esencia de la expresión del poder constituyente que podría denominarse como la unidad del sentimiento constitucional. En conclusión, bajo una perspectiva política los principios se erigen en criterios de legitimación racional del poder del Estado y principal medio de expresión de la soberanía jurídica del poder constituyente, por lo que un control constitucional nunca podrá dejar de tener un matiz político⁸.

1.2. LA CONSTITUCIÓN: MÁXIMA REPRESENTACIÓN DE LOS VALORES Y PRINCIPIOS DE UNA COMUNIDAD

Reconocer lo político obliga necesariamente a la aceptación de una moral. No es posible hablar de una expresión política sin acudir a los valores que una comunidad estima que deben estar presentes en la configuración de su norma de normas. Son infaustos los esfuerzos por separar la política de la moral deseada por una comunidad. Así, soberanía política no es solo la potestad para determinar la forma del poder sino para establecer lo que moralmente debe condicionar el ejercicio del poder. Se rozan los límites de una de las principales preocupaciones de la teoría y filosofía del Derecho: la vinculación de la moral con el Derecho, pero aún en constituciones surgidas en un contexto liberal en el cual se pretende reivindicar

la omnipotencia del legislador, se han incorporado elementos propios a un iusnaturalismo racionalista que pretende sujetar la actividad del legislador al respeto de una moral representada por derechos o principios.

Una caracterización de la Constitución no puede rehuir al problema de la vinculación de la moral al Derecho, y si se trata de responder lacónicamente a la pregunta si la moral está vinculada al Derecho (prescindiendo del problema de si esa vinculación es necesaria o contingente) la respuesta, al menos desde la perspectiva constitucional, es categórica: sí existe una vinculación de la moral con el Derecho a través de los principios jurídicos, independientemente de la fundamentación filosófica de los mismos⁹. El problema no se puede reducir al reconocimiento de las relaciones entre la moral y el Derecho. Es más amplio: exige una aproximación a tres subproblemas que trascienden el objeto de este escrito pero que deben ser enunciados: a) El tipo de moral que está vinculada a Derecho, b) El medio de concreción o delimitación de esa moral c) La forma de dar aplicación a esa moral. No es posible rehuir a dar unas breves ideas a estos tres problemas, con los riesgos propios de la síntesis.

a. Tipo de moral vinculada al Derecho. Es claro que cuando se habla de la moral vinculada al Derecho surge la preocupación por la posible (segura para algunos) infracción a la seguridad jurídica y al principio de legalidad, pues se afirma que la única moral vinculada al Derecho es aquella que está reconocida por el legislador en normas jurídicas. Esta preocupación es válida si se hace referencia a una moral individual o interna de cada operador jurídico. Igual preocupación existe si se tiene por única representación de la moral los valores de contenido vacío, indeterminado o relativo. Pero si se asume una noción de moral vinculada con expresiones culturales (el Derecho es una expresión cultural de lo que una comunidad desea establecer como parámetro moral), donde

la moral no es individual sino que es equivalente a la razón pública, común o correcta, la preocupación por la infracción a la seguridad jurídica se desvanece (difícil afirmar que desaparece) porque ya no será la moral del decisor sino la moral de una comunidad que deberá ser correctamente interpretada por el mismo. Es claro que para ello se requiere de jueces permeables por lo público, discretamente deliberantes, conocedores del contexto y de los requerimientos sociales propuestos por cada mutación constitucional. Es claro que esto no es suficiente. Hablar de moral pública no es garantía de un correcto ejercicio de la función de control constitucional. Se debe indicar que esa moral vinculada al Derecho está representada por elementos que sirven de concreción a los valores: los principios jurídicos.

b. Los principios como concreción de valores. Los principios jurídicos han sido objeto de discusiones interminables, condicionadas por la perspectiva filosófica de los intervinientes en las mismas. En el contexto del constitucionalismo actual, nadie osa negar la importancia de los mismos¹⁰, pero paradójicamente, los rezagos de un modelo de Estado liberal de derecho perviven impidiendo su aplicación. La sola nominación de dichos conceptos es de por sí problemática: principios constitucionales, principios generales, principios de Derecho natural, normas rectoras, derechos fundamentales, en fin, representan significantes de un mismo objeto: la concreción de los valores de una comunidad. El problema se hace más evidente cuando la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional no ofrece una posición coherente de lo que es un principio. En la sentencia T-406 de 1992 M. P. Dr. Ciro Angarita Barón, se indica que son los pilares fundamentales del Estado social de derecho¹¹, pero en la sentencia C-083 de 1995 M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, se indica que no son normas sino candidatos a normas cuya función es la de interpretar el derecho¹². Es condición fundamental para una correcta aplicación de los principios su di-

ferenciación de los valores, pues las críticas que se formulan a estos se extienden, *mutatis mutandis*, a los principios en perjuicio de estos. Lo que interesa para el tema del control de constitucionalidad es que la vinculación de la moral al Derecho no significa que se dejen al albur las decisiones judiciales. Debe ser claro que en el contexto del Estado constitucional no se hace referencia a los principios como aquellos de Derecho natural, como lo indica el artículo 4 de la ley 153 de 1887, sino como el fundamento del ordenamiento jurídico y, en especial de los derechos fundamentales. Una comprensión de los principios se constituye en presupuesto de una correcta aplicación de los mismos. Se evidencia en la práctica que los problemas derivados de una incorporación de los principios no recae en ellos mismos sino en la errada aplicación por parte del operador. El problema no es, como en tantas facetas de la vida política y jurídica de una nación, de la institución sino de quienes operan esa institución. Los principios son el paradigma normativo del Estado constitucional, pero una errada comprensión de los mismos conduce a una aplicación lesiva de la institucionalidad, donde lo grave es que se hace en nombre del principio en detrimento de su legitimidad.

c. La aplicación de los principios. Estimamos superfluo hacer referencia a la forma de aplicación de los principios. La literatura foránea y local es suficientemente clara con referencia a la forma en que se debe dar cumplimiento a los principios. Bástenos señalar, acorde con las ideas desarrolladas, que la argumentación se constituye en la metodología indicada para una jurisdicción por principios, propia del Estado constitucional.

En conclusión, bajo una perspectiva filosófica, los principios se erigen en la máxima representación o concreción jurídica de la moral pretendida por una comunidad y en herramientas necesarias para la superación de las fricciones históricamente dadas entre la seguridad jurídica y la justicia.

1.3. LA CONSTITUCIÓN, NORMA DE NORMAS: DECANTACIÓN DE LO POLÍTICO Y LO AXIOLÓGICO EN LO JURÍDICO

El paso del paradigma de Estado liberal de derecho al paradigma del Estado social, significó la superación de una concepción de la ley como máxima representación del Derecho para reconocer la existencia de un plus del Derecho de naturaleza constitucional que actúa como correctivo del Derecho positivo¹³. De una Constitución destinada a la configuración de la estructura del poder se pasa a una idea de Constitución normativa, caracterizada ahora por contener principios y valores¹⁴ de aplicación inmediata en virtud del principio de eficacia directa de la Constitución (entendido como la limitación de los espacios de configuración normativa del legislador frente a la norma constitucional).

Resultado lógico de la incorporación de una nueva Constitución debe ser la verificación de cambios en la forma de concebir el estudio del Derecho. Ello, infortunadamente, no ha sido así debido a la arraigada cultura jurídica demoliberal que reivindica la presencia de una concepción del Derecho legicentrista donde la función jurisdiccional se reduce a una, sin exagerar, mínima expresión: la de aplicar la ley mediante un procedimiento subsuntivo.

La incorporación de una Constitución caracterizada por la consagración directa (mediante el reconocimiento expreso de principios) o indirecta (a través de la formulación de los derechos fundamentales como expresión subjetiva de los principios) de normas principales exige una transformación sustancial de la forma de describir el Derecho. Ya no es posible concebir los principios jurídicos (optamos por esta nominación por ser más omnicompreensiva del objeto) solamente como fuentes auxiliares a la ley, o como candidatos a normas jurídicas que se ubican por tal razón en el nivel último de una caduca jerarquización de fuentes.

Los principios jurídicos han sido objeto de discusiones interminables, condicionadas por la perspectiva filosófica de los intervinientes en las mismas.

Los principios pasan, en este nuevo contexto, a ser mucho más que simples herramientas auxiliares de la función jurisdiccional¹⁵: jurídicamente se pueden señalar como funciones principales de los principios las siguientes:

- a. Son la principal fuente del Derecho. Lo que se erige como fundamento del ordenamiento jurídico no puede ser concebido como subsidiario respecto de lo fundado: la ley.
- b. Los principios son normas de derecho fundamental que otorgan fundamento a los derechos fundamentales.
- c. Los principios son normas que fungen de criterios de constitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento jurídico.

Una dogmática jurídica clásica (entendiendo por clásica la circunscrita al surgimiento del Estado liberal) describe la Constitución sólo como norma de normas. Esa perspectiva reduccionista es propia de una concepción del Derecho que pretende explicar, desde la lógica, los fenómenos jurídicos. El calificativo empleado no por fuerte deja de ser preciso. El Derecho ha pretendido para sí la potestad de justificación de los productos jurídicos cuando no es más que la sumatoria de lo político y lo axiológico. La Constitución como norma de normas no puede representar la negación de su condición de máxima expresión política y principal concreción de la moral afirmada por una comunidad. Un control de constitucionalidad no puede reducir el objeto del control a una perspectiva estrictamente jurídica. La Constitución no puede ser solamente un acuerdo político, tampoco la representación de una moralidad concreta de una comunidad. Lo

político y lo moral deben alcanzar su cualificación en lo jurídico.

El principio de primacía constitucional representado en el enunciado de la Constitución como norma de normas, establecido en el artículo 4 de la C. P., no puede obviar la condición política y axiológica de la misma Constitución. Un correcto ejercicio del control de constitucionalidad no puede partir de una concepción juridizante del fenómeno constitucional. Política y moral son dos expresiones canalizadas por el Derecho, convirtiendo vertiginosas corrientes éticas en canalizadas perspectivas jurídicas.

La exposición de las ideas anteriores debe arrojar como conclusión la necesaria vinculación del discurso político, axiológico y jurídico en un mismo objeto exigiendo un juez de control de constitucionalidad, difuso o concentrado, con la más amplia disposición para demostrar con su argumentación la dialéctica o equilibrio entre esos tres niveles de la argumentación. De esta manera, el control de constitucionalidad debe representar una armónica relación entre lo político, lo axiológico y lo jurídico. La Constitución es una expresión más fértil de lo imaginado: no es sólo norma de normas sino la máxima expresión de la soberanía política de un pueblo así como la máxima concreción de la moral pretendida por una comunidad.

Si la Constitución representa un universo de posibilidades políticas, axiológicas y jurídicas, el control de constitucionalidad deberá estar caracterizado por la imbricación o relación armónica entre estos tres elementos. Un desequilibrio entre estos tres ámbitos de expresión o desarrollo de la Constitución genera decisiones aparentemente ajustadas al ordenamiento jurídico pero peligrosamente tendenciosas, al permitir al juez la elección del argumento que mejor considere que es aplicable dentro de las posibilidades políticas, axiológicas o jurídicas. Este desequilibrio da lugar a decisio-

nes aparentemente razonables pero que no soportan el test dirigido a verificar el respeto de la dialéctica poder-moral-Derecho. Son decisiones aparentemente muy convenientes o legítimas (nivel político), o muy justas (nivel moral) o muy válidas (nivel jurídico), cuando el reto no es que la decisión esté anclada en uno de estos tres niveles sino que represente la armonía entre los mismos. ¿Cómo lograr la dialéctica requerida para el equilibrio entre estos tres niveles de desarrollo del discurso constitucional? La respuesta no es otra que con la argumentación jurídica.

2. LA ARGUMENTACIÓN

La crisis del Derecho (no fue solo del Derecho positivo), a mediados del siglo XX, justificó el paso de la racionalidad a la razonabilidad, de la lógica formal a la lógica material, de la razón teórica a la razón práctica, de la regla a los principios, de la ley a la Constitución, de la subsunción a la ponderación¹⁶. Exigió el fortalecimiento de una teoría de la argumentación jurídica como garantía individual del debido proceso, medio de legitimación de la función jurisdiccional y formulación objetiva de los contenidos axiológicos vinculados al Derecho

Dentro del contexto del Estado constitucional que impone el fortalecimiento de las garantías individuales (promoción de los derechos fundamentales) e institucionales (respeto al principio de separación de poderes), la formulación de medios de control al órgano de cierre del sistema se erige en uno de los principales motivos de preocupación dentro de la dogmática constitucional. No es posible predicar la existencia de controles formales u orgánicos a la actividad de los tribunales constitucionales en atención a que se desnaturaliza su función como órganos de cierre del sistema, lo que impone una teoría de la argumentación para la determinación de las mejores razones en la configuración de las decisiones jurisdiccionales. El

Derecho constitucional en un Estado social encuentra en la argumentación el procedimiento de concreción racional de los elementos éticos y políticos que deben estar relacionados con el Derecho, limitando la posibilidad de un ejercicio arbitrario de la función de control constitucional. La argumentación constitucional se debe constituir en medio de control de la discrecionalidad de los tribunales constitucionales en el ejercicio de su función de órgano de cierre del sistema. Pero no puede ser cualquier tipo de argumentación, pues no han sido pocos los casos en que la misma Corte Constitucional ha adoptado decisiones que de manera más directa que indirecta han representado la infracción a derechos fundamentales, bajo el amparo de una aparente argumentación jurídica.

A los tribunales constitucionales se les confía la guarda de la primacía e integridad de la Constitución Política, y en ejercicio de esa función encuentra:

1. Una Constitución sometida a constantes mutaciones o transformaciones materiales de su contenido.
2. Una Constitución fragmentaria con lagunas y, no en pocas veces, antinomias, donde la misma interpretación del Tribunal se erige en parte del cuerpo de normas constitucionales
3. Principios explícitos e implícitos cuyo contenido debe fijar el mismo órgano que se pretende controlar.

De acuerdo con lo anterior, la función de control de constitucionalidad resulta particularmente compleja al corresponderle al operador la función de concretar el sentimiento constitucional de una comunidad con el riesgo de poner en juego su legitimidad. No obstante los peligros derivados del ejercicio de un control de constitucionalidad a partir de una Constitución dinámica, fragmentaria y cargada de contenidos axiológicos, un concepto de derecho configurado bajo una filosofía propia al Es-

tado constitucional debe tener, por función principal, la materialización del principio de primacía constitucional, el fortalecimiento de las garantías individuales y la superación de la crisis de la representación política. El paso del razonamiento teórico al razonamiento práctico, entendido en términos simples como la importancia de la teoría acompañada de una buena metodología, exige precisamente el fortalecimiento del procedimiento para armonizar los niveles mencionados: político, axiológico y moral.

No es coincidencia, y menos capricho, la formulación de los tres niveles de la argumentación jurídica. Corresponde a la necesidad de comprender la realidad jurídica y constitucio-



nal en su más amplia dimensión en la que coinciden corrientes del pensamiento jurídico consideradas antagónicas: el realismo jurídico, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Se puede graficar esa dimensión amplia del derecho, así:

Existen, entonces, dos alternativas: la explicación del fenómeno constitucional a partir de cada una de las corrientes mencionadas (lo que conduciría al mismo fenómeno criticado: la fundamentación unidireccional o unidimensional del objeto constitucional) o la explicación de los asuntos atinentes a la Constitución desde lo que se podría denominar ámbitos de validez política (eficacia), axiológica (justicia) y jurídica (legalidad).

¿Qué relación tiene la argumentación con el reconocimiento de un Derecho en el cual interactúan elementos morales, políticos y normativos? La respuesta es clara: no es posible una argumentación en fase de control constitucional que prescinda de alguno de los tres elementos. De allí que se pueda justificar la existencia, en términos del profesor Atienza, de tres concepciones acerca de la argumentación: concepción formal, concepción material y concepción pragmática. Con los peligros propios de la síntesis, se podrían explicar así: la concepción formal hace referencia a una justificación interna de las sentencias a partir de una lógica deductiva; la argumentación material hace referencia al empleo de elementos denominados tópicos que para el esquema planteado pueden ser denominados principios jurídicos; y la argumentación pragmática que asume la misma como una actividad dialéctica dirigida a la configuración consensuada del poder en un sistema democrático.

La elección del tipo de argumentación no puede ser discrecional. El uso exclusivo de alguno de los tipos de argumentación puede generar los mismos peligros de una perspectiva normativista (un derecho ajeno a la realidad), o moral (pérdida de seguridad jurídica) o política

(infracción al principio de separación de los poderes públicos). Al respecto, señala el profesor Atienza: "*El hecho de que se trate de tres concepciones distintas de la argumentación no significa exactamente que sean incompatibles entre sí. Más bien me parece que habría que tratarlas como complementarias –añadiríamos nosotros necesariamente complementarias-, en el sentido, por ejemplo, de que una teoría adecuada de la argumentación jurídica no puede dejar de considerar ninguno de esos tres enfoques*"¹⁷.

En conclusión, la discrecionalidad judicial en materia de control de constitucionalidad va a tener un importante límite en el deber de asumir la carga de la argumentación considerando los tres niveles de representación de la realidad constitucional: el político, el axiológico y el jurídico.

3. PROPUESTA DE REFORMA AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El presente escrito inició resaltando la importancia de una noción de Constitución que incorpore armónicamente aspectos políticos, axiológicos y jurídicos. Igualmente, se señaló la necesidad de una argumentación acorde a la naturaleza misma de la Constitución que representara la sincronización, armonía o dialéctica entre lo político, lo axiológico y lo jurídico. ¿Cómo limitar o controlar la función del titular del control de constitucionalidad? La respuesta no puede ser un imposible: eliminando la discrecionalidad judicial¹⁸. La solución está perfilada: un control a la discrecionalidad jurisdiccional mediante la exigencia de una argumentación que demuestre que se tuvo en cuenta el contexto real de desarrollo de la Constitución en lo político, lo axiológico y lo jurídico. La discrecionalidad no se puede eliminar pero puede ser efectivamente controlada mediante la exigencia de una argumentación armónica que elimine la posibilidad de sentencias justas pero ajenas a la realidad, legales pero injustas, o muy convenientes pero injustas o ilegales.

La redacción de la norma propuesta sería la siguiente:

"Todo funcionario está obligado a aplicar la norma constitucional. Para ello deberá señalar las razones políticas, morales y jurídicas que soportan su decisión".

Con la propuesta se promueve:

- a. El fortalecimiento del control de constitucionalidad al generar la credibilidad de un correcto ejercicio del mismo;
- b. La legitimidad de la función de control de constitucionalidad desarrollada por la Corte Constitucional al eliminar la posibilidad de elección de los ámbitos de argumentación;
- c. La realización de un control de constitucionalidad acorde con la naturaleza política, axiológica y jurídica de la Constitución;
- d. La materialización del principio de eficacia directa de la Constitución haciendo que sus postulados sean normas de aplicación in-

mediata sin temor a la infracción de la seguridad jurídica, por parte de los destinatarios de la decisión, o al prevaricato, por parte de los titulares de la función jurisdiccional.

Queda así logrado el objeto principal de este escrito: proponer herramientas de control al ejercicio del control de constitucionalidad como presupuesto del mantenimiento del Estado constitucional, aunque el objetivo real trasciende lo académico para radicarse en lo personal: ser consecuentes con el deber, aparejado a nuestra calidad de colombianos, de velar por el orden institucional. Nada puede ser más reprochable que la actitud indiferente de los asociados frente a los problemas que afectan la integridad constitucional pues representa la condición suficiente para impedir la celebración de los próximos años de la actual Constitución Política. De nuestra parte, tratando de emular a Critón en el sabio diálogo platónico Del deber, nunca declinaremos en nuestra misión de coadyuvar en el mantenimiento del orden institucional.

Bibliografía

- AARNIO, Aulis. Derecho, racionalidad y comunicación Social, 2ª ed. Trad. Pablo Larrañaga. Biblioteca de Ética Filosofía del Derecho y Política, México, Fontamara 2000.
- ALEXY, Robert. Concepto y validez del derecho. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona, Gedisa, 1994.
- ARAGÓN Reyes, Manuel. El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Bogotá, 1997.
- ATIENZA, Manuel. Derecho y argumentación. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 6. Universidad Externado de Colombia. 1997.
- BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005
- BIDART, Campos German. La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987.
- DWORKIN Ronald. Los derechos en serio. Trad. Marta Guastavino. Edit. Ariel, 1ª ed. Barcelona, 1984.
- GUASTINI, Ricardo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona, Gedisa, 1999.
- HABERMAS, Jürgen: Facticidad y validez. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Ed. Trotta, Madrid, 1998.
- PRIETO Sanchis, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: Neoconstitucionalismo (s). Comp. Miguel Carbonell. Madrid : Trotta, 2003.
- SCHNEIDER, Hans Meter. Democracia y Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Notas

- 3 Entendemos por solución no el logro del máximo grado de racionalidad en la decisión judicial sino en la disminución o control de la necesaria discrecionalidad al momento de adoptar la misma.
- 4 Sobre la importancia de los principios señala el profesor Carlos Bernal Pulido: "Una de las ideas más importantes de la teoría del Derecho contemporánea, tanto en el mundo anglosajón como en el Derecho continental, es que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, es decir, por el tipo tradicional de normas jurídicas, sino también por principios "El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005, p. 95
- 5 Señala Aarnio: "Sólo se puede realizar la democracia real si los discursos político, moral y jurídico satisfacen un criterio mínimo de racionalidad. Este es el reto de la teoría del razonamiento práctico. Ese es el "proyecto moderno de la Ilustración"." Derecho, racionalidad y comunicación social, 2ª ed. Trad. Pablo Larrañaga. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, Fontamara 2000, p. 79.

- 6 Respecto a la vinculación de elementos extrajurídicos al derecho, señala Habermas: "En los discursos jurídicos, aparte de razones inmanentes al Derecho, se hacen oír también razones morales y éticas, razones empíricas y pragmáticas" *Facticidad y validez*. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 358
- 7 El carácter dinámico y fragmentario de la Constitución es explicado por Hans Peter Schneider de la siguiente manera: "Destaca aquí la estructura dinámica de la Constitución: su historicidad y su carácter cambiante. No obstante, debe tenerse en cuenta que una flexibilidad total de la Constitución, por ejemplo, en el sentido de un continuo desarrollo de su validez, incidiría negativamente en su fuerza normativa tanto como su rigidez total. Porque mientras en este último caso pueden surgir complicados problemas de adaptación, y es de temer un aumento de las rupturas constitucionales, una norma excesivamente cambiante podría tener como efecto que se cuestionase la identidad constitucional, la cual está contenida claramente en los principios de "orden fundamental democrático liberal", en virtud de un mandato constitucional positivo e inalterable... Pero precisamente la misma estructura dinámica del Derecho constitucional es expresión, en una situación histórica cambiante, de la necesaria concreción y actualización de determinados contenidos normativos. Por ello, para la continuidad de una Constitución son imprescindibles la movilidad y modificabilidad de estas normas: la elasticidad de estas le otorga perpetuidad... Además de su cualidad dinámica y programática, en el Derecho constitucional se divisa también una estructura fragmentaria: el carácter abierto de la Constitución. Esto se muestra en la existencia de lagunas y en que es incompleta. En este sentido el carácter incompleto de la Constitución, entendido como neutralidad ideológica y no identificación con determinadas convicciones políticas, económicas y sociales, es al mismo tiempo un presupuesto para una comunidad libre y abierta... pág. 49). La Constitución está abierta "hacia arriba" al Derecho natural, los derechos humanos, los principios jurídicos generales, el Derecho internacional público, la integración supranacional... (pág. 50). *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- 8 Ronald Dworkin señala en su libro *Los derechos en serio* que las decisiones judiciales en los casos difíciles son generadas prevalentemente por argumentos de principio –sin abandonar el argumento político o la presencia de directrices políticas (p. 149 y 150), no descarta que, bajo la teoría de la responsabilidad política que señala la necesidad de una coherencia en las decisiones adoptadas por los funcionarios políticos, las decisiones de los jueces sean políticas (véase pág. 154 y 155). Frente a la subordinación del juez tanto a los conceptos como a las directrices políticas, señala: "Las leyes y normas del Derecho consuetudinario suelen ser vagas, y es necesario interpretarlas antes de que se las pueda aplicar a casos nuevos. Además, algunos casos plantean problemas tan nuevos que no es posible resolverlos ni siquiera forzando o volviendo a interpretar las normas existentes, de manera que en ocasiones los jueces deben legislar, ya sea encubierta o explícitamente. Pero cuando lo hacen, deben actuar como representantes del legislativo, promulgando el Derecho que, en su sentir, promulgaría éste de verse enfrentado con el problema. El razonamiento es perfectamente conocido, pero en esta historia de sentido común hay otro nivel de subordinación subyacente que no siempre se advierte. Cuando los jueces legislan –tal es la expectativa- no solo actuarán como diputados sino como representantes de la legislación. Legislarán movidos por pruebas y argumentos de carácter similar a los que moverían al órgano legislativo superior, si éste estuviera actuando independientemente. Se trata de un nivel de subordinación más profundo, porque hace que toda comprensión de lo que hacen los jueces en los casos difíciles dependa de una comprensión previa de lo que hacen continuamente los legisladores. Esta subordinación más profunda es, por ende, tanto conceptual como política" (pág. 147). *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Edit. Ariel, 1ª ed. Barcelona, 1984.

- 9 La diversidad o divergencia entre las perspectivas no debe afectar la construcción de una teoría de los principios jurídicos. Al respecto, señala el profesor Germán Bidart Campos: "No entendemos demasiado la polémica entre iusnaturalistas y positivistas para enfatizar que los principios generales son de derecho natural o surgen del derecho positivo, porque una cosa es indagar su origen o fuente (si el Derecho natural o positivo), y otra coincidir en que vengan de donde vinieren, pertenecen siempre a un orden jurídico positivo, o están dentro de él. Sería tanto como discutir si los derechos humanos tienen ascendencia en el Derecho natural o nacen de Derecho positivo; la cuestión, con ser importante, no implica negar, con cualquier posición, que cuando la Constitución los declara, reconoce o alberga "están" en ella. Igual los principios generales". La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987, pág. 231.
- 10 Señala Aragón Reyes respecto de la presencia de los principios en la Constitución "... parece difícil negar que hoy el Derecho de la Constitución es un Derecho "por principios", esto es, que tenemos una Constitución principialista. Y ello origina unas consecuencias que han de aceptarse. Entre las que se cuentan un mayor margen de discrecionalidad en la interpretación jurídica y, por lo mismo, un reforzamiento de la importancia del papel de los jueces en el Estado de derecho, que pasa a ser, así, estado jurisdiccional de derecho". El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Bogotá, 1997, p. 23.
- 11 "Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional"
- 12 "Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió «pueden ser llamados 'principios jurídicos' en cuanto se refieren a aquél (el Derecho) pero no en cuanto partes de él» Y añade: «el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor», o se incorporen al ordenamiento -agrega la Corte- por disposición del legislador".
- 13 Sobre la intervención de la argumentación en la determinación de ese plus del Derecho, resulta importante lo señalado por Jürgen Habermas citando el Tribunal Constitucional alemán: "El Derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un plus en lo que toca a Derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita, encontrar ese plus y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional" (BVerGE 34,269, p.304). De lo que en definitiva se trata es de encontrar la solución correcta, elaborándola, como se dice después, en una "argumentación racional" Op. cit. p. 317.
- 14 Es necesario advertir que nos apartamos de quienes señalan la igualdad ontológica entre principios y valores por las razones que se pueden leer en el artículo de nuestra autoría "De la jerarquización filosófica de los valores a la coordinación jurídica de los principios" en www.filosofiyderecho.com número 8.
- 15 Fundamentales las palabras de Riccardo Guastini con respecto a la importancia de los principios: "los principios se caracterizan respecto a las (otras) normas porque desempeñan en el ordenamiento jurídico... el papel de normas "fundamentales". Esto ocurre en un doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los principios son normas que sirven de fundamento o

justificación de otras normas (generalmente, cada principio constituye el fundamento de una multiplicidad de otras normas). En segundo lugar, en el sentido de que los principios son normas que parecen no requerir, a su vez, fundamento o justificación (ya que son percibidos como obvios, autoevidentes o como intrínsecamente justos)" Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona, Gedisa, 1999, p. 35.

- 16 Estas son las características del denominado neoconstitucionalismo, comprendido por el profesor Luis Prieto Sanchís así: "El constitucionalismo está impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas". Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Neoconstitucionalismo (s). Comp. Miguel Carbonell. Madrid : Trotta, 2003,p. 132, características divergentes a las señales para el Estado liberal de derecho por Robert Alexy así: "(1) norma en vez de valor; (2) subsunción en vez de ponderación; (3) independencia del Derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución; (4) autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de la omnipotencia de la Constitución apoyada en la Constitución...". Concepto y validez del derecho. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona, Gedisa, 1994, p. 160.
- 17 ATIENZA, Manuel. Derecho y argumentación. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 6. Universidad Externado de Colombia. 1997, p. 50.
- 18 Al respecto, señala Bernal Pulido: "La comunidad jurídica no puede pretender eliminar un margen irreductible de discrecionalidad en las valoraciones de la Corte" .Op. cit. p. 63.