

## I. EL BOOM NEOCONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

El *boom* latinoamericano es una idea que se acuñó, como se sabe, para explicar la explosión editorial que en materia literaria se vivió en América Latina, sobre todo, entre las décadas de los sesenta y setenta del siglo xx. Dentro de sus características centrales se destacan el desafío a los convencionalismos propios de la literatura latinoamericana, el notable influjo político en la narrativa cuentista y novelesca, la ambición escritural, el acuño de nuevos conceptos, el recurso a figuras literarias y la concepción de la literatura como un acto de creación.<sup>39</sup>

Desde inicios de la década de los noventa aconteció en América Latina otro tipo de *boom*, el de las doctrinas sobre el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra. Comparte factores con el *boom* literario. El desafío a convencionalismos aconteció por ideas como la *discrecionalidad* en la decisión judicial y la valoración, ponderación y creación de derecho por parte del juez; la judicialización de la política; el influjo político en las narrativas jurídicas, históricamente ausentes de esta variable; el acuño y la difusión extendida de nuevos conceptos como *ponderación*, *margen de acción*, *núcleo esencial* y *recurso a figuras y metáforas* como la novela en cadena. El éxito en la difusión y el reconocimiento del neoconstitucionalismo se debe en parte, como sucedió con los autores del *boom*, al hecho de que por primera vez un significativo número de autores, empiezan a publicar sus obras en países latinoamericanos y europeos distintos a los de su origen. De este modo experiencias locales, que hasta el momento pasaban si acaso por exóticas, empiezan a contribuir a la configuración de una renovación dogmática y

---

<sup>39</sup> Donoso, José, *Historia personal del "boom"*, Barcelona, Anagrama, 2012 (1972).

doctrinaria del derecho desde el sur global, creando así una identidad que los textos permitieron reconstruir.

Dentro de los elementos teóricos, ideológicos y metodológicos del neo-constitucionalismo, se destacan: respecto de la Constitución: *interpretación sistemática, naturaleza normativa, garantía jurisdiccional, fuerza vinculante y modelo axiológico* de la Constitución como norma. Las Constituciones latinoamericanas contienen numerosas cláusulas de realización progresiva porque reflejan un descontento con la situación actual de sus respectivas sociedades. Si bien la Constitución colombiana es semirrígida o incluso flexible, según la clasificación usual conforme al criterio de reformabilidad, el discurso sobre la importancia de resguardar al texto fundamental de cambios constantes ha tenido una llamativa recepción doctrinaria y jurisprudencial.

Respecto de los derechos fundamentales, se destacan: *contenido esencial y valor normativo pleno, efecto de irradiación* hacia todo el ordenamiento jurídico a partir de lo cual se ha constitucionalizado; la eficacia entre particulares ha sido uno de los mayores logros en el caso de los efectos normativos que consagran los derechos. Se han trasplantado técnicas interpretativas propias de los desarrollos dogmáticos transnacionales sobre la concepción y la aplicación de los derechos constitucionales, tales como el principio de proporcionalidad en sentido lato y la ponderación. El criterio del *goce efectivo de los derechos* se ha constituido en todo un parámetro de constitucionalidad. Con el nacimiento de la democracia constitucional surgió fortalecido un tipo de constitucionalismo de tipo garantista en los países latinoamericanos, debido a la inclusión de principios de naturaleza moral y al reconocimiento de diversos derechos.

Los modestos grados de crecimiento económico que se han alcanzado y el aumento de la inversión extranjera, no han repercutido en un beneficio compartido por el gran número de ciudadanos, ya que correlativamente aumentan los indicadores tales como la confianza inversionista, traducida en mayor inversión extranjera, aumentan los niveles de pobreza, pobreza extrema y desigualdad. Esto nos permite aseverar que muchas medidas que los gobiernos han tomado en desarrollo de la Constitución, no son siquiera

utilitaristas, pues no benefician a un gran número de personas.<sup>40</sup> Estamos cada vez más lejos de modelos normativos de democracia como el que se deriva de planteamientos como los de Rawls, conforme al cual las desigualdades sociales y económicas deben resolverse de modo tal que redunden en el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.<sup>41</sup> En este mismo sentido podría dejarse planteada una idea: por los enormes problemas de representación política real de la gran mayoría de ciudadanos en las sociedades latinoamericanas, la conocida objeción contramayoritaria al Poder Judicial debe ser repensada en su denominación cuando se trata de objetar el papel activista de los tribunales que deben impartir justicia en tales contextos, pues no es precisamente contra las mayorías que se decide, sino contra los pequeños grupos cuyo poderío económico se traduce en mayor representación ante las instancias de decisión política. Los parlamentos están integrados cada vez menos por mayorías.

El excepcionalismo jurisprudencial colombiano se debe en parte al empeño por reivindicar la naturaleza normativa de la Constitución y la fuerza vinculante de los derechos. El proactivismo judicial tiene, no obstante, posibilidades pero también límites, sobre todo relativos al diseño institucional respecto del proceso de formación de las políticas públicas. Debido a tales límites el constitucionalismo contemporáneo debe ser democrático, es decir, en el proceso de interpretarlo y configurarlo, el poder judicial debe ser sensible o receptivo a los otros organismos del Estado, las asociaciones civiles, los partidos políticos, las ONG, la academia... Todos tienen la responsabilidad, no sólo de hacer cumplir las normas constitucionales, sino también de contribuir en tal proceso. De esta interacción depende, en últimas, la legitimidad del constitucionalismo.

---

<sup>40</sup> Conforme a la filosofía utilitarista, el principio moral más elevado, bien sea respecto de las personas o políticamente hablando, consiste en maximizar el bienestar general, la felicidad colectiva o el equilibrio total del placer sobre el dolor. En una frase, maximizar la utilidad, lo cual significa maximizar el equilibrio entre felicidad y sufrimiento. Sandel, Michael, *Justice. Whats the right thing to do?*, Nueva York, Farrar-Straus-Giroux, 2009.

<sup>41</sup> Primera parte del segundo principio de justicia, o principio de diferencia. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1979.

Desde dos puntos de vista se pueden observar los cambios acontecidos en las formas de los estados y en el contenido y tipo del derecho constitucional. Históricamente desde el surgimiento de un modelo ideológico y fórmula política denominada estado constitucional de derecho, el cual surge en Alemania en la versión que se receptó en muchos países.<sup>42</sup> A Colombia ingresó por vía del influjo que había ejercido en España, país cuya doctrina influenció determinantemente éste y otros aspectos dogmáticos y orgánicos en los procesos de renovación constitucional en América Latina. Teóricamente a partir de las críticas al positivismo que empiezan a configurar otros movimientos y escuelas que comparten la centralidad en el discurso jurídico de los derechos fundamentales, la vocación normativa de la Constitución.

La difusión global de importantes elementos de la dogmática jurídica alemana e italiana, así como de las teorías jurídicas subyacentes, ha determinado cambios en el discurso jurídico que abonan el terreno a la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo.<sup>43</sup> En particular, en Colombia desde 1991 una serie de procesos de cambio y renovación se han venido presentando en el derecho constitucional y, por vía de la constitucionalización del derecho, en todo el ordenamiento jurídico. Central en este punto es la expansión de la *densidad normativa* material de la Constitución por cuenta de la jurisprudencia y el desarrollo de una nueva interpretación constitucional determinada por los principios que reivindica la filosofía liberal, ante el surgimiento de nuevos desafíos a los cuales se debe enfrentar un ordenamiento jurídico constitucionalizado.

---

<sup>42</sup> 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 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 a este modelo ideológico, 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.

<sup>43</sup> Comanducci, Paolo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

## 1. HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN

El neoconstitucionalismo aporta un valioso referente para analizar críticamente la manera cómo doctrinas jurisprudenciales, teorías jurídicas y discusiones académicas que han surgido en otros países para responder muchas veces —pero no necesariamente— a sus propias necesidades sociales y urgencias jurídicas contextuales, han sido receptadas a distintos procesos locales de producción, interpretación y aplicación normativas.

Comprender de forma adecuada el neoconstitucionalismo es útil para entender las maneras cómo se conforma a nivel transnacional un canon de doctrinas y teorías, e igualmente otorga elementos para describir la forma en la que teorías jurídicas y doctrinas jurisprudenciales surgidas en países con contextos sociales, políticos e incluso culturales particularmente distintos entre sí, viajan no obstante entre ellos y son receptadas conforme muchas veces a otras necesidades teóricas y prácticas. El influjo de los elementos medulares del neoconstitucionalismo en Colombia ha trascendido la cuestión académica y pedagógica, para dar cuenta de una influencia efectiva en la concepción y puesta en práctica de sistemas constitucionales amplios y ambiciosos en sus alcances.

El neoconstitucionalismo es una doctrina integral que reconstruye, con dos propósitos, el modelo jurídico de los ordenamientos jurídicos de los estados constitucionales: elevar conclusiones sobre la naturaleza del derecho en un plano conceptual o justificar normativamente ese modelo. Es posible distinguir entonces entre un *neoconstitucionalismo conceptual* y un *neoconstitucionalismo normativo*: el primero redefine la teoría del derecho al cuestionar los principales cimientos teóricos e ideológicos sobre los que se estructuró el discurso jurídico durante décadas; el segundo estructura una nueva política del derecho al objetar muchos presupuestos positivistas como la no necesaria vinculación entre el derecho y la moral, la consideración de las reglas como el principal tipo de normas en un ordenamiento jurídico, la centralidad de la ley proveniente del Poder Legislativo como fuente de derecho y la menor intensidad en la colaboración entre las ramas del poder público para la realización de los fines del Estado.

Este planteamiento es relevante para enmarcar la presente investigación porque es posible, a su vez, distinguir entre dos tipos de neoconstitucionalismo: uno de alcance general y otro de alcance particular.<sup>44</sup> Esta distinción permite esclarecer el debate sobre las posibilidades del neoconstitucionalismo como conjunto de doctrinas que, a pesar de sus divergencias, comparten unos claros puntos teóricos en común. Permite además comprender qué tanto se han alcanzado los objetivos de investigaciones donde no interesa tanto defender un neoconstitucionalismo —conceptual de alcance general— en su configuración epistemológica, solidez teórica y coherencia ideológica, sino describir y analizar cómo se han implementado de forma gradual y distinta los principales elementos medulares del neoconstitucionalismo trasnacional en las formas locales de comprender, enseñar y aplicar el derecho.

Un análisis de este tipo permite extraer conclusiones acerca de la validez del neoconstitucionalismo, a pesar de no como teoría, sino como conjunto o canon de doctrinas cuyos alcances e influjo están concentrados en un contexto concreto identificable en América Latina y, en particular, en los principales polos que lideran la producción intelectual en materia constitucional. Para contribuir a la correcta y comprehensiva descripción del neoconstitucionalismo, se analiza la forma cómo han sido receptados algunos de sus elementos medulares en procesos locales de interpretación y aplicación del derecho. Se podría en tal caso contribuir a resolver dudas empíricas sobre la concreción de tesis y doctrinas de extendida circulación trasnacional, así como a determinar las cuestiones sobre las cuales descansa en última instancia la aceptación o el rechazo del neoconstitucionalismo. En particular proporciona un adecuado marco de referencia para pensar acerca de las diversas cuestiones que confluyen dentro del canon y su recepción. En este sentido, permite además refutar algunas críticas que parten de descripciones parciales o interpretaciones selectivas.

El neoconstitucionalismo es un concepto ampliamente usado en el lenguaje jurídico político actual y representa un debate contemporáneo claro en el estado del arte más allá del derecho público. Se observa con claridad

---

<sup>44</sup> García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad...*, cit.

por la cantidad de bibliografía que en los últimos años ha aparecido en Latinoamérica y España sobre el neoconstitucionalismo, pero sobre todo acerca de sus principales teorías, instituciones jurisprudenciales y doctrinas constitucionales. También se observa porque algunas de sus instituciones y de sus principios se ha asentado en la teoría y se ha realizado, de un lado, en la práctica de los países que redactaron sus Constituciones atendiendo a una tendencia trasnacional que las concibe como normas directamente aplicables y, de otro lado, en los tribunales cuando conciben un derecho como garantía real de una persona.

La profusión de investigaciones y estudios, a nivel trasnacional y local, sobre los elementos medulares del neoconstitucionalismo no ha conducido sin embargo a una clarificación particularmente meridiana del concepto ni a una delimitación precisa de los límites de su contenido. Casi cualquier persona cercana a los estudios jurídicos cree tener por lo menos alguna idea vaga, creencia o intuición sobre aquello que —al menos— parece significar o implicar el concepto “neoconstitucionalismo”. La carencia de unanimidad en su uso despierta una cierta sospecha o, como advierte Bernal Pulido, la heterogeneidad en el recurso al concepto es un argumento que desaconseja su uso.<sup>45</sup> A juicio de sus críticos se trata de una corriente u orientación doctrinal de perfiles difusos. También se han enderezado objeciones acerca de la manera cómo se han importado instituciones jurídicas y tesis doctrinarias en contextos distintos a los de su surgimiento.

El neoconstitucionalismo ha abrazado amplios rasgos que inevitablemente lo han conducido a una amplitud semántica. Algunas de las tendencias adeptas al modelo procuran enmarcar ideas diversas e incluso divergentes de autores provenientes de variadas tendencias surgidas en distintos países y durante muchos años. El uso vertiginoso del concepto en la ter-

---

<sup>45</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad...*, cit., cap. 3, segunda parte. En este sentido son también conocidas las críticas de García Amado, Juan Antonio, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado, 2010, cap. II.

minología iusfilosófica y constitucional extendió su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas.<sup>46</sup>

Puede resultar engañoso o desorientador hacer referencia a “la” teoría del neoconstitucionalismo, porque en efecto no existe tal cosa como una teoría neoconstitucional, como en la biología la teoría de la evolución de Darwin o en la física la teoría de la relatividad de Einstein. Más que teoría, el nuevo derecho configura un aire o parecido de familia (Wittgenstein). Precisamente por ser un conjunto de doctrinas no hay un amplio grupo de planteamientos teóricos que sean compartidos por todos quienes se suscriben al neoconstitucionalismo. Pero dentro de un núcleo común identificable más que por la conformación del canon trasnacional, por la recepción de elementos del mismo en distintos contextos, se pueden identificar las siguientes ideas como pertenecientes al canon y adoptadas a nuestras propias formas de concebir diversos aspectos de la fenomenología jurídica.

El neoconstitucionalismo como tal es un concepto general o una idea amplia. Básicamente es la idea de que a partir de la segunda los textos constitucionales se formularon de una manera radicalmente distinta respecto de la tradicional consagración de competencias y el establecimiento de funciones, la creación de instituciones y la inclusión de principios como los de legalidad y seguridad jurídica, y los derechos de libertad. Desde su génesis se encuentra el objetivo de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas defendidas por algunos autores que representan una manera afín de aproximarse al derecho, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas. Pozzolo hizo referencia a un movimiento teórico que comparte algunas tesis sobre la *concepción, interpretación y aplicación* del derecho, y sobre los problemas que traen aparejadas dichas actividades. La interpretación constitucional contiene una serie de especificidades que la distinguen de la interpretación de otros textos normativos, y la cual asimismo está relacionada con una forma particular

---

<sup>46</sup> Pozzolo, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.



de configurar la Constitución. El neoconstitucionalismo se opone explícitamente al iuspositivismo, pero al mismo tiempo trata de desmarcarse del iusnaturalismo, aunque la importancia asignada a los preceptos morales en la interpretación jurídica y la vinculación entre el derecho y la moral, ha desembocado en una identificación iusnaturalista de emblemáticos representantes del neoconstitucionalismo como Alexy, Dworkin y Nino.<sup>47</sup>

El concepto se acuñó hacia mediados de la década de los noventa del siglo xx. Fue introducido al léxico filosófico-jurídico y teórico-constitucional por profesores italianos: Tecla Mazzareze, de la Universidad de Brescia, y Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci, de la Universidad de Génova.<sup>48</sup> Prontamente fue receptado en España y luego en América Latina, en Brasil, Perú, Ecuador, México y Colombia particularmente. Si bien dentro de la academia jurídica italiana y española con prontitud se empezó a hablar de un nuevo derecho constitucional, la primera ocasión donde se expuso en América Latina el concepto fue en 1997 en el XVIII Congreso de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, celebrado en Buenos Aires. En esa oportunidad Pozzolo lo utilizó en una conferencia sobre interpretación constitucional. Hizo referencia a un movimiento teórico que

---

<sup>47</sup> Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio, *La pretensión de corrección del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2001. Dworkin, Ronald, "Natural Law Revisited", en *University of Florida Law Review*, vol. XXXIV, núm. 2, 1982. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2008. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari, Laterza, 2007, vol. I, Introduzione.

<sup>48</sup> Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en *Doxa*, núm. 21, 1998, pp. 355-370; de la misma autora *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001. Comanducci, Paolo, "Il positivismo giuridico, un tentativo di bilancio", en *Studi in onore di Franca de Marini*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 123-124. Barberis, Mauro, "Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale", en *Ragion Pratica*, núm. 14, 2000, pp. 147-162; del mismo autor *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Turín, Giappichelli, 2003, pp. 27-41; "Neoconstitucionalismo, democrazia e imperialismo de la moral", en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo... cit.* Véase también, Mazzareze, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002, p. 2-n2. Pozzolo, Susanna, "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución", cit. Pozzolo, Susanna y Ramos, Écio O., *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, São Paulo, Landy, 2006. Quaresma, Regina; Paula, Maria Lucia de y Martins de Oliveira, Farlei (eds.), *Neoconstitucionalismo*, Río de Janeiro, Editora Forense, 2009.

comparte algunas tesis y perspectivas especiales en torno a la concepción, interpretación y aplicación del derecho, así como a los problemas que traen aparejadas dichas actividades. Sostuvo que la *interpretación constitucional* contiene una serie de especificidades que la distinguen de la interpretación de otros textos normativos, tales como las leyes, y la cual asimismo está relacionada con una forma particular de configurar la Constitución.

Aunque el recurso al concepto “neoconstitucionalismo” no es unívoco, sus versiones representativas comenzaron por coincidir en reconocer que una de las principales características de los sistemas jurídicos que se rigen por los postulados de dicha doctrina es la *limitación jurídica al poder* a partir del criterio de la vinculación de los organismos del Estado a los derechos constitucionales,<sup>49</sup> como lo dejó claro la primera jurisprudencia proferida por el Tribunal Constitucional colombiano.

No existía un concepto lo suficientemente comprehensivo de las doctrinas jurisprudenciales, tesis académicas, planteamientos ideológicos que, a su vez, estuviera en capacidad de configurar el progreso y la renovación en el campo teórico, judicial y jurisprudencial en América Latina con el cambio de sus textos constitucionales. La explicación contextual permite comprender la razón por la cual el “neoconstitucionalismo” gozó de un éxito fulminante.

Además de conservar los principios del estado de derecho —introduciendo modificaciones en algunos casos para su mejor implementación— como la separación de poderes, la importancia de los frenos y contrapesos institucionales y el principio de legalidad, el neoconstitucionalismo representa el final de un largo camino hacia el gobierno del derecho en lugar del gobierno del poder, es decir, el fin del enfrentamiento entre el derecho del Estado y el estado de derecho. Desde el canon trasnacional que se ha formado, el neoconstitucionalismo se puede considerar descriptivamente desde los rasgos más relevantes del estado constitucional de la segunda posguerra, y teóricamente desde las doctrinas jurídicas que buscan explicar cómo se ha evolucionado desde el formalismo “ingenuo” de la Jurisprudencia de

---

<sup>49</sup> Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001, p. 27.

Conceptos y la Escuela de la Exégesis, hasta la concepción de la Constitución como “un orden valorativo”, según la concepción de la jurisprudencia germana en el fallo *Lüth* de 1958.<sup>50</sup>

Los desarrollos jurídicos durante la segunda posguerra constituyeron la configuración de los lineamientos distintivos de un nuevo constitucionalismo, tales como la incorporación de derechos sociales y de principios de naturaleza moral en las Constituciones, así como de mecanismos para su garantía material y de instituciones encargadas de controlar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía. La Constitución se ha transformado de norma orgánica para determinar competencias entre las ramas del poder público y regular funciones entre organismos del Estado, en una norma jurídica propiamente que exige aplicar a las relaciones ciudadanas las garantías, los valores y los principios que la inspiran y fundamentan, así como a las tradicionalmente pétreas relaciones de poder en las esferas privadas. La insistencia en esta posibilidad, y su misma defensa neoconstitucional, de aplicar directamente los postulados de la Constitución a partir de mecanismos judiciales de naturaleza procesal, en lugar de dejarlos como inspiración de políticas y restricción para la expedición de leyes, constituye una reivindicación normativa de la históricamente alegada necesidad de que la moral contribuya a determinar al derecho.

El neoconstitucionalismo como modelo de organización política con fuerte contenido ideológico, vocación sustantiva y con una teoría jurídica subyacente, surgió para responder a los nuevos desafíos que imponía la necesidad de reconfigurar las instituciones del poder público luego de la Segunda Guerra y, luego, de la entrada de Portugal y España a la democracia. El constitucionalismo europeo durante la segunda posguerra exhibió una particular singularidad producto de los cambios institucionales, políticos e ideológicos que se debieron acometer para armonizar la vocación de poder del derecho y el respeto a la regla de mayorías, con principios de naturaleza moral, como la dignidad humana y aquellos incorporados en los derechos

---

<sup>50</sup> Cruz, Luis, *La Constitución como orden de valores*, Granada, Comares, 2005. Sobre los tres puntos fundamentales de esta sentencia respecto del neoconstitucionalismo, véase Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 2ª parte, Bogotá, Universidad Externado, 2003.

humanos, que se empiezan a constituir en el marco dentro del cual se deben implementar los cambios y en su mismo objetivo.

En la génesis del neoconstitucionalismo se encuentra el objetivo de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas defendidas por algunos autores que representan una manera afín de aproximarse al derecho, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas.<sup>51</sup> Si bien la nomenclatura neoconstitucional ha sido utilizada apenas desde finales de los noventa del siglo xx, procura describir y explicar los cambios que se realizaron en los sistemas jurídicos iberoamericanos desde la década de 1970 y que progresivamente han ido extendiéndose no sólo institucional, sino doctrinalmente, por cuenta de la promulgación de Constituciones políticas que a su vez, en distinta medida, según el contexto, transformaron las prácticas jurisprudenciales, exigieron una cualificación de la producción bibliográfica y una sofisticación de la doctrina jurídica.

Luego de que fue acuñado en Europa el concepto ha tenido un mayor desarrollo en América Latina. Se ha desarrollado de maneras originales y creativas respecto de algunas de sus principales instituciones cuando otros países se han visto en necesidades similares ante cambios normativos que deben ser implementados. Esta nueva sensibilidad iusteórica e ideológica, a partir de la cual se comprende la necesidad de realizar trasplantes teóricos e institucionales,<sup>52</sup> ha sido implantada y fortalecida por el destacado papel de algunas academias jurídicas —lideradas por los polos intelectuales de México y Argentina, pero a los cuales se añan progresivamente otras academias como la colombiana, la brasilera, la ecuatoriana y la peruana— que renovaron sus Constituciones, dotaron a su jurisprudencia y a la de organismos internacionales de carácter vinculante, aumentaron y cualificaron

---

<sup>51</sup> Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, versión manuscrita facilitada por la autora.

<sup>52</sup> Gargarella, Roberto, "Injertos y rechazos, radicalismo político y trasplantes constitucionales en América", en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. 1, cap. XX, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008. Böhmer, Martin, "Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional", en Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.

su producción teórico-doctrinaria, empezaron a prestar atención a los desarrollos dogmáticos trasnacionales y desde hace unos años se han empezado a traducir importantes obras publicadas en Inglaterra, Italia, Alemania y Estados Unidos.

El influjo del neoconstitucionalismo en un contexto particular se puede determinar de varias formas. Se desarrollará desde el contexto colombiano conforme a una serie de características de tipo orgánico y dogmático a nivel del texto constitucional, pero también de dos rasgos: primero, la renovación de las prácticas jurisprudenciales que lejos ya de la mera solución en última instancia de conflictos jurídicos entre partes o contra organismos del Estado, se han constituido en la principal forma de evolución dinámica del derecho; y segundo, el cambio en la literatura jurídica que además de modificar sus marcos teóricos y pretensiones, se encuentra permanentemente atenta a los desarrollos académicos y a las principales doctrinas jurisprudenciales extranjeras. Esta caracterización procura no sólo establecer los elementos que dotan de identidad teórica al movimiento, sino presentar argumentos para defender su conveniencia dentro de los procesos de constitucionalización del derecho.

En este sentido pueden identificarse sitios locales de producción de un nuevo modo trasnacional y sitios donde lo que sucede es la recepción con mínima influencia retributiva hacia el país de influencia trasnacional. Hay también casos intermedios.<sup>53</sup> El neoconstitucionalismo ha implicado la necesidad de contar con una nueva teoría del derecho que se distinga de los fundamentos teóricos iuspositivistas que sirvieron de marco conceptual al estado de derecho decimonónico.<sup>54</sup> En tres grupos se pueden reunir las tesis medulares del neoconstitucionalismo.

A nivel de la Constitución, se establece que está cargada de un valor intrínseco, es un valor en sí;<sup>55</sup> que su contenido es fundamentalmente sustantivo por los derechos y principios que consagra; que se debe interpretar

---

<sup>53</sup> Bonilla, Daniel (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2009.

<sup>54</sup> Prieto Sanchís, Luis, "El juicio de ponderación", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003. Ahumada, María Ángeles, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson y Civitas, 2005.

<sup>55</sup> Dogliani, Mario, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1994, p. 14.

sistemática en lugar que aisladamente; que debe ser rígida por las altas exigencias para su propia reforma; y que toda la normativa del sistema se debe interpretar conforme a los mandatos constitucionales. Dentro de los aspectos más importantes se establece que la Constitución tiene garantía jurisdiccional debido a la creación de tribunales especializados y que su naturaleza es normativa propiamente hablando, cuyos mandatos son obligatorios e impositivos en lugar que meramente declarativos o programáticos.

A nivel de los derechos, se establece que tienen *valor normativo* pleno en lugar de ser *normas programáticas* que serán eventualmente desarrolladas por el Legislativo; efecto de irradiación hacia todo el ordenamiento jurídico; fuerza vinculante no sólo hacia organismos del Estado, sino también hacia privados y particulares —*Drittwirkung der Grundrechte*—; y tienen un “contenido esencial” que se debe respetar cuando se resuelven casos de tensiones entre derechos mediante el principio de proporcionalidad. Valen tanto para el juez como para el legislador las razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias que suministra una Constitución sustantiva.<sup>56</sup> En los casos en los cuales la Constitución habla con muchas voces, los tribunales tienen que desplegar el significado normativo implícito en los derechos para determinar su contenido prescriptivo y resolver así la nueva situación que se somete ante la composición jurisdiccional.

A nivel del Poder Judicial, como novedad, se establece que interpreta pero también crea derecho; que es un poder político porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia; y que sobre todos los poderes puede recaer el control jurisdiccional, lo cual ha derivado en una judicialización de la política. Estrechamente relacionado con el cambio en el rol del juez, se encuentra el cambio a nivel de la jurisprudencia. Ahora se establece que la aplicación efectiva de los derechos se debe a la renovación en las prácticas jurisprudenciales, incluso más que a su consagración constitucional. La jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley, sino la ley en los derechos. Desde el constitucionalismo del estado de derecho, la jurisprudencia denotaba fundamentalmente

---

<sup>56</sup> Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

un conjunto de decisiones judiciales reiteradas tomadas con antelación y sin carácter obligatorio para casos futuros. Desde el neoconstitucionalismo se ha involucrado decisivamente en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general del derecho y su relación con la justicia y la moral. La jurisprudencia se ha constituido en muchos casos en fuente primaria de la conciencia jurídica, es decir, en la principal fuente de la manera como se comprende el derecho en el ámbito académico y profesional.

## 2. VERSIONES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

### 2.1. El neoconstitucionalismo como teoría jurídica

Una serie de tesis relacionadas con el positivismo teórico son objetadas y reformuladas por la teoría jurídica del neoconstitucionalismo. En primer lugar, se encuentra la teoría de las fuentes del derecho, pues desde la supremacía de la Constitución se reformula la posición de la ley en el sistema de fuentes, perdiendo su posición monopólica como creadora de derecho, lo cual modifica a su vez las relaciones de los poderes públicos con la jurisprudencia. Se favorece una apertura a la pluralidad de fuentes del derecho, sobre todo a la jurisprudencia, ya que se asiste a un tránsito de la Constitución como límite al orden jurídico hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales,<sup>57</sup> en el entendido de que **la Constitución es un esquema para orientar la actuación de todas las ramas del poder público**. Se asiste en el neoconstitucionalismo a una ampliación de los contenidos constitucionales materiales.

El neoconstitucionalismo cuenta con una propia teoría de las normas en la medida en que plantea la existencia de diversos tipos de enunciados normativos no reducibles a una estructura común, destacando entre ellos el papel de los principios en el razonamiento jurídico. Debido a que el reconocimiento de la *discrecionalidad judicial* es sometido a revisión por cierto sector de la filosofía jurídica, dentro del cual resulta especialmente significativa la tesis de la unidad de respuesta correcta sostenida por Dworkin, en el neoconstitucionalismo se reconoce una particular teoría de la interpreta-

---

<sup>57</sup> Aguiló, Josep, "Sobre la Constitución en el estado constitucional", en *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 24, 2001, pp. 454 y 456.

ción y se propicia el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica en un intento por racionalizar con medidas como el principio de proporcionalidad la decisión judicial en casos difíciles.

Comanducci sustenta que el constitucionalismo es una ideología dirigida a limitar el poder y garantizar una esfera de derechos fundamentales, mientras que el neoconstitucionalismo no se presenta de manera exclusiva como ideología, metodología o teoría, sino de forma concurrente con estos tres aspectos. Barberis lo caracteriza como una posición filosófico-jurídica para la cual es inexistente la distinción necesaria o conceptual entre el derecho y la moral, la cual en el contexto italiano comienza a perfilarse a partir de las críticas dirigidas contra el positivismo en los setenta del siglo xx por Sartori y Matteucci, y que en general recibirá un impulso definitivo más adelante bajo la influencia de Dworkin y Alexy.

El neoconstitucionalismo representa una serie de cambios de matices en el discurso constitucional, los cuales supondrán que el Estado deberá, de forma paulatina, aumentar el número de tareas que tradicionalmente realizaba, tales como la protección de los clásicos derechos de libertad y de defensa, así como la mera consagración de derechos en una Constitución sin valor normativo pleno y, por tanto, sin fuerza vinculante en sus provisiones hacia terceros. Antes lo dogmático estaba supeditado a lo orgánico, la misma razón de ser de lo orgánico es lo dogmático. En otras palabras, el Estado aparato existe para realizar los fines del Estado dentro de los que se destaca la garantía a los derechos. Como se mencionó, la jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley sino la ley en los derechos. Ya no son los derechos los que tienen que sujetarse a la ley, sino que la ley tiene validez en la medida que respete los derechos. Los valores y principios que se incorporaron en la Constitución orientan las formas idóneas y legítimas de interpretarla.

El constitucionalismo ha operado históricamente desde una tradición de escepticismo frente a los poderes establecidos. Acentúa la dimensión de límite al poder,<sup>58</sup> por lo cual se entiende que la única protección demandada

---

<sup>58</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982. Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad, historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998. Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.



al Estado era por derechos de defensa y derechos de libertad. La consolidación del estado constitucional luego de la segunda mitad del siglo xx, constituye una aproximación de las vertientes garantista y dirigente del constitucionalismo, los cuales hasta entonces habían surcado terrenos diferentes.<sup>59</sup> De la primera se retoma la fuerza normativa de la Constitución y su garantía jurisdiccional. La dimensión dirigente se refleja en el recurso a la Constitución como instrumento de realización de un proyecto de Estado que en general se propone superar el estado de cosas realmente existente. Antes las Constituciones consagraban fundamentalmente contenidos programáticos que establecían las instituciones del poder público, sus funciones y competencias. El neoconstitucionalismo, que amplía de forma complementaria en vez de excluyente los contenidos del constitucionalismo tradicional, se puede sustentar como una forma sustantivada de constitucionalismo.

La forma de Estado que se enmarca en una democracia constitucional, trae consigo importantes transformaciones en los sistemas jurídicos que suscitan la revisión de la teoría del derecho tradicional de *impronta positivista*, lo cual amplía el discurso del constitucionalismo para desarrollar una teoría y metodología jurídicas que puedan responder a la complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. De ahí, por ejemplo, que se reconozca unánimemente que no sólo hay reglas que, con una estructura condicional hipotética, se aplican silogísticamente mediante una subsunción, sino también otro tipo de normas con una estructura de principios que se aplican mediante la ponderación según las circunstancias jurídicas y fácticas existentes.

El neoconstitucionalismo ha implicado la necesidad de contar con una renovación de la teoría del derecho que se distinga de los fundamentos teóricos iuspositivistas que sirvieron de marco al estado de derecho decimonónico, producto de la singularidad del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra.<sup>60</sup> Desde la génesis del neoconstitucionalismo se en-

---

<sup>59</sup> Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996, p. 130. Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid Trotta, 2009.

<sup>60</sup> Prieto Sanchís, Luis "El juicio de ponderación", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales, cit.*; "El constitucionalismo de los derechos" y "Réplica a Juan Antonio García

cuenta el cometido de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas afines en su aproximación al fenómeno jurídico, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas. El neoconstitucionalismo se opone explícitamente al iuspositivismo, pero al mismo tiempo trata de desmarcarse del iusnaturalismo.

Las tareas de integración y legitimación política que se deben cumplir en el estado constitucional, conducen a que también el constitucionalismo contemporáneo se proyecte en el plano ideológico como una doctrina de justificación de dicho modelo estatal.<sup>61</sup> Sin abandonar la dimensión de límite al poder, el neoconstitucionalismo asume una dimensión a partir de la cual cuestiones que antes estaban fuera de su horizonte de problemas, porque el Estado sólo debía velar por la seguridad, la protección de la propiedad privada y la garantía a la configuración de la voluntad general, empiezan a resurgir como los aspectos distintivos de una vigorizada forma de organización jurídico-política. Esta faceta se refleja sobre todo en contextos, como los integrados por los países iberoamericanos que se caracterizan por profundas condiciones de desigualdad estructural en el ingreso, déficit en la protección de derechos mínimos y falencias en la real representación política, en los cuales, por tanto, hay un profundo descontento por la situación del presente de la respectiva sociedad.

Escribe Fioravanti que “la doctrina del constitucionalismo ya no puede ser sólo doctrina del gobierno limitado sino también doctrina de los deberes del gobierno”.<sup>62</sup> Se presenta ahora como doctrina de justificación, como una teoría y una metodología del derecho referidas al estado constitucional. Esto avala, en consecuencia, el uso de la expresión neoconstitucionalismo para destacar las diferencias entre el discurso constitucional actual y el hilo conductor que ha caracterizado el constitucionalismo tradicional. Conviene entonces caracterizar al neoconstitucionalismo desde tres versiones.

---

Amado”, ambos en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2011. María Ángeles Ahumada, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson y Civitas, 2005.

<sup>61</sup> Lopera Mesa, Gloria, *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, Cuaderno de Investigación, núm. 16. Medellín, Universidad EAFIT, 2004.

<sup>62</sup> Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las...*, cit., p. 131.

## 2.2. La versión metodológica o conceptual del neoconstitucionalismo

Esta versión se dirige hacia una revisión del concepto de derecho y del modelo de ciencia jurídica propias del positivismo. Para Comanducci el neoconstitucionalismo surge en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho y, a su vez, pretende superar al positivismo y plantearse como alternativa al iusnaturalismo. Las *tesis de la neutralidad*, la separación conceptual entre derecho y moral, la adopción del punto de vista externo y el papel eminentemente descriptivo de la ciencia jurídica, han sido merecedoras de críticas por un sector de la filosofía jurídica y la dogmática constitucional para el cual la incorporación de principios constitucionales en los ordenamientos jurídicos actuales es una manera de que la moral irradie el derecho.<sup>63</sup>

Existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral que para algunos autores se da desde el plano de la identificación del derecho, mientras que otros la sitúan en el de la justificación. No es posible definir el derecho sin hacer referencia a la moral, pues sólo de este modo se logra diferenciarlo de otros sistemas coactivos. Las dos dimensiones *real o fáctica e ideal y crítica* del derecho contemporáneo, conforme a Alexy, se reflejan en la corrección moral del derecho y su contenido necesario de justicia. En este sentido dos concepciones cardinales del neoconstitucionalismo expresan la conexión necesaria entre el derecho y la moral, a saber, la argumentación jurídica y su relación con la tesis del caso especial. Nino sostiene una conexión justificatoria, pues en cuanto hecho el derecho no puede derivar su obligatoriedad de sí mismo, lo cual implicaría incurrir en una falacia naturalista. Su fuerza obligatoria depende de su justificación, y esta a su vez sólo puede apoyarse sobre principios morales, con lo cual la argumentación jurídica resulta ser, en último término, una forma de argumentación moral.<sup>64</sup>

La conexión entre derecho y moral, sostenida desde el neoconstitucionalismo, se circunscribe al ámbito de los principios constitutivos. Se produ-

---

<sup>63</sup> Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo, un análisis metateórico", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 82.

<sup>64</sup> Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política, una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 43-83.

ce a través de las normas constitucionales, a diferencia del iusnaturalismo tradicional que concibe dicha relación norma a norma, es decir, exige la moralidad de cada norma individualmente considerada como condición de su validez jurídica.<sup>65</sup> El neoconstitucionalismo postula una vinculación necesaria entre derecho y moral, con lo cual se diferencia de la tesis sostenida por el positivismo inclusivo que admite dicha vinculación, pero sólo con carácter contingente.<sup>66</sup> La determinación del derecho válido ya no depende sólo de elementos formales, objetivamente verificables, sino de la conformidad de su contenido con las normas superiores de producción, lo que implica un juicio de validez material que obliga a realizar valoraciones en la esfera de lo que "debe ser" de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico. Un derecho constitucionalizado no sólo describe la Constitución, sino que además también implica usarla para determinar el derecho válido.

No es posible desarrollar contemporáneamente una ciencia jurídica sin valoraciones que se limite a describir el fenómeno jurídico. En este sentido podría decirse que el neoconstitucionalismo es un "concepto ético denso" que, primero, está compuesto por lo descriptivo y lo normativo, y segundo, por dicha articulación no sólo un concepto puede presentar en un momento determinado ambos rasgos, sino que lo concluyente para ser ético denso es que no se puedan separar, es decir, que en un mismo concepto esté imbricado lo *descriptivo* y lo *normativo*.<sup>67</sup>

Concepciones normativas del derecho como el neoconstitucionalismo sustentan respecto de la democracia al interior de sistemas jurídico-políticos determinados por una Constitución, que la regla mayoritaria es un recurso necesario, pero insuficiente para la adopción de decisiones justas y, de esta forma, para la legitimación de los sistemas políticos.

---

<sup>65</sup> Lopera Mesa, Gloria, *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, cit. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, pp. 51-52. Santiago Nino, Carlos, *Derecho, moral y política, una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 59.

<sup>66</sup> Hart, Herbert L. A., "Postscriptum", en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1997.

<sup>67</sup> Putnam, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 50; "La objetividad y la distinción ciencia-ética", en Sen, Amartya y Nussbaum, Martha (eds.), *La calidad de vida*, México, FCE, 1993.

El derecho contemporáneo, conforme a Alexy, no sólo tiene una dimensión real o fáctica sino también otra ideal y crítica.<sup>68</sup> Ferrajoli sostiene que el paradigma constitucional impone a la ciencia jurídica una doble dimensión —*descriptiva del ser del derecho* y *prescriptiva de su deber ser jurídico*—, estableciéndose una “circularidad normativa entre derecho y ciencia jurídica” que se explica porque “el objeto de la teoría, en los sistemas basados en el paradigma constitucional, es no sólo el derecho vigente sino también, precisamente, un modelo, o si se quiere, un proyecto de derecho —el diseñado por la Constitución— y por lo tanto no sólo el ser, sino el deber ser del derecho mismo”.<sup>69</sup> Se renuncia a la pretendida neutralidad del jurista teórico a favor de una actitud “comprometida” con el desarrollo de los valores propios del constitucionalismo. Entre las tareas de la ciencia del derecho constitucional está, conforme a Hesse, “despertar y mantener la voluntad de Constitución”.<sup>70</sup>

Desde la versión neoconstitucionalista sustentada por Pozzolo, se rechazan los modelos eminentemente descriptivos de las normas constitucionales porque resultan incapaces de proveer razones dentro de la labor de adjudicación. La ciencia jurídica en el neoconstitucionalismo tiene además de la tarea de describir las normas y la normatividad, así como su interpretación y aplicación, aquella relacionada con su reformulación y, a partir de allí de su reconstrucción. Las principales discusiones que suscita el neoconstitucionalismo son de forma usual normativas antes que sólo meramente descriptivas. Es lo que sugiere Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de metagarantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.<sup>71</sup> Propone como tareas de la ciencia jurídica la búsqueda de garantías para hacer efectivos los contenidos constitucionales.<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, cit.

<sup>69</sup> Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2001, pp. 60 y 62.

<sup>70</sup> Hesse, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, en *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1992, pp. 73 y ss.

<sup>71</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 33 y ss.

<sup>72</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 886.

### 2.3. El neoconstitucionalismo como ideología

Una particular filosofía política concibe al estado constitucional como un marco justo para el ejercicio del poder. Esta vertiente ideológica se fortalece por la fuerte carga axiológica de los textos constitucionales, pues el neoconstitucionalismo reafirma un tipo de Estado y un modelo de organización jurídico-política con alto contenido ideológico, en la medida en que se adoptan el modelo axiológico de Constitución y el modelo del estado social de derecho. Las nuevas Constituciones son dinamizadoras de un "patriotismo constitucional"<sup>73</sup> que refuerza la idea de una mayor participación ciudadana en la configuración de la esfera pública y una renovación democrática del constitucionalismo. Hay que seguir nuevas formas de integración social que las sociedades complejas puedan admitir acudiendo, no a tradiciones o intereses comunes, sino a la determinación consensual de principios normativos, morales, jurídicos y políticos, que posibiliten la convivencia de las diferentes cosmovisiones del mundo y perspectivas del buen vivir entre ciudadanos que procuran habitar un mismo territorio y constituir una organización societaria común.

El sustento de un patriotismo constitucional se encuentra en los contenidos recogidos por el orden normativo, según la Constitución política, tales como los derechos fundamentales y los principios estructurales del estado democrático de derecho. En las actuales sociedades multiculturales donde se consagra el respeto al pluralismo religioso, ideológico y político, este patriotismo constituye un avance de la idea de nacionalidad. La nacionalidad colombiana se construyó, a partir de la Constitución de Núñez y Caro (1886), desde una religión (la católica, apostólica y romana), una lengua (el español) y una autoridad (el poder del ejecutivo). Un aspecto transversal a las reformas constitucionales en los países de la región, de la cual Colombia fue pionera, es la nueva perspectiva sobre la nacionalidad al reconocer la unidad nacional alrededor del pluralismo, no como un mal menor, sino como uno de los caracteres propios y distintivos de la condición civil

---

<sup>73</sup> Habermas, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos, 1989; "Patriotismo de la Constitución", en *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 211-250.

latinoamericana. En este punto se articula la superación del confesionalismo como guía del Estado.

#### 2.4. El estado constitucional y democrático como modelo de organización jurídico-política

Las demandas ciudadanas por seguridad, libertad e igualdad que surgieron con las revoluciones liberales y se consolidaron en las salidas del fascismo y de las dictaduras ibéricas, desembocaron en la creación de una forma diferente de organización a partir del estado social, o democrático, de derecho como modelo ideológico y fórmula política. Se destaca en este punto la paulatina incorporación de derechos sociales, tales como los laborales, en los textos fundamentales y el diseño de sistemas de justicia constitucional. Es precisamente en la segunda posguerra donde se afianza el estado constitucional a partir de las enseñanzas previas donde, en la práctica, las iniciativas sociales no lograron superar los confines del legalismo.

Las transformaciones que comportaron el deterioro de las columnas del orden liberal burgués desde donde se edificó el estado legislativo. Hesse destaca los cambios en la representación parlamentaria como consecuencia de la irrupción del movimiento obrero, los partidos de masas y la supresión del voto censitario.<sup>74</sup> La expansión que han comportado las reformas constitucionales en los países de la región hacia una mayor posibilidad de participación democrática, ha determinado cambios en el discurso jurídico que abonaron el terreno para la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo. Si bien los contenidos del estado social existían como tal desde la segunda posguerra, cuando convergieron con las formas propias del estado constitucional, lo importante en este punto es la necesidad de elevar a rango constitucional los principios que comportan las provisiones constitucionales para transformar el modelo de Estado hacia otro con un sistema político-administrativo mucho más complejo, lo cual estuvo en parte fundamental motivado por un compromiso entre fuerzas políticas para evitar la revolución o la vuelta al fascismo. En Alemania por

---

<sup>74</sup> Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 10-11.

ejemplo se consagró al inicio mismo de la Constitución, la dignidad humana como derecho inalienable y cláusula inmodificable.

En Europa a principios del siglo pasado se dejó atrás el modelo de estado liberal para darle cabida al estado de bienestar en respuesta a las demandas de movimientos sociales, y con el antecedente del nacimiento de la seguridad social en la Alemania de Bismarck, con las leyes de seguro de enfermedad (1883), seguro contra accidentes de trabajo (1884) y seguro contra la invalidez y la vejez (1889); las revoluciones rusa y mexicana, y del *New Deal* de Roosevelt en Estados Unidos. La inclusión de la fórmula del estado social en la Ley fundamental de Bonn dará testimonio del consenso existente en torno a este modelo y su importancia para la refundación política de Alemania, e igual tendencia se aprecia en la incorporación, más o menos generosa, de contenidos sociales en las constituciones promulgadas en la segunda mitad del siglo xx.<sup>75</sup>

En virtud de un modelo constitucional como el anterior, sin contenidos dogmáticos con fuerza normativa como los derechos fundamentales, no se presentaría el fenómeno de la constitucionalización del derecho ni la expansión de los contenidos constitucionales materiales. El exmagistrado del tribunal constitucional sudafricano, Albie Sachs reconoce que "Hay una creciente aceptación en todo el mundo de que ciertos valores fundamentales de naturaleza universal deben atravesar y envolver toda actividad gubernamental, incluido el mobiliario (*furnishing*) de las condiciones básicas para que todos puedan tener una vida digna". A su juicio, la jurisprudencia del siglo xxi se enfocará cada vez más en los derechos socio-económicos.

### 3. RESPUESTA AL SURGIMIENTO DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Una de las razones que explica el rápido influjo de la doctrina neoconstitucional en América Latina, tiene estrecha relación con el hecho de que los cambios en los sistemas constitucionales acontecidos en las dos últimas décadas han estado en general orientados hacia la consolidación del modelo

---

<sup>75</sup> La convergencia histórica entre estado constitucional y estado social que permitirá establecer la legitimidad de los estados europeos tras el final de la guerra, no supone una fusión entre ambos modelos.



de la democracia constitucional. Una región que ha padecido las dictaduras y las desestabilizaciones democráticas, fue girando paulatinamente hacia la consideración, según la cual altos estándares normativos debían incorporarse a las formas y los procedimientos democráticos, es decir, normas y principios con la máxima jerarquía normativa tendrían no sólo que restringir las actuaciones del poder político sino también, y sobre todo, señalarles sus rumbos de acción. Es decir, que la regla de mayorías y el principio de autogobierno colectivo —la democracia— se debe someter a los principios y derechos fundamentales —la Constitución—.

El concepto “democracia” hace referencia a una doctrina política en virtud de la cual, como señala su bien conocido origen etimológico, el pueblo se autogobierna. Procura una correspondencia entre quienes configuran la ley y quedan a su vez obligados por ella, por lo que se realiza el ideal de gobierno que consiste en la autodeterminación individual y colectiva, eliminando así la imposición de la voluntad de un presidente que se abroga poderes excesivos o de un Congreso cuestionado por su cercanía con el poder económico y la corrupción. Dicho concepto ha tenido históricamente múltiples cambios de significado.

La democracia directa de la *polis* ateniense no se corresponde con el tipo de democracia existente en las complejas y fragmentadas sociedades contemporáneas. La forma cómo se ha conceptualizado la democracia no hace referencia en realidad al mismo concepto tal como se edificó en la antigua Grecia y como se conoció en sus desarrollos, por ejemplo, durante el periodo de la ratificación de la Constitución estadounidense o cuando cayeron las dictaduras fascistas en Italia y Alemania. Su extensa difusión en el léxico de politólogos, juristas, filósofos e historiadores, ha ampliado de manera paulatina su capacidad denotativa, por lo cual el significado del concepto ha abrazado un contenido amplio e intrincado. La idea de democracia es en todo caso ampliamente compartida, pero esto no significa que no exista diversidad sobre los tipos de democracia, lo cual conduce a la necesidad de precisar, más que el concepto, las concepciones sobre la democracia.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Habermas, Jürgen, “Three Normative Models of Democracy”, en *The Inclusion of the other. Studies in Political Theory*, Cambridge, MIT Press, 1998.

Las nuevas estructuras del lenguaje político transforman las concepciones, toda vez que acontecimientos históricos han hecho valer distintas concepciones de la democracia. La estructura analítica y referencial del concepto es similar, pues se trata de constituir una categoría explicativa, descriptiva o prescriptiva, de una determinada forma de organización jurídico-política, desde la democracia populista de Hitler hasta la democracia o dictadura democrática del pueblo como se consagra en la Constitución china. La democracia, si bien responde a problemas permanentes se ha visto constantemente sometida a nuevos desafíos que le exigen tener rendimientos ante acontecimientos nuevos que se tornan en sus problemas centrales.

La transformación en el concepto está relacionada con sus elementos descriptivos y con la adquisición de nuevos elementos prescriptivos. “Democracia constitucional” es un concepto que, si bien tiene elementos descriptivos, es sobre todo normativo y prescriptivo, pues describe los organismos del Estado en sus competencias, pero en particular prescribe cuáles son sus funciones en el marco de las normas y los principios del constitucionalismo contemporáneo. En la medida en que las constituciones políticas de los países iberoamericanos, vía cambio o reforma, han consagrado un amplio catálogo de derechos, valores, fines y principios de naturaleza moral, “democracia constitucional” también es un concepto de naturaleza normativa.

La constitución limita el poder del gobierno y el congreso, pero sobre todo amplía las exigencias a todos los poderes públicos que se encuentran vinculados a los derechos fundamentales. La democracia constitucional significa, de un lado, que el pueblo se debe autogobernar; que la soberanía reside en el pueblo que es quien detenta en últimas el poder político. Pero de otro lado significa también que ese autogobierno, que ese poder, no se puede ejercer arbitrariamente. Si bien en la ley debe estar representada la correspondencia entre quienes la adoptan y quienes la deben cumplir, en la Constitución se encuentran normas que, en tanto derechos y principios, se deben cumplir por sobre cualquier circunstancia. Estas normas son los derechos fundamentales —de libertad y sociales— y los principios de naturaleza moral —dignidad humana, igualdad material, justicia social, pluralismo, autodeterminación de los pueblos y solidaridad—.

Como la democracia no es ya la mera representación de los intereses del mayor número, como lo entendieron las concepciones agregativa, mayoritaria o populista de la democracia, sino que actualmente significa sobre todo respeto a los derechos y principios constitucionales, así como a las reglas de juego democrático, los tribunales adquieren una particular relevancia institucional en el trabajo conjunto con el Congreso y el gobierno para proteger la superioridad de la Constitución y garantizar la efectividad de los derechos.