

UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA LEGALIDAD: LA REGLA CONTRA EL PRINCIPIO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO¹

Juan José Alzate López²

RESUMEN. «Principio de legalidad: cambio de un paradigma» es la nueva obra del profesor Fabián G. Marín, donde se analizan algunos cambios que ha sufrido, a través del tiempo, el entorno y los elementos del sistema jurídico. En esta ocasión se analizará el tercer capítulo del libro, titulado: «Fuentes formales del derecho ante el principio de legalidad». Específicamente se tratará la primera parte del capítulo, relacionada con los cambios que propiciaron las teorías del constitucionalismo contemporáneo, los principios constitucionales y el activismo judicial sobre el principio de legalidad tradicionalmente concebido.

Introducción

La crisis de la ideología individualista liberal, y de la ley como rectora de la vida en sociedad y protectora de derechos humanos, generó una variación en el entorno del sistema jurídico. Por lo tanto, los elementos del mismo sistema dinamizan sus formas de relacionarse, adaptándose a las condiciones impuestas por el contexto, con la única finalidad de que el sistema subsista. Específicamente, cambiaron las relaciones entre las tradicionales fuentes formales del derecho. La constitución, que existía desde la época posrevolucionaria, pasó a tener una importancia mayor en cuanto a su valor jurídico. Pasó de ser una fuente casi que auxiliar a convertirse en la ley fundamental de todo el ordenamiento. No en vano, algunos han considerado, en un sentido determinado, que la soberanía recae en la constitución³.

Como bien lo observa el profesor Marín Cortés en el segundo capítulo de su obra, estos cambios introducidos por las teorías constitucionales contemporáneas pueden representarse en dos 2 momentos. El primer cambio —la primacía constitucional—, que se denominará material, alteró la forma de concebir la legalidad, pues el punto de partida de su lectura ya no es la ley sino la Constitución —una lectura de arriba hacia abajo—. La Carta Política es la norma de reconocimiento de todas las demás fuentes del ordenamiento jurídico. Por otro

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 4 de diciembre de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Cristian Díaz Díez, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA —que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo—, sino también para beneficio de toda la comunidad académica.

² Auxiliar de Investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel I, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 3° ed. Valladolid: Editorial Trotta. 1999. p. 13.

lado, el segundo cambio —denominado axiológico—, derivado lógicamente del primero, representó un verdadero «terremoto» dentro del sistema jurídico. Aquí, los principios y valores constitucionales, positivos o no, desplazan la importancia de la auténtica regla jurídica, teniendo al juez, no solo al constitucional, como protagonista⁴. Los fenómenos anteriormente descritos representarán cambios importantes dentro del contenido mismo de principio de legalidad, hoy, oportunamente llamado principio de juridicidad.

La finalidad de este escrito no es realizar un resumen exhaustivo del capítulo señalado, sino que se pretende establecer una especie de diálogo con el autor. La metodología consistirá en enfatizar las ideas o tesis más relevantes de la parte del capítulo señalada, con una posterior reafirmación, complementación o contradicción de índole personal. En esta ocasión serán indispensables otros autores para apoyar y complementar algunos planteamientos.

1. De la Regla al principio como referente de la legalidad del poder público

El ejercicio del poder público, y especialmente el judicial —aunque no de forma exclusiva—, ya no lo determina la clásica regla jurídica, expresada de manera lógica como: «el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica». Ya son los principios constitucionales, con un contenido altamente indeterminado, y con una carga axiológica importante, los que compiten con las normas tipo regla para regular, limitar y racionalizar el ejercicio del poder público.

El individualismo liberal entra en crisis, las desigualdades entre los distintos sectores de la población se agudizan y los derechos humanos imploran una efectiva garantía judicial. De igual forma la ley entra en crisis, pues su excesiva abundancia y falta de legitimidad cuestionan su idoneidad. Por consiguiente nacen las nuevas teorías constitucionales, las cuales se materializan en 3 fenómenos directamente relacionados entre sí.

En primer lugar, surge el «neoconstitucionalismo», que según múltiples autores no es tan claro cuáles son sus propiedades irreductibles. Según Miguel Carbonell, este nuevo paradigma trata de explicar los textos constitucionales nacidos después de la Segunda Guerra Mundial —llamados constituciones invasoras—, los cuales tienen un alto contenido material y axiológico que limitan el ejercicio del poder público, y regula las relaciones sociales. De igual forma, en el neoconstitucionalismo los jueces, apoyados en importantes doctrinantes, desarrollan técnicas de interpretación novedosas con el fin de aplicar los principios

⁴ MARÍN CORTÉS, Fabián. Principio de legalidad: cambio de un paradigma. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—. 2021. Pp. 132-136.

y valores constitucionales de forma directa a los casos concretos⁵. La antigua discusión entre el derecho y la moral resurge, no ya desde el iusnaturalismo sino desde el positivismo, y los jueces son los protagonistas en este debate⁶.

En segundo lugar, derivado del paradigma neoconstitucionalista, surge el «activismo judicial», entendido como «la asunción de funciones legislativas de diseño y coordinación social a través de decisiones judiciales, en contra vía de las imágenes pasivas del juez canónicamente representado en la teoría política»⁷. Así, el juez pasa a desempeñar un papel importante en el desarrollo social de una sociedad, actuando como legislador positivo.

Como consecuencia de lo anterior, el contenido de la Constitución se impregna y extiende a todos los ámbitos sociales y a todas las ramas del derecho, generando una constitucionalización del ordenamiento, fenómeno entendido como un proceso constante.

Marín Cortés, apoyado en Laporta, describe críticamente este nuevo contexto de la legalidad. Advierte que los fenómenos anteriormente descritos propician el nacimiento de un modelo decisionista a manos del poder judicial. Así, el juez, alejándose de la regla positiva, confía en su capacidad superior y sabiduría intelectual para decidir en derecho los casos concretos, fundamentándose en los principios de raigambre constitucional. La discrecionalidad judicial desplaza la técnica de la subsunción como método de aplicación del derecho, por la ponderación subjetiva de valores, a través del llamado test de proporcionalidad. En palabras del autor:

«Recurrir al defecto de la regla, para separarse y corregirla, es el primer acto del procesos de disolución de la legalidad tradicional, para introducir, a continuación, los principios, con apoyo en la técnica del decisionismo, y configurar un *particularismo* judicial que impide construir una legalidad de tipo normativo»⁸.

Para Laporta esta aplicación excesiva de los principios constitucionales crea lo que él denomina «un mundo sin reglas», donde el comportamiento tanto de los poderes públicos como de los administrados no está determinado *ex ante* con seguridad jurídica, como lo garantiza la ley positiva. Por consiguiente, la aplicación

⁵ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significados y niveles de análisis. En: CARBONELL, Miguel y GARCIA JARAMILLO, Leonardo. El canon neoconstitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2010. pp. 159-163.

⁶ Así lo advierte Luis Prieto Sanchís: «como se ha dicho, tal vez el rasgo más destacado del constitucionalismo contemporáneo, y también el principal argumento de las concepciones neoconstitucionalistas, sea la rematerialización [...] de contenidos sustantivos de carácter moral y político» (SANCHÍS, Luis. *Principia iuris*: una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado constitucional. En: *Ibid.* p. 280).

⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Colombia: LEGIS Editores S.A., 2006. p. 51

⁸*Ibid.* p. 145.p

de los principios a través del relativismo moral crea inseguridad jurídica e incertidumbre respecto al comportamiento que debe seguirse, pues «Lo que la norma ordena no necesariamente es lo que dispone el texto»⁹. Si bien este planteamiento es cierto, resulta exagerado plantear la posibilidad de un «mundo sin reglas» a causa de este fenómeno constitucional. Se piensa que los principios entran a competir con las reglas, pero estas no desaparecen, y menos las de carácter legislativo.

Es el juez constitucional, en especial el de mayor jerarquía, el protagonista de este cambio en la lógica de todo el sistema jurídico. Lo anterior por razones obvias, pues la Corte Constitucional es la encargada de interpretar y hacer efectiva la superioridad de la Constitución como norma; es la llamada a materializar y concretar la lógica de los derechos humanos y los principios que envuelve la Carta Política. Es aquí donde surge el primer cambio que el autor, apoyado en Zagrebelsky, advierte, pues la hermenéutica jurídica constitucional renovó todos los métodos para *decir el derecho*¹⁰. Incluso, creó otros, como por ejemplo, la interpretación conforme¹¹. Así, el sistema se debilita, pues la interpretación del mismo no sigue su lógica de auto referencialidad, sino que el juez, de manera externa, maleabiliza el derecho a través de su propio criterio hermenéutico sobre los principios constitucionales.

Los llamados casos difíciles aumentan, el criterio de autoridad se extiende, la hermenéutica flexible se instrumentaliza y, como bien se dijo, el juez constitucional de mayor jerarquía es el protagonista de este cambio en el principio de legalidad¹². Pero, ¿cómo se materializa tal cambio? Al menos, en el caso colombiano, a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, siendo su interprete autorizado. Así, es la Corte la que determinará, corregirá o creará la legalidad aplicable a ella, y la de las demás ramas del poder público, a través de los principios abstractos. Lo anterior se manifiesta a partir de tres fenómenos jurisprudenciales:

i. En primer lugar, este tribunal supremo usa sus facultades para determinar el contenido mismo de la Constitución. Así, según Marín Cortés, «[...] aparece y luego coexiste la Constitución escrita de tipo normativo con la escrita de

⁹ *Ibid.* p. 148

¹⁰ *Ibid.* p. 147

¹¹ Guastini ejemplifica la interpretación conforme así: «Sucede a menudo, por ejemplo, que una disposición legislativa es susceptible de dos interpretaciones alternativas, cada una de las cuales extrae, de esa única disposición, dos normas distintas —digamos N1 y N2— y que una de estas normas, supongamos N1, es conforme a la constitución (o conforme a un principio general), mientras la otra, N2, es incompatible con la constitución (o con un principio general). Pues bien, se hace interpretación conforme descartando la segunda interpretación (N2) y escogiendo la primera (N1)» (GUASTINI, Ricardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014. p. 295).

¹² Se reitera de que si bien es el protagonista, no es el único responsable de flexibilizar la legalidad clásica del Estado.

tipo *jurisprudencial*, formando una, indisoluble». Es este órgano supremo el que le da contenido a los derechos fundamentales, un contenido, entre otras cosas, dinámico. La parte orgánica de la constitución no puede entenderse con la simple lectura exegética del mismo texto, sino que debe consultarse la jurisprudencia constitucional. Con la intención de ser descriptivo —al menos por ahora—, se cree que el acto legislativo y los distintos referendos no son las únicas maneras de reformar la Constitución, sino que este poder atribuido por la Corte Constitucional es otra forma no convencional de reformar la Carta Política¹³. Este poder de reforma, además, es dinámico, cambiante, en la medida que la mayoría de los magistrados en un determinado momento de la historia podrán establecer lo que la Constitución significa.

Las manifestaciones pragmáticas de lo anterior son innumerables. El autor lo ejemplifica con la discusión de la sentencia T-008 de 1992 sobre cuáles y cuantos son los derechos fundamentales. En ese época prevalecía un criterio restrictivo y literal —al menos por parte de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado—, aduciendo que los derechos fundamentales eran los expresamente agrupados en el Título II, Capítulo I «de los derechos fundamentales». Sin entrar en detalles, pues no es el objeto, la Corte sobrepuso los principios sobre las normas positivas; el derecho material sobre el formal, concluyendo que los derechos fundamentales eran todos aquellos «inherentes a la condición humana»¹⁴, y que el juez constitucional, en el caso concreto, determinaría tal situación. Así, se le dio el carácter flexible a la categoría de los derechos fundamentales. Lo anterior cobra especial relevancia, pues todos los jueces de las distintas especialidades resuelven acciones de tutela, por lo cual, está «reforma constitucional» moldea y determina la legalidad que los jueces deben obedecer.

Surge otro ejemplo inmediatamente relacionado con el anterior sobre el poder de enmendar el sentido de la Carta Política. Durante años en Colombia se ha considerado que el precedente jurisdiccional no es obligatorio, sino que es criterio auxiliar del juez. En ese sentido, el artículo 230 de la Carta expresamente dispone que « Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial». Pues bien, nuevamente,

¹³ De una forma no tan directa, pero ilustrativa, el profesor Marín Cortés parece estar de acuerdo con este planteamiento: «En adelante no importa tanto el constituyente como el juez; no interesa tanto saber qué quiso expresar como lo que podía o debía decir, ahora en boca de la judicatura; sus dificultades e insuficiencias las completa el juez, no el autor de la norma; sus malos entendimientos también los rectifica el operador judicial; los vacíos los llena el juez con su sabiduría moral, jurídica y política; el juez emprende, en actitud correctora, la tarea del constituyente, primario o secundario, amparado en la función de guardián de la Constitución. Así surgió un nuevo sujeto hacedor de normas no convencionales, es decir, a partir de la aportación y la creación jurídica, para ratificarla, explicarla y, de ser necesario, enmendarla» (MARÍN CORTÉS. Op. cit., p. 149).

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-008 del 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez y Jaime Sanín.

sin la intención de ser profundos en el análisis, la Corte Constitucional determinó que sus decisiones en sede de tutela constituyen precedente obligatorio para los demás jueces, determinado así la validez de su actuación¹⁵.

Por último, la construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el «test de sustitución» es otro ejemplo del poder atribuido por el alto tribunal constitucional. El artículo 241 superior establece que a la Corte Constitucional le corresponde «Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, *sólo por vicios de procedimiento en su formación*». Una lectura literal de la regla constitucional proscribía que la Corte se pronuncie de fondo sobre una reforma a la constitución. No obstante, con una argumentación bastante convincente, la Corte planteó que los vicios de competencia son vicios de procedimiento, y que al poder constituyente derivado no es competente para *sustituir los elementos o principios esenciales de la constitución*. Por tal motivo, la Corte tiene facultad para pronunciarse sobre los aspectos materiales de una reforma constitucional, condicionando así el poder de reforma derivado.

ii. La segunda manifestación de la nueva legalidad introducida por el órgano supremo constitucional es la capacidad que tiene para determinar el sentido de la ley. Véase, por ejemplo, la práctica de la exequibilidad condicionada, donde el juez advierte que ante una disposición legislativa caben dos posibles significados: uno inconstitucional, mientras que otro es acorde a la Carta. Pues bien, con este argumento se reafirma, se corrige o se suplanta la voluntad misma del legislador, convirtiendo a la Corte en una especie de legislador positivo. Según López Medina «La posibilidad de introducir condiciones permite a la Corte introducir texto jurisprudencial que se incorpora obligatoriamente al texto legislativo»¹⁶.

iii. Por último, aunque complementario de las dos manifestaciones anteriores, el juez constitucional y el administrativo crean auténticas reglas jurisprudenciales para determinar el ejercicio del poder público, ampliando el contenido del clásico principio de legalidad. Incluso, el juez ordena implementar políticas públicas, por medio de prestaciones a cargo de la Administración, en favor de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Estos tres ejemplos ilustran, de una manera suficiente, el enorme poder que tiene la Corte Constitucional para determinar, precisar y reformar, a través de una hermenéutica constitucional, el contenido de la parte dogmática y orgánica de la Constitución y de las mismas leyes. Si se tiene en cuante el fenómeno de la constitucionalización de todo el ordenamiento, puede concluirse que la legalidad,

¹⁵ El autor señala lo siguiente respecto a este acontecimiento: «En ese «frente de batalla» la justicia constitucional consideró admisible examinar la actuación judicial como violadora de los derechos fundamentales, y por eso procedía la acción de tutela, para proteger a las personas de las actuaciones arbitrarias del juez» (MARÍN CORTÉS. Op. cit., p. 154).

¹⁶ LÓPEZ MEDINA. Op. cit., p. 55.

a la que están sujetos todos los órganos del poder público es flexible y con un alto contenido axiológico-constitucional. Marín Cortés, para finalizar con su análisis descriptivo, aduce que:

«En estos términos, la defensa de la Constitución formó un nuevo juez, que interpretó la Constitución más allá de la literalidad de las normas, en actitud de defensa del derecho y de los derechos subjetivos de tipo material, inclinado a reinterpretar las palabras de la Constitución y de la ley, conforme a entendimientos basados en principios y valores. Surgió una nueva perspectiva de la legalidad: la de tipo constitucional»¹⁷.

No obstante, ¿ el autor tiene una posición clara respecto a este fenómeno? En principio, parece que Marín Cortés sostiene una posición neutral, pues valora y comparte los avances en la justicia material que ha logrado el nuevo constitucionalismo. No obstante, es escéptico frente a los enormes sacrificios en temas como la estabilidad, seguridad y certidumbre jurídica del sistema¹⁸. Ahora, de una lectura más atenta, en especial al capítulo subsiguiente, se concluye que el autor se inclina un poco más por los avances positivos del nuevo constitucionalismo, pues advierte que prefiere «las fallas de la Constitución a las de la ley»¹⁹.

La posición del autor es completamente justificable, en la medida en que el neoconstitucionalismo, y todos los fenómenos derivados de este, ha logrado importantes avances en temas de justicia material y protección de derechos fundamentales; pero, de la misma forma, ha generado episodios de inestabilidad política y jurídica, restándole así legitimidad y eficacia al derecho. El juez constitucional cada vez crea más derecho, y cada vez se entromete, más allá de la armónica colaboración, en las demás ramas del poder público.

La inseguridad jurídica es evidente. Hoy en día, el operador jurídico siempre debe dudar frente a la aplicabilidad de una determinada norma, por más clara que parezca, porque incluso esa puede ser derrotable por un principio constitucional en el caso concreto; puede ser violatoria de un derecho fundamental. No existe un mundo sin reglas, pero sí un mundo con reglas derrotables en cualquier momento. Esta falta de certidumbre respecto a lo que el derecho es genera inestabilidad, no solo en el sistema sino en la vida social.

El sistema neoconstitucional está diseñado para que, en un determinado momento de la historia, 9 magistrados definan los debates morales más álgidos socialmente hablando. En otros términos, la mayoría de la Corte Constitucional define, por medio del derecho, qué es lo moralmente aceptable y lo que no en un

¹⁷ MARÍN CORTÉS. Op. cit., p. 155.

¹⁸ Según el profesor, «El precio que se paga es alto: más justicia inmediata para los casos concretos versus amenaza a la coherencia del sistema, por falta de certidumbre, credibilidad y ambigüedad del contenido y manera de aplicarlo» (*Ibid.* p.148).

¹⁹ *Ibid.* p. 167.

determinado escenario social. El relativismo moral y el moralismo son peligros latentes que pueden derivarse de dicha institución. La ponderación, por sí sola, no justifica esta toma de decisiones en la que se relacionan distintos valores. El juez, con ponderación o no, tomará una decisión en el mismo sentido.

A pesar de todas las críticas razonables al neoconstitucionalismo, se cree que lo señalado son sacrificios que la sociedad debe tomar para garantizar una mayor justicia material y respeto a los derechos fundamentales, sobre todo los derechos de las minorías.

Se piensa que los teóricos y filósofos del derecho están llamados a estructurar soluciones que disminuyan la discrecionalidad judicial a la hora de aplicar principios y valores, y luchar —hasta donde sea posible— contra el relativismo moral en las decisiones de los operadores jurídicos—¡vaya tarea!—. Se debe analizar la forma en que son escogidos los magistrados de las altas cortes, y reivindicar su legitimidad democrática no directa, sino en razón de su posición como garante de los derechos fundamentales.

No puede propenderse por una vuelta a la antigua legalidad, pues, como dice Marín Cortés, la ley no entró en crisis sin motivo. Más bien, lo que se debe hacer es revitalizar esta postura constitucionalista-garantista, pues sólo así el ejercicio del poder público contemporáneo encuentra un verdadero límite y razón de ser jurídica: el respeto a los derechos fundamentales. Este es el camino por la reivindicación de todo el derecho en general, y la lucha —no la única— contra la racionalidad técnico-económica, que con fundamento científicista prescribe cómo debe actuar toda la sociedad—no solo el poder público—.

Bibliografía

MARÍN CORTÉS, Fabián. Principio de legalidad: cambio de un paradigma. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—. 2021. 286 p.

CARBONELL, Miguel y GARCIA JARAMILLO, Leonardo. El canon neoconstitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2010. 659 p.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Colombia: LEGIS Editores S.A., 2006. 366 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 3° ed. Valladolid: Editorial Trotta. 1999. 156 p.

