

¿INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES? UN CASO DE “CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO”

*Francisco Zúñiga Urbina**

*Roberto Cárcamo Tapia***

I. Una sentencia como pretexto

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, dictó una insólita sentencia que ha llamado la atención de juristas de todo el continente y que merece toda nuestra atención. La sentencia comentada nos enfrenta a lo que el jurista norteamericano David Landau denomina “constitucionalismo abusivo”¹; es decir, el empleo de mecanismos o categorías constitucionales para posibilitar cambios políticos, como puede ser con el uso de la “democracia militante” o con la doctrina de las normas constitucionales inconstitucionales.

El fallo comentado declara la inaplicabilidad (inconstitucionalidad) del artículo 239 de la Constitución hondureña, que dispone que:

“Artículo 239.- El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado de la República.

El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán inhabilitados por diez (10) años para el ejercicio de toda función pública”.

Por su parte, el artículo 42 N° 5 de la misma Carta dispone que la ciudadanía se pierde por “incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la República”.

La Constitución hondureña es el producto de la Asamblea Nacional Constituyente de 1982, y fue dictada, naturalmente, en consideración a

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile.

** Profesor instructor de Derecho Constitucional de la Universidad Mayor y Ayudante de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile.

¹ Vid. David LANDAU, “Abusive constitutionalism”.

la tradición constitucional del país y particularmente a las traumáticas experiencias dictatoriales de su historia. En atención a esa historia reciente, el constituyente de 1982 fijó el artículo transcrito como una disposición pétrea, es decir, que no admite reforma por el constituyente derivado: para cambiar su contenido o sacarla del ordenamiento jurídico se requiere el recurso al constituyente originario. En otras palabras, para mudar otras disposiciones basta la reforma constitucional, pero para cambiar ésta se requiere la entrada en vigencia de una nueva Constitución.

Cabe señalar al respecto que la noción misma de las cláusulas constitucionales pétreas puede parecernos o no apropiada para un ordenamiento concreto, pero lo cierto es que la idea que se tenga sobre su mérito no afecta su vigencia jurídica. Por lo demás, la idea de las cláusulas pétreas no es una invención constitucional hondureña; tiene referencias en el derecho comparado, al igual que las prohibiciones temporales de reforma, que se remontan a la Constitución de Cádiz de 1812. Basta aquí recordar que la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Constitución de 1949), tan importante en el constitucionalismo de postguerra, buscando blindarse del eventual avance de partidos totalitarios –y en evidente relación con la historia inmediatamente previa a su redacción– incluyó como cláusulas de eternidad o pétreas la noción de que la dignidad humana es inviolable (artículo 1º) y la organización del Estado como uno federal, democrático y social (artículo 20).

En el contexto jurídico descrito se desencadenaron los hechos políticos, que han llevado a expresidentes hondureños a buscar ser elegidos nuevamente para la primera magistratura pese a la prohibición constitucional. Dado que promover la reforma de la Carta en este punto no es una posibilidad, un grupo de parlamentarios y el expresidente Rafael Leonardo Callejas requirieron –por separado– la inaplicabilidad de los preceptos constitucionales que impiden la reelección, así como la del artículo 330 del Código Penal, relacionado con el mismo asunto. Habiendo sido acumulados ambos expedientes, el pasado 22 de abril la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema dictó sentencia, acogiendo las acciones y, por tanto, declarando la inconstitucionalidad del artículo 330 del Código Penal y la inaplicabilidad de los artículos 42 N° 5 y 239 de la Constitución

“por restringir, disminuir y tergiversar derechos y garantías fundamentales establecidos en la propia Constitución y en los tratados sobre Derechos Humanos suscritos por Honduras antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1982, inobservando los principios de legalidad, necesidad, igualdad y proporcionalidad que deben imperar en toda sociedad democrática”.

Como se ve, el fallo es inédito y sorprendente, pues implica que un tribunal con competencia constitucional ha declarado la inaplicabilidad (inconstitucionalidad) de preceptos contenidos en la propia Constitución. Se trata de una situación que atenta contra nuestras más básicas concepciones del ordenamiento jurídico como sistema normativo y que, por tanto, puede parecer absolutamente irrepetible en nuestro país. Sin embargo, los fundamentos alegados por la Sala Constitucional –si bien errados a nuestro entender– son de interesante análisis, pues sirven de elocuente ejemplo de los peligros que encierra la asunción del neoconstitucionalismo como marco teórico-metodológico e ideología en el quehacer de las judicaturas.

2. LOS FUNDAMENTOS DE LOS REQUIRENTES

Mediante su requerimiento los actores alegaron que las disposiciones constitucionales objetadas restringían ilegítimamente su derecho a proponer el debate sobre su propia reforma, vulnerándose así la libertad de expresión; además, acusaron la vulneración del derecho al debido proceso mediante la sanción de cese de sus funciones *ipso facto* para los promotores de la modificación de la Carta. Invocaron, además, la afectación de la libertad de conciencia y de los derechos al debido proceso, de elegir y ser electo, de igualdad, de participación política de la comunidad en la elaboración de sus propios destinos y en la elección universal del Presidente de la República.

Para los recurrentes, las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y aun la Declaración Universal de Derechos Humanos –que es un documento declarativo y no un tratado del que nacen obligaciones para los Estados– deben de aplicarse “por sobre los artículos constitucionales restrictivos de derechos”, en razón de haber entrado en vigencia en Honduras tales instrumentos con anterioridad a la actual Constitución. Las disposiciones denunciadas, así, implicarían para los actores “un exceso por parte de los Diputados Constituyentes (...) pues contravendrían directamente principios del Derecho Natural”. Reclaman además que el Estado tiene la obligación de adecuar el marco jurídico interno para garantizar

“la plena vigencia de los Derechos Humanos contenidos en la Constitución y los Tratados Internacionales (...) es decir, que se imponga el Control no sólo Constitucional, sino Convencional”.

3. *EL RAZONAMIENTO DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL PARA RESOLVER*

La Sala acogió plenamente el requerimiento, declarando la inconstitucionalidad del artículo 330 del Código Penal y la inaplicabilidad de los artículos 42 N° 5 y 239 de la Constitución. Para concluir ello consideró que la Constitución le encarga a ella misma “el control directo de la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes, en su carácter de intérprete último y definitivo de la Constitución”, por lo que estaría

“igualmente facultada para resolver sobre acciones contra la constitucionalidad de la norma fundamental, en caso de colisionar esta con otra de igual rango y contenido esencial, tangible o intangible”.

Luego, destaca un argumento central de los requirentes, señalando que los derechos cuya violación se acusa están establecidos “por tratados que entraron en vigencia en Honduras con anterioridad a la Constitución de 1982”.

La Sala continúa destacando que dada la obligatoriedad de los instrumentos internacionales, éstos “deben ser observados por los jueces como normas de derecho fundamental, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad”; aunque añade luego –paradójicamente, dada la decisión a la que arriba– que el “Juez ha de interpretar la ley que tenga que aplicar, mas no (...) implementar su reforma”. Cita luego el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Sobre Justicia Constitucional, señalando que en “lo pertinente a la regulación adjetiva del control de convencionalidad” expresa que

“estas normas [las de la Ley sobre Justicia Constitucional] se interpretarán y aplicarán con los tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en la República de Honduras, tomando en consideración las interpretaciones que de ellos hagan los Tribunales internacionales” (c. 8°).

Luego añade la Sala:

“La interpretación para que tenga sentido y coherencia, solo puede darse a partir de principios generales de Derecho, de rango constitucional y del sistema constitucional e internacional de fuentes jurídicas. La constitución no se limita al sentido original del constituyente, ni tampoco puede desvincularse de su texto integral o de su objeto y fin, dado que el derecho y los principios jurídicos se articulan necesariamente para evitar antinomias o conflictos de normas”.

E invocando la Sala el principio *pro homine*, señala que:

“[L]o que ocurre en materia de derechos humanos es que, justamente en virtud del principio *pro homine*, el Juez Constitucional está obligado a aplicar la norma nacional o internacional más beneficiosa para la persona, sin que ello implique desde el punto de vista jurídico, reconocerle mayor jerarquía normativa a los tratados respecto de la Constitución” (c. 9°).

Luego, pese a negarlo, la sentencia hace abiertamente una reflexión de mérito y oportunidad de las disposiciones constitucionales impugnadas, al señalar que:

“La prohibición y penalización contenidas en las normas constitucionales denunciadas aun cuando resultan extrañas al derecho comparado pudieron haber tenido sanos propósitos en su tiempo, pero no en la actualidad después de haber superado diez procesos electorales, que han contribuido a fortalecer el ejercicio de los derechos políticos del sistema democrático, el derecho debe (sic) de responder a las exigencias imperantes del momento adecuándolas a los cambios que se generan en el ámbito jurídico, social, económico y político, sin que por ello se desvirtúe (sic) la esencia de la normativa en su contexto” (c. 10°).

Después, insólitamente, la Sala se da a sí misma la atribución de inaplicar o “derogar” normas constitucionales:

“Para resolver el problema planteado esta Sala debe interpretar la Constitución como un todo, en el marco del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, considerando a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado (Artículo 59 de la Constitución) y la jurisprudencia de la Corte IDH, confrontando las normas impugnadas con el texto constitucional en su conjunto, y los tratados internacionales ratificados por la República antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1982, de carácter vinculante, solo así se podrá verificar si existe incoherencia y restricción de derechos fundamentales en el mismo texto constitucional, en cuyo caso las normas constitucionales impugnadas pudieran perder operatividad o ser desaplicadas” (c. 11°).

Para reafirmar lo anterior, la Corte invoca los artículos de la propia Constitución relativos a la obligatoriedad de las sentencias judiciales internacionales (art. 15) y a que las disposiciones constitucionales

“no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre” (art. 63).

Además –infructuosamente a nuestro juicio, por improcedente– cita el artículo 64, que dispone que:

“No se aplicarán leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidos en esta constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan”.

La Sala define el derecho a la libre expresión como una “piedra angular” de una sociedad democrática, con una dimensión que “supone un medio para el intercambio de ideas”, y que resulta

“indispensable para la formación de la opinión pública y determinante en la formación de la voluntad colectiva, en la cual resalta su relación directa y necesaria con el derecho a elegir y ser electo” (c. 14°).

Añade que

“la protección de los derechos constitucionales se refiere no solo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, entre estos los denunciados por los peticionarios del derecho natural” (c. 16°).

Luego expone:

“Cuando existe contradicción entre normas del mismo rango constitucional, es necesario aplicar los principios de interpretación constitucional y jurídica”;

y dado que la Constitución

“contiene normas que permiten o garantizan la libertad de expresión o el ejercicio de derechos políticos en los términos más amplios, pero otras normas restringen puntualmente esa libertad o el ejercicio de esos derechos siendo necesario articular, interpretar armónicamente para evitar la contradicción; tanto por violación a la propia Constitución como violación a normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”,

concluye que:

“En el caso de confrontación de principios o normas constitucionales e internacionales de Derechos Humanos (...) con otras normas constitucionales (como las contenidas en los artículos 239 y 42.5), esas normas

deben interpretarse armónicamente y cuando ello no es posible procede la desaplicación para garantizar la armonía constitucional y la plenitud hermenéutica del ordenamiento jurídico” (c. 17°).

Pese a afirmar lo último, luego añade la Sala una argumentación con un sello de cinismo que impresiona, que consigna:

“La Sala de lo Constitucional no tiene la atribución de reformar la Constitución, su labor debe centrarse en la interpretación conforme del texto constitucional como un todo, a efecto de resolver el problema planteado, mediante el bloque de constitucionalidad y la convencionalidad atribuida, sin invadir con ello la función reformadora del Poder Legislativo” (c. 18°).

Finalmente, expone las razones que le llevan a considerar que las “convenciones y tratados” de derechos humanos son “normativa auto ejecutoria aplicable y prevalente en caso de conflicto por sobre la legislación infra constitucional hondureña”. Siendo los tratados, luego, “parte integrante del ordenamiento jurídico hondureño”, se requiere su

“interpretación proactiva, la cual debe propender hacia su progresiva implementación y efectiva garantía mediante el denominado bloque de convencionalidad” (c. 21°).

II. Una matriz neoconstitucionalista

1. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SUS CONSECUENCIAS

Muchas críticas pueden hacerse al neoconstitucionalismo en tanto corriente de la cultura jurídica contemporánea, teoría-método de la academia y de la práctica judicial y profesional; y por ende, ideología al menos en el sentido débil del término. En particular, una crítica fuerte consiste en que el expansionismo de los asuntos que se reconducen desde el lenguaje jurídico ordinario al constitucional implica que todas las cuestiones están o pueden ser “constitucionalizadas”. Como reconoce Luis Prieto Sanchís, un autor más bien complaciente con el neoconstitucionalismo:

“El derecho constitucional puede ser considerado como un ordenamiento separado del que representa el derecho ordinario; concretamente como aquel que regula la organización y el ejercicio del poder y, a lo sumo, determinadas y tasadas relaciones jurídicas entre ese poder y los ciudadanos. Aunque esta forma de ver las cosas sigue teniendo un peso importante entre nuestros operadores jurídicos, he procurado mostrar

que una constitución densamente rematerializada, el constitucionalismo de los derechos, propicia un enfoque diferente donde ya no cabe hablar por un lado de cuestiones constitucionales y, por otro, de cuestiones de derecho ordinario, porque todas están o pueden ser constitucionalizadas”².

Para entender lo anterior vale el recurso a la comparación que hace García Amado entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista, al que estamos más acostumbrados. Para este último, las Constituciones mandan por sí lo que claramente se corresponde con la referencia de sus términos y enunciados; en los márgenes de vaguedad la Constitución es de textura abierta y debe ser concretada o desarrollada de diversos modos, tantos como no sean patentemente contradictorios con la semántica constitucional. La elección de una de las varias posibles concreciones corresponde a los intérpretes autorizados de la Constitución, que son el legislador, los jueces y el Tribunal Constitucional (entre otros). Los jueces y el Tribunal Constitucional cumplen prioritariamente funciones de control constitucional “negativo puro”, consistente en declarar inconstitucional o inaplicar las normas infraconstitucionales que patentemente vulneren la semántica de los enunciados constitucionales. Al contrario, al Poder Legislativo le corresponde una función de realización o desarrollo legislativo de la Constitución, consistente en la elección de entre las opciones que los enunciados constitucionales permiten por no ser contradictorias con sus significados posibles. En definitiva,

“todo este entramado doctrinal positivista tiene un fundamento político, cual es la defensa de la prioridad del legislador democrático y, con ello, de la soberanía popular”³.

Por su parte, el neoconstitucionalismo –aun siguiendo a García Amado– puede sintetizarse de forma distinta. Así, el neoconstitucionalismo asume que el contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica, pues la naturaleza de las normas constitucionales sería prelingüística, axiológica; por ello, la indeterminación semántica de las normas constitucionales sería compatible con su plena determinación material, siendo entonces mandatos precisos pese a su imprecisión lingüística. Ahora bien, los intérpretes autorizados de la Constitución no están, por tanto, llamados a elegir entre interpretaciones o concreciones posibles, sino compelidos a realizar en lo máximo posible tales mandatos. Por ello, los jueces y el Tribunal Constitucional

² Luis PRIETO SANCHÍS, “El constitucionalismo de los derechos”, p. 234.

³ Juan ANTONIO GARCÍA AMADO, “Derechos y pretextos”, p. 239.

cumplirían funciones de control negativo-positivo, inaplicando o declarando la inconstitucionalidad de toda norma infraconstitucional que no lleve a cabo tal maximización. En definitiva,

“este entramado doctrinal neoconstitucional tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumatúrgicas de la judicatura”⁴.

Como puede apreciarse, el fallo aquí reseñado se trata de un ejemplo patente –quizá el más patente– del activismo judicial que se aprecia en diversas latitudes actualmente, particularmente en nuestra región, así como del neoconstitucionalismo que se manifiesta en la permanente referencia a la jerarquía (*supra*) constitucional de tratados de derechos humanos (y otros instrumentos), un bloque constitucional de derechos y el control de convencionalidad, así como a derechos implícitos (que, en este caso, expresamente se buscan en el “derecho natural”). Pero la sentencia va más allá: si el neoconstitucionalismo nos tenía acostumbrados a atacar la centralidad de la ley como fuente de derecho, trasladándola a la Constitución y sus principios, la Sala de lo constitucional de la Corte hondureña desplazó aquí a la propia Constitución por un bloque, paradójicamente llamado, “constitucional” de derechos.

En otras palabras, para defender la Constitución, inaplicó, “derogó”, la propia Constitución, dejándose para sí misma la decisión sobre lo correcto o incorrecto, lo idóneo o inidóneo de una disposición constitucional. Ello se hace evidente en el considerando 10º de la sentencia, cuando señala –como ya se transcribió– que:

“La prohibición y penalización contenidas en las normas constitucionales denunciadas (...) pudieron haber tenido sanos propósitos en su tiempo, pero no en la actualidad después de haber superado diez procesos electorales (...)”.

Si ello ya es grave cuando se trata de la intromisión de los tribunales en asuntos políticos al conocer de normativas de rango legal o infralegal, aun más es ahora que la Sala de lo Constitucional de la Corte hondureña se entromete en la Constitución que es –en uno de los varios sentidos de la palabra– el conjunto de “las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos”⁵ y que “expresan los valores y principios que informan a todo el ordenamiento”⁶.

⁴ *Ibid.*, pp. 239-240.

⁵ Riccardo GUASTINI, “Estudios de teoría constitucional”, p. 26.

⁶ *Ídem.*

Mas aún, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras permanentemente en su razonamiento invoca la defensa del sistema democrático, lo que resulta también paradójico, pues con la legitimación de un activismo judicial tan marcado precisamente lo que se socava es la democracia, al traspasar el centro de decisiones desde el pueblo a los tribunales. Es cierto que en este caso concreto, la sentencia permitirá que el pueblo se manifieste a través de las urnas en la próxima elección hondureña; pero también es cierto que el ejercicio del poder constituyente derivado no puede pasar por sobre el texto de la Constitución, y que el poder constituyente originario debe ser ejercido por el pueblo, no pudiendo ser usurpado por los jueces.

Hasta aquí puede parecer que nuestra intención es hacer una crítica a la idea misma de la revisión judicial por ser antidemocrática. Concordamos en parte con Dworkin (un autor neoconstitucional) en que

“la revisión judicial no es democrática excepcionalmente, o cuando funciona mal –como sucede con otras instituciones– sino que constantemente no lo es, cuando funciona correctamente”,

pese a lo cual es “una institución justa y sabia”⁷. Pero es claro que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema hondureña ha pasado con su decisión todo límite: si un poder constituido ignora su calidad de tal, reformando la norma que lo legitima como poder público, se transforma en definitiva en poder constituyente y, por tanto, en usurpador de la soberanía popular.

Es evidente e insólito el cinismo de la argumentación de la Sala de la Corte hondureña, que reconoce no tener “la atribución de reformar la Constitución”, sino la de “interpretación conforme del texto constitucional como un todo (...) sin invadir con ello la función reformadora del Poder Legislativo” –en rigor, del Poder Constituyente derivado– pero luego, en los hechos, al declarar inaplicable un precepto constitucional (e inconstitucional la norma legal penal que sancionaba su incumplimiento) lo que realiza, *de facto*, es una reforma constitucional no prevista en la Constitución y que en ningún caso le corresponde.

Aun más, esta ilegítima autoasignación de funciones de reforma constitucional que se otorga la Sala de lo Constitucional de la Corte hondureña puede implicar, si seguimos a Guastini, un verdadero ejercicio del poder constituyente originario, la auténtica entrada en vigencia de una nueva

⁷ Ronald DWORKIN, “Igualdad, democracia y constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales”, p. 118.

Constitución. Al respecto, cabe recordar que partiendo de la distinción entre la concepción “formal” de la “sustancial” de la Constitución a propósito del problema del ejercicio del poder constituyente, señala Guastini hablando de esta última:

“Toda modificación constitucional realizada en forma legal –por más que pueda incidir profundamente sobre la Constitución existente– es mera reforma. Toda modificación realizada en forma ilegal –por más marginal que pueda ser ese cambio– es instauración de una nueva Constitución. En suma, la modificación legal de la Constitución es ejercicio del poder constituido, mientras que su cambio ilegal es ejercicio del poder constituyente”⁸.

Aun cuando esto es opinable, en este particular caso no resulta descaminado: si entendemos la “Constitución material” como

“el real arreglo y funcionamiento de las instituciones políticas en las varias fases históricas, al margen de cuanto prescriban las correspondientes cartas constitucionales”⁹,

la imposibilidad de reelección de un expresidente resultaba ser una norma central del juego político hondureño.

Resulta imposible no relacionar esta sentencia con la dictada en febrero de 2010 por la Corte Constitucional colombiana, que rechazó dejar avanzar el trámite de la reforma constitucional que, de aprobarse en referendo, habría permitido al expresidente Uribe Vélez presentarse a la reelección. En la ocasión, el Tribunal colombiano entendió que permitir la reelección implicaría socavar principios básicos de la Constitución del país, modificando, en los hechos, el núcleo del régimen político:

“De conformidad con lo visto, la separación de poderes y el régimen presidencial definen el sistema de gobierno instituido en 1991; la democracia participativa y pluralista, fundada en el pueblo integrado por la mayoría y por las minorías, es el régimen político instaurado en la Carta vigente y el modelo republicano es la forma de gobierno decidida en 1991. Siendo así, la concentración de poder en el ejecutivo, el presidencialismo surgido de lo anterior, la prolongación del predominio de la mayoría que rodea al Presidente por un lapso superior al máximo permitido y la desfiguración de la concepción republicana, reemplazan la forma política plasmada en la Carta actual, pues, según fue analizado, de esa forma política hacen parte

⁸ Riccardo GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, p. 37

⁹ Livio PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, citado por Ricardo GUASTINI, *Estudios*, p. 39.

el sistema de gobierno, el régimen político, la forma de gobierno y también la forma de Estado que no fue objeto de estudio en esta ocasión”¹⁰.

Como puede apreciarse, ante situaciones opuestas ambos tribunales (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Honduras y Corte Constitucional de Colombia) decidieron intervenir en la vida política de sus respectivos países y negar el ejercicio del poder constituyente a su titular: parece ser que para el activismo siempre habrá argumentos. Lo propio podríamos agregar de la Corte Suprema de Nicaragua en materia de reelección del Presidente Ortega, que sería más tarde materia de una reforma constitucional¹¹.

Ahora bien, lo peligroso es que, de esa forma, la decisión que tome un tribunal puesto ante la situación de resolver un asunto concreto, se vuelve completamente impredecible –además de quedar prácticamente vedada la decisión al control democrático. Y este activismo judicial asociado al neoconstitucionalismo, podrá ser de “derecha” (genuflexo, ortopédico o complaciente con el poder) o de “izquierda” (crítico del poder); pero da lo mismo: es una patología grave del sistema político democrático, en que los jueces sin legitimidad democrática (y sin responsabilidad política) sustituyen a los poderes democráticos, y al pueblo mismo.

Como se ve, desde que el “gran hallazgo del neoconstitucionalismo es su insistencia en el valor dirimente de lo que ‘dicen’ aquellos enunciados constitucionales que contienen la formulación de ‘valores, principios, derechos y directrices”¹², una situación tan dispar como la que encontramos en la comparación de estas dos sentencias, puestas en situaciones de cierta forma similar, comprueba, por un lado, que del recurso al neoconstitucionalismo como técnica se puede esperar cualquier cosa; y por el otro, que por muy errada que nos pueda parecer la sentencia de la Corte hondureña, no estamos en una situación que no pudiese darse en nuestro propio sistema nacional. Esto, pues como certeramente señala García Amado:

“En lo que insiste el neoconstitucionalismo es en la capacidad de ‘dicción’ de las normas constitucionales más indeterminadas. Y aquí viene la gran pregunta y la que, en mi opinión, es la mayor dificultad teórica de esta doctrina: ¿de qué manera dicen concretamente esas normas constitucionales lo que en su enunciado es indeterminado? Y ¿cómo se conoce y se muestra intersubjetivamente, con algún grado mínimo de objetividad, eso que dicen? En otros términos, finalmente, ¿de qué modo está presente

¹⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia (2010), Rol C-141/10, c. 6.3.7.

¹¹ Corte Suprema de Justicia de Nicaragua(2009), Rol 602-09.

¹² Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Derechos y pretextos”, p. 238.

un mandato concreto en un enunciado constitucional semánticamente indeterminado?”¹³.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO

COMO RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL

Nuevamente, se puede pensar que una sentencia de este tipo o un activismo de este grado serían impensables en nuestro país. Lo cierto es que a la hora de sincerarnos la sentencia comentada es un pretexto para dar cuenta de los excesos o demasías del neoconstitucionalismo. En efecto, basándose en conceptos que están ya instalados en el neoconstitucionalismo de parte de nuestra academia y en el ejercicio de su actividad por litigantes y jueces (como el bloque constitucional de derechos, el control de convencionalidad y las ideas jusnaturalistas que llevan a la invocación de “derechos fundamentales implícitos”) es importante tomar conciencia de los peligros reales que conllevan tales nociones cuando son llevadas al extremo y hasta sus consecuencias últimas.

Por otra parte, el neoconstitucionalismo no es nuevo, abrevia del manantial teórico-metodológico del constitucionalismo de postguerra; en especial germano y de sus categorías y doctrinas: “democracia militante” (Loewenstein), sistema material de valores (Dürig, Maunz), normas constitucionales inconstitucionales (Bachof), inconstitucionalidad por omisión legislativa (Wessel); entre otras que reflejan la sobre-reacción a Weimar o al tercer imperio, y con ello el “renacimiento del derecho natural” (Charmot) o “el eterno retorno al derecho natural” (Rommen). Más aun el ensayo de Rommen de 1936 (“Die Ewige Wiederkehr des Naturrechts”), va a tener en su segunda edición alemana de 1947 un rol, quizás indeseado por Rommen (un jurista católico antinacionalsocialista), de cobertura teórica a la búsqueda de una “cabeza de turco”, para explicar la derrota del derecho, al denunciar el fracaso del positivismo dominante en la república de Weimar para oponerse a la revolución legal coronada en 1933 con el triunfo en las urnas de Hitler.

Esta sobre-reacción de postguerra también conlleva un endoso de culpas de la casta de los juristas, jueces y abogados al servicio del nacionalsocialismo (o silentes), una “*reductio ad Hitlerum*” que responsabiliza al positivismo de arruinar el fundamento moral del derecho positivo, posibilitando la “perversión” del derecho por un régimen totalitario. Olvidan los juristas germanos la profesión de fe iusnaturalista o decisionista de los juristas ideólogos de dicho régimen, juristas firmantes del endoso de

¹³ Ídem.

“culpas”, tal como lo reconoce la investigación moderna de dicho periodo y que tempranamente Garzón Valdés hace presente; y es por otra parte un antecedente sólido y demostrado por la investigación histórico-política y jurídica de este periodo, el compromiso con la democracia (y la socialdemocracia) de los juristas positivistas, en especial de Kelsen, y su escuela.

III. Conclusiones del pretexto

1. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO JUDICIAL

El retorno al derecho natural es, en palabras de un jurista iusnaturalista, una

“terapia doctrinal de grandes problemas, asedios e incertidumbres de carácter político y socio-cultural que, cíclicamente, se ciernen sobre el horizonte jurídico y necesariamente inciden en la ciencia del derecho”¹⁴.

Por ello, bajo el “eterno retorno del derecho natural” subyace el planteamiento clásico (tomista-cristiano) de la superioridad del orden natural:

“(...) la voluntad del Estado no es la sola fuente del derecho, sino que al lado de ella –antes que ella, mejor– está la ‘naturaleza de la cosa’ o, como gustaban decir los antiguos, el *ordo rerum*, el orden ontológico de las esencias”¹⁵.

Rommen predice el retorno del “derecho natural metafísico”, del “*jus naturale* perenne”; y que es reflejo de su “eterna capacidad de resurrección”¹⁶, y capacidad de reaccionar frente a la “injusticia objetiva”¹⁷. Este jurista germano defiende la unión de derecho y moral, el alojamiento de los valores en la Constitución, señalando:

“En ese momento, son los derechos fundamentales de la persona, de la familia y de la nación los que se levantan, con toda su fuerza primitiva contra la actividad del Estado, la cual se vuelve tiránica cuando mina los fundamentos de la vida social y política, o sea, sus bases morales”.

Ahora bien el recurso a Rommen, no es en esta exposición la elección fácil del iusnaturalista católico, sino la referencia a un jurista y una obra sobre

¹⁴ Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*, p. 31.

¹⁵ Enrique ROMMEN, *Derecho natural. Historia-Doctrina*, p. 125.

¹⁶ *Ibid.*, p. 126.

¹⁷ *Ibid.*, p. 212.

el retorno del derecho natural que ejerció poderosa influencia en la posguerra. No es casual entonces que la doctrina de lengua germana de postguerra sostenga que la crisis del derecho, marcada por la sobre-reacción a Weimar en lo relativo al orden político (Von Beyme), es sobre todo una crisis de los “valores básicos” (Kägi). Probablemente donde con más dramatismo se observa la sobre-reacción a la crisis de Weimar es en la evolución de Gustav Radbruch, un jurista relativista y socialdemócrata que vive el “exilio interior” en la Alemania de Hitler, quien ya en 1934 se somete a una atormentada crítica a sus posiciones relativistas al defender la democracia, y más tarde en la postguerra a las relaciones que deben existir entre la justicia y las decisiones-medidas del poder, y la “naturaleza de la cosa”; para finalmente concluir que los objetivos de las medidas del poder son relativos mientras que no lo es la justicia misma (Brecht). Para Radbruch los derechos del hombre son de “naturaleza absoluta”^{18,19}.

Este retorno al derecho natural se refleja con distinta intensidad en los juristas germanos más contemporáneos, de los cuales abrevan los neoconstitucionalistas de nuestra América: Kriele, Alexy y Häberle; con o sin mediación de juristas españoles o de juristas angloamericanos, como Dworkin, todos ellos incidentes en la formación y desarrollo del neoconstitucionalismo; en algunos casos con una superlativa caja de resonancia, como ocurre con la ponderación y su método en la doctrina y jurisprudencia colombiana, y en todo caso, en un influjo divorciado de la realidad sociopolítica, histórica y cultural de los países al sur del Río Grande.

El comentario de la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras sigue siendo un buen pretexto para mostrar el verdadero rostro del retorno del derecho natural: el neoconstitucionalismo; dirección teórico-metodológica e ideológica que incurre en cuanto dirección del pensamiento constitucional en tres derivadas, como bien observa García Amado, a saber: en lo ontológico en un objetivismo

¹⁸ Werner KÄGI, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional*, p. 71.

¹⁹ Vid. Klaus VON BEYME, “La protección del ordenamiento constitucional y del sistema democrático en la República Federal de Alemania”, p. 73-88; y Arnold BRECHT, *Teoría política: los fundamentos del pensamiento político del siglo XX*. Brecht con la lucidez que le es propia anota sobre el contexto de postguerra y la figura de Radbruch: “La cruel tiranía de Hitler dio lugar a un reconocimiento de las ideas iusnaturalistas enlazado con un renacimiento religioso general” (...). La apelación a la “naturaleza de la cosa” por Radbruch fue la señal de “abandono general del relativismo” (p. 336). El propio Radbruch en el “exilio interior”, “Bajo la impresión de las experiencias totalitarias intentó varios modos de superación del relativismo” (p. 245). La sobre-reacción a la crisis de Weimar puso a “Radbruch contra Radbruch”, primero en defensa de la democracia y sus presupuestos, y más tarde de los derechos (pp. 348-353).

que refunde derecho y moral, en lo epistemológico en un cognitivismo principialista, y en lo político social en un acusado elitismo tecnocrático (de la casta de jueces, abogados, y profesores de derecho)²⁰. Pero además el neoconstitucionalismo es una teoría-método de las contradicciones de ese verdadero oxímoron que es la “democracia constitucional”, y el activismo judicial, de “derecha” o de “izquierda”, una patología que refleja el mal funcionamiento del sistema político democrático.

Así, el neoconstitucionalismo no sólo supone la “constitucionalización del sistema jurídico” (Guastini), sino la rematerialización (reconstruyendo y reinterpretando sus normas de principio *ad infinitum*) de la Constitución en las decisiones judiciales, transformando el Estado de Derecho en Estado Judicial. La ductilidad (“*mitteza*”) del derecho según Zagrebelsky es la bancarrota de la ley como fuente primaria del derecho, sustituida por la Constitución y por quienes hablan por ella, transformando la “*scientia iuris*” en “*iuris prudentia*”. En el fondo, los neoconstitucionalistas “remoralizan” el derecho, son iusmoralistas conservadores (neoconservadores o neoliberales, o progresistas), y con una fe desafiante cuales profetas o Savonarolas modernos. Se produce así una paradoja, la democracia contemporánea avanza en controles del poder, de los poderes democráticos, para trasladar más poder a sus castas de funcionarios, togados (jueces) o no (tecnoburócratas); reforzando unas variopintas “autonomías constitucionales”.

2. DEL NEOCONSTITUCIONALISMO AL “CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO”

El análisis de Landau acerca de las cortes constitucionales o supremas de Colombia, Hungría y Sudáfrica, no sólo consigna los grados de activismo judicial, en relación al contexto institucional y contexto legislativo (incluso del sistema de partidos); sino que aborda el ethos decisional de dichas judicaturas y la orientación dominante (“legislocracia”), en especial de la más poderosa de las cortes constitucionales del mundo: la colombiana, y su nexa con un deteriorado sistema político democrático, con una institución parlamentaria en permanente crisis de legitimidad y eficiencia²¹.

La investigación de Landau nos permite establecer un nexa entre el neoconstitucionalismo-activismo judicial y el sistema político democrático (diríamos una relación inversa: a menos legitimidad y eficiencia del

²⁰ Vid. Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”.

²¹ David LANDAU, “Instituciones políticas y función judicial en Derecho Constitucional Comparado”, pp. 13-83.

sistema político democrático del Parlamento, más activismo), por una parte; y un nexo entre el “constitucionalismo abusivo” y el servicio de las ideologías (el neoconstitucionalismo) al poder político. Fuerza en este punto, para sintetizar nuestra aproximación crítica al neoconstitucionalismo y al renacimiento del derecho natural, aproximación crítica en la que usamos como pretexto el fallo comentado de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Honduras, es citar un temprano texto de Kelsen titulado “Igualdad ante la Ley” (1907):

“La pregunta a la cual tiende el derecho natural es la eterna pregunta por aquello que se esconde tras el derecho positivo. Y quien busque la respuesta no encontrará, me temo, ni la verdad absoluta de una metafísica, ni la justicia absoluta de un derecho natural. Quien sin cerrar sus ojos levante el velo, verá venir a su encuentro la mirada fija de la cabeza de la Gorgona del poder”²².

Más tarde, en su defensa del modelo de tribunal constitucional (1928) observó críticamente la justiciabilidad de normas de principio (valores, principios, derechos), normas de textura abierta, plurisignificativas, enderezadas al desarrollo legislativo; pero que en manos del poder de los jueces o un tribunal “habría que considerarlo simplemente insoportable”²³.

Para arropar ese poder insoportable está el “constitucionalismo abusivo”; que encuentra en el neoconstitucionalismo el aliado ideal.

En definitiva puestos ante una sentencia-pretexto como la comentada, nos queda sólo compartir el juicio crítico acerca de su abrevadero: el neoconstitucionalismo formulado por García Amado:

“[M]uchas de las tesis del llamado neoconstitucionalismo o constitucionalismo de los derechos resultan sumamente funcionales a una jurisprudencia muy propensa a la extralimitación, la demagogia y la política más descarada, y a una casta profesoral ansiosa por legislar sin pasar por las urnas y muy dada a los juegos de manos que transmutan preferencias personales en postulados pseudocientíficos, como tan perspicazmente vio Kelsen, siempre tan denostado por sus colegas más ambiciosos”²⁴.

²² Citado por Rudolf ALADÁR MÉTALL, *Hans Kelsen: Vida y obra*, p. 48.

²³ Hans KELSEN, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, p. 143.

²⁴ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Derechos y pretextos”, p. 264.

Bibliografía

- BRECHT, Arnold, *Teoría política: los fundamentos del pensamiento político del siglo XX*, traducción de Juan Manuel Mauri, Barcelona, Editorial Depalma-Ariel, 1963.
- DWORKIN, Ronald, "Igualdad, democracia y constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", Fabricio MANTILLA ESPINOZA (ed.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Derechos y pretextos", en Miguel CARBONELL (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, México, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, edición y presentación de Miguel Carbonell, 2ª reimp., México, Distribuciones Fontamara, 2007.
- KÄGI, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional*, estudio de F. Fernández Segado y traducción de Sergio Díaz Ricci, Madrid, Editorial Dykinson, 2005.
- KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)", en su *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988.
- LANDAU, David, "Abusive constitutionalism", en *University of California Davis Law Review*, vol. 47, N° 1, Davis, 2013, pp. 189-260.
- MÉTALL, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen: Vida y obra*, traducción de Javier Esquivel, México, Ediciones Coyoacán, 2009.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*, 5ª ed., Madrid, Editorial Tebar, 2007.
- ROMMEN, Enrique, *Derecho natural. Historia-Doctrina*, traducción francesa del alemán de E. Marny de 1945 y versión castellana de Héctor González, México, Editorial Jus, 1950.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, "El constitucionalismo de los derechos", en Miguel CARBONELL (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, México, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.
- VON BEYME, Klaus, "La protección del ordenamiento constitucional y del sistema democrático en la República Federal de Alemania", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 35, Madrid, 1983, pp. 73-88.

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, 2009, rol 602-09. Disponible en: http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf_state/sentencia-de-la-CSJ-para-la-reeleccion-de-presidentes-y-alcaldes.pdf. Consultada el 22 de mayo de 2015.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, 2010, rol C-141/10. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-141-10.htm>. Consultada el 20 de mayo de 2015.
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, 2015, rol 1343-2014. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/Documents/FalloSCONS23042015.pdf>. Consultada el 20 de mayo de 2015.