



LA CONSTITUCIÓN DE 1991, NUEVO PARADIGMA EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Jorge Edwin Rodríguez Navarro¹

RESUMEN:

Los derechos fundamentales, elevados al rango de norma, adquieren con la Constitución de 1991, toda la fuerza vinculante y prevalente característica de las normas de estirpe constitucional. Dado que los derechos están formulados en términos de principios, el problema hermenéutico, cobra gran importancia, pues los métodos tradicionales, basados más en la lógica clásica y en procesos deductivos, resultan insuficientes para comprender el sentido y alcance de las normas constitucionales, caracterizadas ahora, por su gran riqueza axiológica y su carácter de textura abierta, propio de los principios. La postura asumida por la Corte Constitucional, respecto de estos nuevos retos en la interpretación de la Constitución, se constituye en uno de los problemas axiales del debate jurídico en la actualidad, pues al lado del problema hermenéutico, entran en juego aspectos tan importantes como la seguridad jurídica, la independencia de los poderes públicos y la realización material de los postulados del Estado Social de Derecho.

PALABRAS CLAVE:

Normas, derechos fundamentales, principios, reglas, interpretación, seguridad jurídica, Estado Social de Derecho.

¹ Abogado de la universidad Libre. Monitor de Derecho Público en esta misma Universidad. En la actualidad adelanta una doble especialización en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional en la Universidad del Rosario. Licenciado en Filosofía y Letras de la Universidad de la Salle.

ABSTRACT:

The fundamental rights enshrined as standard, acquired with the 1991 Constitution, any binding force and prevalent feature of the rules of constitutional lineage. Since the rights are formulated in terms of principles, the hermeneutical problem is one of great aspect, since traditional methods, based more on classical logic and deductive processes, insufficient to understand the meaning and scope of constitutional norms, now they are characterized, for their great wealth axiological and open-textured character, typical of the principles. The attitude of the Constitutional Court, on these new challenges in the interpretation of the Constitution, constitutes one of the problems thrust of legal debate today. Well, next to the problem of interpretation come into play such important aspects as legal certainty, the independence of public authorities and the material realization of the principles of the rule of law.

KEY WORDS:

Rules, fundamental rights, principles, rules, interpretation, legal certainty, rule of the law.

INTRODUCCIÓN

La aparición del nuevo texto de la Constitución de 1991, introdujo al país en el contexto de las grandes discusiones teóricas y doctrinales del mundo jurídico en la actualidad. Temas tan polémicos como el papel de la Corte Constitucional en la custodia y salvaguarda de los preceptos constitucionales, la aplicación directa de la Constitución en la acción de tutela como herramienta de protección de los derechos fundamentales, el poder discrecional de los jueces y la creación de derecho en las decisiones judiciales, la seguridad jurídica, la constitucionalización del derecho, entre otros, no solo han dinamizado el debate jurídico, sino que han puesto de relieve la importancia que para la actividad jurídica revisten dos aspectos que se interrelacionan y se complementan entre sí, como son: el de la interpretación y la aplicación misma del derecho. Acerca de la importancia de la interpretación, el doctor Carlos Gaviria Díaz ha dicho: "*El problema de la interpretación es un problema realmente axial dentro de la teoría del derecho, por cuanto la actitud que se asuma frente al problema de la interpretación, condiciona la actitud que se asuma frente a cualquier otro problema jurídico*".²

2 GAVIRIA DÍAZ, Carlos. La interpretación constitucional. En Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano. Bogotá, Ed. Diké, 1994, p 121.

Y precisamente, dada la importancia y el carácter prevalente que para nuestro ordenamiento jurídico tiene la Constitución Política, el tema que se abordará en el presente artículo será el de la interpretación constitucional y su estado actual en el derecho colombiano.

Ahora bien, la interpretación constitucional se sitúa en el centro mismo de los grandes debates y discusiones sobre los cuales se ha centrado la atención no sólo de los constitucionalistas, sino también de académicos y de operadores jurídicos en general, ya que si bien para algunos el papel jugado por la Corte en la interpretación y protección de la Carta Constitucional ha llevado a que en Colombia las decisiones judiciales conduzcan realmente a la aplicación de una justicia material y a la concreción de los fines de un Estado Social de Derecho, en lo que se ha sido denominado “El nuevo derecho”; para otros, defensores del respeto irrestricto al mandato de la ley y a la pureza normativa del derecho, estos vientos de renovación no sólo son copia de otras latitudes, sino que conducen al caos y la inseguridad jurídica, en un Estado que como el nuestro se ha caracterizado por el respeto a la legalidad y la norma jurídica.

Lo cierto es que la Corte Constitucional en su función de salvaguardar la integridad de la Constitución, tiene dentro de sus tareas determinar el contenido y alcance de los preceptos expuestos en ella. El problema radica en determinar, hasta qué punto, la interpretación realizada por la Corte, es objetiva, y si se quiere racional, respetuosa del orden jurídico y democrático.

Hechas estas precisiones y situados en el debate jurídico que las acompaña, el presente artículo inicia con una breve referencia sobre la importancia y el significado de la hermenéutica en el mundo jurídico contemporáneo; en un segundo lugar, se hace una breve presentación del método exegético y sus limitaciones; para abordar en tercer lugar, la diferencia que existe entre las normas ordinarias y las normas constitucionales y sus implicaciones en la interpretación constitucional, para ocuparnos finalmente del tema nodal de este escrito, que será la presentación del panorama de lo que se ha denominado “el nuevo derecho” y su importancia para la interpretación y aplicación constitucional contemporánea. En este último aparte, se abordará especialmente la interpretación finalista y sistemática de la Constitución, en especial como lo presenta el profesor Uprimny Yepes, para finalizar con la doctrina de la ponderación y la teoría de principios desde la perspectiva del profesor Robert Alexy.

PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

¿Por qué razón, la promulgación de la Constitución de 1991, significó un cambio de paradigma en la interpretación y en la forma misma aplicar el derecho en nuestro país?

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

En la realización del presente artículo se ha hecho uso del método hermenéutico y cualitativo. Los postulados teóricos planteados están basados en los referentes doctrinales de los autores y constitucionalistas nacionales y extranjeros más relevantes de la época contemporánea. En la mayoría de los temas abordados, existe una referencia respecto de los fallos de la Corte Constitucional o se citan casos concretos que ilustren lo planteado de forma teórica.

1. INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La hermenéutica moderna, la lingüística y la filosofía del lenguaje nos han demostrado que el lenguaje, gracias a los campos semánticos y los distintos usos que se presentan en los distintos círculos lingüísticos, exige de hablantes que no sólo emitan discursos, sino, sobre todo, que tengan la capacidad para interpretar el significado de las acciones y las palabras mismas. Gadamer nos enseña que hay ciencias que no pueden pretender formular proposiciones abstractas y rígidas como sucede con las ciencias puras. El derecho hace parte de aquellas ciencias que ya Dilthey llamó como ciencias del espíritu, y cuyo funcionamiento no se debe a la formulación de normas objetivas e inmodificables, regidas por las leyes de la causalidad como pretendía Kelsen, sino que el derecho al hacer parte del mundo lingüístico, se hace más a las ciencias denominadas por Habermas ciencias comprensivas, en las que el discurso y la argumentación son sus elementos constitutivos fundamentales. Decir que en el derecho el discurso es fundamental, implica aceptar que para entender el derecho contemporáneo es fundamental abordar también su componente lingüístico, pues ¿qué es una norma jurídica sino una proposición que reviste toda una serie de significantes, que excluye de entrada una interpretación unívoca de la norma, por más clara que esta parezca? Para comprender esta nueva visión del derecho, es necesario abordar la concepción que la ha antecedido, y según la cual, el derecho es una ciencia, en el sentido de las ciencias puras, con pretensiones de objetividad, universalidad y de poseer un método de interpretación basado en la demostración y la lógica clásica. Tal método de interpretación es el llamado "*exegético*", que para algunos sigue siendo la única forma de interpretar y abordar el derecho.

2. LA EXÉGESIS Y SUS LIMITACIONES EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

El método exegético, parte de la tesis de la omnisciencia del legislador en la formulación de la norma, y supone la premisa según la cual, por su carácter uní-

voco, abstracto y universal, la comprensión de la norma abarca toda la realidad y todos los casos concretos que se presentan en el mundo de las relaciones sociales que ella misma regula. De tal manera, que la interpretación que realice cualquier operador jurídico debe realizarse dentro del campo y alcance de la norma misma, nunca fuera de ella. Esta concepción, que entra en crisis en Europa desde tiempos de la posguerra por influencia de las corrientes renovadoras del pensamiento jurídico, en nuestro medio, se vio reforzada con la apropiación incompleta de las formulaciones del positivismo jurídico de Kelsen, y digo incompleta, porque como lo expondré más adelante, si bien Kelsen es el padre del positivismo jurídico, el autor de la Teoría Pura del derecho, reconoce un ámbito de indeterminación de la norma y de creación en la aplicación del derecho. Ahora bien, cierto es que para Kelsen el derecho es un sistema que está compuesto por normas, con una estructura propia, fáctica y objetiva. En la que problema jurídico se reduce al tema de la validez, esto es, que independiente de su eficacia, la norma expedida por una autoridad legislativa que la hace ingresar en el mundo jurídico, adquiere una validez propia, incluso frente al mismo legislador, pues la validez de la norma empieza justamente cuando el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, ha dejado de existir.³ De esta forma, quiere demostrar Kelsen la pureza misma de Derecho, eliminando los elementos que le son extraños, como la misma moral y la política. Con consecuencias evidentes para la aplicación y la interpretación del derecho; pues a la hora de aplicar una norma, el legislador o el operador jurídico, no tienen por qué acudir a otras ramas distintas al derecho o a instituciones exógenas al mundo jurídico, sino que es desde el marco de la norma misma desde la cual se establece una relación de determinación y vinculación. Así, la norma de grado superior es la que regula el acto de creación, ejecución y el contenido mismo de la norma inferior. Es decir, que en este tránsito de una norma superior a una inferior, cualquier acto de interpretación y de aplicación del derecho implica un proceso deductivo, que supone partir de una norma general, para luego buscar su aplicación en el mundo concreto.⁴

Lo importante será ver las implicaciones que la escuela positivista tiene para la interpretación del derecho, ya que parte de la estricta subordinación del Juez a la ley, - que es expresión de la voluntad general,- y de esta manera la actividad judicial es pensada como la subsunción del caso concreto en la norma general. Es el célebre modelo del silogismo judicial que ya Beccaria en su obra de los *De los delitos y las penas*, había expuesto siglos atrás: "En todo delito debe hacer el juez un silogismo perfecto, la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a ley, y la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el

3 Kelsen, H. Teoría pura del Derecho. México: Editorial Porrúa, 2007, p 24.

4 *Ibíd.*, p 349.

Juez se vea constreñido, o quiera hacer, aunque no sea más que dos silogismos, se abre la puerta de la incertidumbre”⁵.

La exégesis en su proceder deductivo y formalista, lleva implícitas varias formas de ver el derecho, y que es preciso analizar. En primer lugar, se distingue claramente entre la creación del derecho (la ley) y la aplicación deductiva y racional del mismo (sentencia), pues de esta forma garantiza de manera perfecta la seguridad jurídica, ya que la decisión judicial se halla incluida en la norma de carácter abstracto y general que toda la comunidad jurídica conoce. En segundo lugar, se logra un respeto por uno de los baluartes de la sociedad democrática y del Estado de derecho actual, como lo es el respeto a la ley. El Juez, en palabras de Montesquieu “es la boca de la ley”, un sacerdote cuyo deber sagrado es el culto a la norma. Y en tercer lugar, se estaría alcanzando uno de los cometidos fundamentales del derecho mismo, llegar a la justicia material, ya que la ley se presume recta y justa. De tal forma que la aplicación de la ley por medio de operaciones de razonamiento deductivo, también se presumen justas, ya que el juez, simplemente traslada la voluntad democrática racional que ya está contenida en la norma abstracta y general.⁶

Como consecuencia tenemos, que la exégesis hará énfasis en el carácter cognitivo de la norma, y no en el papel creativo de Juez, ya que éste debe limitarse a descubrir la voluntad del legislador patentada en la ley; que este método interpretativo tiene como valor más estimado la seguridad jurídica y la coherencia en el ordenamiento legal, y sobre todo, para el tema que nos ocupa, busca alcanzar un método de interpretación neutral, que facilite al juez encontrar siempre una decisión correcta para aplicar al caso concreto que se encuentra bajo su órbita de estudio.

3. INSUFICIENCIA DEL MÉTODO EXEGÉTICO

Son muchos los factores que han llevado a que esta concepción que se acaba de reseñar haya entrado a ser revaluada en su estructura fundamental. Entre las críticas más importantes tenemos las siguientes:

1. Resulta ingenuo pensar que el legislador pueda prever al momento de la elaboración de la norma, todas las situaciones que pueden llegar a presentarse al momento mismo de aplicarla al caso concreto. La realidad nos dice que los parlamentos están integrados por hombres que no son perfectos ni omniscientes, con intereses encontrados, por lo que es de suponer que el ordenamiento legal

5 Beccaria, C. De los delitos y las penas. México: Fondo de Cultura económica, 2000, pág. 221 - 222

6 Uprimny Yepes, R. Estado Social de Derecho y decisión judicial correcta. En *Hermenéutica jurídica*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1997, pág. 123

tenga inevitablemente muchas lagunas y vacíos que no pocas veces llevan a contradicciones. Además, dado que la sociedad actual es tan compleja y sometida a constantes cambios, resulta casi imposible regular todas las situaciones que pueden presentarse al momento de aplicar el derecho. Lo cierto, es que la ley una vez promulgada inicia su vida, pero la realidad misma terminará por superar al legislador.

2. La fidelidad del juez a la norma no garantiza que se llegue finalmente a la justicia material. En este sentido el Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, ex magistrado de la Corte Constitucional, señala:

“La supuesta previsión del legislador se lleva al extremo de justificar la aplicación de la norma a situaciones donde pueda resultar evidentemente pernicioso, vale decir, se supone el siguiente razonamiento frente a un caso fronterizo o aberrante: el legislador fue consciente de esa malsana consecuencia de la ley, el juez como hombre podrá estar en desacuerdo con el legislador en el interior de su consciencia, pero, en ningún momento como Juez puede entrar a suplirlo, sólo le queda aplicar la ley”⁷.

3. ¿Existen respuestas correctas en derecho?

Sin lugar a dudas uno de los factores que marcó la pérdida de vigencia del modelo exegético y que ocupó el centro mismo de las grandes discusiones académicas de finales del siglo XX, fue el de establecer si en el derecho habían respuestas únicas o correctas, tal como lo planteaba el modelo que estamos examinando. El debate más conocido en el mundo académico es el que protagonizaron dos de los grandes iusfilósofos del siglo XX, hablamos del norteamericano Ronald Dworkin y del inglés H. L. A. Hart. Sobre los aspectos más relevantes de este debate, se hará referencia cuando se aborden las características de la norma constitucional, por ahora baste con señalar que estas discusiones junto con los aportes la filosofía analítica y de la lingüística, pusieron sobre relieve los inconvenientes de considerar el carácter unívoco de la norma, y al demostrar su carácter de indeterminación, quedó sin piso la concepción del derecho como una actividad meramente deductiva, en la que se suponía a priori que con la correcta relación norma-consecuencia bastaba para solucionar todos los problemas que presentan en el momento mismo de aplicar el derecho a las situaciones dadas en el de las relaciones sociales.

4. Las reglas metodológicas propias del positivismo y de la exegética jurídica no son suficientes para solucionar por sí mismas las antinomias y contradicciones legales, como “norma superior deroga norma inferior”, como “norma

⁷ Cifuentes Muñoz, E. y otros autores. Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1994, p 19.

posterior deroga norma anterior” y “norma especial deroga norma general”.⁸ Es decir, que estas normas pueden entrar en conflicto, sin que sea posible encontrar una jerarquía en todos los casos. En otras situaciones puede darse el caso que las normas aplicables son ambas del mismo ordenamiento y de carácter general. Como se verá, la Constitución política por el carácter general y abstracto de sus normas, presenta en muchas ocasiones conflicto entre sus mismos artículos, siendo insuficiente solucionar la tensión entre éstos con las reglas clásicas para la eliminación de antinomias. El Dr. Rodrigo Uprimny Yepes refuerza este argumento con el siguiente ejemplo:

“El artículo 15 de nuestra Constitución señala que toda persona tiene derecho a la intimidad, y no establece ninguna restricción expresa a ese derecho. A su vez, el artículo 20 garantiza la libertad de expresión, y no sólo no establece ninguna restricción expresa a ese derecho sino que declara que en Colombia no habrá censura. Ahora bien, supongan ustedes que un periodista publica un libro donde revela detalles sobre la vida de una persona llamada Juan que vive en un pueblo. Supongan ustedes que Juan interpone acción de tutela o amparo porque considera violado su derecho a la intimidad. Por su parte el escritor alega que la publicación es legítima, pues es consecuencia de la libertad de expresión”⁹.

Es evidente que con el método subsunción tradicional no podrá el Juez solucionar el conflicto normativo que se le presenta; seguramente, deberá acudir a otros modelos de interpretación para resolver el caso, como la ponderación o el test de razonabilidad.

4. ESTRUCTURA DE LA NORMAS CONSTITUCIONALES

Antes de abordar la problemática misma de la hermenéutica constitucional, consideramos de vital importancia revisar cómo es la estructura de la norma de nuestra Constitución, pues este ejercicio nos permitirá establecer cuál debe ser la estructura y las herramientas con que debe contar cualquier método que pretenda dar cuenta del sentido y contenido de las normas constitucionales. Por ello, analizamos en primer lugar por qué la Constitución es norma de normas, la importancia de los derechos fundamentales, el componente político y programático, los principios que se consagran y el carácter indeterminado y de textura abierta de las normas constitucionales.

8 Cfr. Norberto Bobbio. Teoría general del derecho. Bogotá: ed. Temis, 1987, pág. 197 y ss.

9 Uprimny Yepes, R. Ob. cit., p 128.

A. LA NORMA CONSTITUCIONAL COMO NORMA DE NORMAS

El artículo 4 constitucional señala: “*La Constitución es norma de norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”.

Es claro que la Constitución es ley de leyes, pues sirve de marco de validez de las demás normas jurídicas; aquellas que no le son compatibles deben ser inaplicadas en el caso concreto. Además señala cuáles han de ser los límites materiales que han de tener en cuenta tanto los legisladores como los operadores jurídicos, y nos referimos, a los derechos fundamentales de los ciudadanos que hacen parte de nuestro Estado.¹⁰

En este sentido, debe reconocerse que el constituyente del 1991 incorporó dentro del sistema normativo de la Constitución, el esquema piramidal de Kelsen, que ubica la Constitución en la cúspide, y que la constituye como la norma fundamental y base de todo el orden jurídico, siendo la ley la encargada de su desarrollo, y los actos administrativos a su vez como concreción de la ley en los casos particulares y concretos. Es decir, que aunque resulte contradictorio, un sistema normativo como de la Constitución que incorporó al mundo jurídico tantos elementos del iusnaturalismo, como el tema de los derechos, en principio toma prestado del positivismo el esquema de clasificación de las leyes. En este sentido no habría novedad con relación a la Carta de 1886, pero como veremos, la Constitución de 1991 al consagrar los derechos fundamentales y elevarlos al rango de norma, ha llevado a que los jueces constitucionales anulen leyes promulgadas por el legislativo cuando éstas atentan contra algunos de los derechos consagrados en la Constitución. Es decir, que si bien el constituyente de 1991 se mostró seguidor de la tradición del sistema romano-germánico, del respeto irrestricto a la legalidad y del Estado derecho, con los mecanismos de protección de los derechos y el control de constitucionalidad que introdujo, también echó mano de elementos que son propios del sistema Common Law, especialmente del sistema norteamericano. Recordemos que desde los mismos comienzos la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, se arrogó el poder de anular las leyes expedidas por el Congreso, que a su entender violaran el texto constitucional. A esta idea se le llamó en inglés el “judicial review”, y luego en español, control de constitucionalidad. Y como sabemos, en Colombia en 1991 esta función se le encargó a la Corte Constitucional, y que ha llevado a que en la práctica se haya instaurado el respeto por el precedente jurisprudencial, de clara estirpe anglosajona. Es más, diera la impresión, que el constituyente del 1991 se preocupó más por el respeto a los derechos humanos, que por la clásica división de poderes y

10 Charry Urueña, J.M., y otros autores. Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano. Ob cit., p 71-73

las mismas fuentes clásicas del derecho, evidenciando en este sentido el distanciamiento con el positivismo kelseniano, pues es claro que para el constituyente del 1991 no basta con la aplicación formal de la ley, sino que el derecho y todo el sistema normativo ha de buscar llegar a la justicia material y a la concreción de los principios del Estado Social de derecho.

A nuestro juicio, este aspecto ha marcado un verdadero giro copernicano en el derecho colombiano, pues más allá de las discusiones formales, la nueva Carta de 1991, situó al país en un diálogo directo con las nuevas formas de ver el derecho en la época contemporánea y dinamizó las prácticas jurídicas tanto en la aplicación, formulación y por supuesto, interpretación de las leyes.

B. DIFERENCIA ENTRE REGLAS, NORMAS Y PRINCIPIOS. RONALD DWORKIN Y ROBERT ALEXY

Para efectos de interpretar la Constitución, la distinción entre reglas y principios resulta de suma importancia, ya que gran parte de las normas constitucionales, especialmente su parte dogmática en la que se consagran la gran mayoría de los derechos fundamentales, está presentada en forma de *principios* que fueron elevados a rango legal por voluntad del constituyente de 1991. Por ello, en este acápite de nuestro trabajo presentamos de forma general, la distinción entre normas y principios desde el planteamiento de las dos figuras relevantes en el tema, como lo son Ronald Dworkin y Robert Alexy.

1. Las reglas y los principios. Ronald Dworkin.

Para efectos de establecer una distinción precisa entre reglas y principios, miremos el ejemplo que el mismo Dworkin pone en consideración: tenemos las normas. *“Está prohibido fumar en el salón de clases”* y *“El Estado garantiza la libertad de información y prensa”*. Dworkin señala que en efecto, la primera norma, que prohíbe fumar, tiene el carácter de regla y la segunda, que consagra la libertad de prensa, corresponde a un caso típico de principios.

Un primer paso para establecer una distinción es de orden lingüístico, ya que las reglas en su redacción son mucho más claras y precisas que los principios. La regla contiene en su misma formulación expresiones como prohibido fumar y salón de clases, que señalan de forma concreta elementos precisos para su aplicación, por el contrario, el principio sobre la libertad de prensa, no ofrece elementos de modo y lugar para su aplicación.

Desde el punto de vista lógico, Dworkin señala dos aspectos bien importantes:

Que las reglas operan dentro de un esquema del **“todo o nada”**, si se dan los hechos estipulados por una regla, o bien ésta es válida, y por tanto el resultado que está estipulado en ella debe ser aplicado al caso concreto; o bien es inválida,

y por ende no tiene ninguna aplicación e incidencia en el caso previsto.¹¹ Es decir, que el nexo entre hechos y conclusión jurídica es automático. Además, este carácter del todo o nada, hace imposible que coexistan dos reglas contrarias en el mismo sistema jurídico. Si apareciera una norma, “está permitido fumar en el salón de clase”, la norma anterior que prohibía tal conducta, se entiende derogada y entra surtir efectos la nueva norma. Pero con relación a los principios, no siguen la lógica del todo o nada, el principio según la cual el Estado garantiza las libertades de información y prensa no determina que siempre se dé una situación en la que esté en juego su aplicación, exija necesariamente su protección. Por ejemplo, puede darse el caso en que se da una “**colisión con otros principios**” como el derecho a la intimidad. Si el derecho que tienen los medios de comunicación a informar sobre la vida de una persona pública entra en conflicto con el derecho a su intimidad, bien puede el juez impedir el ejercicio de la libertad de prensa.¹² Pero al contrario de lo que sucede con las reglas, el principio negado no desaparece de la vida jurídica, mantiene toda su vigencia, pudiendo ser aplicado en otros casos, es más, puede darse el caso que la libertad de prensa prevalezca sobre el derecho a la intimidad.

En consecuencia, los principios no establecen un nexo directo entre los hechos y la conclusión jurídica, generalmente es necesario hacer una instancia intermedia del razonamiento, una comparación de principios encontrados. Es por esto que se puede decir que las reglas son conclusivas y los principios no conclusivos.¹³ O bien podemos decir, que en la aplicación de las reglas procede la lógica deductiva, mientras que no sucede lo mismo para el caso de los principios.

En segundo lugar, los principios por su carácter no conclusivo, exigen que para su interpretación y posterior aplicación sean ponderados y sopesados, según su valor relativo en circunstancias particulares y concretas. Así por ejemplo, si tomáramos el ejemplo anterior, el principio de la intimidad prevalece sobre el de la libertad, si revisadas las circunstancias, hechos socio-políticos y los aspectos jurídicos relevantes, **su peso** relativo resulta mayor que el principio de la libertad.¹⁴ Las reglas carecen por completo de esta dimensión, pues como ya se expuso, cuando dos o más reglas se aplican a un mismo tiempo para un caso concreto, la regla que prevalece se entenderá que deroga a la anterior, o que es excepción de ésta.

11 Dworkin, R. Los derechos en serio. Barcelona: Ed. Ariel, 1984, pág. 24

12 Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional, T- 611 de 1992, M.P José Gregorio Hernández, donde se concede una tutela para favorecer el buen nombre de un personaje de farándula, que se había visto perjudicado por publicaciones de un medio escrito.

13 Hart y Dworkin. La decisión judicial. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2008, pág. 48 -51

14 Ibid. Pág. 51

2. Los principios como mandatos de optimización. Robert Alexy

Como el mismo Hart lo reconoce, existe en el derecho positivo **normas de textura abierta**, especialmente aquellas referidas a los derechos positivos, y que en la práctica se presentan en los llamados casos difíciles, en el que el ámbito de apertura puede ser considerado como un campo de duda. En estos casos, el juez está autorizado en su decisión a crear nuevo derecho, sobre la base de pautas extrajurídicas.

En cambio, para Robert Alexy, desde la argumentación de principios, y también en los casos de apertura de la norma positiva, el juez sigue ligado al mundo jurídico, pero con la diferencia que esta vez no lo hace desde el mundo extrajurídico, sino que crea una vinculación entre derecho y moral.¹⁵ Ahora bien, pero sobre la base de la argumentación que pueda darse desde los principios, es necesario comprender con exactitud la diferencia entre reglas y principios.

Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, que cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, permiten o prohíben algo definitivamente, por tanto pueden ser llamados *mandatos definitivos*. Su forma de aplicación es la subsunción. En cambio, los principios son *mandatos de optimización*, en el sentido de que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, según las posibilidades jurídicas y fácticas. En otras palabras, significa que en relación con los principios, al no tener el carácter de definitivos, su realización puede darse en forma gradual, dependiendo de las circunstancias fácticas y jurídicas que se presenten.¹⁶

Finalmente, es importante señalar que uno de los criterios para la realización y aplicación al caso concreto de los principios depende en gran forma de la presencia de principios opuestos o que entren en colisión. Esto último implica que en el campo de los principios deba recurrirse al método de la ponderación para poder aplicarlos en la vida jurídica y social.¹⁷

C. LA CONSTITUCIÓN Y LAS NORMAS SOBRE LOS DERECHOS

La Constitución de 1991, a diferencia de la Constitución de 1886, contiene una generosa Carta de Derechos, y establece además toda una serie de instituciones de carácter procesal para su protección. Con lo cual se introdujo un cambio fundamental para el mundo jurídico nacional, ya que el orden público y su preservación no serán ya un fin en sí mismo, sino que serán de ahora en adelante un medio para la protección y la efectividad de los derechos, uno de los fines del

15 Alexy, R. Concepto y validez del derecho. Barcelona: Ed. Gedisa, 1994, pág. 74.

16 *Ibidem*, p 75.

17 Este aspecto de la ponderación de principios, es desarrollado de forma magistral por Robert Alexy, tema que abordaremos cuando se hable de algunos métodos de la interpretación constitucional.

Estado, según el artículo 2 Superior. Lo que en últimas, trajo como consecuencia el convencimiento de que los derechos no son puras declaraciones filosóficas sino verdaderos poderes con que cuenta el ciudadano, o “cartas de triunfo”, en palabras del mismo Dworkin.¹⁸ De ahí que cualquier pretensión hermenéutica deba tener en cuenta las características propias de la Carta de Derechos.

1. Textura abierta. Los artículos sobre los derechos son textos de *carácter abierto*, no porque estén mal redactados y hagan suponer que presentan lagunas o contradicciones, sino porque la gran riqueza axiológica intrínseca a la norma Superior, hace que en la formulación misma del texto no se agote todo su contenido. Al respecto dice el Dr. Manuel José Cepeda: “*El intérprete de la Constitución no se encuentra con una orden clara que cumplir sino ante la necesidad de crear una orden, partiendo de los diversos derechos protegidos por la Constitución. El intérprete no aplica en sentido estricto la norma sino que le da contenido, para que luego pueda ser aprobada*”¹⁹ (El subrayado no aparece en el texto). Y que como es sabido, esta función le compete de un lado al legislador cuando desarrolla los principios constitucionales por medio de leyes y a la Corte Constitucional, cuando traza líneas interpretativas a través de sus providencias.

2. Carácter abstracto y general. Las normas constitucionales, por contener tantos principios y consagrar derechos fundamentales, son de carácter *abstracto y general*, no contienen en sí mismas una hipótesis exacta y precisa que se derive en caso de que ésta acontezca. La condición general y abstracta de sus normas, exige que el alcance de su contenido, sea desarrollado e interpretado, bien por el legislador o por su intérprete autorizado, como lo es la Corte Constitucional. Recordando, que dicha actividad ha de realizarse sin salirse o desconocer el marco de comprensión y alcance de la propia Constitución.

3. No se formulan límites a los derechos. En la Carta no aparecen restricciones que limiten los derechos consagrados, no porque estos sean absolutos, ya que respetar los derechos del ciudadano, no tiene por qué conducir a que se irrespeten los derechos de los demás, o se pase por alto todo el orden jurídico establecido; sino que por su formulación general y abstracta, y al desaparecer de su horizonte limitaciones como la moral cristiana, el orden público, o la seguridad nacional, será el juez quien en las circunstancias del caso, deba establecer el alcance y el contenido de unos derechos, que no son absolutos, sino relativos.

4. Contenido axiológico. Las normas constitucionales, son artículos, en cuyo marco estructural subyacen toda una serie de valores, principios, que de paso traen consigo toda una serie de problemas filosóficos, políticos, sociológi-

18 Cepeda Espinosa, M. J. Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Bogotá, Ed. Temis, 1997, p 2.

19 *ibid.*, pág. 15

cos, económicos y éticos. Por ello mismo, resulta fundamental para la interpretación que de ellos se haga, comprender que muchas veces en una misma situación fáctica, estarán en juego varios derechos y varios principios constitucionales que pueden aplicarse.

5. Contenido programático. La Constitución además de su condición de norma superior, se le llama también la Carta Política. En este sentido, cabe recordar que ella nace de un acto extrajurídico, expedida en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente, sin otra limitación que la voluntad ejercida por el pueblo. De tal manera que la norma Superior contenga los idearios políticos, económicos y sociales de toda una nación, que la convierten en la carta de navegación y en el marco general que señala el derrotero de la administración, de lo que pueden esperar los ciudadanos frente al Estado y de sus deberes correlativos. Por ello, la importancia de tener en cuenta, a la hora de interpretar la norma constitucional, *su finalidad objetiva y todo el escenario de valores, principios e idearios políticos* que el pueblo colombiano, en ejercicio de su poder constituyente, plasmó en la Carta Política de 1991.²⁰

5. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Cambio de paradigma. Preguntas tales como ¿qué hacer en caso de colisión entre distintos principios constitucionales?, ¿cómo desarrollar el contenido de principios tan abstractos y generales como los de libertad o dignidad humana?, ¿en qué casos las reglas de derecho ordinarias deben ceder frente a los principios constitucionales?, junto con las características ya expuestas de las normas constitucionales, pusieron de manifiesto las limitaciones del método exegético, histórico y los demás métodos interpretativos tradicionales. Como consecuencia, el país jurídico, y en especial la Corte Constitucional, se vio en la urgente necesidad de dirigir su mirada hacia otros métodos hermenéuticos que permitieran interpretar el alcance real de los preceptos contenidos en la nueva Carta. De esta forma, la aparición de la Constitución de 1991, no solo marcó el final de la vigencia de la Constitución de 1886, sino que además, nos puso en conexión con las nuevas formas de ver el derecho y las exigencias de una sociedad democrática construida ahora sobre el mandato de las mayorías y el respeto de los derechos humanos. Autores como Perelman con su teoría de la retórica y de la argumentación, de Vieweg con la tópica, de Recaséns Siches con su propuesta de la lógica de lo razonable, de todo el movimiento hermenéutico encabezado por Gadamer y los

20 La Corte Constitucional entendiendo su deber ser guardiana del respeto debido a los preceptos constitucionales, encabeza sus providencias "En nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución", y no "En nombre de la República", como lo hacen tradicionalmente las restantes Cortes del poder judicial.

trabajos de teoría jurídica de Dworkin, Alexy y el mismo Habermas en filosofía del derecho, revelaron en sus planteamientos que era un error seguir pensando que en el derecho se puede aplicar la lógica de las misma forma como se hace en las matemáticas y las ciencias puras. Es decir, que en derecho no es suficiente partir de una axiomática que procede deductivamente, sino que es una tópica, una técnica de pensamiento problemático, que para resolver problemas específicos parte, no de principios lógicos inmutables, sino de una serie de directrices, desde unas proposiciones de valor relativo y circunscritas a cada caso particular. El profesor Rodolfo Arango, reafirma esta idea al decir: "*La tópica -de topos, lugar- plantea la alternativa de buscar una respuesta no partiendo de las normas mismas sino del problema que se pretende resolver, desde las múltiples perspectivas del mismo*"²¹ En otras palabras, el método de la tópica jurídica, nos lleva a ver el derecho y la interpretación constitucional desde un método inductivo, ya que las premisas y las normas aplicables estarán determinadas por las circunstancias fácticas y valorativas del caso concreto que permitan conciliar en últimas derecho y justicia. En lo que en la doctrina anglosajona se conoce como "la regla del caso". Ahora bien, esta nueva visión del derecho no desconoce las ventajas del principio de legalidad, en especial para la seguridad jurídica, pero sí ataca ese apego irrestricto a la ley que presupone que todos los casos deben subsumirse en ella. Será el caso mismo el que oriente al operador jurídico si debe aplicar la norma, o si de forma excepcional, debe apartarse de ella por contrariar los principios constitucionales o por alejarse del principio de justicia material. Así por ejemplo, por políticas de reestructuración o problemas fiscales, la ley permite a la administración el despido masivo con indemnización de empleados públicos, pero si dicha medida afecta madres cabezas de hogar, mediante tutela un juez podría ordenar su reincorporación laboral. En este caso, se establece una excepción a la aplicación de la ley, mediante el principio de prevalencia de los derechos fundamentales de orden constitucional.

Como se observa, el cambio introducido por la Constitución en el ejercicio del derecho es bien significativo, ya que el Juez asume un papel protagónico y creativo, pues ya no será un simple servidor y aplicador pasivo de la ley, sino que en muchos casos deberá de forma discrecional apartarse de la norma, en situaciones como la que acabo de exponer. La influencia de la tópica jurídica, se refleja en la importancia que la Corte Constitucional le ha dado a sus propios fallos interpretativos, pues mediante el precedente jurisprudencial, señala a los jueces cómo fallar en casos concretos de similares características fácticas y jurídicas, discutidos e interpretados por la misma Corte.

21 Arango, R. El valor de los principios fundamentales. En Revista de Derecho público. Universidad de los Andes. V 5, Noviembre de 1994, p. 56.

Esta nueva dinámica del derecho, no significa dejar la interpretación y la actividad judicial al arbitrio y la subjetividad del Juez, que sería caer en una especie de reduccionismo jurídico de corte irracional; por el contrario, el derecho hace ahora uso de una razonabilidad que se sitúa en el campo de lo argumentativo y no ya meramente demostrativo. En palabras de Kant, es hacer el tránsito del ámbito de la razón pura, propio de las ciencias físicas, a *la razón práctica*, a saber, al terreno de lo *razonable*. Finalmente vale decir, que esta nueva tendencia en la que indudablemente se circunscribe el derecho constitucional, no solamente marca el nuevo papel protagónico del Juez, sino que además le plantea toda una serie de exigencias, que van desde la necesidad de una formación interdisciplinaria, el alto nivel de la motivación y argumentación de sus sentencias y la responsabilidad misma de sus decisiones.

Vistos estos conceptos fundamentales sobre lo que en general han significado estas nuevas tendencias en especial para el derecho constitucional, presento las características de dos métodos que han sido acogidos por la Corte Constitucional en su labor de guardiana e intérprete de la Constitución, ellos son el método sistemático - finalista, y el método de la ponderación, que se desprende de un principio interpretativo más general, como lo es el principio de proporcionalidad. En realidad, sería pretencioso querer abordar con rigor y profundidad los métodos interpretativos constitucionales en su totalidad, por lo que, para efectos de nuestro ensayo, nos basta hacer una presentación general de los métodos ya enunciados, con el objetivo confirmar de nuestra tesis fundamental acerca del cambio de paradigma hermenéutico que ha significado la Carta Constitucional de 1991.

A. MÉTODO SISTEMÁTICO-FINALISTA. LA INTERPETACIÓN CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Ante la tendencia de muchos jueces y operadores jurídicos de continuar con la utilización de los métodos textualistas e historicistas en la interpretación de la Constitución, la Corte Constitucional se vio en la necesidad de recordar sobre la obligatoriedad del respeto a la regla del precedente constitucional, con el objetivo de difundir mediante la obediencia jurisprudencial una interpretación que fuera más amplia y abierta, y menos formalista, y que buscaba difundir entre los jueces y operadores jurídicos una comprensión sistemática y finalista de la Constitución. Sobre la orientación hacia los conceptos de fin y sistema el Dr. Diego López Medina nos recuerda que *“por interpretación finalista o teleológica, se denomina a la técnica mediante el cual la aplicación de cualquier texto legal requiere una previa identificación del propósito o valor que la norma busca proteger. Es más: la aplicación formalista del texto debe ceder cuando ante el propósito, por alguna circunstancia, el texto parezca llevar a resultados contrarios a los que*

conduciría el fin normativo”²². Debe aclararse que la interpretación finalista, no se reduce a tratar de descubrir la intención o fin que tuvo el legislador al momento de elaborar la norma, va mucho más allá de esta perspectiva subjetivista, pues lo que se busca con este método, es encontrar el valor o fin que se encuentra en el interior de la norma misma y no voluntad histórica del legislador del pasado. Así, tenemos que desde sus primeros fallos la Corte ha señalado que el fin u objetivo fundamental de la Constitución es lograr un “*Estado social de derecho*”. De esta forma esta cláusula contenida en el artículo 2 Superior, debía tenerse como valor preferente e integrador en la interpretación que se realizase de cualquier disposición de carácter legal o constitucional.²³

La interpretación sistemática de la Constitución, consiste en últimas, en la identificación de los valores o principios de orden moral y político que están consagrados en el interior de las normas constitucionales, y que por su carácter abstracto y más general, se convierten en lo que el Dr. Diego López Medina denomina como el “Telón de fondo” presente en la interpretación y aplicación de cualquier otra norma de rango inferior o inclusive de rango constitucional. Así, desde sus primeras sentencias la Corte Constitucional ha insistido en que el fin u objetivo fundamental de la Constitución colombiana es lograr un “Estado social de derecho”, entendido como la obligación de interpretar los derechos fundamentales como principios que conduzcan a una creciente igualdad social mediante la redistribución de recursos y oportunidades. De esta forma, la cláusula -Estado social de derecho- fue utilizada como la piedra de toque para las interpretaciones finalistas y sistemáticas de la Constitución de 1991.²⁴

Pero bien cabe preguntarnos por las implicaciones reales de interpretar la Constitución desde la perspectiva del Estado social de derecho. Pues al revisar la noción misma y sus implicaciones jurídico-políticas, nos damos cuenta que en ésta desembocan toda una serie de concepciones del Estado, que determinan la actividad judicial. A simple vista, podría decirse que este énfasis permitió establecer criterios más amplios sobre la protección de los derechos fundamentales, y por consiguiente, que un mayor número de derechos se hicieran tutelables, con menos trabas procesales y con una clara primacía del derecho constitucional sobre el derecho privado. Pero sus implicaciones van más allá, ya que en un Estado social de derecho el juez se enfrenta a varias disyuntivas y tendencias no fáciles de conciliar entre sí: respeto a la ley y a los derechos individuales, a las mayorías y a la protección de los derechos fundamentales, con especial cuidado por los derechos de las minorías y la realización de la justicia material.

22 Medina, López, D. Interpretación constitucional. Bogotá: Escuela Rodrigo Lara Bonilla, 2002, pág. 50.

23 Cfr. Sentencias de la Corte Constitucional: T-401/92, T-406/92, T-426/92, T-414/93, C-194/95, C-836/01, C-793/09.

24 Medina, López, D. Interpretación constitucional. Opus Cit., pág. 50.

Estas disyuntivas a las que se ve enfrentado el juez en el marco de un Estado Social de Derecho, ponen de manifiesto que la actividad interpretativa es mucho más compleja, ya que el Juez debe respetar en sus decisiones concepciones que se encuentran dentro de un mismo ordenamiento jurídico, y que vistas por separado, son aparentemente contrapuestas. Es decir, que el juez debe atender de un lado las exigencias de un Estado de derecho y al mismo tiempo tratar de aplicar las propuestas provenientes del socialismo moderno, que han influido en la formación de los actuales Estados. Recordemos que la concepción de un Estado de derecho, de corte netamente liberal, pregona de una parte, el respeto de los derechos individuales, convertidos a su vez, en el límite de los poderes del Estado. De esta forma, la democracia se concibe como un procedimiento que limita la arbitrariedad del poder para asegurar la protección de los derechos, especialmente la libertad, entendida en términos de Constant, como el plácido goce de la independencia individual. Igualmente, el Estado de derecho clásico se caracteriza por el respeto irrestricto al principio de legalidad, ya que desde el punto de vista de la democracia representativa, se supone un legislador, que elegido democráticamente, responde y materializa en la correcta formulación de la norma, el querer y la voluntad de las mayorías. Razón ésta, que explica además, por qué se consideró en su momento, que los métodos exegético e histórico eran idóneos para interpretar y aplicar el derecho.

Pero de otro lado, el Constituyente del 1991, vio la necesidad de inyectar una dimensión social a la concepción de Estado, que unido al de legalidad, garantizaran una igualdad real, y no meramente formal ante la ley; con un Estado preocupado por alcanzar una justicia material, especialmente por medio de prestaciones en favor de los ciudadanos. Lo que condujo además, a la inevitable necesidad de limitar las libertades individuales, en aras de hacer posible una igualdad material. Ejemplo palpable de esta concepción lo encontramos en el artículo 58 Superior, en el que se limita y se establece la función social de la propiedad privada. Además, se incluyen valores tan opuestos al individualismo puro del Estado de derecho, como la solidaridad, el respeto por la dignidad humana, y derechos de corte colectivo contenidos en el capítulo III, del Título II, de nuestra Constitución, tales como el derecho de asociación y de huelga (art. 56), de seguridad social por parte del Estado (art. 48), y de gozar de un ambiente sano (art 78), entre otros.

Los anteriores postulados sobre la concepción finalista de la Constitución, desde la perspectiva de un Estado social de derecho, hacen evidente las profundas implicaciones para la interpretación constitucional y la aplicación misma del derecho. Ya que, la hermenéutica jurídica no solamente adquiere un papel relevante en el mundo jurídico, sino que la hace mucho más exigente, pues el Juez ha de garantizar, por un lado, las libertades individuales por medio de decisiones previsibles, es decir, que sean jurídicamente seguras y respetuosas del principio de le-

galidad; y por otro, en virtud del principio de soberanía popular, ha de respetar las decisiones mayoritarias tomadas por el legislativo y los órganos políticos que al contrario de los jueces, poseen un sello de legitimación democrática. Y por último, como si fuera poco, desde una perspectiva social, el juez debe garantizar que sus decisiones conduzcan a la realización de una justicia material y la conformación de una sociedad más igualitaria.²⁵

En muchas situaciones el Juez no tendrá problema para respetar tales exigencias, pero dentro de este nuevo marco del ver el derecho, se encontrará no pocas veces, con situaciones en las que se encuentren varios principios que exigen ser aplicados para el caso y que entran en conflicto, en lo que se ha llamado los “casos difíciles”. En muchas ocasiones el respeto por los derechos humanos y el deseo por llegar a una justicia material, implica cierto grado de inseguridad jurídica, que es la razón misma, por la que en Estados Unidos se llegó al “Comon review”, o control de constitucionalidad. Recordemos que mediante el control de constitucionalidad, la Corte Constitucional puede declarar inexecutable normas y leyes dictadas por el legislativo o el ejecutivo, cuando aquéllas se oponen a los preceptos constitucionales o son violatorias de principios fundamentales. Igualmente, los jueces, especialmente los de la Corte Constitucional están obligados en muchas ocasiones a adoptar decisiones que se oponen a las mayorías sociales, a fin de proteger los derechos de las minorías. Al respecto, cabe preguntarnos ¿Qué hubiere pasado si los jueces del Tribunal constitucional norteamericano, no se hubiesen opuesto a las mayorías blancas, que consideraban que los negros no debían gozar de sus mismos derechos? Un caso todavía más dicente para nosotros, es el fallo de tutela que debe decidir la Corte, respecto de la adopción para homosexuales; decisión que en caso de ser afirmativa, seguramente estará en contra de las mayorías tradicionalistas y de corte católico que aún imperan en Colombia, pero que estarán favoreciendo derechos de una minoría, como son los homosexuales. Al respecto, la Corte dio un primer aviso del sentido de su decisión, al aprobar el derecho a que los bienes de parejas homosexuales pudieran ser heredados. Al decir de muchos constitucionalistas, la razón de ser del control de constitucionalidad, es defender los derechos de los más débiles, frente a la dictadura que en el marco de las democracias modernas, supone el querer de las mayorías.

El debate que suscitan estas conjeturas, demuestran una vez más que la interpretación constitucional es cada vez más compleja, pues debido a la concepción de un Estado social de derecho y la estructura abierta de las normas constitucionales, es previsible que con más frecuencia el juez se encuentre frente a los llamados casos difíciles y la colisión de derechos que pueden presentarse en el ejercicio mismo del derecho y la aplicación de los mandatos constitucionales. En

25 Uprimny Yepes, R. Ob. Cit., p 121.

este sentido, la Corte constitucional ha entendido que los métodos de interpretación tradicional resultan insuficientes para responder a las exigencias de interpretación que su labor misma compete, y es ella la que ha ido a la vanguardia en la aplicación de nuevos métodos interpretativos en sus sentencias, especialmente en lo referente al control de constitucionalidad.

B. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN

Cuando la Corte Constitucional, interpreta y analiza la constitucionalidad de la una ley, debe valorar los argumentos interpretativos a favor y los que se encuentran en contra, pues en últimas su decisión tiene la pretensión de ser correcta y de ser aceptada por la comunidad política y jurídica. Pero una sentencia constitucional será realmente correcta, si está correctamente justificada. Dada la complejidad de normas constitucionales, dicha justificación no podrá realizarla la Corte tan sólo con las reglas de la lógica clásica, sino que tendrá que acudir a otras instancias del discurso y de la argumentación jurídica, que le permitan valorar correctamente las posibles interpretaciones que se presentan para el caso concreto. En este sentido, el principio de proporcionalidad y el método de la ponderación se convierten en criterios y herramientas valiosas de que dispone la Corte cuando intenta tomar decisiones correctas y adoptarlas correctamente.²⁶

1. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

Según el Ex magistrado Manuel José Cepeda, el juicio de proporcionalidad se aplica cuando ha de responderse al siguiente interrogante: ¿Qué hacer cuando la medida es razonable a la luz de los intereses del Estado, pero demasiado gravosa para el derecho constitucionalmente protegido? La expresión clave que ha de tenerse en cuenta, es “demasiado gravosa”, y que lleva al juez constitucional a colocar en un lado de la balanza la importancia de la acción estatal y, del otro, el impacto de la misma en el derecho constitucional. En otras palabras, el intérprete tiene ante sí, la difícil tarea de encontrar un equilibrio de dos valores constitucionales en conflicto: el invocado por el Estado y el invocado por el particular.²⁷

Según el doctor Carlos Bernal Pulido, uno de los autores que más ha trabajado el principio de proporcionalidad y conocedor profundo del pensamiento de Robert Alexy, nos recuerda, que el principio de la proporcionalidad en su estructura fundamental, está conformado por tres subprincipios, el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto:

26 Bernal, Pulido, C. El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 61.

27 Cepeda, M. J. Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Bogotá: Ed. TEMIS, pág. 19.

a) Idoneidad: según este subprincipio, toda intervención de los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

b) Necesidad: según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido.

c) Proporcionalidad en sentido estricto: según este subprincipio, la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental, deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.²⁸

Este principio de la proporcionalidad, a nuestro juicio, nos parece de suma importancia como criterio de análisis e interpretación constitucional, ya que en un Estado social de derecho, cualquier intervención que se haga sobre los derechos fundamentales debe respetar estos subprincipios, so pena de ser considerada ilegítima, y en consecuencia, ser declarada inconstitucional. Es decir, siempre que se presente una afectación negativa de un derecho fundamental consagrado como norma en la Constitución Política, por una medida del poder público, debe someterse al test de los subprincipios de proporcionalidad, y solamente si lo supera, podrá considerarse como constitucional, y por consiguiente una restricción válida del derecho correspondiente.

Pensemos por ejemplo en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 9 de 1989 y la Ley 388 de 1997, que regulan la *expropiación* en Colombia. Estas leyes no pocas veces han sido demandadas por inconstitucionalidad, ya que en la figura de la expropiación, que se ampara en el art. 58 de la Constitución Nacional, el derecho de la propiedad que es un derecho de rango constitucional, puede ser *afectado* por motivos de utilidad pública o de interés social definido previamente por el legislador, mediante sentencia judicial y siempre con indemnización previa. La Corte Constitucional, en reiteradas ocasiones se ha manifestado sobre su constitucionalidad. En dicho análisis, es claro que la Corte ha utilizado el principio bajo estudio, y pese a que muchos de los artículos de la Ley 9 de 1989 y de la Ley 388 de 1997 han sido declarados inexecutable,²⁹ en lo referente a la finalidad misma de estas leyes, la Corte ha entendido que la restricción y el sacrificio del derecho de propiedad que sufren los particulares, se justifica o compensa con los

28 Bernal Pulido, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, pág. 157-159.

29 Cfr. Sentencia C-158 de 2002 M.P Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

beneficios obtenidos para la comunidad en general; pensemos en la necesidad de construir un puente peatonal o una vía de acceso importante.

No obstante, y en aplicación del **subprincipio de la necesidad**, la Corte ha insistido en que se deben tener en cuenta los intereses del afectado y de la comunidad, pues ante la existencia evidente de una afectación de un derecho fundamental, como en este caso el derecho de propiedad, se hace necesaria una indemnización compensatoria por el derecho que ha sido afectado. Es decir, dentro de las medidas idóneas para satisfacer un interés de utilidad pública, la expropiación con indemnización resulta la más justa y la más favorable para el derecho que ha sido intervenido. Recordemos que con la Constitución de 1886, la expropiación era posible incluso sin indemnización, cuando el legislador lo consideraba por motivos de equidad. Fue por medio del acto legislativo 01 de 1999 en su art. 1 y luego la Corte Constitucional en sus sentencias de control constitucional, como se modificó dicha figura, y se consagró como obligatoria la indemnización, siempre que ésta se presente, y bajo cualquiera de sus modalidades, sea por vía judicial o vía administrativa.³⁰

Con relación al subprincipio de idoneidad y necesidad Robert Alexy aclara que su aplicación debe permitir alcanzar la mayor realización posible de derechos que pueden llegar a ser afectados, de acuerdo con las posibilidades fácticas. Tal es el caso de un peluquero que había puesto una máquina de Tabaco en su establecimiento, sin el permiso explícito de la administración. Por tal motivo, un funcionario le impuso una multa, por quebrantar la ley del comercio al por menor, que exigía entre otras cosas, demostrar conocimientos técnicos para ejercer la actividad comercial, independiente del caso particular. El peluquero, acudió al Tribunal Superior de Saabrücken, (Alemania) que consideró inconstitucional la aplicación de la exigencia de tener conocimiento técnicos específicos en el simple manejo de mercancías, tal como sucedía en el caso concreto de la instalación de una máquina de tabaco. El tribunal manifestó que tal exigencia vulneraba el derecho el derecho a la libertad de oficio y de profesión. Dentro de su argumentación, el Tribunal refleja la idea de la **optimización**, pues sostuvo que había dos hay dos principios en juego: el de la libertad de profesión u oficio (P1) y el de protección de los consumidores (P2). Debido a la falta de idoneidad, el medio adoptado (M), o sea la prueba de conocimientos técnicos, no favorece al principio P2, y sin embargo, impide la realización del principio P1. En otras palabras, si se suprime M, no se ven perjudicados ni P1 ni P2, en cambio, si se aplica M, se ve

30 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia N° 370 de 1994, Sentencia C-158 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia N° 476 de 2007, Sentencia C-1074 de 2002, M. P Manuel José Cepeda Espinosa.

perjudicado P1. De esta forma, al suprimirse M, pueden realizarse en su mayor medida, y de acuerdo con las posibilidades fácticas, P1 y P2.³¹

2. EL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN

Como ya lo hemos expuesto anteriormente, la estructura normativa de la Constitución, especialmente su parte dogmática, nos lleva a la convicción de que junto a las reglas de carácter condicional hipotético, existen los principios. Dicho reconocimiento, lleva implícita la aceptación de una nueva forma de interpretar y aplicar el derecho: la *ponderación*. Es pertinente recordar que los principios, a diferencia de las reglas, no tienen una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinada. Los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario.³²

La Corte Constitucional en sus providencias ha reiterado, que los derechos fundamentales aunque reconocidos como normas, se acercan realmente al concepto de principio, ya que por su formulación abstracta y general, ordenan que su realización más que absoluta, sea realizada de acuerdo con las posibilidades fácticas de cada caso concreto. Es por eso, que la ponderación, especialmente cuando se presenta colisión de derechos o de éstos con las leyes ordinarias, se encuentra plenamente justificada, ya que sería imposible solucionar dichos problemas con los métodos de interpretación tradicional, pensados más para las reglas y leyes de estructura condicional hipotética.

La ponderación, deriva de la palabra latina *pondus*, que significa peso. De ahí que resulte significativa su misma etimología, pues cuando el Juez pondera, su función consiste en esencia en pesar o sopesar los principios que se encuentran en el caso concreto. Al respecto, recordemos, que fue Dworkin, quien planteó que los principios, a diferencia de las reglas, poseen un *peso*, que se manifiesta en cada caso concreto. De ahí que podamos decir, como lo sostiene claramente el doctor Carlos Bernal Pulido, que ponderar, consiste en últimas, en determinar cuál es el peso concreto de los principios que entran en colisión. Por ejemplo, cuando la Corte Constitucional aplica los principios constitucionales de protección de la intimidad y del derecho a la información, los pondera para establecer cuál pesa más en el caso concreto.³³

31 Alexy, R. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2010, pág. 524-525.

32 Alexy, R. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 95.

33 Bernal, Pulido, C. El Derechos de los derechos. Ob. Cit., p 97.

Como consecuencia, la ponderación es en la actualidad una herramienta hermenéutica fundamental en el ejercicio de la labor jurisdiccional, especialmente para la Corte Constitucional, en su labor de ser la intérprete autorizada por la misma Constitución y de velar por la correcta aplicación de sus normas, que como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios.

La ponderación, tiene su razón de ser cuando dos principios constitucionales entran en colisión, o cuando se enfrentan principios que respaldan reglas opuestas. Existe por tanto, colisión entre principios, cuando para un caso concreto, se presentan como relevantes dos o más situaciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.

Lo dicho nos conduce a la pregunta por la estructura misma de la ponderación, expuesta de forma brillante por Robert Alexy. Como resulta imposible abordar en profundidad los elementos y reglas que la estructuran, solamente hare referencia a la ley general de la ponderación en las palabras del propio autor:

“(A) Cuanto mayor sea el grado de falta de satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. El mismo autor refiriéndose a esta regla dice: “Pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o de forma absoluta, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”³⁴

Debemos aclarar que esta ley, para evitar ser considerada como irracional y subjetiva, es necesario que sea complementada con la fórmula de peso y las cargas de la argumentación y fundamentación.

Finalmente diremos, que la misma Corte Constitucional, se ha encargado de explicar y fundamentar en qué consisten dichas tendencias hermenéuticas, en sentencias como la C-230 de 1995, en la que expone las razones por las que es importante la ponderación y sopeso de valores en la interpretación constitucional. Dice la Corte Constitucional:

“La lógica predominante en el examen de igualdad es aquella de la razonabilidad, fundada en la ponderación y sopesación de valores, y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos (...) Los procedimientos formales de validez no siempre serán el camino para la solución ideal. Dicho en otros términos, la primacía constitucional de los postulados axiológicos fundamentales, condiciona el seguimiento de los criterios positivos de validez normativa al respeto de los valores y principios”.

De igual forma, en esta sentencia la Corte constitucional explica la estructura del **test de razonabilidad**, que recoge las características de los métodos expues-

34 Alexy, R. Teoría de los derechos fundamentales. Ob. Cit., p 138.

tos en el presente artículo, especialmente el principio de proporcionalidad, de razonabilidad y el método de la ponderación. Este *test*, ha sido utilizado para justificar cuando procede un trato desigual entre personas que alegan tener los mismos derechos en situaciones fácticas similares. Es famosa, en este sentido, la sentencia C-022 de 1996 de la Corte Constitucional, en la que se demandaba el art. 40, literal b), de la Ley 48 de 1993, que concedía un 10% adicional al puntaje del ICFES inicialmente obtenido, a los bachilleres que prestaban el servicio militar. Cuando la Corte entra a examinar la constitucionalidad de la norma desde la óptica de la igualdad, lo hace aplicando el test de razonabilidad, con cada uno de sus pasos y jerarquías internas. Así lo explica la Corte:

*“En la evaluación de justificación de un trato desigual, la lógica predominante es la de la razonabilidad fundada en la ponderación y la sopesación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos”*³⁵.

Una vez que se ha detectado fácticamente la existencia de un tratamiento desigual, la Corte realiza el análisis en tres etapas, que estructuran el test de razonabilidad:

1. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.
2. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
3. La razonabilidad de ese trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.³⁶

El análisis que realizó la Corte para el caso bajo estudio fue el siguiente:

1) Constató que efectivamente el beneficio que la norma otorgaba a los bachilleres que prestaban el servicio militar perseguía un *objetivo* concreto: estimular la incorporación de los jóvenes a las Fuerzas armadas y compensar el sacrificio que reviste interrumpir sus estudios o no acceder inmediatamente a la universidad.

2) Luego, este objetivo resultó *válido* a la luz de la Constitución, ya que la norma con el beneficio otorgado, promueve valores y principios de orden Constitucional, como el mantenimiento del orden público, la convivencia, la independencia nacional etc., establecidos en el preámbulo y varios artículos como el 1, 2, 217 y 218 de la Carta.

3) Sin embargo, a pesar de superar el anterior análisis, la Corte sostuvo que la norma acusada carecía de justificación razonable, en cuanto no satisfacía los

35 Sentencia C-022 de 1996, M.P Carlos Gaviria Díaz.

36 López Medina, D. Interpretación constitucional, Ob. Cit., p 59.

requerimientos del principio de proporcionalidad. Ya que, si bien la norma demandada estimulaba la prestación del servicio militar, no era ni necesaria para el logro de ese fin, ni proporcionada frente al sacrificio de los derechos y méritos académicos de los demás candidatos a ingresar a un centro de educación superior.

Además, la Corte encontró que la disposición no guardaba conexidad con la actividad realizada por el bachiller que realiza el servicio militar, ya que el examen del ICFES es de naturaleza exclusivamente académica, y busca evaluar el nivel de preparación de los aspirantes a ingresar en la educación superior. Por ello era inaceptable, que una entidad que no tenía ninguna competencia en lo académico concediera beneficios de este tipo. En conclusión, aceptar el trato desigual hubiese significado no sólo desnaturalización las pruebas del ICFES, sino haber introducido un trato desigual desproporcionado contra los candidatos a ingresar a un centro de educación superior. La falta de proporcionalidad resulta evidente si se pondera el fin perseguido por el trato desigual y los principios sacrificados, como en este caso el derecho fundamental a la igualdad (art. 13 Superior).

Finalmente la Corte declara inconstitucional esta norma por no ser justificable bajo el test de igualdad.³⁷

CONCLUSIONES

A manera de colofón, señalar que en definitiva la Constitución de 1991 marca un giro fundamental en la práctica y en la interpretación del derecho en Colombia, pues al recoger las nuevas concepciones del derecho contemporáneo queda claro, luego de nuestra exposición, que el derecho no es igual a la totalidad de las leyes escritas, ya que junto con éstas, existen normas, más generales y abstractas, llamadas principios, con contenido axiológico, filosófico y político que han hecho evidente la insuficiencia de la lógica como único factor de interpretación jurídica. Situación que finamente ha llevado al afianzamiento de métodos hermenéuticos cuyo modo de procedimiento se fundamenta en la argumentación, la razonabilidad, el principio de proporcionalidad y el método de ponderación. Reiterando nuestra tesis, según la cual, el nivel de argumentación cuando se interpretan las normas constitucionales, es mayor, al que se realiza cuando se aplica la subsunción a reglas o a leyes de carácter ordinario.

Reiterar además, que el énfasis sobre los derechos fundamentales que la Constitución Política realiza en su parte dogmática, es una muestra palpable que en aquellos sistemas donde se ha consagrado el control de constitucionalidad de

37 Gaviria Díaz, C. Sentencias. Herejías constitucionales. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2002, pág. 63-70.

las leyes y tienen vigencia los postulados del Estado Social de derecho, cuando una solución se presenta como admisible por razones de equidad, razonabilidad o interés general, ésta tiende a imponerse sobre todas las demás. En estos casos, el sacrificio que pueda presentarse en materia de seguridad jurídica, tiende a compensarse con un criterio de equidad, que la misma norma superior consagra en su artículo 230.

Como consecuencia, desde esta nueva concepción del derecho y por la naturaleza misma de la Constitución, es ineludible que el juez asuma un papel protagónico y creativo en su labor de intérprete de las normas constitucionales. Frente al temor que pueda representar un posible “gobierno de los jueces”, es fundamental que el juez antes entrar a competir con el poder legislativo y ejecutivo, comprenda que en su papel creativo tiene que obrar como juez, es decir, con principios de imparcialidad, objetividad, independencia y motivación razonada, que son en últimas, las características que distinguen el poder judicial de los demás poderes.

Finalmente, aclarar que debido al carácter indeterminado de las normas constitucionales, la misma Constitución exige, que sus normas sean interpretadas y desarrolladas en su contenido. Razón ésta, que nos permite afirmar que la interpretación que realice la Corte Constitucional de las normas de la Carta, no deben entenderse como creación de derecho, sino que dentro de una visión sistemática e integral de la Constitución, su jurisprudencia entra a ser parte del ordenamiento jurídico, y en ningún caso violatoria del artículo 230 que consagra el sometimiento de los jueces al imperio de la ley.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alexy, R. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2010.
2. Alexy, R. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
3. Alexy, R. Concepto y validez del derecho. Barcelona: Ed. Gedisa, 1994.
4. Arango, R. *El valor de los principios fundamentales*. En Revista de Derecho público. Universidad de los Andes. V 5, Noviembre de 1994.
5. Beccaria, C. De los delitos y las penas. México: Fondo de Cultura económica, 2000.
6. Bernal, Pulido, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007.

7. Bernal, Pulido, C. El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
8. Bobbio, N. Teoría general del derecho. Bogotá: ed. Temis, 1987.
9. Cepeda, Espinosa, M.J. Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Bogotá, Ed. Temis, 1997.
10. Cifuentes Muñoz, E. y otros autores. Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1994.
11. Dworkin, R. Los derechos en serio. Barcelona: Ed. Ariel, 1984.
12. Gaviria Díaz, C. Sentencias. Herejías constitucionales. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2002.
13. Gaviria, Díaz, C. *La interpretación Constitucional*. En Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano. Bogotá: Dike, 1994.
14. Hart y Dworkin. La decisión judicial. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2008.
15. Kelsen, H. Teoría impura del Derecho. México: Editorial Porrúa, 2007.
16. Medina, López, D. Interpretación constitucional. Bogotá: Escuela Rodrigo Lara Bonilla, 2002.
17. Uprimny Yepes, R. Estado Social de Derecho y decisión judicial correcta. En *Hermenéutica jurídica*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1997.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

1. Corte Constitucional, T- 611 de 1992, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández.
2. Corte Constitucional: T-401/92 M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
3. Corte Constitucional, T-406/92, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón.
4. Corte Constitucional T-426/92, M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
5. Corte Constitucional T-414/93, M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
6. Corte Constitucional C-194/95, M. P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo
7. Corte Constitucional C-836/01, M. P.: Dr. Dr. Rodrigo Escobar Gil
8. Corte Constitucional C-793/09, M. P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
9. Corte Constitucional C-158 DE 2002 M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra

-
10. Corte Constitucional 370/94
 11. Corte Constitucional C-158 DE 2002 M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
 12. Corte Constitucional, N° 476/07, M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis.
 13. Corte Constitucional C-1074/02, M. P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
 14. Corte Constitucional C-O22 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.