

## NUEVA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL: DE LA REGLA AL PRINCIPIO<sup>1</sup>

Matheo Restrepo Yepes<sup>2</sup>

**RESUMEN.** No basta con observar estatutos legales o reglamentarios para conocer un ordenamiento jurídico, es preciso consultar además el texto constitucional; sin embargo, tampoco basta con conocer la carta política, pues es necesario acudir a un sin número de nuevas normas que aclaran, precisan o modifican el contenido de la Constitución: las providencias de los tribunales constitucionales. En este sentido, se ha conformado una «nueva legalidad constitucional» a partir de los métodos ponderativos de interpretación y la primacía de los principios sobre las reglas en los nuevos constitucionalismos. El texto expone las principales preocupaciones de Marín Cortés al respecto, indagando a su vez sobre la evidente transformación del principio de legalidad.

### Introducción

En esta sesión, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– continua con el estudio de la reciente publicación del Profesor Fabián Gonzalo Marín Cortés: «Principio de legalidad: cambio de un paradigma». Una vez plantea el contexto en el que surge el principio de legalidad y, en los términos de Luhman, las transformaciones que ha sufrido el entorno y los elementos del sistema jurídico, el autor se dispone a evidenciar las mutaciones propias del principio de legalidad. Específicamente, dedica el Capítulo III, «Fuentes formales del derecho ante el principio de legalidad», a reflexionar sobre el impacto que las modificaciones al sistema jurídico han causado sobre el principio de legalidad.

En este contexto, Marín expresa su preocupación por la nueva «legalidad constitucional», donde los principios desplazaron a las reglas y las ponderaciones excluyeron los silogismos. Especialmente, destaca el rol de los jueces constitucionales y su amplio activismo cargado de decisionismo, particularismo y formulación de reglas *ad hoc*; así como el alto sacrificio que esto traduce respecto de la seguridad jurídica, coherencia y predictibilidad del ordenamiento, situación que ha sido justificada en una persecución *mística* de la justicia material. Marín retoma una discusión clásica entre dos corrientes jurídicas –positivismo y constitucionalismo– con la pretensión exclusiva de estudiar el problema a la luz

---

<sup>1</sup> 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 Sebastián Ramírez Grisales, 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.

<sup>2</sup> Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel II, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

del principio de legalidad, sin incurrir en mayores consideraciones de orden *ius* filosófico. A continuación, se propone una síntesis de las ideas del autor y un «diálogo» prudente con sus ideas.

## 1. De la regla al principio

La constitución del Estado de derecho liberal clásico no es la misma que adoptan los Estados constitucionales actualmente. Aquella era un documento depositario de reglas, y esta es una recolección de principios. Según Marín, esto se explica en los intereses que surgieron a partir de las revoluciones del siglo XVIII, es decir, hacer del derecho un asunto predecible, previo y escrito. En esa medida, la fuente de derecho que por excelencia primó durante este período fue la ley, no la constitución. A su vez, la tendencia teórica que orientaba la interpretación de las normas era el positivismo jurídico, de modo que las constituciones eran interpretadas bajo el paradigma de la literalidad y, excepcionalmente, en casos muy difíciles, procedía apelar a la voluntad o el espíritu del constituyente.

Ahora bien, es preciso destacar varias transformaciones ocurridas en las últimas tres décadas, especialmente, a partir de la tendencia al constitucionalismo moderno<sup>3</sup>. En primer lugar, la constitución como fuente de derecho ha conservado su primacía formal y se le ha otorgado, además, una suerte de *superposición* material en el ordenamiento. Así, las normas constitucionales se aplican bajo un criterio de transversalidad, al punto de que el derecho constitucional se ha expandido de forma exponencial.

En las cátedras de derecho de cualquier área —administrativo, civil, penal, laboral—, los docentes inician explicando a sus estudiantes el fenómeno de la «constitucionalización» de su respectiva área, indicando que más allá de los estatutos legales, deberían tener en cuenta las disposiciones constitucionales y la jurisprudencia, so pena de encontrarse «desactualizados» en la forma de percibir y aplicar el derecho. En pocas palabras, se derrumbó el protagonismo del legislador y entró a la escena preponderante la constitución y su intérprete autorizado.

En segundo lugar, muchas de las normas constitucionales adoptaron la forma de *principios* y abandonaron la tendencia a configurarse como *reglas*. Asumiendo que esta distinción es clara, el texto prescinde de realizar mayores consideraciones sobre la diferencia entre ambos conceptos. Teniendo en cuenta lo anterior, con la llegada de la *principlística*, las cartas políticas superaron el estándar de documentos reglados donde se establecía el sistema político y la estructura orgánica del Estado; por el contrario, y cada vez en mayor medida, al contenido de las constituciones se sumaron valores, fines axiológicos o metas

---

<sup>3</sup> Podría hablarse también de un *neoconstitucionalismo* como tendencia actual en la construcción de los sistemas jurídicos; no obstante, la distinción entre ambos conceptos es una discusión amplia y difusa. Para los fines del texto, será suficiente apelar al constitucionalismo.

democráticas, enunciados cargados de juicios valorativos que adolecen de imprecisión, abstracción e indeterminación. Así, inició un nuevo periodo de primacía de la axiología sobre el positivismo.

Transformada la tendencia en la forma de estructurar las normas constitucionales, es decir, luego del desplazamiento de la *regla* por el *principio*, también cambiaron los métodos de aplicación de las normas. El clásico *silogismo* —premisa mayor, premisa menor, conclusión— dejó de ser parámetro imperante para dar protagonismo a los procesos *ponderativos*. El primero, es un proceso de aplicación que, en cualquier caso, conlleva las mismas consecuencias jurídicas siempre que el sujeto incurra en la premisa mayor —norma—, atendiendo al significado literal de la disposición más que al sentimiento de justicia que se genere con la respectiva consecuencia jurídica. Por el contrario, la ponderación es un ejercicio, más que lógico, argumentativo, donde se «enfrentan» dos principios o valores con el fin de obtener una solución más justa. En este último caso, es posible que el intérprete resuelva casos homólogos en forma distinta, apelando a consideraciones axiológicas de justicia.

En tercer y último lugar, las constituciones modernas asignan un papel determinante a sus intérpretes autorizados: los tribunales constitucionales. Estos tienden a interpretar los principios con pretensiones de corrección política y moral al legislador, situación que se facilita mediante los métodos discursivos o argumentativos de aplicación del derecho. Así, una disposición constitucional puede interpretarse en el sentido *x* o *y*, según resulte conveniente en el caso concreto.

De la mano de Laporta, e ingresando en el tema del principio de legalidad, Marín problematiza esta situación, pues considera que el sistema jurídico adquirió un tinte *decisionista*, donde el poder judicial no se ata a un conjunto de reglas generales y abstractas, sino a un conjunto de decisiones particulares donde la autoridad —judicial— se ha propuesto la definición de lo correcto y lo incorrecto. A propósito de este asunto, señala que:

«Un modelo *decisionista* de tipo judicial —que también puede ser administrativo o legislativo— favorece el abuso, porque el juez confía en su capacidad de decidir sin reglas, solo caso por caso, persuadido de su ascendencia intelectual mística y mágica, teniendo en cuenta que lo que decide excede las posibilidades de un control racional a cargo de otro sujeto; y por cierto, el modelo también es meta racional porque el operador judicial decide según su criterio, especialmente conforme a la equidad, la conveniencia o la política, confiando ciegamente en la capacidad de develar la justicia del caso. Se trata de un oráculo, emisor

de mensajes sagrados y receptor de otros tantos, que comprende lo que otros no saben ni escuchan»<sup>4</sup>.

Entre otras críticas, Laporta señala que este modelo fomenta el totalitarismo y la dictadura, toda vez que los juicios se resuelven *ad hoc*, como si se tratara de un nuevo monarca, que resuelve los conflictos según su ánimo cada mañana. Sin duda, la raíz del problema es la alta indeterminación de la «legalidad constitucional», pues brinda un amplio margen de interpretación. En este punto, toma relevancia la distinción que hace Zagrebelsky sobre los dos sentidos que tiene la «intención del legislador» como criterio de interpretación: por un lado, está la «intención histórica», aquella que trata de develar lo que este quería decir; por el otro, la «intención hipotética», que adecua el contenido de la norma a las necesidades del contexto en que esta es interpretada. Marín destaca que el nuevo constitucionalismo hace uso de esta última como criterio interpretativo, adecuando argumentativamente la voluntad del juez a la voluntad «que se requiere que haya tenido el legislador».

## 2. ¿Seguridad jurídica o justicia material?

El autor evidencia claramente que el ordenamiento jurídico es indeterminado, inestable, impredecible, y que puede tornarse incluso incoherente<sup>5</sup>. A renglón seguido, destaca que esto no implica necesariamente que el derecho sea *injusto*. Si bien la tendencia es que aumenten los desacuerdos interpretativos, el desorden, el desconcierto y la subjetividad, también es posible reconocer que el decisionismo ha permitido que, en medio de su inmediatez, se construyan derechos entendidos como *justicia material*.

Acudiendo a una analogía similar con los métodos ponderativos, piénsese en una gran balanza donde de un lado se ubica la seguridad jurídica, y del otro se sostiene la justicia material, ¿cuál de los dos tiene más peso? Esta no es una discusión menor, pero tampoco hace parte del objeto principal del texto. En mi opinión, hace parte de una de las tantas discusiones *ius* filosóficas que el autor debe trasegar durante el desarrollo de su objetivo, sin necesidad de ahondar o precisar ampliamente su postura, pues cada una podría ser un libro independiente.

Marín toma postura, advierte que se inclina por la justicia material, pero inmediatamente matiza esta idea, destacando que el sacrificio de la seguridad jurídica, entendida como certidumbre, credibilidad y coherencia del sistema, es un

---

<sup>4</sup> MARÍN CORTÉS, Fabián. Principio de legalidad: cambio de un paradigma. Medellín: Jurídica Sánchez R. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2021. p. 144.

<sup>5</sup> Al respecto, señala: «Con la visión actual del derecho se trastornó la comprensión tradicional del principio de legalidad. La simple posibilidad de que la constitución, la ley o los reglamentos no digan lo que expresan, o solo el juez pueda entender e interpretar correctamente su contenido —e incluso no cualquier juez— afecta negativamente el sentido de la legalidad tradicional, que en este aspecto era positivo» (Ibid., p. 148).

costo que no puede dejarse pasar por alto. En mi concepto, esta postura debe articularse con otra que toma al final del Capítulo II, «Transformación del entorno y los elementos del sistema jurídico», donde plantea que el juez constitucional *agitó* los elementos del sistema jurídico en cuanto a la transformación del sistema de fuentes. Allí sostiene que los jueces constitucionales, mediante la expedición de reglas de alta jerarquía con carácter general y abstracto, reemplazaron al legislador y a la Administración y se cuestiona la legitimidad democrática de dicha conducta. Al respecto concluye que:

«El problema de legitimidad democrática que surge en este contexto —porque el juez reemplaza al legislador y también a la Administración— conduce a un debate que excede el estudio de este texto; no obstante, basta indicar que en sociedades que cuentan con sistemas políticos, económicos y sociales fuertes y maduros, con elevada eticidad, esa intervención *resulta injustificada*, porque el legislador y la Administración tienen la capacidad de controlar las distorsiones del sistema, sin necesidad de que el juez los reemplace»<sup>6</sup> (cursiva fuera de texto).

Si se reflexiona sobre las dos posturas en conjunto, parece que el pensamiento del autor es claro: el activismo judicial que propicia el modelo axiológico de derecho en los nuevos constitucionalismos, surge como una «válvula de escape» para la garantía de derechos y libertades en sociedades donde el legislador no cumple activamente con esta labor, y donde la Administración violenta recurrentemente los ciudadanos, bien sea por acción o por omisión.

Así, otorga prevalencia a la construcción de Estados ceñidos a la legalidad, donde el parlamento tenga activa participación democrática y esta se vea reflejada en la expedición de reglas suficientes, claras, y sustancialmente «correctas»; así como en administraciones que ejecuten de la mejor y más expedita forma el marco legal para el desarrollo de sus funciones. No obstante, Marín sabe que este es prácticamente un idilio, pues se requiere de sociedades escasas: educadas, con estándares éticos altos y homogéneos, culturalmente democráticas, entre otras cualidades en vía de extinción.

De esta forma, la expedición de reglas en sede judicial, ubicada junto a la justicia material en la analogía de la balanza, solo tiene más peso que la legalidad tradicional y la seguridad jurídica en sociedades *no ideales*. Esta postura puede nominarse como «contextualista», pues parte de que los efectos del activismo judicial deben ser calificados según la necesidad de justicia material del territorio donde se imponga. Se comparte esta idea de Marín con fundamento, esencialmente, en la experiencia local. Piénsese en el rol que ha jugado la jurisprudencia constitucional para el reconocimiento, desarrollo y regulación de derechos en los siguientes temas: derechos de la comunidad LGTBI, eutanasia, aborto, pensiones, libertad de expresión, derecho de petición, entre otra infinidad

---

<sup>6</sup> Ibid., pp. 140-141.

de tópicos. Todos estos asuntos encontraron en la inmediatez judicial una respuesta a problemáticas que no hacían parte de la agenda legislativa o que, si lo hacían, se encontraban regulados de forma «injusta».

### 3. La nueva legalidad constitucional

El papel de los jueces es entonces más complejo que antes. Ahora el juez formula reglas de carácter general y abstracto que aplica a casos concretos, espacio donde se crea una «nueva legalidad constitucional», pues «[...] aparece y luego coexiste la Constitución escrita de tipo *normativo* con la escrita de tipo *jurisprudencial*, formulando una indisoluble»<sup>7</sup>. Este rol es problemático, toda vez que el intérprete de la constitución se convierte en cocreador de la misma, incluso, puede prescindir de la voluntad del constituyente primario, pues las disposiciones son excesivamente axiológicas y la interpretación imperante, en los términos de Zagrebelsky, es la voluntad *hipotética*. El tribunal se convierte en constituyente y constitución, su voz resuena cual mandato de primer orden en el ordenamiento jurídico.

De este modo, Marín se acerca a dos grandes conclusiones respecto de la transformación del principio de legalidad. Por un lado, ni la constitución, ni la ley, y yo diría que ninguna fuente del derecho, se agotan en su redacción. Por el contrario, la construcción de normas actualmente implica la armonización entre diversas fuentes del derecho y las reglas creadas en sede jurisprudencial, pues estas tienen la facultad de modificar, precisar o clarificar el sentido del texto.

No es suficiente conocer las leyes y los reglamentos que regulan un asunto de derecho civil, laboral, penal o administrativo, sino que es menester saber qué ha señalado el tribunal constitucional al respecto, contenidos que se integran a la legalidad. Por otro lado, y casi como una implicación lógica, «el actual principio de legalidad también se manifiesta en las providencias, denotando que no solo como contenido normativo sino ahora como sentido, comprensión y alcance interpretativo de las normas creadas [...]»<sup>8</sup>.

El autor se nota ampliamente incómodo con el hecho de que los tribunales constitucionales asuman esta posición sirviéndose de una suerte de «argumento de autoridad». Sobre esta idea, formuló varios ejemplos locales. El primero se da con la Sentencia T-008 de 1992, donde la Corte Constitucional se cuestiona si existen derechos fundamentales que están por fuera del listado que dispuso el Capítulo de la Constitución. Efectivamente, pese a que la literalidad de la Carta disponía un listado de derechos afectados con tal calificativo, la Corporación concluyó que era posible identificar derechos fundamentales por fuera del catálogo. Esta decisión es

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 149.

<sup>8</sup> Ibid., p. 150.



claramente justa, o sustancialmente correcta; no obstante, se trata de una subregla jurisprudencial que no estaba dada por la literalidad del documento.

Otro ejemplo está dado por la facultad de que el juez constitucional revise sentencias en procesos ordinarios por violación a derechos fundamentales o «tutela contra sentencias», posibilidad que se abrogó la Corte en la Sentencia C-590 de 2005. Finalmente, el autor critica fuertemente la popular afirmación que realizó la Corporación en la Sentencia C-113 de 1993: «entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta [sic] aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel». Propone que existen cuatro sentidos en los que es posible interpretar esta afirmación.

En primer lugar, *en sentido lato*, la expresión da cuenta de la relación inescindible que existe entre la jurisprudencia *constitucional* y la carta propiamente dicha, como si esta fuese la única intérprete válida de aquella. Al respecto, reprocha que la Corte no es el único intérprete autorizado de la Constitución y, en ese sentido, no debería interponerse ni una sola hoja de papel entre la Carta y la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia o los propios jueces de tutela. Marín destaca que esto redundaría en un pretencioso y arrogante proyecto político orientado a dotar de jerarquía la jurisprudencia de las altas cortes, autoproclamándose vencedora de una batalla que nunca existió y que nunca debió existir.

Un segundo sentido de la expresión es que la Corte Constitucional asume la posición de la Carta cuando la interpreta. Al respecto, critica que esto no sería más que un error lógico, pues es imposible que la norma y el lector sean el mismo, pues tienen independencia ontológica. El tercer sentido posible es que la Corte puede completar, ajustar o adecuar las normas constitucionales cuando sea necesario para hacer prevalecer la constitución. Sobre esta idea, destaca que es igualmente errónea, pues implica la usurpación de competencias normativas que no le fueron asignadas al órgano jurisdiccional: las del constituyente primario y las del legislador.

El cuarto y último sentido es que frente a la Constitución Política la ley y el legislador no tienen mejor posición que la Corte Constitucional. Nuevamente, esto se desvirtúa recordando el rol del legislador como sujeto encargado de desarrollar la constitución, estando siempre en contacto directo con la constitución, incluso primero que la propia Corporación, quien debe esperar a que este intervenga<sup>9</sup>.

A modo de conclusión, el apartado «Constitución y jurisprudencia: ¿reglas o principios para una correcta legalidad» del Capítulo III de la novedad editorial, resume una preocupación fundamental: si los ordenamientos jurídicos se estructuran cada vez más por medio de principios y no de reglas ¿qué ventajas y desventajas implica esto en cuanto al principio de legalidad?

---

<sup>9</sup> Ibid., pp. 152-153.

Sin duda, la seguridad jurídica, coherencia y predictibilidad de los sistemas jurídicos se encuentra en entredicho, y pareciera que las sociedades aceptan pagar este precio con el fin de garantizar o crear derechos y libertades en sede judicial o, como se han denominado, «justicia material». No obstante, la «nueva legalidad constitucional» donde el juez parece un déspota que actúa bajo un alto margen de arbitrariedad, reemplazando al constituyente y al legislador, permite entrever una metamorfosis del principio de legalidad y, en consecuencia, una preocupante tendencia.

## **Bibliografía**

### **Doctrina**

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

