

BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 516 pp.*

Acaba de publicarse *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, autoría de Carlos Bernal Pulido, quien desde la aparición de su primer libro *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (CEPC, 2003, 2005 y 2007) se ha constituido en uno de los principales referentes del debate actual sobre diversos temas del derecho y la teoría constitucionales, así como de la filosofía jurídica, en varios países latinoamericanos y europeos donde sus trabajos son continuamente citados, estudiados y, así, ponderados como materiales de gran valía, no sólo académica sino también doctrinal.

En esta oportunidad, reúne una serie de textos, divididos en cinco partes, donde analiza, controvierte y aporta renovados entendimientos y aplicaciones sobre cuestiones ya reconocibles en la agenda investigativa del autor, pero avanzando interesantemente en esta oportunidad por la senda iusfilosófica. Investiga las decisiones judiciales con base en la teoría de los actos de habla, y explica la manera en la cual una decisión judicial es una compleja secuencia lógica de actos ilocucionarios; las normas de competencia en la teoría de Kelsen y la posibilidad de concebir la *Teoría pura del derecho* como una teoría de las normas como normas de competencia; y las relaciones entre argumentación jurídica y normatividad, tales como el importante rol que éste desempeña en aquél, debido al entendimiento de las normas como el material fundamental en la argumentación jurídica.

Aquí me concentraré en los aspectos neoconstitucionalistas de su investigación, los cuales se reúnen principalmente en dos partes del libro, a saber, la primera, donde defiende (capítulo I) la racionalidad de la ponderación, responde (capítulo II) las objeciones que se le dirigieron por la reconstrucción de los tres subprincipios del principio de proporcionalidad que formuló en su libro antes referido, y presenta y argumenta (capítulo III) la solidez de algunos elementos medulares

* Contribuciones al canon neoconstitucional.

del neoconstitucionalismo; así como en la cuarta parte del libro, la cual se ocupa del principio de proporcionalidad desde una perspectiva de derecho comparado, al articularlo (capítulo X) con el control de las medidas estatales ambientales de efecto equivalente en el derecho comunitario europeo, y al analizar (capítulo XI) críticamente una sentencia del Tribunal Constitucional peruano en la cual se aplicó dicho principio en el juicio de igualdad.

Bernal Pulido no defiende el neoconstitucionalismo como corriente teórica (por los problemas de fundamentación que implicaría cometer dicha tarea) o, menos contundentemente, considera que la heterogeneidad en el recurso al concepto es un argumento que desaconseja su uso. La idea central de su defensa al neoconstitucionalismo, que no es sólo presentada como una descripción apropiada de la práctica jurídica sino como un modelo normativo sólido, es que los derechos fundamentales constitucionales tienen estructura de principios jurídicos y se aplican judicialmente por razón de la ponderación. Considero que sostener esta idea implica necesariamente propugnar por una serie de planteamientos visibles con claridad en la agenda neoconstitucional, tales como la existencia de derechos fundamentales en las Constituciones que, además, cuentan con mecanismos judiciales para propender por su efectivo cumplimiento; la naturaleza normativa de la Constitución, lo cual implica una fuerte sustanciación de su normatividad al no establecer sólo ya las condiciones para la promulgación de las normas inferiores, sino al ser ella misma norma directamente aplicable. En la consideración de los derechos fundamentales como principios está implícita la defensa de la teoría externa de los derechos fundamentales y, a este tenor, se articula la ponderación porque desde la teoría externa lo que comprende o no un derecho debe fundamentarse a partir de tal mecanismo metodológico.

El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho no sólo es un nuevo elemento valioso en el escenario hispanohablante de las nuevas doctrinas sobre el neoconstitucionalismo, sino que de igual forma provee un poderoso arsenal para continuar la discusión que se desarrolla en varios contextos académicos, intelectuales y jurisprudenciales sobre las ventajas, los retos y desafíos de aquello que no pacíficamente se ha denominado “neoconstitucionalismo”. Contribuye así el libro al cometido de dotar de solidez a la categoría neoconstitucional al re-

construir los principales puntos de debate, clarificar algunos de sus elementos medulares y defender partes estructurales de la misma, tales como el efecto horizontal de los derechos fundamentales, la ponderación, los límites y grados de su racionalidad, así como el papel de la Corte Constitucional en el control de los actos del Legislativo respecto del principio de proporcionalidad, el cual a su vez es analizado en su naturaleza, presupuestos de aplicación y estructura.

Se precisa la “objección de la heterogeneidad” que recibe frecuentemente la categoría (por lo cual, se señala, es extremadamente difícil referir una versión “estándar” de la misma) desde dos puntos de vista, a saber, lo ya conocido: el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, y lo que procura enmarcar: ideas diversas e incluso divergentes de autores provenientes de variadas tendencias surgidas en distintos países y durante muchos años. No obstante, la primera parte del libro, en donde se concentran estos análisis, al enfocarse en señalar una objeción frecuente, y cuyo cometido es clarificar algunos elementos medulares y defender partes estructurales del neoconstitucionalismo, bien podríamos comentar de manera breve algo acerca de la objeción.

Con frecuencia se afirma, no como descripción neutra sino con un matiz palmariamente peyorativo frente a la categoría, que se ha usado de muy diversas formas para, o bien enmarcar las ideas de autores de variadas tendencias que incluso defienden posiciones incompatibles entre sí, o para referirse a algo ya conocido: el constitucionalismo europeo que sufrió un cambio revolucionario a partir de la Segunda Guerra Mundial. El uso confuso del concepto es algo que ha lamentado incluso la autora que lo acuñó.¹ Sobre lo segundo: considero que desde perspectivas como la defendida precisamente por Pozzolo, no es correcto usar el neoconstitucionalismo como un modelo para referirse al constitucionalismo europeo contemporáneo, ni para representar un tipo especial de Estado de derecho constitucional (como hacen Ferrajoli o Mazzarese, por ejemplo). Sobre lo primero: por ejemplificar ese punto con dos autores cuya influencia en la configuración del canon neoconstitucional difícilmente sería puesta en duda, podría

¹ Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola* (cfr. a partir de la versión manuscrita, facilitada amablemente por la autora).

controvertirse la inclusión de autores como Alexy y Nino en un mismo movimiento teórico, debido a que el primero es objetivista moral, mientras que el segundo es constructivista.

Si bien los autores ampliamente reconocidos como pertenecientes a la corriente o la doctrina neoconstitucionalista, defienden en efecto algunas posturas diferentes y hasta divergentes entre sí, nos parece que al reunir los aspectos esenciales de sus teorías que comparten respecto al neoconstitucionalismo, es mucho más lo coincidente que lo divergente. Podría señalarse la conveniencia de ser epistemológicamente modestos al momento de configurar la categoría en pro de los esfuerzos por receptar elementos puntuales en diferentes contextos que no responden a los mismos debates que se desarrollan en Alemania o Estados Unidos; tampoco pueden calcarse las doctrinas del canon neoconstitucional a países como los latinoamericanos por las diferencias históricas, contextuales y jurídicas de unos respecto de los otros (pero eso es cuento para otra historia).

Como en otros trabajos de su autoría, en este libro, Bernal Pulido precede la apología por una exposición rigurosa de la crítica y de su propia valoración de la misma. Propone un modelo de la construcción ponderativa a partir de dos elementos centrales: su concepto y su estructura, así como de la función y estructura de la fórmula del peso. Su defensa, digamos, no “se le bota en brazos” a modelos como el defendido por Alexy (ya que ha presentado críticas reconocidas por el propio autor germano),² por lo que contribuye a un marcado esfuerzo teórico y doctrinal trasnacional por dotar de solidez a las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo, tanto en los países cuyos autores han conformado los principales temas y problemas en torno a los cuales gira el canon como, principalmente, a partir de las recepciones latinoamericanas de los elementos más pertinentes para concebir, y así interpretar y aplicar el derecho.

Al proponer un modelo para la ponderación a partir de su concepto y estructura, pero complementando la función y estructura de

² En octubre de 2008, la Universidad de Buenos Aires confirió a Robert Alexy el Doctorado *Honoris Causa*; y en un seminario posterior a la ceremonia, con algunos discípulos y colegas suyos, ante algunas críticas relativas a la solidez y real pertinencia de la fórmula de peso, Alexy se refirió a los trabajos de Bernal Pulido que, conservando la fórmula del peso dentro de la ponderación, procuran mejorarla.

la fórmula del peso mediante la especificación del tipo de variables fácticas y normativas que el juez debe tener en cuenta en su decisión cuando se halla frente a un caso difícil, se sofisticó dicho mecanismo metodológico para la aplicación de derechos fundamentales. Las objeciones acerca de la racionalidad de la ponderación que merecen atención en este trabajo, tienen que ver con su indeterminación, inconmensurabilidad y la imposibilidad de predecir los resultados.

De los elementos presentados por Alexy para determinar la relación de precedencia condicionada entre los principios que se enfrentan en la solución del caso concreto, se examina en particular si la fórmula del peso, como reconstrucción lógica de la ponderación, se puede considerar un modelo para solucionar los problemas filosóficos y constitucionales relativos a la racionalidad de la ponderación en la mayor medida posible.

Una de las cuestiones más controversiales que subyacen a la conformación y consolidación de cualquier modelo constitucional y teórico-político —y en esto obviamente el neoconstitucionalismo no es una excepción— es el de su justificación. Son reconstruidas con antelación al análisis puntual algunas de las líneas centrales del debate neoconstitucional, pero lo valioso del estudio que reseñamos es que al defender algunas de las partes centrales del andamiaje neoconstitucional, se aportan razones de peso a favor de la justificación de los modelos al interior de las nuevas corrientes constitucionales, a partir de lo cual se avanza en la posibilidad de presentarlos como un modelo general y relativamente unitario en lo esencial.³ Cuatro cuestionamientos circunscriben al neoconstitucionalismo: ¿es un tipo de formalismo?, ¿es una teoría interna más plausible que una teoría externa de los derechos fundamentales?, ¿puede mostrar la superioridad metodológica de la ponderación respecto a la subsunción?, y ¿cómo se delimita la competencia del control jurídico del Tribunal Constitucional respecto al legislador y la jurisdicción ordinaria en lo relativo a aquello que los derechos fundamentales realmente ordenan, prohíben o permiten?

³ Los principales trabajos que se articulan en este punto son *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2006, y *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, ambos editados por Miguel Carbonell.

Responde y descarta unas objeciones que, relativas a su reconstrucción de la estructura del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales, recibió por su libro *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Puntualmente replica el cargo en virtud del cual su reconstrucción deteriora la fuerza normativa de los derechos fundamentales por ser deferente en exceso con el legislador. La pretensión cardinal de ese libro fue presentar un modelo sólido de aplicación de los derechos fundamentales que les permita hacer efectiva su fuerza normativa, patentizar su función limitadora al Poder Legislativo, y determinar cuál es el ámbito de acción que la Constitución demarca al Tribunal Constitucional.

Nos interesa, en particular, el modelo que sustenta de la proporcionalidad. Este excluye el que la función de los tribunales constitucionales se reduce a un control de mínimos, pues cuando se aplica el control material intensivo puede ser de máximos. La restricción estaría enfocada en que, para que el control de constitucionalidad sea un control jurídico, los tribunales no pueden extender indebidamente su competencia para derivar órdenes o prohibiciones de los derechos que no estén comprendidos por sus ámbitos normativos, razón por la cual dicha institución debe determinar con claridad qué ordenan, prohíben o permiten los derechos fundamentales frente a cada intervención legislativa. Retoma la versión de la ley de la ponderación que había presentado en su libro sobre el principio de proporcionalidad, la cual avanza originalmente respecto al modelo estándar estructurado por Alexy en la medida en que es específica para el examen de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales. En virtud de tal versión, “cuanto mayor sea el grado de afectación del derecho fundamental, tanto mayor ha de ser la importancia de la realización del principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa”.⁴

Estudios jurisprudenciales comparados en los cuales el principio de proporcionalidad se ha aplicado al control de medidas estatales ambientales de efecto equivalente en el derecho europeo, así como al juicio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 757.

del Perú, ocupan la cuarta parte del libro. En el primer caso se analiza la proporcionalidad en el control de las restricciones a la libre circulación de mercancías y su aplicación en el control judicial de las medidas de efecto equivalente en materia ambiental. Se clarifica la naturaleza, los presupuestos de aplicación y la estructura de dicho principio, y posteriormente se aplica al control. En el segundo caso se reconstruye críticamente una resolución del constitucional peruano en la cual se examinó la solicitud de la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición que regulaba las bonificaciones salariales del Poder Judicial, ya que presuntamente vulneraba el principio y derecho fundamental a la igualdad, en su dimensión de igualdad ante la ley. Se sintetiza la decisión del Tribunal (antecedentes, la demanda, sus fundamentos y la contestación), se precisa el problema jurídico y se analiza la fundamentación de la sentencia respecto al caso y la forma en la cual se aplicó el juicio de igualdad.

En clave del principio de proporcionalidad, dicho Tribunal consideró que la intervención en la igualdad constituía una intensidad gravísima, por lo cual declaró fundada la demanda y declaró inconstitucional la disposición demandada. La pertinencia de esta sentencia en el estudio sobre el neoconstitucionalismo, y en particular sobre la aplicación judicial del principio de proporcionalidad, resalta porque dicho Tribunal corrige con ella su anterior jurisprudencia sobre la aplicación de la proporcionalidad respecto del juicio de igualdad. La aplicación previa comportaba sólo dos de sus tres subprincipios, a saber, el de idoneidad (debe examinarse si el trato diferenciado es idóneo para contribuir a su finalidad constitucionalmente legítima) y el de necesidad (la opción del medio menos gravoso). A partir de esta sentencia, se considera el tercer subprincipio de la proporcionalidad, es decir la ponderación. Señala Bernal Pulido, con sobrada razón, la inadmisibilidad constitucional que constituiría el prescindir de la ponderación en el juicio de igualdad, pues en tal caso se podría llegar a considerar que no sería inconstitucional una ley que afectara intensamente la igualdad para favorecer levemente un fin legítimo.⁵

⁵ Posibilidad que contradiría la lógica de la teoría de los derechos fundamentales, que se basa en la proporcionalidad, sobre la cual se ocupó en *ibidem*, pp. 535 y ss.

Recalca Bernal Pulido, no obstante, que en la sentencia, si bien se decidió con buen uso del principio, no se argumentó debidamente porqué la intensidad de la intervención era gravísima en el caso, lo cual conculca su vinculación con los derechos fundamentales y con los criterios potencialmente discriminatorios de la Constitución.

Autores como Alexy y Dworkin, centrales en el neoconstitucionalismo, han insistido que el ejercicio del derecho no es exclusivamente el ejercicio del poder, y por ello, particularmente cuando tal ejercicio es desarrollado por la institución sin representación democrática, la argumentación que pretende servir de fundamentación se constituye en el principal instrumento para justificar la corrección de las interpretaciones. La pertinencia de estas cuestiones está dada además porque, no obstante ser la autoridad y la corrección fenómenos relevantes en la argumentación jurídica, sus relaciones no son claras del todo. La cuestión central es que la corrección se evalúa y fundamenta mediante el discurso, el cual es limitado por la autoridad.

Si bien los capítulos que integran el libro están claramente transversalizados por cuestiones y problemáticas afines a varios de los aspectos centrales y más actuales del derecho constitucional y la filosofía del derecho, con originales diálogos entre ellos, cada texto se puede abordar como se escribió originalmente. En similar sentido, el libro responde particularmente bien a uno de los principales riesgos editoriales que se enfrentan al momento de organizar una antología de trabajos, la mayoría ya publicados, como es que en tanto partes individuales como fueron concebidos para aparecer en revistas especializadas o compilaciones, cada texto si bien puede ser intrínsecamente interesante, su reunión no logre justificarse en el marco de un proyecto bibliográfico independiente. Los libros que no logran justificar la línea editorial que une sus contenidos, no son más que compilaciones disfrazadas de libro. Desde el canon literario, podríamos decir al respecto que no toda compilación llega a ser una antología.

Las transformaciones en los sistemas institucionales de casi todo Occidente, por los cambios en las Constituciones o la incorporación de reformas, han tornado imperativa la atención a figuras doctrinarias extranjeras para concebir adecuadamente, interpretar y aplicar los ordenamientos jurídicos contemporáneos. En dicho proceso de adaptación no puede perderse de vista que toda una ideología se halla

tras los cambios en los textos y la renovación jurisprudencial que ha materializado en garantías las provisiones consignadas en las Constituciones. Una vez superada la racionalidad de la ponderación, surge la cuestión por su necesidad al interior de los Estados de derecho con amplios catálogos de derechos que además tienen fuerza de irradiación hacia todo el ordenamiento, con una concepción garantizada de la Constitución que está presente (en diferentes grados, según el contexto) en la jurisprudencia y con un ordenamiento jurídico constitucionalizado.

Lo anterior involucra el reconocimiento de otros cambios trascendentales en el derecho occidental, en los cuales este libro se articula y, con la obra previa del autor, continúa contribuyendo en su configuración. Dentro de tales cambios podrían destacarse brevemente, la concepción integrada de las normas en virtud de la cual los sistemas jurídicos no contienen sólo reglas sino también principios, los cuales en la Constitución se revelan como derechos fundamentales; mecanismos judiciales para aplicar los derechos de forma directa; sistemas jurídicos con garantías plenas, es decir, como señalamos, no sólo con principios y mecanismos procesales para aplicarlos, sino con un decidido compromiso del Tribunal Constitucional por cuya jurisprudencia se han establecido subreglas que tornan en verdaderas garantías las provisiones constitucionales, lo cual ha implicado un nuevo rol en la función judicial.

La implementación de estas transformaciones y la evaluación de sus alcances requieren sólido sustento teórico por parte de la academia verdaderamente comprometida con el mejoramiento de las condiciones actuales de nuestros sistemas jurídicos, en lugar que sólo con la sofisticación de sus debates. Las características de la concepción neoconstitucional del derecho, fundamentalmente las relacionadas con la dogmática del derecho público y una renovada filosofía del derecho que responda a las mismas, constituyen cambios dramáticos en la forma en que debemos entender el constitucionalismo y la normatividad del derecho. En este punto, es de singular relevancia destacar que los análisis y las propuestas del libro son normativas en lugar que sólo meramente descriptivas.

La capacidad de síntesis de su autor, sobre las tendencias teóricas de las cuales se asiste en sus análisis, es un llamativo atributo del li-

bro, así como la exhaustividad de sus investigaciones en el estudio de las fuentes primarias y de las secundarias más relevantes, el tratamiento analíticamente riguroso y descriptivamente detallado, y la jurisprudencia nacional y extranjera que utiliza en apoyo de los mismos. El libro tiene un estilo que no crea distanciamientos artificiales por la ampulosidad en el lenguaje, no infrecuente en los escritos sobre derecho constitucional y filosofía jurídica, disciplinas sobre las que se ocupan las contribuciones del libro, las cuales no son sólo de interés para especialistas en tales campos, sino también para profesores y estudiantes deseosos por ahondar en las cuestiones trazadas por el libro y por desarrollar las líneas de investigación que sugiere.

Leonardo GARCÍA JARAMILLO*

* Abogado. Profesor en la Escuela de Ciencias y Humanidades de la Universidad de EAFIT, Medellín; *leonardogi@gmail.com*. Agradezco al profesor Bernal Pulido el haber facilitado gentilmente la versión manuscrita de su libro y compartir conmigo sus observaciones sobre este texto. Mis acometidas en los asuntos neoconstitucionales son deudoras de la generosa orientación del profesor Miguel Carbonell, a quien extiendo mi sincero agradecimiento. Los profesores Heber Joel Campos, Gloria Lopera Mesa y Jorge Fabra formularon amables comentarios y útiles observaciones a una versión anterior de esta reseña, por lo cual les reitero mi gratitud.