

INDETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS, PRINCIPIOS Y VALORES: ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO¹

Aura Sofía Palacio Gómez²

RESUMEN. El principio de legalidad ha tenido un cambio significativo en el sistema jurídico actual, tanto que se le ha cuestionado su alcance y contenido. Las nuevas dinámicas del Estado y el activismo del poder judicial han propiciado que la legalidad como sujeción del Estado a la ley se transforme en una sumisión integral al ordenamiento jurídico, lo cual da lugar a que se cuestione la fuerza deóntica de aquellas disposiciones que no necesariamente *permiten, prohíben* u *obligan* de forma expresa, sino que condensan unos conceptos abstractos como *principios, valores* y hasta *derechos*. Con este propósito se aborda la perspectiva de Juan Antonio García Amado, quien, desde una teoría con tintes positivistas, sostiene que la Constitución solo manda lo que corresponda con sus términos y enunciados, por lo que el juez constitucional no puede ir más allá de lo que expresamente se condense en ella.

Preliminar

El principio de legalidad ha tenido un cambio evidente en el sistema jurídico actual, tanto que se le ha cuestionado su denominación y su sujeto pasivo: por un lado, no se habla de una sujeción a la ley como máxima expresión de la voluntad, sino al ordenamiento jurídico en general, dando lugar a una *juridicidad*; y por otro, la sujeción no se dirige a la Administración y al juez exclusivamente, también abarca al legislador como el ente democrático, en tanto existen disposiciones constitucionales que lo obligan.

Este texto se enfoca en el hecho de que, anteriormente, la Administración se supeditaba a las disposiciones legales; mientras que ahora pareciera estar subordinada, además, a las sentencias proferidas por el juez, las cuales se

¹ Este ensayo hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor-Asesor Cristian Andrés Díaz Díez, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA -que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo-, sino también para beneficio de la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es el *principio de legalidad*, dirigida por el Profesor (Investigador Principal) Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel II, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* -CEDA-.

componen de una serie de conceptos que dan lugar a varias interpretaciones, véase los principios, valores y derechos. En ese sentido, se da lugar a una legalidad judicial que puede ser ampliamente criticable, razón por la cual se abordará la teoría de Juan Antonio García Amado.

El autor nació en Ruedes, una parroquia del concejo asturiano de Gijón - España. Se licenció y doctoró en derecho en la Universidad de Oviedo y desde 1994 es catedrático de filosofía del derecho de la Universidad de León. Entre sus libros más destacados se encuentran: «La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann» publicado en 1997; «Escritos de Filosofía del Derecho» en el mismo año; «Ensayos de filosofía jurídica» en el 2003; y «El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica» en el 2010. El autor se identifica en la corriente del constitucionalismo positivista.

1. Crítica al neoconstitucionalismo a partir del constitucionalismo positivista sostenido por Juan Antonio García Amado

García Amado realiza una crítica al constitucionalismo de los derechos —o neoconstitucionalismo— a partir de cómo lo concibe Prieto Sanchís. Esta postura parte de la idea de constituciones materiales y garantizadas: lo primero implica que exista un contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación, que, en últimas, guarden el mismo propósito: organizar el poder y decirle lo que puede hacer y lo que no; lo segundo se refiere a que a los jueces se les encomienda su protección o efectividad como con cualquier otra norma primaria.

Para el autor, en principio no es una novedad que la Constitución diga cosas y que los jueces las garanticen; sin embargo, esto se torna oscuro cuando, con fundamento en diferentes doctrinas, se permite que la Constitución exprese más de lo que, en efecto, dicen sus palabras, «de modo que se confunde lo que la Constitución dice (y no dice) con lo que dicen sus intérpretes que dice»³. En ese orden, divide lo decible por la Constitución en: a) cosas que la Constitución claramente dice (manda, prohíbe o permite), b) cosas de las que no dice absolutamente nada, y c) cosas de las que no es claro si dice algo o no, por lo que depende de cómo se interpreta.

El autor considera que el gran hallazgo del neoconstitucionalismo es insistir en el valor de lo que dicen los enunciados constitucionales que contienen la formulación de *valores, principios, derechos y directrices*. No obstante, aclara que el hecho de que un precepto constitucional encaje en alguno de ellos no implica que diga más o menos, lo que influye en ello es el grado de

³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Derechos y pretextos. Elementos de crítica del Neoconstitucionalismo*. Disponible en:

<http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/PRETEXTOS.pdf>, p. 1.

indeterminación semántica que este posea, toda vez que, a mayor claridad y especificidad semántica habría menor posibilidad de *hacerle decir* lo que, evidentemente, no dice.

Así, como el neoconstitucionalismo le apuesta a la capacidad de *dicción* de las disposiciones constitucionales indeterminadas, aparecen una serie de preguntas que cuestionan su corriente «¿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?»⁴. En suma, se le cuestiona cómo un enunciado semánticamente indeterminado se transforma en un mandato concreto sin perder objetividad.

Este cuestionamiento marca una línea distintiva entre el constitucionalismo positivista y el constitucionalismo de los derechos. Para el primero, las constituciones son cerradas y abiertas dependiendo de la determinación semántica, así: las que mandan solo lo que se corresponde con referencia a sus términos y enunciados no dan paso a diferentes concreciones, mientras que las que contemplan zonas de penumbra y vaguedad dan lugar a elegir entre todo lo que se entienda e interprete que no contradiga la semántica constitucional —lo cual sería deber de los intérpretes autorizados por la Constitución—. Sin embargo, puntualiza que a los jueces, especialmente al Tribunal Constitucional, les corresponde un control en sentido negativo, es decir, declarar inconstitucional e inaplicar aquello que vulnere la semántica de los enunciados constitucionales; mientras que al legislador le corresponde la función de realización constitucional, consistente en elegir entre las alternativas que los enunciados constitucionales permitan.

Para el segundo, el neoconstitucionalismo o constitucionalismo de los derechos, el contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, se trata de prescripciones *axiológicas* y *prelingüísticas*, por lo que la indeterminación semántica de las normas constitucionales no le resta precisión al mandato. A diferencia de la tesis defendida por García Amado, esta corriente sostiene que los intérpretes autorizados de la Constitución deben ir más allá a la mera elección entre las concreciones posibles, pues están compelidos a realizarlas *máximamente*, en tanto se tiene como trasfondo político «la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumatúrgicas de la judicatura»⁵.

Estas posturas se diferencian, además, en: i) el control o garantía judicial de la efectividad de las normas: para el positivista se trata de un control de mínimos —que implica la garantía de que no se hagan eficaces normas que vulneren manifiestamente la semántica de los enunciados—; mientras que para el

⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Op. cit., p. 2.

⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Op. cit., p. 3.

neo-constitucionalista es uno de máximos —el cual propende porque no se torne eficaz una norma que no proporcione una solución acorde a la axiología constitucional—. ii) Los derechos, para el positivista, vinculan e irradian todo cuanto exista en el ordenamiento, pero solo en lo que está determinado en los enunciados. García Amado ejemplifica con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, diciendo que el positivista se remite al significado del término *domicilio* para descartar que el lugar donde se espera el bus diariamente no se circunscribe, y que la habitación de hotel sería una zona de penumbra. Cuando la jurisprudencia reconoce esa situación como protegida, está ampliando el alcance del derecho, lo que se observa de dos maneras: para el neoconstitucionalismo se está reconociendo que, si bien no se encuentra determinado expresamente, materialmente sí lo está; mientras que para el positivista se estaría eligiendo entre las posibilidades que la Constitución deja abiertas, por lo que no se estaría realizando el derecho, sino configurándole sus alcances, «no está propiamente aplicando un mandato preexistente, sino constituyéndolo para el caso y dentro de los márgenes que la propia Constitución legítimamente le permite»⁶.

En cuanto al juicio de constitucionalidad como situación en la que se resuelven casos concretos a través de la interpretación de las normas constitucionales, aparecen otras distinciones: el positivista considera pertinente una jurisprudencia constitucional autocontrolada y restrictiva, de forma que se limite a invalidar las leyes que palmariamente chocan con el tenor de los enunciados; pero el neo-constitucionalista sostiene que la indeterminación semántica es un problema secundario, «pues la Constitución no es un artefacto lingüístico y comunicativo, sino una entidad ideal, axiológica, cuya materialidad y concreción son independientes en gran medida de las palabras»⁷.

Para García Amado, lo que más refuta el positivista al neo-constitucionalista no es el hecho de que la Constitución le diga más al legislador que al juez, pues se enfrentan a los mismos vacíos, vaguedades e indeterminaciones, sino que este justifique que el juez diga que la norma constitucional le *dice* al legislador cosas que realmente no está diciendo. A lo cual el constitucionalista de los derechos respondería que se trata de diferenciar los preceptos constitucionales de las reglas. A partir de lo anterior, el autor se refiere a dicha distinción recalando que al positivismo no le cuesta admitirla, pero que la diferencia estriba en que este *no las distingue* por la razón por la que pareciera hacerlo el neoconstitucionalismo, esta es, porque «las primeras dicen con palabras y enunciados y los otros digan sin decir, determinen

⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Op. cit., p. 5.

⁷ *Ibid.*

indeterminadamente, indiquen lo que no expresan, manden lo que no enuncian, obliguen a lo que no especifican, signifiquen sin referir»⁸.

García Amado reconoce que el ordenamiento jurídico está plagado de normas de tal tipo, por lo que el documento constitucional tiene mayor grado de indeterminación, no obstante, es enfático en sostener que ello no justifica que aparezcan técnicas interpretativas y aplicativas especiales, que se salten el proceso democrático. De esta forma resalta una de las problemáticas del neoconstitucionalismo: que no exista posición jurídica segura ni expectativa jurídica fiable, sino hasta que pase por el tamiz judicial. Razón por la que cuestiona en reiteradas ocasiones si los derechos constitucionales quedan en suspenso mientras los jueces o el Tribunal Constitucional no los confirmen en cada caso, y si ello se configura como una afrenta directa o un mayor peligro para su protección.

En efecto, desde su teoría se evidencia un temor por la seguridad jurídica, en tanto la racionalidad judicial pudiera cambiar en cada caso concreto, generando una inestabilidad que los positivistas aborrecen, por lo que resalta la interpretación, pero con fundamento en la lógica semántica de las disposiciones. Al respecto expone:

«Precisamente ese nivel de indeterminación es lo que mejor posibilita que los contenidos de las normas puedan ser actualizados por vía interpretativa, adaptándolos a las nuevas situaciones, necesidades y cambios en la semántica del uso social de las palabras, y evitando así su anquilosamiento o desfase, con lo que se solventa uno de los mayores problemas que poseen las teorías voluntarias o intencionalistas, al tenor de las cuales el significado de las normas se petrificaría en los contenidos de voluntad que las hicieron nacer. *Pero todo ello dentro de los límites de los significados posibles con arreglo al uso de cada momento*»⁹.
[Cursivas fuera del texto].

Para el autor, los derechos fundamentales contenidos en normas constitucionales vinculan igual al legislador y al Tribunal Constitucional, solo que aquel se encarga de legislar en sentido positivo y este en sentido negativo. García Amado reitera que no se concibe que el poder judicial esté facultado para rechazar por inconstitucional toda norma legal que no le parezca concreción de la *máxima* o *mejor* realización posible de los derechos, pues se estaría presumiendo que el Tribunal es más inteligente, perspicaz y capaz que el legislador, por lo que

⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Op. cit., p. 7.

⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2003, p. 89.

se debería buscar un cambio de régimen constitucional a uno que procure lo que él denomina el despotismo judicial ilustrado. Este hecho repercute, a su vez, en la relación entre el derecho y la política, toda vez que el derecho, encarnado en la Constitución, delimita el territorio de la política, determinándole unos límites infranqueables para que lo que se enmarque en ellos sea plausible, de forma que, si no hubieran ámbitos libres de configuración, no habría sociedad política, pues esta dejaría de ser una actividad social autonómica, y todos se convertirían en *súbditos del supremo órgano político y no democrático: la judicatura*.

Así, la conceptualización de los derechos o aquellos conceptos abstractos se circunscribiría a lo que entienda el Tribunal Constitucional en un momento determinado, por lo que el autor reitera su crítica cuestionando de dónde se desprende que los derechos son más de lo que la Constitución dice de ellos; en vez de ser, por razones políticas, desarrollados por el legislador, quien debería concretar lo que son, sin ser suplantado por ningún intérprete de la Constitución aduciendo mayor racionalidad. De esta forma, rescata que las decisiones legislativas también son susceptibles de ser juzgadas en términos de racionalidad argumentativa, por lo que no podría endilgársele exclusividad al juez aduciendo una superioridad epistémica.

Para destacar la necesidad de que la interpretación se realice con base en lo que dicen las disposiciones exclusivamente, ejemplifica con unos supuestos carteles que determinan la propiedad de un territorio, pone los límites y señala quiénes dirimirían los conflictos en caso de controversias. El órgano designado, en una eventualidad, deberá determinar qué significa lo escrito en los carteles, cuál es su alcance y qué se prohíbe, realizando una argumentación sumamente convincente y sin desconocer o vulnerar la *dicción* de los carteles. Para el autor, resultaría impensable que se remitiera a factores externos o a otro tipo de carteles para determinar lo que aquellos procuran.

Sin embargo, sostiene que ningún positivista dirá que solo existen y rigen aquellos derechos consistentes en acciones o abstenciones específica y detalladamente descritas en los enunciados de las normas, para lo cual comenta otro supuesto: si una norma jurídica dice que se tiene derecho a ir a misa, no se necesitará, para que se entienda igualmente permitido, que se estipule que se podrá rezar, arrodillarse, dar la paz al vecino, comulgar, etc. «Para llegar a una conclusión así creo que no es necesaria ninguna parafernalia neoconstitucionalista, ni se trata de descubrimientos que sólo puedan hacerse desde un paradigma argumentativo. Es simplemente el uso normal y corriente de nuestro lenguaje»¹⁰. Esto se debe a que, como lo plantea García Amado, la Constitución no puede contemplar todos los supuestos; pero el juez constitucional no podría, tampoco, introducir otros y alegarle al legislador que la Carta así lo estipula.

¹⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Derechos y Pretextos...* Op. cit., p. 18.

Para el autor: desde la teoría positivista, la interpretación de un derecho o de un enunciado indeterminado semánticamente requiere una carga argumentativa fuerte que se relacione necesariamente con lo dispuesto en la disposición; mientras que, desde la perspectiva neo-constitucional, se sometería el derecho a una especie de balanza misteriosa que tendría el Tribunal Constitucional, por lo que dejaría de ser un ejercicio racional y se convertiría en una aspiración o en un truco de magia. Reforzando lo anterior, el autor es mordaz cuando sostiene que en las presentaciones de magia las palabras sólo se utilizan para que el espectador se distraiga y no se fije en el movimiento de las manos del artista.

El autor reitera que «la ponderación [Abwägung], como método, no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso. Cuando los Tribunales Constitucionales dicen que ponderan siguen aplicado el tradicional método interpretativo-subsuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo»¹¹. Así pues, critica fehacientemente la ponderación, sosteniendo que se trata de una forma de dejar sentados juicios de valor subjetivos y condicionamientos ideológicos y axiológicos del juzgador de turno, por lo que prefiere otorgarle dicha labor al legislador democrático, en tanto, aunque su ejercicio acarree los mismos obstáculos, son puntos de vista avalados por la mayoría social, mediante su voto.

En suma, para García Amado, la posición del neoconstitucionalismo parte de suponer que la judicatura es activista y comprometida en imponer lo óptimo o compensar lo que el legislador no hace; mientras que los positivistas estiman que el grado de satisfacción de cada uno de estos derechos es una actividad legislativa que debe reflejar el programa político respaldado por la mayoría de los votantes, teniendo en cuenta, además, que la realización de estos derechos no cuenta con recursos ilimitados, es decir, que la satisfacción de uno será inversamente proporcional a la satisfacción de otro.

De ahí que, para el autor, resulte ampliamente cuestionable que un Tribunal le imponga al legislador determinada medida de política social, pues no estaría sustentada en programas previos y votos que la respalden, es decir, le faltaría capacidad y legitimidad, pues: por un lado, no tendría estudios del presupuesto del Estado ni contaría con la información suficiente que se requiere para, eventualmente, elegir priorizar uno u otro; y por otro, porque contradecir las decisiones del partido que ganó en las urnas deviene en una tiranía.

Finalmente, García Amado ataca la corriente del neoconstitucionalismo o constitucionalismo de los derechos al afirmar que propicia una jurisprudencia

¹¹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio et al. Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. 1ª Edición. Colombia: Legis Editores S. A., 2006, p. 117.

propensa a la extralimitación, la demagogia y la política más descarada, pues sin pasar por las urnas permiten la imposición de obligaciones a los demás poderes del Estado. Lo anterior le da apertura teórica al siguiente apartado, pues, si bien el autor no lo aborda de forma directa, podría inferirse una respuesta a la pregunta por si es posible catalogar como parte del principio de legalidad las sentencias proferidas por el juez constitucional, que albergan, más que el desarrollo de prohibiciones, mandatos o permisiones expresas, conceptos tan abstractos como los principios, los valores y hasta los derechos.

2. Mutación de la legalidad a partir de la incorporación de los derechos, principios y valores a través de las sentencias del juez constitucional

El autor no define el principio de legalidad en forma expresa, y aunque se denomina un positivista, resalta el hecho de que, a diferencia de lo propuesto por la Escuela de la Exégesis, él concibe que las disposiciones puedan ser interpretadas en caso de vacíos, lagunas o indeterminaciones, es decir, que no siempre se trata de un ejercicio simple de subsunción. García Amado no precisa si la *legalidad* sería aquello que prescribe limitaciones al poder mediante una estructura lógica o semántica expresa, es decir, si solo sería considerado legalidad aquello que prescribiera un mandato, una prohibición o una permisión; pero bien podría suponerse que, cuando reconoce que la Constitución material (derechos, valores y principios) tiene como finalidad decirle al poder lo que puede y lo que no, estaría ampliando el principio a estos conceptos abstractos.

Ahora, aunque los derechos, valores y principios se entendieran como vinculantes y como principio de legalidad puro, se trata de conceptos indeterminados, por lo que su interpretación lo sería también si se circunscribiera a la estructura semántica de la disposición; si así no fuera, el intérprete estaría actuando arbitrariamente, usurpando competencias y no estaría concretando el principio de legalidad, sino mal utilizando el derecho en lo que, a su juicio, considerara óptimo. De forma que, si bien reconoce este planteamiento neo-constitucional, difiere en gran medida en la manera cómo se llega a esa interpretación final, pues, desde su visión, se necesitaría un sujeto cualificado (el legislador) que dirimiera las imprecisiones conceptuales que están en la Carta Política con fundamento en lo prescrito o, mejor, en los significados posibles que trajera la disposición.

En cuanto a la reconceptualización del principio de legalidad habría que decir que el autor reconoce el cambio que ha sufrido el sistema jurídico, tanto que ha sostenido que se trata de una crisis del derecho, en tanto, actualmente, lo dicho en la Constitución, en las leyes y demás productos jurídicos nunca será aceptado totalmente, siempre se recibirá con *beneficio de inventario*, pues se tendrá de presente que las normas jurídicas son derrotables, aun cuando expresamente un caso fuera subsumible en el supuesto estipulado. Para el autor,

basándose en la teoría de Robert Alexy, siempre hay un principio dispuesto a derrotar una norma, lo que deviene en inseguridad jurídica, pues no permite que el operador jurídico tenga certeza.

Así, sostiene que la evolución actual del derecho está permitiendo la difuminación de este, pues, aunque en principio nunca fue suficientemente claro lo que era el derecho, ahora es casi imposible determinar qué es y qué no, de qué se compone y cuál es su alcance, en la medida en que no hay claridad en su sistema de fuentes y su jerarquía, pues pareciera que la única fuente existente es la Constitución, toda vez que hay normas que aunque en su dicción sean perfectamente constitucionales, en determinados casos son excepcionadas. Ello, en principio, no iría más allá del control de constitucionalidad; sin embargo, encuentra su problema cuando en cada caso, por más que la norma infraconstitucional sea semánticamente acorde, siempre se pondrá en discusión con algún otro precepto constitucional, y de no encajar con él, se excepcionaría una y otra vez. De esta forma, cuando se lograra ajustar a un caso, ¿se estaría aplicando la norma o realmente ello se daría porque la Constitución directamente lo permitió?

En suma, para el autor, la evidente crisis del derecho se debe al activismo judicial, por lo que se supondría que, desde su visión, la legalidad sería tal siempre y cuando proviniera de las fuentes del derecho; y en un supuesto de indeterminación semántica, obedeciera a un ejercicio argumentativo que se sujetara a la dicción de las estipulaciones constitucionales, y no a la perspectiva o juicio del aplicador.

De esta forma, aunque reconoce la vinculatoriedad de lo que eventualmente profiere el juez constitucional, lo critica sosteniendo que para el positivista la discrecionalidad, al momento de interpretar, se transforma en arbitrariedad cuando no se sujeta a las palabras de la norma. Así, cuando hace que la Constitución diga más de lo que realmente dice, se extralimita en sus funciones y usurpa el poder constituyente, pues ni siquiera el legislador, que es el legitimado desde su perspectiva, puede salirse de la *jaula* de lo establecido semánticamente en la Carta Política.

Bibliografía

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Derechos y pretextos. Elementos de crítica del Neoconstitucionalismo*. Disponible en:
<http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/PRETEXTOS.pdf>

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Escritos sobre Filosofía del Derecho*. 1ª Edición. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1997.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2003.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio *et al.* *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. 1ª Edición. Colombia: Legis Editores S. A., 2006.

