

INTRODUCCIÓN

1. ELEMENTOS DE LA TRANSFORMACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Latinoamérica ha asistido, con particularidades según los contextos, a un dinámico proceso de renovación institucional que es en gran medida heredero de las transformaciones acontecidas en Europa durante la segunda posguerra.¹ Esta renovación doctrinaria, por desarrollos propios y por traducciones, ha procurado no sólo abordar las teorías analíticamente con rigor y propiedad, sino también dotarlas de rendimientos prácticos en la

¹ Los cambios institucionales europeos estuvieron en todos los casos enmarcados por la innovación de los textos constitucionales en lo orgánico y lo dogmático. Dentro de las características transversales a estos cambios se destacan, respecto de lo primero, la organización de los parlamentos en su estructura y funciones, la creación de nuevas instituciones como tribunales constitucionales, procuradurías o defensorías públicas y juntas monetarias, la renovación o ajuste del procedimiento para la expedición de las leyes, la definición de la organización territorial y la relación entre el gobierno federal y el estatal. Respecto de lo segundo, la ampliación del catálogo de derechos, entre ellos los sociales y dotando de mayor precisión a los derechos de libertad, la inclusión de principios de naturaleza moral —libertad, igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia y dignidad humana—, la consagración de los estados, de forma prácticamente invariable, como sociales o democráticos de derecho fundados en la dignidad de la persona y cuya soberanía reside en el pueblo. “Italia es una República democrática fundada en el trabajo” (art. 1), Alemania es un Estado federal, democrático y social (art. 20, 1), “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho” (art. 1, 1) y “La República Portuguesa es un Estado de derecho democrático...” (art. 2). Otros dos aspectos que permiten hacer referencia a un cambio trascendental respecto de lo que había sido el constitucionalismo europeo, son la extensión, pues se trata de textos con un contenido significativamente mayor, y la rigidez, pues su vocación de permanencia en el tiempo se observa en el proceso que los propios textos establecen para su reforma.

solución de diversos problemas jurídicos que se presentan al aplicar textos constitucionales sustantivos en contextos marcados por la desigualdad, la pobreza, el déficit en la realización de derechos y los problemas de representación real ante las instancias de decisión política. La versión del neoconstitucionalismo, que se defiende en este trabajo, no es aquella objeto de críticas por la imposibilidad de fundarse como una teoría, sino precisamente la que permite referir a un canon de autores, doctrinas y teorías que circulan con cada vez mayor intensidad entre los ambientes intelectuales latinoamericanos y también entre ambientes institucionales donde elementos de este canon han pasado a ejercer, como nunca, influencia fructífera en procesos de creación y desarrollo del derecho, así como de judicialización de la política.

Este proceso ha estado enmarcado por un periodo de transformaciones que comprende la expedición de las Constituciones de Brasil en 1988, Colombia en 1991, Bolivia en 2009, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Venezuela en 1999 y Ecuador en 2008. El impacto del nuevo paradigma constitucional permeó asimismo en otros contextos que, si bien no cambiaron de Constitución, sufrieron reformas estructurales importantes. Dentro de los procesos de reforma se destaca el argentino, el costarricense y el mexicano.

El constitucionalismo latinoamericano tuvo un nacimiento tardío, pero un desarrollo precoz: tardío porque transcurrieron décadas desde el origen de los cambios en Europa y Estados Unidos hasta su trasplante e implementación local; precoz, toda vez que los avances son apreciables en el desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales durante las tres últimas décadas, lo cual en países europeos tardó en consolidarse casi dos siglos. Dentro de los cambios afines en la parte dogmática de las Constituciones en América Latina, se destaca la ampliación de los catálogos de derechos no sólo sociales, sino también derechos al ambiente sano y a las nuevas tecnologías. Se receptó la fórmula, de forma casi invariable respecto del contexto europeo, del estado social y democrático de derecho, fundado en la dignidad de la persona y cuya soberanía radica en el pueblo.² Se con-

² Colombia es un Estado social de derecho (art. 1), Venezuela es un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (art. 2), Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional

sagró en general la forma central del Estado, pero con una administración descentralizada.

El confesionalismo católico se superó y, si bien de distintas formas se invoca el nombre de Dios en los preámbulos de las nuevas Constituciones, se consagró la libertad de cultos. Los estados latinoamericanos son entonces, no teístas ni ateos, sino laicos. El proceso paulatino de secularización no ha implicado una total ausencia del fenómeno religioso. Los mismos catálogos de derechos que consagran, junto con la igualdad y el pluralismo, las libertades de cultos, conciencia y expresión, conforme a las cuales toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Las referencias y alusiones a Dios constituyen una variante cultural del estado constitucional. Se reconocen las diversas formas de religiosidad y espiritualidad, como expresa la Constitución ecuatoriana. El fundamento de esta forma de Estado no sólo es la igualdad de todos los ciudadanos y la garantía de los derechos sin configuraciones relativas a alguna fe particular, sino también la soberanía popular y la protección de las creencias de las minorías. No obstante, hay variaciones de grado, pues unas Constituciones conservan rasgos confesionales³ y otras reconocen la separación entre la Iglesia y el Estado.⁴

y laico (art. 1) y Bolivia que se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías (art. 1). Aunque la Constitución de Perú no adscribe formalmente al modelo ideológico del Estado social de derecho, o a alguna de sus variaciones, el art. 3º consagra una cláusula de derechos innominados, según la cual, la enumeración de los derechos no excluye otros que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

³ “El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano” (Argentina); “la religión católica es la del Estado” y se restringe la libertad de cultos a que no se oponga a la moral universal y a las buenas costumbres (Costa Rica); y “la religión católica es la de la mayoría de los panameños” y se limita la libertad de cultos al respeto a la moral cristiana y al orden público” (Panamá). La Constitución peruana señala que “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”.

⁴ Tal es el caso de las constituciones colombiana, boliviana, brasilera, ecuatoriana, nicaragüense, paraguaya y venezolana. Hasta la reforma constitucional de 1992 en Paraguay no se les confería plena ciudadanía a quienes no profesaran la religión oficial del Estado e incluso

La disociación que se viven en América Latina entre el plano normativo —el garantismo, la inclusión y el igualitarismo de las provisiones constitucionales— y el plano fáctico —la desigualdad, el desempleo, el subdesarrollo, la mayoría de ciudadanos por debajo de la línea de pobreza y la pobreza extrema en un alto grado—, explica otra característica transversal de los procesos de reforma constitucional, lo cual es el hecho de que se trata de un constitucionalismo aspiracional⁵ o utópico.⁶ Las nuevas Constituciones no organizan exclusivamente el Estado en sus organismos, funciones y competencias, sino que también consagran un tipo de sociedad a la que se aspira. Reflejan un descontento con la situación actual de sus sociedades, por lo cual, además de *descriptivas*, son *prescriptivas* con alto contenido normativo. Incluyen numerosas cláusulas de realización progresiva representadas por los principios, valores y derechos. Es utópico en la medida en que no describe lo que hay, el *topos*, sino lo que aún no está, pero queremos que esté en un futuro. La Constitución organiza la estructura del poder público, establece las principales funciones y competencias de las instituciones públicas, pero adicionalmente consagra un proyecto de país.

Se amplió la facultad de iniciativa legislativa a otros organismos, pues previamente estaba concentrada exclusivamente en los poderes Legislativo y Ejecutivo. La facultad creadora de derecho de manos de los jueces, vino aparejada con la incorporación de elementos del derecho anglosajón, sobre todo el respeto al principio de igualdad y a la seguridad jurídica respecto de casos similares fallados con antelación, así como el principio del *stare decisis*. En la actualidad ha ganado terreno la idea de la fuerza vinculante

se les inhabilitaba para ejercer ciertos cargos públicos. En 2012 se aprobó una reforma a este respecto en la Constitución mexicana, cuyo artículo 40 quedó así: "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta Ley fundamental".

⁵ García Villegas, Mauricio, "El derecho como esperanza, constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", en García Villegas, Mauricio; Rodríguez, César y Uprimny, Rodrigo, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

⁶ Gaviria, Carlos, "Construcción de un orden social, económico y político para la paz", en AA.VV., *Diálogo constitucional para la paz*, Bogotá, Corte Constitucional-Legis, 2014.

del precedente judicial y su estatus como fuente de derecho. Además, se ha introducido la jurisprudencia internacional de tribunales especializados en protección de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷

Por influencia del racionalismo francés y el movimiento codificador, así como de su escuela de interpretación jurídica —escuela de la Exegesis—, en la región se defendió tradicionalmente el carácter meramente auxiliar de la jurisprudencia dentro del conjunto de las fuentes del derecho. Se concebía al legislador racional y al derecho como un sistema que no había necesidad de interpretar, porque era claro, y que no presentaba vacíos ni antinomias, porque era completo y coherente. El trasfondo de esta concepción tenía un profundo contenido político, ya que los revolucionarios franceses temían que los jueces del nuevo régimen, que eran los mismos del antiguo régimen, crearan derecho imponiendo así su voluntad sobre la voluntad general representada en la ley positiva. Por esto se les decía que eran la boca que pronuncia las palabras de la ley. En el sistema de derecho continental la ley fue concebida como la única fuente de derecho.

La concepción que se sostiene ahora acerca de la fuerza normativa de los precedentes, estuvo precedida por la “doctrina probable” que surgió en España, en virtud de la cual se le atribuía un carácter de fuente del derecho a la jurisprudencia, dentro de su naturaleza como criterio auxiliar y en casos de duda o vacío interpretativo, pero sólo ante tres pronunciamientos uniformes de la Corte Suprema. En la actualidad se reafirma la naturaleza política del Tribunal Constitucional y el estatus de la jurisprudencia como fuente del derecho, toda vez que el texto político por excelencia: la Constitución política, contiene una serie de derechos y principios que la hacen un documento jurídico relevante en cualquier situación por cuenta, tanto de su propio carácter normativo, como de la fuerza vinculante de los derechos.

⁷ Quinche Ramírez, Manuel, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014; cfr. con mi reseña, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM-III, vol. 47, núm. 141, sep-dic, México, 2014.

De otra parte, se reconoce como un significativo logro la incorporación de mayores espacios de participación ciudadana. Con diferencias contextuales, se evolucionó de una democracia representativa a una democracia participativa. Se crearon instituciones electorales autónomas y se procuró fortalecer los órganos de control. Se reorganizaron los parlamentos, se crearon instituciones como tribunales constitucionales, defensorías públicas y juntas monetarias, y se realizaron cambios al proceso legislativo para la expedición de leyes y la aprobación de reformas constitucionales. Se avanzó hacia los mecanismos de justicia constitucional y se consagraron formas de protección judicial para hacer efectivos los derechos y aplicar la Constitución, no sólo respecto de los particulares y el Estado, sino también de las relaciones entre particulares.

Se pretendió dotar de mayor equilibrio a los órganos de poder, lo cual en algunos casos se ha visto menguado por el correlativo poder de cooptación institucional que ha conseguido el presidente. A ello se articula alguna tendencia a las reformas para conseguir la reelección presidencial, lo cual ha conducido a un reforzamiento del “hiperpresidencialismo” (Nino). Se observa una preocupación constitucional por fortalecer el Poder Judicial y garantizar la separación entre las ramas del poder público, receptando así la idea de los frenos y contrapesos que si bien se encontraba ya reconocida constitucionalmente, la falta de efectividad de los órganos creados para resguardarla la tornaba una garantía inocua.

En casos como el colombiano, el ecuatoriano y el boliviano, sobre todo, se trata de un constitucionalismo de la diversidad. El principio del pluralismo cultural se dotó de particular efectividad, tanto por su consagración como por la posibilidad brindada por las propias Constituciones de ratificación de tratados internacionales en los cuales se amparan derechos de pueblos indígenas y sujetos de especial protección.

La mayor extensión, pero sobre todo la vocación de rigidez de las nuevas constituciones latinoamericanas —en la medida en que establecen sus propias condiciones de modificabilidad de manera más estricta respecto del procedimiento legislativo ordinario—, constituyen dos aspectos afines al contexto europeo que permiten referir a un robusto constitucionalismo latinoamericano, o aquello que tempranamente se ha denominado “neo-

constitucionalismo". La rigidez de la Constitución es, conjuntamente con su garantía jurisdiccional, su fuerza vinculante y la posibilidad de interpretarse extensivamente, uno de los principales elementos que contribuyen al proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y de expansión de la normativa material de la Constitución. Para Ferrajoli, la rigidez constitucional es un rasgo estructural de la Constitución vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa.⁸

El neoconstitucionalismo⁹ sintetiza el esquema ideológico y doctrinario dentro del cual se han desarrollado los avances del constitucionalismo en los últimos 20 años en América Latina. Enmarca los procesos de internacionalización del derecho constitucional que se han venido desarrollando desde que varios países empezaron a cambiar sus Constituciones o a incluirles reformas,¹⁰ lo cual condujo a un cambio en los sistemas jurídicos con gra-

⁸ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 3ª ed., México, UNAM-III-Fontamara, 2007, pp. 153 y ss. Ferrajoli, Luigi, "Democracia constitucional y derechos fundamentales", en Ferrajoli, Luigi; Moreso, José Juan, y Atienza, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 91-92.

⁹ Sus perfiles están bien reconstruidos en las siguientes obras: Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 21-II, 1998; *Neococonstitucionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001. Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Lima, Palestra Editores, 2011. Sastre, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw Hill, 1999. Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos", en *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013. Bonilla, Daniel e Iturralde, Manuel (eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005. Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009. Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM-III, 2007; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (ed.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010; 2ª ed., Madrid, Trotta-UNAM-III, 2011. Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM-III, 2008. Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009. García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009. La cuarta parte de *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* de Fabra, Jorge y García J., Leonardo (eds.), México, UNAM, 2015, se dedica a debatir el neoconstitucionalismo, con contribuciones de Barberis, García Jaramillo, Ferrajoli, Salazar Ugarte y Fabra.

¹⁰ Colombia 1991, promulgada por una Asamblea Nacional Constituyente y ratificada por el entonces presidente. Venezuela 1999, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente luego de que el pueblo se manifestara mediante referendo (abr 25) a favor de una nueva

duales, pero significativas, repercusiones políticas y culturales. Sobre pocos conceptos de la teoría constitucional contemporánea como neoconstitucionalismo se discute tanto hoy en países como México, Costa Rica, Colombia, Brasil, Ecuador y Perú, además de España e Italia.¹¹ Se han publicado numerosos trabajos expresamente sobre el concepto o sobre algunos de sus elementos medulares. Encarna la concepción jurídica emergente de mayor éxito en la actualidad en la región.¹² En palabras de uno de sus críticos más conspicuos, se trata de una de las aproximaciones teóricas más acreditadas al derecho constitucional contemporáneo en el ámbito italo-iberoamericano.¹³ Otro influyente crítico señaló que, si bien los perfiles del movimiento no son del todo diáfanos, “esto no impide que entre los propios defensores y cultivadores de esos planteamientos se pueda hablar ya de un canon neoconstitucional”.¹⁴ El éxito en el recurso al concepto alude a lo atinado de la identificación del fenómeno que procura identificar.

El concepto y los presupuestos que sustenta han ejercido particular influjo en los procesos de creación, consolidación y desarrollo de los mandatos constitucionales. El caso colombiano fue pionero en los procesos de transformación del constitucionalismo latinoamericano y actualmente su

Constitución, y ratificada una vez que el texto redactado por la Asamblea se aprobó mediante referendo (dic 15). Ecuador 2008, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente (jul 25) y sometido el texto definitivo a referendo (sep 28). Bolivia 2009, promulgada por el presidente luego de que el texto redactado por la Asamblea Constituyente fuera aprobado mediante un referendo con participación del 91% del censo. Respecto de las reformas, vale la pena mencionar la que en 1994 se introdujo en Argentina sobre, entre otros aspectos, la ampliación de los efectos de los derechos fundamentales.

¹¹ Información a partir de la procedencia de las casi 245 000 referencias del concepto en Google y de las casi 7 0000 en Google Scholar.

¹² García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad...* cit.; Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo. Significado y niveles de análisis”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

¹³ Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente, algunas propuestas para esquivar confusiones recurrentes”, versión manuscrita facilitada por el autor. Véase también de su autoría, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-UNAM, 2006; “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (o un ornitorrinco jurídico)”, en *Política y derecho, cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013.

¹⁴ Juan Antonio García Amado, “Prólogo” a Jorge Zavala, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010.

Tribunal Constitucional se considera, por parte significativa de la doctrina y el Poder Judicial en la región, una de las más proactivas y la que más ha judicializado diversos problemas políticos. Se reconoce como particularmente alineada con causas progresistas, controladora en grado importante del (hiper)presidencialismo y comprometida con las principales tesis neoconstitucionales a nivel de la protección de la Constitución, la garantía a los derechos y el respaldo al carácter vinculante de la jurisprudencia.

Las decisiones que ha tomado la han situado a la vanguardia del constitucionalismo en la región,¹⁵ debido no sólo al número de sentencias que profiere cada año,¹⁶ sino sobre todo a la multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y al contenido de sus sentencias, fundamentación, enfoque teórico, metodología y creatividad.¹⁷ Se ha argumentado que es el tribunal judicial más poderoso del mundo y que supone el punto de inflexión que marca en Latinoamérica el inicio y establece las bases para el desarrollo de una forma constitucional propia durante las dos últimas décadas. Los rasgos pioneros que marcaron el cambio de paradigma constitucional en Colombia serán desarrollados por los procesos adelantados en Venezuela, Ecuador y Bolivia.¹⁸

¹⁵ Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004. Cepeda, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007. Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005.

¹⁶ Por ejemplo, en 2015 se expidieron 143 sentencias de Constitucionalidad, 660 de Tutela y 33 de Unificación, e igualmente se revisaron 614 519 expedientes de tutela estudiados por las Salas de Selección.

¹⁷ Además del contenido, fundamentación y enfoque de las sentencias, la Corte también ha innovado en los efectos que les ha asignado. Por ejemplo, aunque la acción de tutela se diseñó para que tuviera en principio sólo efectos entre el actor y la institución o persona tutelada —efectos *inter partes*—, la Corte ha otorgado efectos más extensos abarcando a personas que no interpusieron la acción pero que se encuentran no obstante dentro del grupo que padece la misma afectación en sus derechos —efectos *inter comunis*—. También ha establecido efectos retroactivos o diferidos en el tiempo de sus sentencias. Las sentencias modulativas condicionan la constitucionalidad de una norma determinada a que se interprete de una forma expresamente señalada por la Corte o complementan la disposición con un contenido normativo para hacerla conforme a la Constitución.

¹⁸ Landau, David, *Beyond Judicial Independence, The Construction of Judicial Power in Colombia*, Ph.D. Dissertation, Harvard University-Department of Government, Cambridge, 2004 (versión manuscrita facilitada por el autor); *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*,

2. COLOMBIA COMO RECEPTOR EMBLEMÁTICO DE DOCTRINAS JURÍDICAS TRANSNACIONALES

Colombia es uno de los países de la región donde mayores efectos, a nivel judicial, pedagógico y doctrinario, ha tenido la internacionalización del derecho constitucional.¹⁹ Desde la expedición de la Constitución de 1991 ha habido un marcado influjo de planteamientos jurídico-políticos transnacionales, debido a la necesidad de responder al desafío de implementar la normativa constitucional, en el contexto del pluralismo, la libertad y la dignidad como principios nodales del ordenamiento. Se ha asistido a una prolija recepción de autores, doctrinas e iusteorías transnacionales. La academia y la judicatura en general están familiarizadas con conceptos como interpretación sistemática, naturaleza normativa y garantía jurisdiccional de la Constitución, así como con contenido esencial, fuerza vinculante y efecto de irradiación de los derechos fundamentales.

En el marco de la proclamación normativa con eficaz garantía de los derechos fundamentales, los procesos de reforma constitucional requirieron de renovadas doctrinas judiciales y planteamientos teóricos que permitieran responder sólida y sistemáticamente ante los procesos de implementación de las provisiones constitucionales. De manera paulatina se evidenció un cambio en la dogmática jurídica, es decir, en los textos constitucionales, en los códigos y demás leyes —no sólo en el momento de su interpretación judicial mediada por el proceso de constitucionalización del derecho, sino desde la misma proclamación legislativa—, y también en las teorías del derecho que respaldan la comprensión de cada campo normativo, lo cual ha vinculado de manera inédita en la historia a la academia con la judicatura.

La Constitución política de 1991 institucionalizó el estado social de derecho que, como modelo ideológico y fórmula política, cuenta con elementos básicos como el respeto a la dignidad humana (art. 1), la procla-

la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, Bogotá, Universidad Externado, 2015. Noguera Fernández, Albert y Criado de Diego, Marcos, "La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina", en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, ene-jun, 2011.

¹⁹ Sieckmann, Jan; Clérico, Laura y Capaldo, Griselda (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional. Constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2012.

mación de principios de democracia, participación y pluralismo (art. 1), la atribución a la Constitución de carácter supremo (art. 4), la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5), el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales y sociales (tít. 2, caps. 1 y 2) y la garantía jurisdiccional de la Constitución (cap. 4). En particular la consagración de la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado (art. 2), ha tornado cardinal los problemas relacionados con la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales, porque la razón de ser del Estado aparato —*i.e.*, la parte orgánica de la Constitución— no es otra que la garantía de los derechos —*i.e.*, su parte dogmática—. Las disposiciones iusfundamentales que establecen los derechos determinan límites formales y materiales a los poderes públicos, pero también a los privados.²⁰ Las *normas dogmáticas* le determinan a las *normas orgánicas* tanto lo que deben hacer, como lo que les está permitido hacer.

Esta posición explica por qué los problemas relativos al concepto, la estructura y la interpretación de los derechos fundamentales han ocupado un lugar sobresaliente en la jurisprudencia constitucional y en la dogmática del derecho público colombiano desde la génesis misma de la jurisdicción constitucional en 1992. Por esto la pregunta ¿dónde están consignados y explicados los derechos fundamentales?, no se puede responder haciendo referencia exclusiva al título respectivo de la Constitución, sino que deben referirse los volúmenes de jurisprudencia que ha desarrollado la Corte Constitucional durante dos décadas. La Constitución ha visto ampliado el rango de cuestiones sobre las que tradicionalmente se ocupaba, pues la Corte ha extendido la densidad normativa material que originalmente estructuró la Asamblea Constituyente.

El neoconstitucionalismo colombiano es vanguardista de las tendencias que han acometido varios países de la región con el cambio o la reformulación de sus Constituciones. Como una especie de rareza en el contexto iberoamericano e incluso global, la jurisdicción constitucional co-

²⁰ Estrada, Alexei J., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado, 2000. Cifuentes, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, UNAM-III, 2008.

lombiana es considerada particularmente activista. Sobre todo se le objeta porque presuntamente se entromete en las funciones y competencias de las otras ramas del poder público. El activismo de las actuaciones judiciales y la judicialización de cuestiones tradicionalmente decididas en la esfera política o legislativa, han desembocado en un inédito protagonismo judicial.

Debido a tres fenómenos interconectados de progresiva implementación en Colombia, se puede observar una clara materialización del activismo judicial. Los fenómenos son:

1. la constitucionalización del ordenamiento jurídico;
2. el desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución, y
3. la judicialización de la política.

Han alcanzado una centralidad en la creación y desarrollo del derecho, pero sobre todo en la conciencia jurídica local: desde el ciudadano que recurre a la tutela para proteger un derecho, el operador, litigante o juez que consulta la jurisprudencia en su actividad ordinaria, hasta el gobierno cuyas declaratorias de estado de conmoción interior deben contar con la aprobación judicial toda vez que deben ajustarse a la Constitución. La judicialización de la política y la forma como la Corte ha desarrollado la densidad normativa de la Constitución, han generado en algún grado un desplazamiento de la legitimidad democrática del sistema político hacia el sistema judicial. El votante medio, como se sabe por encuestas, se siente más identificado con la Corte Constitucional y muchos de los asuntos que aborda, y las posiciones con las que los sustenta, que con el Congreso.

Estos cuatro fenómenos —constitucionalización, densidad normativa, judicialización y desplazamiento de legitimidad democrática—, con sus problemas, se juzgan en general positivamente y han convertido a Colombia en un objetivo interesante en términos de derecho comparado y de las posibilidades reales de alcanzar grados de progreso social e inclusión mediante la acción judicial.

El activismo del Tribunal Constitucional, más celebrada y acremente criticada, en el mundo: la Corte Constitucional Colombiana, ha consistido sobre todo en la construcción de herramientas doctrinarias para sustentar y justificar su intervención en un amplio rango de temas. Ha usado las deci-

siones judiciales para cultivar el apoyo de académicos, de la sociedad civil y de la clase media. Conforme a Landau, el respaldo de estos grupos, en vez de la fragmentación política, ha sido el factor determinante en la configuración del rol institucional de la Corte y, así, en la protección que en distintos momentos ha recibido para evitar los intentos de contener y refrenar el trabajo de la Corte.²¹

Ha acontecido un creciente protagonismo de las altas cortes en temas políticos, ya que muchos asuntos que tradicionalmente eran decididos en la esfera política se resuelvan ahora en sede judicial. Los tribunales constitucionales edifican márgenes de configuración legislativa desde la protección de los derechos fundamentales y crean controles de distintas intensidades para el ejercicio de la función pública. Cuando los derechos y principios irradian íntegramente la estructura del poder público debido al deber de interpretar toda la normativa conforme a la Constitución, se limita la soberanía del legislador y de los parlamentos y se obliga a todas las instituciones a seguir los dictados constitucionales.²² La judicialización de la política ha sido débil en países como México, Ecuador y Chile, respecto de cómo ha sido en Colombia.²³ Además de la intensidad difieren los procesos de judicialización en la forma, pues en Colombia ha sido sobre todo trabajo de la Corte Constitucional en general, y de la Corte Suprema de Justicia en los casos de investigación y juzgamiento de congresistas o de examen a la legalidad de solicitudes de extradiciones, mientras que en Brasil ha sido el Poder Judicial en general.²⁴

La judicialización de la política en Colombia ha acontecido fundamentalmente en dos sentidos: aumento de facultades para sancionar transgresiones al ordenamiento jurídico —lucha contra la corrupción política, con-

²¹ Landau, David, *Beyond Judicial Independence...*, cit.

²² Robinson, James, autor del libro *Por qué fracasan las naciones*, se pregunta “¿Qué otro país de América Latina habría sacado a Uribe del poder?”. Entrevista para la revista *Semana*, 8 oct 2013.

²³ Cepeda, Manuel José, “La judicialización de la política en Colombia, lo viejo y lo nuevo”, en Sieder, Rachel; Schjolden, Line y Angell, Alan (eds.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado, 2008.

²⁴ *Idem*. La judicialización de la política no siempre tiene efectos positivos, pues en Venezuela, por ejemplo, se ha asociado a la politización de la justicia.

trol al hiperpresidencialismo y a los excesos gubernamentales—, y toma de decisiones en materias que, en un principio, corresponderían a los órganos democráticamente elegidos como el gobierno y el Congreso —aborto, eutanasia, matrimonio entre parejas del mismo sexo, así como decisiones relacionadas con políticas públicas, por ejemplo, protección de grupos minoritarios o sujetos de especial protección—.

3. EL MARCO PARA COMPRENDER EL ACTIVISMO: LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY

La teoría de Alexy ha contribuido en la transformación del constitucionalismo latinoamericano y, en particular, es una de las que mayor influjo ha ejercido en la doctrina y la jurisprudencia colombianas. Se trata de la teoría que mejor explica, y en parte fundamenta, los cambios que mediante la jurisprudencia ha tenido el constitucionalismo colombiano. La recepción y difusión de la teoría de los derechos fundamentales en Colombia responde a diversos factores. De un lado la implementación de la normatividad pos-Constitución de 1991 exigió la atención hacia doctrinas de circulación transnacional para aplicar los derechos fundamentales sin invadir la órbita funcional del Legislativo, lo cual, más que deseable, resulta necesario en una democracia constitucional porque una teoría del espacio libre del legislador permite una razonable separación de competencias entre los poderes Judicial y Legislativo, sin afectar el proceso de constitucionalización del derecho ni el principio de superioridad de la Constitución.

Otro factor que podría denominarse “coyuntural” responde al hecho de que la Corte estuvo integrada en sus primeros años por profesores conocedores de las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo que se estaban usando y enseñando en otros contextos como el estadounidense, el español y el germano.²⁵ Magistrados titulares y auxiliares, reconocidos juristas, se

²⁵ Una de las primeras sentencias en las cuales el Tribunal Constitucional Español recurrió al principio de proporcionalidad es de 1995. En la sentencia núm. 66 examinó la constitucionalidad de una medida que procuraba garantizar el orden público. Evaluó la legitimidad de la medida y ponderó la importancia del objetivo propuesto con el riesgo que representaba para personas y bienes. Sostuvo que el examen de constitucionalidad de las intervenciones en derechos fundamentales debe realizarse a partir de los mandatos que comportan los subprincipios del examen de proporcionalidad, es decir, si la medida legislativa bajo examen es suscep-

formaron en universidades extranjeras y usaron los cánones del neoconstitucionalismo como fuentes en sus investigaciones, por lo que en su labor de impartir justicia recurrieron a esas mismas fuentes como herramientas de interpretación y concreción de los postulados constitucionales progresistas.²⁶

Ante ambos factores la teoría de Alexy tuvo una particular resonancia. Ha contribuido en la creación y fundamentación de subreglas, y el establecimiento de sus propias condiciones de posibilidad; en la sistematización de la jurisprudencia; en la construcción del precedente judicial vinculante; en la fundamentación de los derechos como principios; en las formas de resolver las tensiones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria mediante la dogmática de los márgenes de acción; y en la comprensión y defensa de fenómenos como la expansión de la densidad normativa de la Constitución y la constitucionalización material del ordenamiento jurídico. Ha otorgado métodos y argumentos para comprender a la Constitución como un “orden fundamental”, porque resuelve las preguntas fundamentales en una sociedad, y como un “orden marco” porque, además de establecer prohibiciones —lo constitucionalmente *imposible*— y estipular órdenes —lo constitucionalmente necesario—, deja cuestiones sin resolver, abriendo un espacio para el ejercicio de la discrecionalidad —lo constitucionalmente *posible*—.

En particular, en las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa, la obra de Alexy ha sido citada en sustento de distintas posiciones.²⁷ Su influencia también se aprecia en las decisiones donde la Corte

tible de conseguir el objetivo propuesto —es decir, si es idónea—, si no hay otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia —es decir, si es necesaria— y si es ponderada considerando que se derivan de ella más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

²⁶ Entre los titulares, Carlos Gaviria, Alejandro Martínez, Eduardo Cifuentes, Eduardo Montealegre Lynett, Humberto Sierra Porto y Manuel José Cepeda, y entre los auxiliares, Rodolfo Arango, Mauricio García Villegas, César Rodríguez, Rodrigo Uprimny, Catalina Botero, Gonzalo Ramírez Cleves, Aquiles Arrieta, Clara Helena Reales y Alexei Julio Estrada.

²⁷ En las sentencias C-022/96 —estructura del derecho a la igualdad—; C-355/06 —protección de la libertad para realizar la dignidad en la despenalización del aborto en tres casos—; T-597/07 —justificaciones interna y externa de las decisiones judiciales—; C-154/96 —derecho a la igualdad—; T-570/14 y T-139/15 —dimensión objetiva de los derechos fundamentales—; T-702/09 —carácter deóntico de ciertas expresiones—. Consejo de Estado, secc. 3ª, en 2002, 2011 2012 y 2014, sobre la inevitabilidad de las ponderaciones, las formas de solucionar

Constitucional, desde su primera jurisprudencia, empleó el *principio de proporcionalidad*. En una primera etapa casi exclusivamente en la aplicación del principio de igualdad y, luego, en el *control de medidas* de los poderes públicos que resultaban restrictivas de derechos fundamentales y en las relaciones entre particulares.²⁸

La acogida local de esta teoría ha corrido pareja al auge doctrinario y político de los derechos fundamentales en el mundo Occidental. La *última* década ha demostrado ser particularmente fructífera en la utilización del examen de proporcionalidad en la academia anglosajona, que entre otros aspectos se ha enfocado en investigaciones sobre la racionalidad del principio y su frecuencia de uso por parte de tribunales locales e internacionales.²⁹ Se ha convertido desde mediados del siglo pasado en una herramienta

colisiones entre principios, la importancia de procurar encontrar en cada caso una respuesta correcta y la pretensión de corrección del derecho; secc. 2ª, en 2011, sobre el principio de proporcionalidad.

²⁸ Entre otras, C-670/02, C-555/05, C-875/05 y C-076/06 —protección del derecho a la igualdad—; C-093/01 —juicio integrado de proporcionalidad—; C-309/97 —obligación de usar cinturón de seguridad—; C-802/02 —la proporcionalidad debe emplearse en el control de las medidas adoptadas en estados de excepción—, y en sentencias como T-422/92, C-022/96, T-015/94 y SU-642/98.

²⁹ Clérico, Laura, "Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Fabra, Jorge y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, 2016. Para defensas teóricas y otros usos locales del principio de proporcionalidad, véase Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009. Cfr. con mi reseña en *Revista Vniversitas*, núm. 120, ene-jun, 2010. Para el caso español, Sarmiento Ramírez, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis desde el derecho español*, Bogotá, Universidad Externado, 2007. Perelló D., Isabel, "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", en *Jueces para la democracia*, núm. 28, 1997. Para un análisis crítico de su aplicación por parte del Tribunal Constitucional Peruano, Bernal Pulido, Carlos, "La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad", en *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, cit., cap. 11. Zavaleta, Roger E., "Por una ponderación más ponderada, el test de proporcionalidad en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano", en García Jaramillo, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, Lima, Grijley, 2014. Para su recepción en Colombia, Bernal Pulido, Carlos, "Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control constitucional de las leyes" y "El principio de proporcionalidad de la legislación penal", en *El derecho de los derechos*,

utilizada en diversas áreas del derecho para solucionar conflictos que se presentan cuando en un caso concreto que vincula derechos o fines constitucionalmente protegidos, concurren varias soluciones posibles de las que naturalmente sólo puede elegirse una por la estructura misma de los principios.

La teoría de Alexy ha demostrado ser una influyente explicación no sólo de la naturaleza, sino también de la estructura de los derechos fundamentales. Conviene precisar los principales elementos que estructuran su teoría para comprender uno de sus últimos desarrollos, como es la doctrina de los *márgenes de acción*. El fundamento mismo de la fórmula política del estado constitucional es la existencia de principios que, además de las reglas, integran el ordenamiento jurídico y en particular la Constitución. Los principios se conciben como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes, son por lo tanto mandatos de optimización. En tanto normas constitucionales, los principios pueden contar con los atributos de los enunciados normativos de derecho fundamental, o como Alexy los denomina “disposiciones de derecho fundamental”. Esta particularidad es importante para entender la diferencia entre *norma directamente estatuida* y *norma adscripta*. La principal característica de los principios es su estructura de mandatos de optimización.

En la consideración de los derechos fundamentales como principios, se encuentra implícita la prevalencia de la teoría externa de los derechos fundamentales.³⁰ La teoría de los principios plasma la conexión interna entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, el cual

Bogotá, Universidad Externado, 2005. Cepeda, Manuel José, “La Constitución y el juez. Nuevos enfoques interpretativos”, en *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007. Montealegre Lynett, Eduardo, “Principio de proporcionalidad y políticas económicas”, en García Jaramillo, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, cit. Para una perspectiva comparada entre Colombia y Chile, Lopera Mesa, Gloria, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en García Jaramillo, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, cit.

³⁰ Amado García, critica esta posición y oponiendo una teoría interna, véase su “Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit.

asiste al tribunal constitucional en su tarea de aplicar los derechos fundamentales sin invadir la órbita funcional del Legislativo.³¹ Una teoría del espacio libre del legislador se estructura desde la teoría de la argumentación, una teoría de los principios a partir de la cual se edifica la ponderación y se defiende su racionalidad;³² y desde la teoría de los derechos fundamentales, una teoría de los principios que articula los derechos fundamentales con el principio de proporcionalidad.³³

Cómo conseguir una adecuada expansión de los contenidos materiales de la Constitución por vía judicial sin que ello implique un desmedro de la legitimidad, sobre todo, del Tribunal Constitucional, ni una afectación de la autoridad del derecho ante la comunidad. La dogmática de los márgenes de acción contribuye a solucionar en la práctica los problemas que se presentan al momento de conciliar el activismo judicial, en pro de la realización del modelo ideológico del estado social y democrático de derecho, con el principio mayoritario.

El contexto colombiano representa un interesante caso de estudio, toda vez que acontecen los principales presupuestos para examinar los desafíos y las posibilidades de la implementación de elementos neoconstitucionales en el marco de una sociedad desigual y con altos índices de carencias en la realización de derechos. De un lado se cuenta con una Constitución garantizada por un tribunal especializado que, a su vez, la concibe con naturaleza plenamente normativa; los derechos tienen *fuerza vinculante y eficacia* frente a particulares. De otro lado, la desidia parlamentaria, a pesar de los claros mandatos constitucionales a favor de la garantía de derechos, ha activado formas vigorizadas de activismo judicial. La constitución debe realizarse pero dicho activismo no puede estar fuera de control. De ahí la relevancia de examinar elementos de la dogmática de los márgenes de acción en un

³¹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, CEPC, 2007, cap. 5.

³² Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009, cap. 1.

³³ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 1989; del mismo autor, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997; *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2007; *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005, cap. 2; *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

contexto donde se dan los presupuestos facticos y normativos para realizar una investigación con hallazgos fructíferos.

La Corte no ha desarrollado su labor sólo como legislador negativo, controlando pasivamente la conformidad constitucional de las leyes, sino también impartiendo órdenes concretas y exhortos para garantizar la realización de derechos, principios y libertades. Hay que tener en cuenta la confluencia de los siguientes factores que explican la consolidación de la filosofía de la adjudicación, conocida como activismo judicial, en Colombia. Asimismo la confluencia de estos factores ha derivado en una mayor judicialización de la política, ya que mientras se presenten mayores problemas de representación mayor será el riesgo de sustituir la política por la acción judicial.³⁴

Situaciones fácticas y jurídicas sustentan la necesidad reconstruir y evaluar los casos donde se ha incorporado ya la dogmática de los márgenes de acción, así como de analizar las posibilidades de esta teoría para solucionar los conflictos institucionales por el desarrollo jurisdiccional de la Constitución frente a las competencias del parlamento.

1. Contexto de pobreza y desigualdad social. Colombia es uno de los países con mayores índices de pobreza en el continente. En 2014 la pobreza monetaria (ingresos que no alcanzan para la canasta básica) se registró en 28.5%. La desigualdad es de 0.538 evaluada con el coeficiente de Gini (0 absoluta igualdad y 1 inequidad absoluta).³⁵

³⁴ Sobre este fenómeno, en el contexto anglosajón, véase, Hirschl, Ran, *The Judicialization of Politics*, ed. por Robert E. Goodin, *The Oxford Handbook of Political Science*, 2011. En otros contextos, Uprimny, Rodrigo, "La judicialización de la política en Colombia, casos, potencialidades y riesgos", en *SUR, Revista internacional de derechos humanos*, núm. 6, año 4, 2007. Farrera Bravo, Gonzalo, "La judicialización de la política. El caso de México en perspectiva comparada", en *Revista IUS*, vol. 6, núm. 30, jul-dic, 2012.

³⁵ Colombia tiene la tercera peor desigualdad entre 129 países de la Organización de las Naciones Unidas. Solo supera a Haití y Angola en desigualdad. Véase, www.portafolio.co/economia/colombia-solamente-supera-haiti-y-angola-desigualdad. América Latina viene presentando el índice de Gini más alto en el mundo. En los años noventa, África subsahariana presentaba un índice de Gini de 4.7, mientras que el de América Latina era de 49.3. La desigualdad en los países de la región aumenta en la medida en que el crecimiento económico registra mejores indicadores. En 2004 el Banco Mundial expresó que "América Latina sufre de una enorme desigualdad... Se trata además de un fenómeno invasor que caracteriza a cada aspecto de la vida

2. Desidia de los órganos representativos para acometer reformas sociales urgentes. Deficiencia de políticas públicas y violación de libertades fundamentales. Desencanto frente a la política.
3. Creación en 1991 de una nueva Constitución garantista, con naturaleza normativa, amplio catálogo de derechos y principios, en cuya implementación se ha recibido la influencia dogmática, teórica y doctrinaria del constitucionalismo del norte global. Se destaca la idea de la garantía jurisdiccional de la Constitución y la creación de tribunales encargados de garantizar su supremacía e integridad.
4. Tribunal constitucional intensamente requerido por toma de decisiones que propendan por la protección de libertades y el goce efectivo de derechos. Activismo reflejado en la creatividad al resolver casos que involucran violaciones masivas y reiteradas de derechos fundamentales hacia una población plural de personas y por cuya ausencia de políticas públicas no se vislumbra una posible solución a corto plazo.³⁶
5. Surgen tensiones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, pero sobre todo en entre el Tribunal Constitucional y los poderes Legislativo y Ejecutivo, lo cual hace necesaria una dogmática de márgenes de ac-

como el acceso a la educación, la salud y los servicios públicos; el acceso a la tierra y a otros activos; el financiamiento de los mercados de crédito y laborales formales y la participación e influencia política". El informe de 2010 del PNUD inicia afirmando que "La desigualdad es una de las principales características que definen la historia de América Latina y el Caribe. Una muy alta y persistente desigualdad que, acompañada de una baja movilidad social, han llevado a la región a caer en una "trampa de desigualdad". Quizá pertinente recordar a Carlos Fuentes, "Algo se ha agotado en A. Latina, los pretextos para justificar la pobreza".

³⁶ Además del contenido, fundamentación y enfoque de las sentencias, la Corte también ha innovado en los efectos que les ha asignado. Por ejemplo, aunque la acción de tutela se diseñó para que tuviera en principio sólo efectos entre el actor y la institución o persona tutelada —efectos *inter partes*—, la Corte ha otorgado efectos más extensos abarcando a personas que no interpusieron la acción, pero que se encuentran no obstante dentro del grupo que padece la misma afectación en sus derechos —efectos *inter comunis*—. También ha establecido efectos retroactivos o diferidos en el tiempo de sus sentencias. Las sentencias modulativas condicionan la constitucionalidad de una norma determinada a que se interprete de una forma expresamente señalada por la Corte o complementan la disposición con un contenido normativo para hacerla conforme a la Constitución.

ción para delimitar la constitucionalización del ordenamiento jurídico y el desarrollo de la densidad normativa material de la constitución.

4. PLAN DE TRABAJO

Se analizarán casos representativos acerca de cómo el Tribunal Constitucional más reconocido de América Latina, ha construido una dogmática de los márgenes de acción en su labor judicial activista. Se pretende demostrar cómo el activismo judicial se ha desarrollado dogmáticamente a nivel constitucional, en lo relativo a la competencia del Legislativo en la toma de decisiones donde imparte órdenes complejas al precisar fines o señalar medios para cumplirlos, así como al solicitar rendición de cuentas por el cumplimiento de órdenes impartidas.

Debe reconstruirse previamente la teoría de los derechos fundamentales de Alexy en lo relativo a la necesidad de crear una dogmática de márgenes de acción ante casos de constitucionalización del derecho y desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución, por vía de las decisiones judiciales que imparten órdenes a distintos órganos estatales o profieren exhortos con distinto grado de vinculatoriedad, según el tipo de omisión legislativa que se declare.

El neoconstitucionalismo constituye un marco apropiado para comprender, analizar y evaluar los procesos de cambio y renovación de instituciones a partir de los procesos de transformación constitucional. Como se trata de un concepto polémico, se mostrará cuáles son sus elementos medulares, qué cometidos condujeron al acuño del concepto y qué objeto identifica. Como no todo lo nuevo en términos constitucionales debe reconocerse como neoconstitucional, conviene aportar claridad analítica. Una de las principales y más recurrentes dificultades que se señalan respecto del neoconstitucionalismo, tiene que ver precisamente con la *ambigüedad* y *vaguedad* que comporta el concepto.³⁷ La falta de trabajos de revisión ha

³⁷ Para Prieto Sanchís el problema radica en que se le puede defender en sentidos distintos y, una vez que se fija, tampoco resultan muy claros los rasgos que deben concurrir para ostentar legítimamente dicho concepto. Véase Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, pp. 23 y ss.

conducido a un debate empobrecido repleto de epítetos descalificativos o laudatorios, en todo caso acríticos. Interesa saber de qué hablamos cuando hablamos de neoconstitucionalismo y determinar entonces si tiene o no relevancia su alusión. Si es o no un concepto adecuado para comprender un fenómeno que antes no existía, o si es un inocuo modismo.

La implementación del proceso de constitucionalización del derecho y los grados de consolidación de la democracia constitucional, como elementos medulares del neoconstitucionalismo, exigen, de un lado, un tribunal activista comprometido con la realización de la propuesta axiológica de la Constitución y, de otro lado, la construcción de una dogmática de los márgenes de acción a partir de las posibilidades discrecionales establecidas por lo constitucionalmente imposible y lo constitucionalmente necesario. Este trabajo analiza el caso colombiano que es con seguridad el más relevante de la jurisprudencia iberoamericana respecto al difícil contexto donde ha surgido un activismo correlativo con la creación de márgenes de acción. La experiencia constitucional colombiana es con toda probabilidad la más rica de la región en las últimas décadas, que en medio de un momento convulso de su historia, decide renovar por completo su marco constitucional y darse a la tarea de reconstruir el país con base en el llamado nuevo derecho.³⁸

En este trabajo se avanza hacia un inexplorado, aunque particularmente influyente, aspecto de la teoría de Alexy en la jurisprudencia constitucional colombiana que, además, está en capacidad de rendir efectos hacia otros contextos donde la necesidad de contar con una constitucionalización del derecho y un desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución, evidencia tensiones entre los tribunales constitucionales y los tribunales ordinarios, así como entre los tribunales constitucionales y los parlamentos.

³⁸ Carbonell, Miguel, "Prólogo", en García Jaramillo, Leonardo, *Constitucionalismo deliberativo*, México, UNAM-IIJ, 2015.