

Principlism in the Constitutional Court?

Florez Muñoz, Daniel Eduardo

 **Daniel Eduardo Florez Muñoz**
daniel.florez@hotmail.es
Universidad de Cartagena, Colombia

Analéctica

Arkho Ediciones, Argentina
ISSN-e: 2591-5894
Periodicidad: Bimestral
vol. 0, núm. 2, 2014
revista@analectica.org

Recepción: 01 Octubre 2013
Aprobación: 31 Diciembre 2013

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/251/2511060005/>

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.3831513>

Resumen: El ascenso del canon neoconstitucional en América latina estuvo ambientado por una notable oleada de focos de resistencia provenientes principalmente de sectores de la judicatura asociados con enfoques privatistas del derecho, así como de sectores de la academia jurídica afianzados al interior de la tradición jurídica continental francesa que percibían con enorme preocupación la naturaleza esencialmente pretoriana que iba asumiendo este nuevo orden soportado en los presupuestos teóricos y diseños institucionales sugeridos tendencialmente por aquello que desde Bruce Ackerman (1999) hasta Luigi Ferrajoli se denominaría el “constitucionalismo global”.

Palabras clave: principialismo, canon neoconstitucional, derecho.

Abstract: The rise of the neo-constitutional canon in Latin America was set by a notable wave of pockets of resistance that came mainly from sectors of the judiciary associated with privatistic approaches to law, as well as from sectors of the legal academy entrenched within the French continental legal tradition that they perceived with enormous concern the essentially praetorian nature that this new order was assuming, supported in the theoretical assumptions and institutional designs tended to by what from Bruce Ackerman (1999) to Luigi Ferrajoli would be called "global constitutionalism".

Keywords: principlism, neo-constitutional canon, law.

El ascenso del canon neoconstitucional en América latina estuvo ambientado por una notable oleada de focos de resistencia provenientes principalmente de sectores de la judicatura asociados con enfoques privatistas del derecho, así como de sectores de la academia jurídica afianzados al interior de la tradición jurídica continental francesa que percibían con enorme preocupación la naturaleza esencialmente pretoriana que iba asumiendo este nuevo orden soportado en los presupuestos teóricos y diseños institucionales sugeridos tendencialmente por aquello que desde Bruce Ackerman (1999) hasta Luigi Ferrajoli se denominaría el “constitucionalismo global”.

En Colombia buena parte de los argumentos conservadores de resistencia se derivaban de una lectura donde se percibía ese “noble sueño” constitucional como una verdadera pesadilla que encontraba en el imperialismo de la constitución una amenaza a la seguridad jurídica y especialmente una flagrante vulneración a los presupuestos democráticos sobre los cuales se encuentra fundamentado el sistema político (Bernal, 2005). Sin embargo el canon prosiguió su camino, abriéndose paso con una renovada jerga cargada de proclamas que rápidamente

penetró en la mente de los jóvenes juristas que se vieron a sí mismos con marcados aires de vanguardia como los gestores de un “nuevo derecho” en Colombia (López, 2006), caracterizado teóricamente por un razonamiento mucho más abierto a cuestiones morales y políticas, un fortalecimiento de los órganos judiciales en la labor de creación de material normativo, un fortalecimiento de los presupuestos hermenéuticos que estas renovadas prácticas judiciales traían a su paso, entre otros relevantes aspectos propios de la “nueva” cultura jurídico-política (López, 2009).

La pedagogía jurídica jugó un proceso fundamental al interior de esta renovación, ya que ambientó y brindó las competencias requeridas a quienes serían los garantes del orden institucional para poder asumir con su práctica los cambios acaecidos y con su jerga alimentar las expectativas que los tiempos neoconstitucionales suponían al interior de nuestra realidad social y política, entre estas nuevas formas de entender el derecho en relación con la política y la sociedad, encontramos en primer lugar la efectiva interiorización del argumento constitucional como argumento omnipresente en el mundo del derecho, en las facultades de Derecho se gestó buena parte de los cambios que luego se abrirían paso al interior de los movimientos sociales y la cultura política en general, asociados con la posibilidad de defensa y apelación a argumentos políticos y morales de presunto rango constitucional como garantía ineludible frente a particulares y frente al Estado mismo. Se aspiraba a que la apropiación de este tipo de lenguaje por parte de los ciudadanos comunes generara una consolidación del ethos constitucional que permitiera generar las condiciones materiales para una práctica democrática mucho más normalizada con los presupuestos propios de la tradición moderna republicana. Sin embargo los hechos impugnaron la falsedad de esta promesa, al evidenciar rápidamente cómo aún el discurso principalista se encontraba inscrito en una lógica de exclusión y captura por parte de particulares de la institucionalidad estatal. El neoconstitucionalismo y su renovada cultura constitucional poco pudieron hacer frente años de reformismo constitucional (Valencia, 2010), quedando reducida buena parte de la práctica constitucional posterior a la Constitución de 1991, a un simple episodio más de la batalla constitucional, quizá (y muy a pesar de las idealizaciones propias de los ya no tan jóvenes juristas) la más elaborada forma que en nuestra historia nacional ha asumido la gramática de la guerra.

La labor judicial de los nuevos tiempos vino acompañada de la traslación de la justicia distributiva al foro judicial (García & Santos, 2004; Florez, 2010a, 2010b), la cual originariamente se encontraba atribuida exclusivamente a los órganos de representación política, esto supuso que los jueces cobraran un especial protagonismo en la vida política cotidiana de la sociedad colombiana. De una u otra forma, hoy podemos afirmar que el canon se ha consolidado, ha habido una ruptura del paradigma bajo el cual comprendíamos el derecho, y se establecido en su lugar un nuevo discurso que toma la constitución y la narrativa principalista como su principal credo. Entendemos por canon el

proceso de reproducción de las herramientas de comprensión, el “software cultural” que utilizan las personas para formular problemas, comprender el mundo y sus propias acciones. Desde esta perspectiva, lo que hace canónico a los cánones es, precisamente, el hecho de que se auto reproducen a lo largo de distintas generaciones en la mentalidad humana. La creación de un canon específico conduce a resaltar la atención hacia determinados materiales, en contraposición a otros. Debido a que el

espacio y la atención son limitados en las mentes humanas, transmisión frecuente de obras canónicas ayuda a prestarles mayor atención y, así, a asegurar su perpetuación y proliferación. Al acaparar cada vez más partes del limitado espacio de las mentes e imaginación humanas, los materiales canónicos comienzan a definir la naturaleza misma acerca de lo que es valioso hablar o pensar. Su efecto es arrollador, lo que contribuye a asegurar su rol central así como éxito multiplicador en el futuro. Así, las cosas no se vuelven canónicas simplemente por el hecho de ser importantes, sino que a menudo suelen convertirse en importantes por ser consideradas canónicas (Balkin & Levinson, 2010: 73)

Así las cosas, al interior de los cánones establecidos opera un evidente componente creencial asociado con la convicción de preservar los pilares fundamentales sobre los cuales se asienta el canon, por considerarlos simplemente como “naturales” y “necesarios” -tal parece ser la postura de autores como Bernal (2006) y Carbonell (2010)- o admitiendo la contingencia de su emergencia en nuestro contexto político, crear una contrapartida vestida de catástrofe y negación absoluta de la democracia, en esta perspectiva el neoconstitucionalismo es la única salida posible frente a los terribles avatares de las mayorías sin control. Ambas salidas son abiertamente ideológicas y procuran establecerse en últimas como algún tipo de metafísica del presente que perpetúe las actuales coordenadas que fundamentan el diseño institucional y la forma en la que comprendemos, criticamos y definimos el derecho (Florez, 2011). La doctrina neoconstitucional, aún la más crítica, reproduce de forma natural ciertos postulados infundados que suponen en últimas que asistimos al mejor de los mundos posibles, que tenemos la mejor de las Constituciones posibles y que el diseño institucional es el correcto aún cuando requiera uno que otro ajuste, cerrándose ante problemáticas estructurales asociadas con las condiciones bajo las cuales emergió el Estado de Derecho en Colombia y las jerarquías, exclusiones y procesos neocoloniales que la institucionalidad misma ha permitido afianzar al interior del tejido social y la cultura política.

Al interior del presente contexto, la labor de la Corte Constitucional no ha sido menor, la misma ha logrado escalonadamente posicionarse como instancia legítima para resolver problemáticas esencialmente políticas, en virtud que su flexible razonamiento principialístico le permite abordar y dar tratamiento a las mismas, siempre hablando formalmente desde la autoridad del derecho, aún cuando materialmente se esté trabajando con contenidos ideológicos inscritos en una presunta moral crítica que soporta el ambiente hermenéutico al interior del cual y se busca el sentido de los principios jurídicos, los cuales -para colmo de males- no encuentran en su previa positivización su condición de validez.

El material con el que la Corte Constitucional trabaja son en últimas categorías morales que cobran sentido únicamente al interior de una cadena significativa impuesta de forma violenta por la fuerza de los hechos, la cual parte de un individualismo metafísico y no supera el dogmatismo medieval al considerar las mismas como entelequias objetivas y universales, se trata de un realismo ingenuo que recuerda las viejas ontologías criticadas hace mucho por el viejo Kant, la cual encuentra en su inclusión en el derecho una clara finalidad política, a saber, la clausura del discurso político, a partir del establecimiento de un metalenguaje ideológico que por estar investido con el sello constitucional, condena al restos de lenguajes, posturas y propuestas que constituyen el universo político a coexistir a intramuros de sí mismo, negando la posibilidad de su

denuncia y por tanto de su superación. El principialismo liberal sumado al juego institucional orquestado por las altas cortes como instituciones portadoras de la “última palabra”, garantiza que en el debate político la postura del sistema no sea simplemente un más, sino que la misma estipule las reglas y establezca los siempre parcializados supuestos que confieren la validez a los planteamientos contrarios a la misma. Al ser la constitución la que define la “buena” y la “mala” política, la misma, a la luz de la jurisprudencia del órgano político encomendado a su defensa, hace las veces de juez y parte, fallando siempre de una u otra forma en conformidad a los presupuestos que soportan materialmente la práctica de un Estado rentista y colonial como el colombiano. Sumado a esto encontramos que se naturaliza la opacidad del derecho (Carcova, 1998), al fundamentar su práctica en procesos discursivos de generación de sentido, los cuales tienden a recaer en cabeza de órganos elitistas y cuya sofisticación lingüística genera el aumento de aquella brecha que toda práctica jurídica en nuestro contexto debe pretender superar, y es la que divide efectivamente el derecho de la sociedad que el mismo pretende regular. El principialismo neoconstitucional, falsea su propia promesa democrática al encriptarse en un lenguaje que fuera de foráneo es académicamente excluyente y políticamente elitista.

El modelo de argumentación sostenido por la jurisprudencia constitucional en materia de principios desdibuja las pretensiones de establecer fronteras epistemológicas entre el campo de la filosofía política normativa y la teoría constitucional. En ese sentido se genera una traslación de argumentos, conceptos y categorías del campo ideológico propio del debate político, al campo jurídico que encuentra en la fuerza del derecho una razón suficiente para su efectividad. En el momento en que una categoría política es vendida como una categoría jurídica, la misma goza al interior del tejido social de una serie de valores como la certeza, su permanencia y la vocación de neutralidad de la misma. El principialismo es la forma en la que formalmente se admiten las difusas fronteras entre derecho y política (que los neoconstitucionalistas denominan moral crítica) y materialmente se colonizan ideológicamente los discursos que aunque configuran en enorme grado los espacios de la lucha política, sus sentidos están blindados de la misma ya que al ser emanados desde las alturas de la curia pretoriana hablan en nombre del derecho, o lo que es mejor, en nombre de la Constitución misma, algunos con un lenguaje un poco más medieval se atreven a decir que dichas categorías sacadas del bolsillo por el magistrado de turno representa una clara expresión del “espíritu de la constitución”.

Tenemos un evidente problema político derivado del modelo principialístico inscrito en una dinámica política liberal (que no siempre es igualitarista). Sin embargo, encontramos otro inconveniente con la forma en la que la Corte Constitucional ha asumido su práctica jurisprudencial, y es el derivado del hecho de que los principios jurídicos en tanto mandatos de optimización (Alexy, 2002) son, al interior de los procesos de colonialidad del saber (Lander & Castro, 2000), formas de clausurar mediante los trasplantes normativos idearios políticos y modelos de sociedad ajenos a las realidades locales en donde son naturalizados (Florez, 2012).

Esta dinámica supone por lo menos dos errores epistemológicos, el primero es la idea asociada a la autonomía del orden normativo frente al orden fáctico que ha posibilitado su emergencia, y en el caso del Derecho (dogmática

constitucional) el orden del cual el horizonte normativo pretende servir de respuesta, en el caso Alemán, es evidente el contexto postraumático al interior del cual se gesta la jurisprudencia principialística, contexto que no es tenido en consideración a la hora de trasplantar categorías y diseños institucionales sin la más mínima consideración de las tradiciones e identidades político-constitucionales (Gargarella, 2010). El segundo error es aquel asociado con la tesis que entiende al derecho como el centro del orden social, por lo que un cambio en el mismo devendrá de forma sustancial y necesaria en una transformación social. Esta tesis ha sido negada desde Kant hasta Marx, sin embargo, sigue marchando campante al interior de la teoría jurídica optimista asociada con el pretensioso título de “neoconstitucionalismo”. Finalmente corresponde señalar que el relato dworkiniano, donde permanentemente se habla de principios como hechos morales (Dworkin, 1989), supone la admisión de un tipo de realismo metafísico, que conduce necesariamente a una política limitada por las fronteras sustantivas de lo bueno y por tanto lo deseable, obviamente en el marco de lo que Kant denominó hábilmente la ilusión trascendental. Es una teoría que si bien goza de importantes contribuciones para incluir sectores poblacionales históricamente excluidos de la discusión política, es abiertamente provincial y buena parte de sus argumentos y presupuestos sólo tienen sentido al interior de la tradición jurídica y política norteamericana. Eso sin mencionar la pobreza teórica que acompaña sus siempre bien intencionada proclamas políticas.

La tesis principialista sostenida por Estrada (2010a, 2010b) sin lugar a dudas permitiría reducir considerablemente algunas de las consideraciones aquí expuestas en tanto parte del problema de considerar el ya bastante amplio espectro de posibilidades desde donde la Corte Constitucional puede seguir sacando del sombrero político nuevas y renovadas principios o conceptos constitucionales. Sin embargo, una lectura positivista de los principios que atienda de forma más relevante la tradición jurídica, abogando por un dialogo más franco entre tradición legislativa y constitución, y que establezca mínimamente los contenidos y enunciaciones de los principios jurídicos en Colombia, constituye un mal menor frente a la necesidad de repensar más que los límites de la interpretación constitucional, los presupuestos sobre los cuales se asienta el orden jurídico-político colombiano. Orden –dicho sea de paso- caracterizado por una territorialización inconclusa, con amplios sectores poblacionales sistemáticamente aislados de los bienes y servicios públicos, con patológicas prácticas políticas y un nivel de despolitización alarmante para un orden que se predica a sí mismo como democrático. A mi juicio, seguir discutiendo sobre principios y ponderación en Colombia constituye una forma de callar ante las muchas maneras en las que el derecho (y sobre todo el derecho constitucional) reproduce y naturaliza la exclusión al interior de un sistema performativo de victimización que seguimos denominando Estado a falta de un mejor nombre pero que la evidencia histórica reciente nos lo muestra como instancia de poder coaptada por mafias narco paramilitares para que su actuar responda a sus privados intereses. En conclusión desde la tradición jurídica crítica en la cual me inscribo, discutir sobre principios jurídicos en un país como Colombia es como discutir sobre el sexo de los ángeles cuando las tropas de Luzbel se encuentran en la puerta de los cielos.

Bibliografía

- Ackerman, B. (1999) *La Política del Dialogo Liberal*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2002) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Balkin, J. & Levinson, S. (2010) “Los Cánones en el Derecho Constitucional. Qué son y cómo se forman” En Carbonell, M. & García, L. *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2005) *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2006) *El Neoconstitucionalismo a Debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita-Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, M. (2010) “Neoconstitucionalismo: Significado y Niveles de Análisis” En Carbonell, M. & García, L. *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carcova, C. (1998) *La Opacidad del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Dworkin, R. (1989) *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel
- Estrada, S. (2010)a “Los Principios Jurídicos en Colombia: algunas recomendaciones para su recepción” en *Revista Dialogo de Saberes*. N° 32 Enero Junio, pp 159-171.
- Estrada, S. (2010)b “La Ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad” En *Revista Vniversitas*. Bogotá (Colombia) N° 121, julio-diciembre, pp 77-112
- Florez, D. (2010)a “Límites de la Democracia en el Estado Constitucional: Constitución, Pueblo y Tribunal Constitucional” En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 13, pp. 89-126
- Florez, D. (2010)b “Aproximación a los Orígenes de la Revolución Judicial: Justicia, Mercado y Poder Judicial al interior del Estado Moderno” en *Revista Ambiente Jurídico*. N° 12, pp. 126-144
- Florez, D. (2011) “El Sublime Objeto del Derecho Moderno” En *International Journal of Zizek Studies* N° 5 – 4, pp. 1-34.
- Florez, D. (2012) “Aproximación al Secreto Encanto del Neoconstitucionalismo” Entrada al Blog: <http://www.democraciaentucara.com/2012/02/aproximacion-al-secreto-encanto-del.html>. Visto última vez el 12 de noviembre a la 1:50 am.
- García, M. & Santos, B. (coord.) (2004) *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre.
- Gargarella (2010) “Injertos y Rechazos: Radicalismo Político y Trasplantes Constitucionales en América Latina” En GARGARELLA, R. (coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Lander, G. & CASTRO, S. (2000) *La Colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales: perspectivas latinoamericanas*. Quito: CLACSO
- López, D. (2006) *Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis
- López, D. (2009) ¿Por qué Hablar de una Teoría Impura del Derecho para América Latina? En BONILLA, D. (ed.) *Teoría del Derecho y Trasplantes jurídicos*. Bogota: Siglo del Hombre-Uniandes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.
- Valencia, H. (2010) *Cartas de Batalla*. Bogotá: Panamericana.