

COMENTARIO A “EL CANON NEOCONSTITUCIONAL”*

*Heber Joel Campos Bernal***
Pontificia Universidad Católica, Lima, Perú

Es una grata noticia la reciente aparición, por la editorial de la Universidad Externado de Colombia, de *El canon neoconstitucional* a cargo de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo. Ambos han reunido en esta inteligente obra una serie de ensayos y artículos jurídicos de varios de los más celebrados juristas del mundo, entre los que destacan, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Sanford Levinson y Robert Alexy, entre otros. *El canon neoconstitucional* es el último de tres libros que conforman la piedra basilar del constitucionalismo contemporáneo. Estos son: *Neoconstitucionalismo(s)*¹ y *Teoría del neoconstitucionalismo*². Los tres han sido preparados por Miguel Carbonell, un jurista mexicano que en la última década ha animado sugestivos debates en la región, pero el último que en extensión casi duplica a los anteriores fue editado conjuntamente con Leonardo García Jaramillo, joven profesor de la Universidad EAFIT de Medellín.

I

¿Si fuera posible pensar el derecho en América Latina antes de la irrupción del constitucionalismo, cómo lo imaginaríamos? Posiblemente un lector atento diría: era más formalista, más apegado a las reglas, más respetuoso de la voluntad del legislador. Pero posiblemente diría también: era menos crítico, menos polémico, menos neutral. El constitucionalismo consiste en todo caso en aquello que el derecho no era antes de, y en todo aquello que el derecho debió (o no debió) ser antes de. Una visión optimista del constitucionalismo sustentaría, por tanto, que sus principales aportes han sido:

* CARBONELL, Miguel, y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores académicos) *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, 660 pp.

** Deseo agradecer a Gonzalo Ramírez Cleves y María Luisa Rodríguez Peñaranda por sus comentarios al primer borrador de esta reseña. Sus aportes me han sido de mucha utilidad para comparar puntos de vista sobre el actual proceso de constitucionalización del derecho que se está viviendo en América Latina, y en particular, en Colombia.

1 Madrid: Trotta, 2009.

2 Madrid: Trotta, 2007.

- a) El constitucionalismo ha trasladado al debate público la tensa relación entre el derecho y la política. En efecto, durante mucho tiempo, y esta aseveración sigue siendo cierta hoy en día, en las Facultades de Derecho se enseñaba que tanto el derecho como la política conformaban espacios distintos, donde uno –la política– domeñaba al otro –el derecho–. Esta visión se reflejaba, por caso, en la forma como se interpretaban conceptos como: deferencia judicial, legitimidad o supremacía del legislador. En todo este tiempo la autoridad de la ley, aunque de forma ambigua, ha sido el principal estandarte de esta mirada del derecho y de cómo, en una situación de gobierno ideal, se debe plantear el funcionamiento de la democracia.
- b) El constitucionalismo, asimismo, ha permitido que en América Latina se desarrolle un debate –aunque con diferentes matices e intensidades– respecto a la articulación entre derecho y moral, o entre derecho y política. El debate jurídico –y lo mismo ocurre en otros campos del conocimiento– se caracteriza(ba) en esta parte del continente por la falta de sentido crítico y de discusión que impedían incorporar enfoques distintos a los tradicionales. El constitucionalismo ha permitido despertar de su modorra a América Latina y llamar la atención sobre aspectos tan sensibles de la práctica jurídica como el decisionismo judicial, la ambigüedad de los principios, la moral interna del derecho, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, entre otros. Estas discusiones –y en muchos casos el nivel de ellas– ha contribuido a que la tradicional oposición derecho privado-derecho público se relativice y a que, tomando en cuenta aspectos y elementos locales, distintos juristas puedan realizar críticas más agudas de su propia realidad y contextos a la luz del derecho.
- c) Por último, el constitucionalismo ha renovado la forma como se está aprendiendo el derecho en América Latina a través de una paciente, pero efectiva labor de difusión de la jurisprudencia y de teorías locales y extranjeras que la interpretan. Dicha difusión se debe, entre otros motivos, a que en la actualidad la jurisprudencia es considerada una fuente primaria del derecho y, por consiguiente, su aplicación es de observancia obligatoria. Asimismo, el constitucionalismo ha motivado una aproximación multidisciplinaria del derecho, al llamar la atención sobre las implicancias de éste en campos como la economía, la política, la historia, o la filosofía. El constitucionalismo ha permitido que dichos factores, que antes eran estudiados de forma marginal, ocupen un lugar central en el análisis de las ciencias jurídicas, al obligar a los juristas a introducir en sus razonamientos dichos conocimientos para entender la compleja dinámica del derecho en la actualidad.

II

El constitucionalismo también ha recibido en estos años de “idílico reinado” graves acusaciones de algunas de las cuales todavía no se recupera. Uno de sus principales críticos, el profesor español Juan Antonio García Amado, ha acusado, por ejemplo, al neoconstitucionalismo de encubrir el activismo de los jueces, al alentarlos para que justifiquen sus decisiones en principios, un tipo de normas que a diferencia de las reglas poseen un enunciado abierto, propiciando, de esa forma, “una jurisprudencia muy propensa a la extralimitación, la demagogia y la política más descarada”³.

Otra de las acusaciones en contra del constitucionalismo se basa en la interferencia que, a través de éste, los jueces desarrollan en desmedro de la política. Si tradicionalmente el Poder Judicial era considerado un Poder del Estado sin capacidad de intervenir en la toma de decisiones públicas, en la actualidad ya no es así porque los jueces simplemente entienden que pueden (y deben) desarrollar una protección más robusta de los principios, aunque para ello tengan, de vez en cuando, que decirle al gobierno qué hacer y cómo en campos como los derechos sociales o la libertad económica. El activismo de los jueces si bien no representa hoy en día una preocupación gravitante, ha tenido en algunos países y en algunos momentos un rol clave. Tal ha sido el caso, por ejemplo, de Colombia, cuya Corte Constitucional, una de las más activistas de la región, ha emitido una serie de sentencias estructurales en materias como la problemática de los desplazados, la prestación de servicios de salud, el servicio militar obligatorio, o el control de la deliberación parlamentaria. El impacto de esta jurisprudencia ha sido significativa, asimismo, porque ha propiciado un cambio de sensibilidad de los operadores jurídicos respecto al sistema de justicia, entendido como un todo, al punto que la práctica del derecho, así como su análisis y estudio, dependen más de los fallos de la Corte que del conocimiento dogmático. El constitucionalismo, en ese sentido, ha propiciado un ensanchamiento del campo jurídico, agregando a éste, elementos como la política o la moral que, tradicionalmente, no eran tomados en cuenta por la dogmática tradicional.

Pero el punto más problemático, y por eso mismo más resistido, del canon neoconstitucional es su adhesión a los principios. Este tipo de normas se caracterizan porque obligan a los operadores del sistema de justicia –jueces, y abogados– a basar sus decisiones en argumentos normativos antes que formales. La crítica en contra de este tipo de normas es que si se generaliza su uso, como ya estaría ocurriendo en

3 Además de su contribución a este libro, puede revisarse su artículo, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Op. cit., p. 264.

algunas jurisdicciones locales, los jueces extrapolaran su propia concepción de la moral, atentando de este modo contra uno de los pilares del Estado de Derecho, como es la seguridad jurídica. Esta preocupación ha sido descrita por algunos como “la dictadura de la moral”, una moral, por supuesto que no es la del legislador, sino la de los jueces, lo cual, a ojos de estos críticos, constituye una grave amenaza para la democracia representativa. Un elemento adicional es que los principios, al ser normas ambiguas, permiten que se los interprete de cualquier forma, sin que quepa un control “objetivo” *a posteriori* que permita, por caso, establecer cuándo esa interpretación es moralmente válida o cuándo no. Esta confusión redundante, finalmente, en una anarquía del derecho, cuyas consecuencias las padece la sociedad en su conjunto y no, como presumen los que abogan por el derecho por principios, los que defienden una visión conservadora de éste.

Por último, pero no menos importante, es la crítica en contra del constitucionalismo por su malentendido cosmopolitismo. El constitucionalismo se ha alimentado de distintas teorías en estos últimos años, sin que sean, muchas veces, sostienen sus críticos, fieles a sus centros de producción y contextos académico y cultural. Un ejemplo interesante es la interpretación de la obra de autores como John Rawls o Ronald Dworkin que, comúnmente, son considerados autores neoconstitucionalistas. Estos si bien pertenecen a una corriente de pensamiento que puede ser englobada en el mismo sector ideológico –liberalismo igualitario– poseen agendas distintas, las mismas que, según se vea, están más cerca o más lejos de la agenda transformadora del derecho que, de la mano del constitucionalismo, se lleva a cabo en América Latina. Esta agenda incluye temas como la crítica al liberalismo conservador (Rawls) o al positivismo metodológico (Dworkin) que no forman parte de la agenda de nuestros países, que giran en torno a temas como la exclusión de la justicia de sectores principalmente pobres, la arbitrariedad del gobierno, o la influencia de *lobbies* e intereses económicos en el funcionamiento del Estado. Este paralelismo entre autores y temas genera una gran confusión que redundante en la dispersión de muchos tipos de constitucionalismos y que ha impedido que esta corriente se afiance como una teoría sólida y viable.

III

Uno de los aportes de El Canon Neoconstitucional consiste en llamar la atención sobre este tipo de críticas, las cuales se matizan, a su vez, con nuevas respuestas. El tipo de preguntas que plantea el libro es hechura de una sesuda reflexión. Este diálogo acerca de las implicancias y los riesgos del constitucionalismo ha permitido, principalmente, a la comunidad académica de nuestros países, consolidar un

grupo de autores y planteamientos que, se acepten o no, son objeto de la mayor atención. Los autores canónicos, si cabe llamarlos así, del constitucionalismo son, en ese sentido: Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Roberto Gargarella y Carlos Bernal. Posiblemente deje de lado a algunos, como Carlos Nino, pero en principio este conjunto de autores representa a un grupo consolidado y activo. Respecto a los planteamientos del constitucionalismo es posible, también, a 20 años de su aparición –primero, con la instauración de la activista Corte Constitucional de Colombia, y segundo, con la publicación de *El Derecho Dúctil* de Gustavo Zagrebelsky⁴– sacar algunas conclusiones. Las más importantes posiblemente sean: i) la obligatoriedad de los principios; ii) la rigidez de la Constitución y, iii) el control de la deliberación democrática por la justicia.

Un aspecto que me gustaría mencionar, asimismo, sobre el constitucionalismo (y en esta oportunidad sobre la visión que *El Canon Neoconstitucional* plantea del constitucionalismo) es su identidad generacional. Tal parece que el “nuevo derecho” en América Latina es el resultado de una nueva generación de iusfilósofos y juristas, que están pensando América Latina y su derecho de una forma notablemente diferente a como lo venía pensando la dogmática tradicional. En primer lugar esta generación de autores no simpatiza con la tesis simplista del derecho por reglas, desconfía de la validez formal de la ley, y cree, a veces de forma vehemente, en las posibilidades de la justicia para llevar adelante una agenda política transformadora de la realidad de nuestros países. Este discurso tiene un claro componente ideológico que lo aproxima a la tradición progresista de los Estados Unidos, donde, por caso, un puñado de jueces famosos –Cardoso, Breyer, Warren– le cambió el rostro a la política social y económica de ese país. Entre los autores más representativos del constitucionalismo latinoamericano actual se encuentran: Roberto Gargarella, Carlos Bernal, Rodolfo Arango, entre los más destacados. Un elemento en común en todos ellos, al margen de sus, también significativas, diferencias es su visión progresista del derecho, visión que, como en el caso de Gargarella, ha sido esencial para entender la evolución del constitucionalismo latinoamericano de la última década y su aproximación, cada vez más cercana, con las tesis del liberalismo igualitarista.

De otro lado, *El Canon Neoconstitucional* plantea también nuevas preguntas que acercan al constitucionalismo, tentadoramente, con la práctica del derecho anglosajón. Estas se refieren, por caso, a la exigibilidad de los derechos sociales por parte de la justicia (Luigi Ferrajoli), la importancia de los paradigmas en la comprensión del derecho (Sanford Levinson y Jack Balkin); la impronta del constitucionalismo popular en la aplicación del control judicial (Roberto Gargarella); la interpretación

4 Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 1997.

del constitucionalismo como metateoría del derecho por parte de los jueces (Alfonso García Figueroa), entre otros. Los cuales resultan profundamente estimulantes y abren un surco inexplorado hasta ahora por la academia para interpretar y analizar la evolución del derecho en América Latina. Estas nuevas interrogantes se caracterizan además porque, poco a poco, van dejando de lado el prejuicio en contra de las teorías del derecho transnacionales, y se está empezando a mirarlas como herramientas para pensar y reflexionar con mayor vigor sobre nuestro propio derecho. Un paso adelante, en ese sentido, es la cita, cada vez más recurrente, de la jurisprudencia de cortes extranjeras para ilustrar aspectos de la legislación local, o la cita de autores, principalmente europeos y anglosajones, para explicar los alcances de un principio o para discutir el impacto o la validez de una ley en un área específica.

IV

Han pasado casi 20 años desde la publicación en español de *El Derecho Dúctil* de Gustavo Zagrebelsky. En ese libro que en su momento significó una *bocanada de aire fresco* para el derecho, principalmente, el que se hacía en el mundo de habla hispana, muchas cosas han cambiado. Una de ellas, tal vez sea, la consolidación de la justicia constitucional y su sorpresiva evolución. En Colombia, donde la popularidad de la Corte fue más visible, ésta, en la década que va de 1990 al año 2000, desarrolló una práctica constitucional y una vitalidad teóricas sin precedentes en América Latina y ajenas, incluso, a su propia tradición. Esta tradición consistió, más en algunos países que en otros, en la marginación de distintos sectores de la justicia, y en la deferencia, exacerbada, de la voluntad política. Herencia de democracias débiles o claramente dictaduras, que durante el siglo XX asolaron el continente americano. En Colombia, contrario a todo ello, la Corte Constitucional supo reconstruir una práctica constitucional basada en principios como la deliberación pública, la inviolabilidad de la persona, y la democracia constitucional. Estos valores fueron alimentados, teórica e ideológicamente, por el constitucionalismo, al punto que, como explica García Jaramillo, se lo dio en denominar *nuevo derecho*.

20 años después, sin embargo, cabe preguntar ¿hacia dónde se dirige el nuevo derecho? ¿Se seguirá considerando nuevo derecho?, o ¿20 años después éste ha envejecido y es momento de pensar en nuevos derroteros ideológicos? Lo más probable es que se agudice la crítica contra este nuevo derecho, basada en la tradición autoritaria y en la emergencia social que actualmente agobia a nuestros países. Si bien existe un canon neoconstitucional, éste todavía está lejos de ser un canon del derecho, tal como lo entendemos y lo practicamos ahora. Queda, eso sí, la seguridad de que, a diferencia de antes, hoy en día existen más recursos y más

ideas para paliar el efecto conservador del parroquialismo jurídico. Este efecto que convive, neuróticamente, con el nuevo derecho es la prueba más evidente de que lo que queda por hacer es mucho más arduo de lo que ya se ha hecho y que la batalla por la justicia y el progresismo en América Latina apenas si está empezando.

Asimismo, cabe preguntarse si el constitucionalismo como tal, es decir como teoría omnicomprendiva del derecho, es atributo de un país en particular, por caso, Colombia o Argentina, o es más bien el resultado de una visión global del derecho, cuya ratio de influencia, principalmente, se desarrolla en América Latina. Esta pregunta es clave para establecer qué tipo de acuerdos institucionales se están dando en nuestro continente y si además estos responden a una visión original del derecho, o si más bien lo que existe son esfuerzos marginales de elites académicas conformadas por autores muy destacados pero sin eco en la escena pública. Excluyendo del ejemplo a Colombia, donde la influencia de la Corte Constitucional, por lo menos de los primeros años, fue patente, tal parece, me temo, que esa es la situación actual.

El que la realidad latinoamericana sea tan parecida, pero al mismo tiempo tan diversa, contribuye en parte a esta duda. Y es que si bien es parecida en lo que respecta a sus problemas y debilidades, es muy distinta en lo que respecta a sus tradiciones y a su propia forma de controlar e interpretar el poder (político). El derecho puede ayudar a ser un punto de enlace sobre lo que se puede hacer, a la luz de una agenda reformadora en lo social, pero a su vez puede ser un punto de inflexión que contribuye, en virtud de la propia dinámica de los sistema de justicia, a ahondar las diferencias de país a país y a diversificar los temas de interés y discusión teóricas. La relación entre política y derecho que el constitucionalismo en todo caso ha ayudado a develar, revela la importancia de pensar el derecho a partir no sólo de sus características formales, como intenta a hacer desde el otro lado de la acera, por ejemplo, el derecho procesal constitucional, sino a partir de su impacto en distintos sectores e intereses, los mismos que, para pesar nuestro, se encuentran infra representados en la actual configuración política de América Latina.

Se puede concluir, por tanto, que el constitucionalismo es, pese a su mayoría de edad, una corriente joven todavía entre nosotros. Que ha tenido la virtud de propiciar un debate necesario y enriquecedor, en un ambiente donde éste hacia mucha falta, pero que aún está lejos de ser una teoría consolidada. La obra de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo revitaliza justamente un debate académico con hondas repercusiones en la concepción, interpretación y práctica del derecho en los países latinoamericanos. Subrayan la importancia del debate académico y lo hacen de una forma ambiciosa, trayendo a este debate a autores de diferentes latitudes y con visiones que en América Latina aún son inéditas. Este aporte confirma lo que señalaba líneas arriba cuando decía que lo que hemos tenido es antes que

un cambio de mentalidad jurídica, un vuelco crítico dirigido a cambiar la forma de pensar y aplicar el derecho en nuestras respectivas jurisdicciones locales. Este cambio de mentalidad aún está *ad portas*, y tiene que ver, más de lo que quisiéramos, con aspectos que escapan a la impronta del derecho: como la política, o la cultura democrática.

El principal aporte que el derecho puede realizar a la convivencia ciudadana radica, en ese sentido, en llamar la atención sobre la importancia de tratar estos temas a través de las armas de la razón, y la deliberación públicas. Si bien es cierto que en América Latina aún pervive una visión conservadora sobre lo que es y debe ser el derecho, actualmente estamos en mejor posición que antes para criticar esta visión tradicional, y plantear respuestas distintas. El constitucionalismo es uno de esos caminos y en países como Colombia sus frutos han sido notables.