

RETOS DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL
CONTEMPORÁNEO

AUTORES

AYUSO, MIGUEL

Doctor en Derecho. Profesor ordinario de Ciencia Política y Derecho Constitucional de la Universidad Pontificia Comillas (Madrid). Presidente de la Unión Internacional de Juristas Católicos.

BARZOTTO, LUIS FERNANDO

Doctor en Derecho de la Universidad de São Paulo. Profesor Asociado de Filosofía del Derecho de la Universidad Federal do Rio Grande do Sul.

BENÍTEZ ROJAS, VICENTE F.

Abogado y especialista en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá DC). Profesor de Derecho Constitucional Colombiano y Teoría del Estado y la Constitución de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

HAKANSSON NIETO, CARLOS

Doctor en Derecho de la Universidad de Navarra (Pamplona). Profesor de Derecho Constitucional e Integración de la Universidad de Piura. Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario Europeo (Comisión Europea).

MORA RESTREPO, GABRIEL

Doctor en Derecho de la Universidad Austral (Buenos Aires). Director de la Maestría en Derecho Constitucional, Universidad de La Sabana. Profesor de Teoría del Derecho, Interpretación Constitucional y Fundamentos Antropológicos del Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Miembro del Grupo de Investigación "Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos".

RODRÍGUEZ ITURBE, JOSÉ B.

Abogado de la Universidad Central de Venezuela (Caracas). Doctor en Derecho de la Universidad de Navarra (Pamplona). Doctor en Derecho Canónico de la Universidad de Navarra (Pamplona). Profesor Titular de Historia de las Ideas y del Pensamiento Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

SANTIAGO, ALFONSO (H.)

Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de Derecho Constitucional y Vicerrector Académico de la Universidad Austral (Buenos Aires). Miembro titular de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

SUÁREZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIÁN

Abogado de la Universidad de La Sabana y Filósofo de la Universidad de Navarra. Profesor de Razonamiento Jurídico, Introducción al Derecho y Antropología Filosófica en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

GABRIEL MORA RESTREPO
VICENTE FABIÁN BENÍTEZ ROJAS

Coordinadores

Retos del derecho constitucional contemporáneo

Constitución y Corte Constitucional. Activismo judicial
Crisis del neoconstitucionalismo. Política y religión
Derechos humanos seculares. Teoría de los principios
Control de constitucionalidad. Laicidad

Autores

AYUSO • BARZOTTO • BENÍTEZ ROJAS

HAKANSSON NIETO • MORA RESTREPO • RODRÍGUEZ ITURBE

SANTIAGO • SUÁREZ RODRÍGUEZ



BUENOS AIRES - BOGOTÁ

2013



Mora Restrepo, Gabriel

Retos del derecho constitucional contemporáneo

Gabriel Mora Restrepo y Vicente F. Benítez Rojas

1ª ed. - Bogotá: Astrea SAS, 2013.

224 p.; 23×16 cm.

ISBN 978-958-57582-7-8

1. Derecho Constitucional. I. Título

CDD 342



Universidad de
La Sabana

www.unisabana.edu.co - publicaciones@unisabana.edu.co

© EDITORIAL ASTREA SAS

Calle 26A n° 13-97, oficina 2503 - Bogotá, DC - República de Colombia

www.astrea.com.co - editorial@astrea.com.co

I M P R E S O E N C O L O M B I A

IV

PRESENTACIÓN

Se recogen en este libro estudios académicos y reflexiones críticas propuestas en el marco de una tensión. Por un lado, la importancia de hacer una retrospectiva de lo que ha sido la experiencia constitucional en Colombia y en otros países acerca de lo que muchos denominan el “neoconstitucionalismo”, particularmente en cuanto a sus promesas de una mejor sociedad, más justa, equitativa, incluyente, tolerante, democrática, respetuosa del pluralismo e impulsada por un nuevo y principal actor: los jueces constitucionales. Por el otro, la confrontación directa al modelo desde la perspectiva de la razonabilidad práctica, el bien común y la plenitud humana, como criterios desde los cuales resulte posible evaluar el cumplimiento o no de las promesas anunciadas.

El libro es especialmente crítico en cuanto a lo primero. El derecho constitucional contemporáneo adolece de serias fisuras y requiere ser revisado, ajustado, reformado, o simplemente abandonado. El neoconstitucionalismo, aunque con importantes aciertos en algunos temas, ha sido incapaz de modelar una sociedad más incluyente o el fortalecimiento de la justicia y la redistribución de la riqueza, porque ha estado imbuido de “pactos” políticos o de presiones externas que imposibilitan, en incontables casos, un desarrollo integral de la persona y de la sociedad en su conjunto. La multiplicación de “derechos”, en función de una supuesta mayor inclusión social, ha dado como resultado, en no pocas ocasiones, el “aislamiento” o “menoscabo” de derechos fundamentales, otrora indiscutidos y garantizados como presupuestos del orden constitucional.

Quizá lo que más se ha destacado del neoconstitucionalismo, en su faceta de crisis, se deba a la ideologización de sus tesis sobre la base de un lenguaje atractivo, abierto a los derechos



humanos, la democracia y el fortalecimiento de las instituciones judiciales, las directrices tan marcadamente valorativas y el discurso principialista que lo acompaña. Sin embargo, al abrazar una visión particularmente conflictivista de la juridicidad humana y, al tiempo, una propuesta relativista de la moralidad, el neoconstitucionalismo se ha erigido mediante imposiciones fundamentalistas y dogmáticas, en medio de un batallar de grupos que han sabido utilizar el derecho como instrumento de crudo poder y de lucha política. En esta medida ha terminado por avanzar un nuevo derecho, en el que los grandes debates terminan siendo resueltos por una minoría que impone sus propias concepciones desde la cúspide del poder decisorio del Estado.

Este libro quiere avanzar en esta dirección. En mostrar, al lado de sus aciertos, la inaplazable necesidad de hacer una revisión profunda de las tesis principales del neoconstitucionalismo, la importancia de retornar a las fuentes propias de la juridicidad humana y de la universalidad de sus bienes básicos o fundamentales, la formación del constitucionalista como actor relevante de estos desafíos novedosos, así como la trascendental tarea de forjar un criterio jurídico prudencial que sea capaz de discernir lo justo y lo debido concreto en medio de las complejidades de la sociedad contemporánea.

En desarrollo de lo anterior, este libro compila nueve artículos de investigación presentados en el primer congreso internacional de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana (marzo de 2012), que comparten una perspectiva crítica de algunos de los rasgos más problemáticos del neoconstitucionalismo. En efecto, los primeros tres escritos presentan una reflexión teórica en la que se examinan las principales aporías que supone el control judicial de constitucionalidad: *La Corte Constitucional ante el tribunal de la historia*, de GABRIEL MORA RESTREPO, hace un balance –por fuera del discurso “políticamente correcto” que ha imperado después de 1991– de los veinte años de la Constitución colombiana de 1991, de la mano de algunas de las más controvertidas decisiones de la Corte Constitucional, haciendo notar que, aunque la labor de ese tribunal ha tenido algunos (muchos) aciertos, también algunas de sus decisiones, aunque son pocas, cualitativamente han significado un retroceso en el ideal de la protección de centrali-

zar la persona humana y su dignidad. Así, bajo un falso ideal de libertad, aunado a la politización del juez constitucional, se han desmontado principios tan caros al mismo constitucionalismo como el bien común, el derecho a la vida y la familia.

En esa misma línea, el profesor JOSÉ B. RODRÍGUEZ ITURBE, en su escrito titulado *Los derechos humanos. ¿Entre deseos particulares y bienes fundamentales?*, expone con claridad, desde la filosofía y desde la historia del pensamiento político, cuáles son los principales peligros que tiene el neoconstitucionalismo, entre los cuales vale la pena resaltar, entre otros, la ideologización del juez constitucional, la amenaza del mandarínismo jurídico de las élites judiciales y el fundamentalismo enquistado en los pluralismos y secularismos contemporáneos. Estos factores, a su turno, han diluido y negado verdaderos derechos fundamentales, mientras que se han catalogado como tales otros supuestos “derechos” que en realidad no lo son. Para hacer frente a esta realidad, RODRÍGUEZ ITURBE propone una sociedad vigilante que deje atrás el individualismo exacerbado que caracteriza nuestros días y que se preocupe por los asuntos públicos. Esa pasividad ante el mandarínismo judicial antidemocrático es una suerte de autorización a este despotismo blando.

El siguiente es el escrito de investigación del profesor brasileño LUIS FERNANDO BARZOTTO, denominado *Positivismo, neoconstitucionalismo y activismo judicial*, en el que, a partir de una aproximación conceptual (no referida a experiencias históricas concretas, sino lógicas), concluye que tanto el positivismo como el neoconstitucionalismo propician el activismo judicial que, en última instancia, implica el desapego del juez por el derecho y, en ese sentido, supone que la decisión judicial es un mero acto de fuerza o poder. En primera medida, de la mano de HANS KELSEN explora los fundamentos antropológicos del positivismo jurídico y señala cómo los presupuestos de esta escuela son incapaces de limitar al juez, con lo cual existirían decisiones judiciales contrarias al derecho, pero válidas. En segundo lugar, junto a RONALD DWORKIN, constata que el neoconstitucionalismo, que presume haber superado al positivismo al establecer relaciones necesarias entre el derecho y la moral, termina con unos resultados semejantes a éste. En efecto, lejos de fijar conexiones entre derecho y moral, el neoconstitucionalismo los identifica; la Constitución, como conjunto de principios, es ella misma

una norma ética, por el solo hecho de ser Constitución. La evidente circularidad se produce por la aproximación posmetafísica del neoconstitucionalismo, que desdeña cualquier recurso a la naturaleza del hombre como fundamento ético del derecho. De este modo, el neoconstitucionalismo afirma dejar atrás el positivismo y su relativismo valorativo, cuando lo cierto es que termina siendo un “positivismo moral” que da rienda suelta al activismo judicial.

Estas reflexiones sobre el Poder Judicial de nuestros días son retomadas por parte del profesor español MIGUEL AYUSO, quien en su escrito titulado *Las aporías presentes del derecho constitucional* advierte cómo, desde el nacimiento del constitucionalismo como ideología, existen incontables problemas que han llevado a una suerte de espejismos tales como su pretensión de controlar el poder o el principio de la separación de los poderes, que son reemplazados, por ejemplo, por órganos en apariencia jurídicos pero verdaderamente políticos, como los tribunales constitucionales.

El segundo grupo de escritos realiza un estudio crítico sobre las relaciones entre la religión y la política en los Estados constitucionales. Así, para AYUSO, en su artículo titulado *Del laicismo a la laicidad. Unas reflexiones (no exclusivamente) españolas*, expone que el laicismo (como ideología) y la laicidad (como fenómeno derivado) no son excluyentes, como parece pensar cierto sector de la doctrina. En efecto, el laicismo y la laicidad suponen la sumisión total de la Iglesia a las políticas del Estado, en la medida en que la obligan a renunciar a su misión de afirmar que existe una ley natural a la cual los poderes públicos deben allanarse. Por lo tanto, luego de un análisis histórico afirma que, ante esa falta de oposición entre laicismo y laicidad, debe proclamarse que el Estado no debe aceptar ni lo uno ni lo otro. Por su parte, el profesor argentino ALFONSO SANTIAGO (H.), en *Las relaciones entre religión y política en la sociedad postsecular del siglo XXI*, sostiene que, a diferencia de lo que imaginaron algunos filósofos modernos, el hecho religioso no ha desaparecido, sino que, por el contrario, en nuestros días se ha revitalizado. Ese renacer merece ser estudiado en el contexto actual a comienzos del siglo XXI, marcado por doctrinas tales como el relativismo ético o la posmodernidad filosófica, por un lado, y –por el otro– por el desarrollo del Concilio

Vaticano II en medio del secularismo, la globalización, el nacionalismo, los derechos humanos y el pluralismo, entre otros. Para lograr lo anterior, SANTIAGO (H.) propone una laicidad positiva que se contrapone a los dos extremos del espectro, representados por un laicismo extremo y por el fundamentalismo islámico.

Posteriormente, el catedrático peruano CARLOS HAKANSSON NIETO describe en su artículo los principales aportes del constitucionalismo a la idea de la Constitución actual, como dispositivo de defensa de los derechos de las personas. Para lograrlo, recurre de manera muy interesante a diversas comparaciones con textos de la literatura universal, pero también a manifestaciones de la cultura popular como los cómics o las películas. Este recurso tiene una justificación que puede calificarse como verdaderamente democrática: el constitucionalismo de la segunda posguerra tiene unos elementos característicos que en ocasiones son explicados de una manera en extremo científicista, cuando lo cierto es que la Constitución debe estar al alcance de todos los ciudadanos y, en consecuencia, debería ser comprendida por todas las personas sin ningún distingo de edad o condiciones sociales, culturales o económicas.

Por último, el libro cierra con dos escritos producto de investigaciones en el marco de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana. Se trata, en primer lugar, del artículo de autoría del profesor JOSÉ JULIÁN SUÁREZ RODRÍGUEZ, en el que explora las luces y sombras de la teoría de los principios, que es un eje fundamental en la comprensión del Estado constitucional. El artículo, en efecto, realiza una descripción sobre los importantes cambios que suponen la definición del Estado colombiano como un Estado social de derecho y de las herramientas jurídico-normativas de las que ha hecho uso la Corte Constitucional colombiana en la realización concreta de esta transformación: los principios y los valores constitucionales. Esta transformación del derecho constitucional colombiano tiene como principal característica la rematerialización del ordenamiento jurídico. Sin embargo advierte, sin ánimo de volver a los moldes del “viejo derecho”, que dicha transformación tiene sus riesgos; sin una fundamentación fuerte –objetiva, más que intersubjetiva– de los principios y de los valores constitucionales, ellos corren el riesgo de ser manipulados por los operadores jurídicos

de turno y de ser utilizados para llevar adelante programas políticos de facción, escudados en (aparentemente) escépticas metodologías de ponderación y argumentación de principios. La pregunta que habría que resolver, según el profesor SUÁREZ RODRÍGUEZ, es por qué el principio-valor tiene valor, a qué realidad designa y por qué esa realidad es valiosa.

Asimismo, VICENTE F. BENÍTEZ ROJAS explora un problema de amplias implicaciones en el constitucionalismo colombiano pero que no ha merecido una reflexión desde la filosofía política: el control judicial de constitucionalidad sobre reformas constitucionales por límites implícitos al poder de reforma. El punto de referencia del análisis parte de considerar que esta forma de control de constitucionalidad supone un problema jurídico fundamental y es que la premisa mayor con la cual se efectúa el análisis de constitucionalidad de la reforma (los límites implícitos) es creada por el juez, quien se autohabilita sin ningún parámetro objetivo o externo. Esa situación desencadena una dificultad más grave aún y es que la actuación de la Corte es antidemocrática, al crear parámetros supraconstitucionales sin intervención popular. Para resolver los dos reparos plantea (recurriendo al derecho comparado) fórmulas para conciliar los diversos conceptos de democracia que subyacen en las discusiones de quienes defienden la actuación de la Corte Constitucional, así como de aquellos que ven con serias objeciones su tesis de un control judicial material a las enmiendas de la Constitución.

*Campus Universitario del Puente del Común,
octubre de 2012.*

GABRIEL MORA RESTREPO
VICENTE F. BENÍTEZ ROJAS

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---------------------------|---|
| <i>Presentación</i> | V |
|---------------------------|---|

CAPÍTULO PRIMERO

LA CORTE CONSTITUCIONAL ANTE EL TRIBUNAL DE LA HISTORIA

| | |
|---|----|
| § 1. Introducción | 1 |
| § 2. El “núcleo puro y duro de la Constitución de 1991” .. | 1 |
| § 3. “Yo doy las órdenes”. La ingeniería social de la Corte Constitucional de Colombia | 4 |
| § 4. Constitución y Corte Constitucional: una misma cosa | 15 |
| § 5. Nuevamente el “deseo” como fundamento de la juridicidad: un juez que dice mentiras | 17 |
| § 6. A modo de conclusión: los poderosos también caen ... | 22 |

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS HUMANOS. ¿ENTRE DESEOS PARTICULARES Y BIENES FUNDAMENTALES?

| | |
|---|----|
| § 7. La sociedad secularizada | 25 |
| § 8. Las “lisonjas de los bribones” | 26 |

| | | |
|-------|--|----|
| § 9. | De Protágoras a Rorty | 27 |
| § 10. | Rawls, Nozick, Hume, Constant | 30 |
| § 11. | Pluralismo sin fundamentalismos | 31 |
| § 12. | El riesgo del “mandarinismo” | 33 |
| § 13. | El juez constitucional. ¿Imparcial e independiente? | 34 |
| § 14. | El riesgo de la manipulación ideológica del derecho | 35 |
| § 15. | Algunos rasgos del nuevo constitucionalismo | 38 |
| § 16. | ¿Oligarquías del fundamentalismo secularista? | 39 |
| § 17. | ¿Magistratura al servicio de la justicia o al servicio de intereses? | 41 |
| § 18. | Opinión pública y limitación del poder | 43 |
| § 19. | Epílogo. El ojo independiente de la sociedad y los pequeños pelotones | 45 |

CAPÍTULO III

POSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO Y ACTIVISMO JUDICIAL

| | | |
|-------|--------------------|----|
| § 20. | Preliminares | 51 |
|-------|--------------------|----|

A) EL POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN

| | | |
|-------|---|----|
| § 21. | Autointerés y conflicto | 53 |
| § 22. | La norma | 55 |
| § 23. | Activismo judicial | 57 |
| § 24. | Conclusión. Dominación ilegal y tiranía | 61 |

B) NEOCONSTITUCIONALISMO

| | | |
|-------|---|----|
| § 25. | El sujeto de derechos y la despolitización de la con- vivencia | 63 |
| § 26. | Los derechos | 65 |
| § 27. | Activismo judicial | 69 |

| | |
|---|----|
| § 28. Estado de naturaleza y anarquismo | 72 |
| § 29. Consideraciones finales | 74 |

CAPÍTULO IV

LAS APORÍAS PRESENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

| | |
|--|----|
| § 30. Constitución, derecho constitucional y constitucio- nalismo | 79 |
| § 31. Constitucionalismo, derecho público y derecho pri- vado | 80 |
| § 32. Constitución del Estado y constructivismo social ... | 82 |
| § 33. ¿Separación de poderes? | 84 |
| § 34. Un escolio sobre el “judicialismo” | 86 |
| § 35. El funcionalismo federalista | 87 |
| § 36. Constitucionalismo y personalismo | 89 |
| § 37. Neo y posconstitucionalismo | 90 |

CAPÍTULO V

DEL LAICISMO A LA LAICIDAD. UNAS REFLEXIONES (NO EXCLUSIVAMENTE) ESPAÑOLAS

| | |
|---|----|
| § 38. ¿De nominibus non est disputandum?” o “res deno- minatur a potiori?” | 93 |
| § 39. Al principio, “non est potestas nisi a Deo” | 95 |
| § 40. El Estado moderno y sus transformaciones. La puesta en plural del pecado original y la doctrina social de la Iglesia como contestación cristiana del mundo moderno | 96 |
| § 41. La ruina espiritual de un pueblo por efecto de una política | 98 |

- § 42. Las incoherencias de la predicación actual y la reedificación del derecho público cristiano 99

CAPÍTULO VI

LAS RELACIONES ENTRE RELIGIÓN Y POLÍTICA EN LA SOCIEDAD POSTSECULAR DEL SIGLO XXI

- § 43. Presentación 101
- § 44. La política 102
- § 45. La religión 104
- § 46. Las relaciones entre política y religión 116
- § 47. La actual trascendencia social, cultural y política del fenómeno religioso 118
- § 48. El debate Habermas - Ratzinger y el advenimiento de la llamada sociedad postsecular 129

CAPÍTULO VII

EL CONSTITUCIONALISMO FRENTE A LAS CONSTITUCIONES CONTEMPORÁNEAS

- § 49. Introducción 139
- § 50. El concepto de Constitución 140
- § 51. La clasificación de las constituciones y una mirada realista 141
- § 52. La necesidad de “desestatizar” las fuentes del derecho constitucional 142
- § 53. Una evaluación del principio de separación de poderes 145
- § 54. La diferencia entre el mundo del “rule of law” y del Estado de derecho 148
- § 55. El nacimiento del control de constitucionalidad 150
- § 56. La tradición constitucional en el reconocimiento de los derechos y libertades 153

| | |
|--|-----|
| § 57. Las garantías y su progresiva fragmentación en los textos constitucionales | 155 |
| § 58. El dimensionamiento de una Constitución | 156 |
| § 59. Las llamadas constituciones modernas | 157 |
| § 60. Las nuevas tendencias constitucionales | 157 |
| § 61. Conclusión. El ejemplo constitucional anglosajón | 159 |

CAPÍTULO VIII

LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL. LUCES Y SOMBRAS

| | |
|---|-----|
| § 62. El Estado constitucional y los principios jurídico-constitucionales | 161 |
| § 63. La teoría de los principios en la teoría contemporánea del derecho | 164 |
| § 64. Principios jurídicos y valores constitucionales | 168 |
| § 65. Criterios distintivos entre principios y reglas | 171 |
| § 66. La cuestión del fundamento de los principios. Una asignatura pendiente en la teoría principalista de los derechos | 174 |

CAPÍTULO IX

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE REFORMAS CONSTITUCIONALES. ALGUNAS SALIDAS PARA LA ENCRUCIJADA CONTRAMAYORITARIA

| | |
|---|-----|
| § 67. Introducción | 177 |
| § 68. Las sombras del control de reformas por sustitución | 179 |
| a) La postura de la Corte | 179 |
| b) El juez constitucional como mandarín | 181 |

| | |
|---|-----|
| § 69. Algunas salidas | 186 |
| a) “Nosotros el pueblo”. En defensa de la democracia | 187 |
| b) El “orden objetivo de valores” alemán | 190 |
| § 70. La aplicabilidad de estas alternativas al caso colombiano | 193 |
| a) De corto plazo | 195 |
| b) De largo plazo | 196 |
| <i>Bibliografía</i> | 199 |