

INTRODUCCIÓN

La Constitución posee el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro... y, por ello, siempre tiene algo de utopía concreta.

Hans-Peter SCHNEIDER

El grado de legitimidad del constitucionalismo está directamente relacionado con los canales deliberativos que construya el Poder Judicial, tanto interna como externamente. El constitucionalismo no solo debe interpretarse y configurarse a partir de estrictos razonamientos judiciales, sino también a partir de una interacción entre distintos actores, en virtud de la cual los tribunales respondan no solo al Estado de derecho y los principios de legalidad y seguridad jurídica, sino también en algún grado a las perspectivas de la sociedad civil organizada sobre los valores constitucionales. Además de la cooperación entre las ramas del poder público para lograr los fines del Estado, las altas cortes deben reflejar e incorporar en sus fallos las perspectivas constitucionales de diversos organismos democráticos para configurar mediante un diálogo constructivo el significado del derecho constitucional.²

² Se ha cuestionado la idea comúnmente aceptada de que desde los tribunales se pueden conseguir grandes cambios sociales. Uno de los materiales clásicos es Rosenberg, Gerald, *The Hollow Hope*, 2a. ed., University of Chicago Press, 2008. Rosenberg sostiene que aunque las altas cortes pueden lograr cambios sociales significativos, lo deben hacer a partir de tres restricciones. La primera es que, excepto si existen amplios y suficientes precedentes judiciales a favor del cambio, la naturaleza limitada de los derechos constitucionales excluye a las cortes de la posibilidad de actuar sobre muchas demandas y reclamos sociales, y reduce también las oportunidades o la motivación para la movilización y organización social a favor del cambio. La segunda consiste en que las cortes no son lo suficientemente independientes de las ramas legislativa y ejecutiva como para incidir en las reformas sociales. Esta restricción se superaría si se asegura el apoyo de un alto número de congresistas y de miembros del gobierno. La tercera es que las cortes carecen del poder de implementar autónomamente una política pública o de tomar decisiones que conlleven a una reforma. Rosenberg cita a Hamilton, para quien debido a que las cortes no controlan ni la espada ni el presupuesto,

Debido a la confluencia de una serie de factores políticos, el sistema jurídico colombiano ha tendido, crecientemente desde 1991, al juriscentrismo; es decir, a enfocar el derecho constitucional casi exclusivamente desde la perspectiva de los tribunales y a respaldar entonces su configuración e interpretación en términos de lo establecido por la Corte Constitucional. La desidia de los poderes Legislativo y Ejecutivo para acometer reformas sociales acuciantes y amparar derechos de minorías (la Constitución consagró por ejemplo la importancia de contar con un Estatuto de la oposición, con el que ningún gobierno se ha comprometido), la deslegitimación profunda de los partidos políticos, y clase política en general, debido sobre todo a la corrupción, y el déficit masivo y generalizado en la representación real de la sociedad ante las instancias de decisión política, se cuentan entre los principales factores. Ante esta situación, en el contexto de una Constitución amplia en derechos y con vocación normativa, la Corte Constitucional ha impartido órdenes concretas para propender por la efectividad de políticas existentes o por la creación de otras ante la comisión legislativa o ejecutiva, en virtud de lo cual se garantice el goce efectivo de los derechos constitucionales.

Tanto en la doctrina como en el litigio se observa esta tendencia al juriscentrismo, por lo que se tiende a perder de vista que la legitimidad democrática misma de la Corte radica en parte en que sus sentencias surjan de la deliberación con el Poder Judicial y la sociedad civil organizada. Este libro aborda dicha cuestión y la problemática que suscita desde el constitucionalismo colombiano, pero enfatiza en aquellos aspectos por los cuales resulta ejemplar y paradigmático en el constitucionalismo de la región debido al influjo jurisprudencial y doctrinario de elementos medulares del neoconstitucionalismo, en particular de aquellos propios de una concepción deliberativa de la democracia. Como garante de la superioridad e integridad de la Constitución, la Corte Constitucional ha establecido prácticas deliberativas internas, dentro de los remedios que ha encontrado para resolver casos complejos, pero también ha construido estándares de constitucionalidad al Poder Legislativo tomando en consideración el ideal deliberativo, en el contexto de una democracia constitucional.

El proceso legislativo, como cualquier otro proceso político, debiera concebirse no solo en referencia a las reglas que lo conforman y lo gobier-

deben contar con la cooperación de las otras dos ramas para asegurar el cumplimiento de sus decisiones. Esta restricción se podría superar si se cuenta con un gran apoyo ciudadano o si al menos no hay una alta oposición. Debido a que, conforme a esta doctrina, estas restricciones casi nunca se pueden superar, las cortes son en general poco efectivas para conseguir cambios sociales significativos.

nan, sino también a la relación entre esas reglas y los valores y principios más profundos que explican por qué los aspectos regulados por las reglas son importantes para nosotros.³ Estos principios constitucionales directamente relacionados con reglas procedimentales ayudan a explicar precisamente por qué contamos con tales reglas y cuál es su “fuerza gravitatoria”.⁴ Con el referente del principio de instrumentalidad de las formas, los principios constitucionales, como igualdad política, publicidad, quórum deliberatorio y principio democrático, complementan y le dan la razón de ser a las reglas procedimentales, como el número mínimo de debates, la oportunidad para deliberar, la publicación de la convocatoria a sesiones extra y la prohibición de simultaneidad entre sesiones. Este libro procura reconstruir la dogmática del procedimiento parlamentario que la Corte ha construido, a partir de las sentencias donde ha estudiado el vicio por elusión deliberativa en que incurrir el Congreso cuando tramita leyes o reformas constitucionales. La relevancia regional de este trabajo se estima en que esta dogmática refleja otro valioso elemento por el cual el constitucionalismo colombiano representa una novedad en el concierto del constitucionalismo iberoamericano y, hasta cierto punto, un ejemplo de las formas como un tribunal constitucional debe trascender un rol pasivo como “legislador negativo”.⁵

I. EL RESURGIMIENTO REVITALIZADO DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

El constitucionalismo colombiano resurgió revitalizado en 1991 con la expedición de una nueva Constitución política radicalmente distinta de su antecesora, por cuanto incorpora varios de los principales avances globales conseguidos en materia constitucional desde la segunda posguerra. En este desarrollo ha sido esencial la ampliación de la densidad normativa material de la Constitución por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que desde los inicios de su actividad en 1992 ha tomado decisiones trascendentales y ha amparado las provisiones consagradas en derechos ante la solución de casos concretos. Su labor no sólo se destaca por las miles de sentencias que profiere cada año, sino también por la multiplicidad de asuntos sobre los que ha decidido y el enfoque teórico desde el cual ha abordado su fundamentación. Un papel importante en este proceso también lo desempeña la

³ Waldron, Jeremy, “Legislating with Integrity”, *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 2, 2003.

⁴ *Idem.*

⁵ Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1999.

renovación de la literatura jurídica local, que por creaciones originales y por traducciones ha estado atenta en estas dos décadas a los avances teóricos logrados en varias latitudes y diversos campos jurídicos, para retomar adaptativamente (en lugar de una mera recepción adoptativa) elementos medulares de tales desarrollos e incorporarlos a los procesos locales de interpretación y aplicación del derecho.

Estos tres elementos —la expedición de una nueva Constitución, la transformación de las prácticas jurisprudenciales en el contexto de la creación y desarrollo judicial del derecho, y la renovación de la literatura jurídica— han configurado en medio de fuertes discusiones en las altas cortes, entre las ramas del poder público y la academia jurídica, un nuevo derecho en Colombia en tanto país receptor insigne de un canon neoconstitucional transnacional. Los desarrollos constitucionales (teóricos y jurisprudenciales) acontecidos en Colombia constituyen avances significativos en la aplicación del derecho en contextos de desigualdad. El constitucionalismo colombiano es un referente en los países de la región, debido a los remedios que ha ideado para reducir la disociación entre las normas y la realidad. Dos de ellos son la doctrina del estado de cosas inconstitucionales y la práctica de impartir órdenes complejas, de lo que se ocupa el capítulo cuarto.

La jurisdicción constitucional es considerada también 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 suele citar como particularmente alineada con causas progresistas, controladora en un grado importante del (hiper)presidencialismo y comprometida con las principales tesis neoconstitucionales, que han recibido notable atención crítica y apologética por buena parte de la academia iberoamericana e italiana. En Europa se formó un canon neoconstitucional a partir de la creación de textos constitucionales que no sólo divergían sustancialmente respecto de aquellos proclamados con antelación, sino que por su novedad radical se requirió de una nueva dogmática jurídica para realizar fundadamente su concreción. Debieron crearse o perfeccionarse instituciones judiciales, elementos doctrinarios, herramientas interpretativas e instrumentos argumentativos para solucionar los problemas que surgían en la aplicación de un derecho históricamente inédito. Desde la derrota del fascismo en Italia y Alemania, y superadas las dictaduras en Portugal y España, se inició un proceso de transformación jurídica que involucró de forma paulatina a todas las esferas del poder público, con profundas incidencias en lo político y lo social. Los cambios institucionales estuvieron en todos los casos enmarcados por la innovación de los textos constitucionales respecto a lo orgánico y lo dogmático.

INTRODUCCIÓN

9

Los textos constitucionales se formularon de una manera diferente de la tradicional consagración de competencias y el establecimiento de funciones, la creación de instituciones y la inclusión de principios como legalidad y seguridad jurídica, y los derechos de libertad. Dentro de las características transversales a estos cambios se destacan, de una parte, la organización de los parlamentos en su estructura y funciones, la creación de nuevas instituciones como tribunales constitucionales, juntas monetarias y procuradurías o defensorías públicas, así como 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 los estados. Los Estados se consagraron, de forma prácticamente invariable, como sociales o democráticos de derecho fundados en la dignidad de la persona y cuya soberanía reside en el pueblo.⁶

Otros dos aspectos que permiten hacer referencia a un cambio trascendental en las Constituciones europeas, respecto de lo que habían sido hasta la segunda posguerra, 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. Asimismo, se ampliaron el número y el tipo de derechos justiciables y se les dotó de una alta entidad en las Constituciones. Los derechos humanos fueron positivizados, se incluyeron garantías sociales dentro de los catálogos de derechos, se precisaron derechos de libertad y se incluyeron principios de naturaleza moral (libertad, igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia y dignidad humana). Se crearon mecanismos judiciales para propender por la efectividad de los derechos.

Latinoamérica ha asistido, con bemoles específicos 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. El cambio se inició paralelamente con una renovación de la dogmática jurídica en general, lo cual no sólo ha comportado la expedición de nuevos textos constitucionales sustancialmente distintos de sus predecesores, sino también la renovación de las prácticas jurisprudenciales y la literatura jurídica, en procura de abordar las teorías analíticamente con rigor y propiedad, y dotarlas de rendimientos prácticos en la solución de los problemas jurídicos que se presentan cuando se aplica un texto constitucional

⁶ “Italia es una República democrática fundada en el trabajo” (artículo 1), Alemania es un Estado federal, democrático y social (artículo 20, 1), “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho” (artículo 1, 1) y “La República Portuguesa es un Estado de derecho democrático...” (artículo 2).

denso en principios y derechos a un contexto marcado por la desigualdad estructural, la pobreza, el déficit en la realización de derechos y los problemas de representación política real ante las instancias de decisión.

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 tipos de derechos. Las Constituciones latinoamericanas contemporáneas pueden definirse como “aspiracionales”⁷ porque, además de organizar al Estado en sus organismos, funciones y competencias, reflejan un descontento con la situación social actual, por lo cual consagran normativamente un tipo de sociedad a la que se aspira mediante la inclusión de numerosas provisiones de realización progresiva. 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.

El descontento con la política ha conducido en parte a su judicialización; es decir, a que muchos asuntos que antes eran decididos en la esfera política se resuelvan ahora en sede judicial. 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 ser interpretado y configurado, 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 solo de hacer cumplir las normas constitucionales, sino también de contribuir en tal proceso. De esta interacción depende, en últimas, la legitimidad del constitucionalismo.

En los sistemas jurídicos constitucionalizados, las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también que este diálogo sea fluido y constante. En países como Colombia, donde muchas veces pareciera que la tensión entre el constitucionalismo (los derechos y principios) y la democracia (las mayorías) se resuelve en sede exclusivamente judicial, adquiere particular importancia el constitucionalismo democrático, sobre el

⁷ 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 *et al.*, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá, Norma, 2006.

que se ocupa el capítulo tercero. Pareciera que los magistrados de las altas cortes han monopolizado la interpretación constitucional, y que, entonces, el progreso social se puede alcanzar ante la sede judicial y sin responder a la movilización política.

El cometido de las reformas constitucionales en América Latina, y en Colombia en particular, fue optimizar el papel del Estado respecto de la satisfacción de necesidades básicas y la garantía a la realización de los derechos. Se procuró aumentar las condiciones de inclusión política y justicia social, y hacer en últimos beneficiarios del progreso a toda la población, y no sólo a unos cuantos privilegiados. En algunos países se apostó por economías libres pero solidarias de mercado y por una participación de las empresas privadas en la prestación de servicios públicos para aumentar la cobertura y la calidad. El proceso de cambio institucional liderado por reformas constituciones adelantadas en la región desde hace dos décadas constituye el que podría denominarse el primer verdadero constitucionalismo latinoamericano, del cual Colombia fue pionera. Dicho proceso ha estado enmarcado por un periodo de cambio constitucional iniciado con la expedición de la Constitución de Brasil en 1988, pero sobre todo la Constitución Política de Colombia de 1991, y culminó con la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia en 2009.

En este contexto, ha surgido en Colombia una polarización entre los progresistas y un sector conservador del constitucionalismo y del derecho en general, respecto del tipo de división de funciones que deben tener los principales organismos del Estado en la organización política creada en 1991. ¿Cuál debe ser el rol del Poder Judicial ante una realidad dramáticamente atravesada por la pobreza, la desigualdad en el ingreso y el déficit en la prestación de derechos mínimos, enmarcada por un Poder Legislativo desprestigiado que de forma tradicional ha sobrepuesto los intereses del “país político” sobre los intereses del “país nacional” (Gaitán)? Ante un ordenamiento jurídico imbuido de principios constitucionales por cuenta del proceso de constitucionalización del derecho, consolidado desde la solución de casos concretos a partir de la normativa constitucional, surge la pregunta acerca del tipo de control de constitucionalidad idóneo y sus límites, y en general acerca de cómo debe concebirse adecuadamente un tipo de Poder Judicial que sea al tiempo activista y progresista, pero respetuoso de las funciones y competencias de las otras dos ramas del poder en la expedición de normas, y en general en el proceso de formación de las políticas públicas.⁸

⁸ La Corte Constitucional ha definido por ejemplo como de su competencia el control de constitucionalidad sobre decretos diferentes a los mencionados en los artículos 241 y 10

Estas cuestiones, entre otras, han estado en el centro de la polémica por el cambio institucional iniciado en el proceso constituyente de 1991, cuestión de la que se ocupa el capítulo 1. Desde temprano se denominó “nuevo derecho” en tanto recepción del neoconstitucionalismo transnacional.⁹ Las situaciones que se vivían al final de la década de 1980, sobre todo la violencia narcoterrorista, agravadas por la precariedad en las condiciones económicas, la petrificación del sistema político por la imposibilidad jurídica de reforma constitucional, las desfavorables condiciones de bienestar social del grueso de la población y la alta impunidad judicial, hacían ver a Colombia ingobernable y a sus instituciones ineficaces, inservibles, y sobre todo impotentes para hacerle frente a desafíos inéditos en su historia. Los antecedentes inmediatos de la transición constitucional en 1991 permiten entender las razones por las cuales la paz, como principal anhelo nacional, no se procuró alcanzar recrudesciendo el conflicto armado, maximizando el control sobre el orden público aumentando las facultades de los militares y policías ni reduciendo correlativamente los derechos y las garantías ciudadanos. Ante los desafíos a los que se vio abocada, la sociedad reclamó ante la clase política más democracia más derechos e inclusión política efectiva. El principal anhelo nacional: la paz, se procuró alcanzar ampliando canales de inclusión política y participación democrática.

En este contexto de resurgimiento revitalizado del constitucionalismo en Colombia, pero también en países como México, Ecuador, Perú, Brasil y Argentina, principalmente, se ha incrementado de manera exponencial la producción de materiales en el campo teórico-jurídico y constitucional, así como en la teoría democrática.¹⁰ El neoconstitucionalismo encarna la concepción jurídica emergente de mayor éxito en la actualidad en América Latina.¹¹ Autores, obras y escuelas que se empezaron a difundir desde prin-

transitorio constitucional. Lo denomina “control constitucional atípico o especial” y recae entre otros sobre los decretos que convocan a sesiones extraordinarias al Congreso. Véase la sentencia C-049 de 2012.

⁹ Así lo expresó el presidente de entonces, César Gaviria, en un discurso titulado “El nuevo derecho” que impartió en la Universidad Javeriana, en junio de 1993, publicado en *Quaestiones Iuridicae*, núm. 1, Bogotá, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1993.

¹⁰ Para este trabajo fue fundamental el uso de las herramientas provistas por índices de citas que orientaron la investigación por el camino de las fuentes más citadas en el contexto de los temas particulares. Dentro de los índices fueron particularmente importantes Scopus, SIS, Scielo y Google Scholar.

¹¹ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009; Carbonell, Miguel “El neoconstitucionalismo. Significado y niveles de análisis”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo

INTRODUCCIÓN

13

cipios de la década de 1990 encarnan una manera afín de aproximarse al constitucionalismo.

El neoconstitucionalismo reúne varios de los temas más contenciosos en la ciencia jurídica contemporánea. Quizá por esa amplitud de contenidos y pretensiones reunidas bajo un mismo marco conceptual significa cosas distintas para quienes lo observan desde diversos campos o concepciones políticas, de las cuales surgen críticas y apologías bien fundadas o infundadas, o una mezcla de ambas. Algunas de ellas, incluso, aunque divergentes, pueden ser teóricamente aceptables. Autores concededores de la obra de Alexy, por ejemplo, han objetado su exceso de racionalismo en la configuración del principio de proporcionalidad,¹² lo cual terminaría por invalidarlo como criterio argumentativo para resolver colisiones de derechos en casos concretos. Así mismo, lo retratan como iusnaturalista por el grado de vinculación que su teoría sustenta entre el derecho y la moral, por la defensa de los principios en el razonamiento jurídico,¹³ por la igual importancia que confiere a la dimensión ideal y crítica respecto de la dimensión real o fáctica del derecho,¹⁴ y por suscribir la tesis radbruchiana del entuerto legal conforme a la cual la injusticia extrema no es derecho.

No es del interés de este trabajo plantear una crítica a las distintas posiciones existentes a favor o en contra del neoconstitucionalismo. A nivel de la discusión jurídica local, la investigación pretende realizar un aporte debido a la amplia revisión de bibliografía primaria y secundaria, así como al intento de presentación sistematizada y organizada por categorías de análisis, que se hace en el capítulo segundo. Sin embargo, no es éste su objetivo prin-

(eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2011; *ibidem*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2011; Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

¹² Clérico, Laura y Beade, Gustavo A. (eds.), *Desafíos de la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado, 2011.

¹³ Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2008; “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2009; Sieckmann, Jan (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Barcelona, Marcial Pons, 2011.

¹⁴ Lo cual equivale a igualar en la práctica tanto el ideal de la corrección moral del derecho con los elementos definitorios de la legalidad, conforme al ordenamiento y con la eficacia social, como el ideal en la corrección moral. “Quien define el Derecho exclusivamente por medio de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social sostiene un concepto positivista de Derecho. En cuanto añadimos la corrección moral como tercer elemento necesario, el cuadro cambia de un modo fundamental: surge un concepto no positivista de Derecho”. Alexy, Robert, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *cit.*

cial, no obstante el contenido descriptivo y analítico. Los argumentos que presentan los autores neoconstitucionalistas contra cierta versión del positivismo jurídico o contra las interpretaciones conservadoras y retardatarias de la Constitución permiten fundamentar posiciones liberales y progresistas en el marco de las principales discusiones jurídicas en la actualidad en América Latina, y en particular en Colombia.

II. NEOCONSTITUCIONALISMO CONCEPTUAL DE ALCANCE PARTICULAR

García Figueroa afirma que 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.¹⁵ 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 conceptual: uno de alcance general y otro de alcance particular.¹⁶ Esta subdistinción permite, además de esclarecer el debate sobre las posibilidades del neoconstitucionalismo como conjunto de teorías del derecho, 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 co-

¹⁵ Casi todos los que suscriben el primer tipo de neoconstitucionalismo lo hacen con el segundo, pero no todos los que suscriben el segundo podrían ser considerados defensores del primero. Hay quienes, si bien defienden los ordenamientos jurídicos constitucionalizados con principios jurídicos vinculantes en las Constituciones y jueces que deben hacer algo más que la mera legislación negativa, no admiten que ello deba invalidar el positivismo jurídico. Pienso aquí en Luigi Ferrajoli, Pedro Salazar Ugarte y Gloria Lopera Mesa.

¹⁶ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, cit.

herencia ideológica, sino describir y analizar cómo se han implementado de forma gradual y distinta los principales elementos medulares del neoconstitucionalismo transnacional en las formas locales de comprender, enseñar y aplicar el derecho.

Un análisis de este tipo permite extraer conclusiones acerca de la validez del derecho, pero restringe sus alcances a un sistema jurídico concreto. Para contribuir a la correcta y comprehensiva descripción del neoconstitucionalismo, se analiza la forma como 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 transnacional, 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. La falta de trabajos de revisión rigurosos sobre el neoconstitucionalismo ha conducido a un debate empobrecido, repleto de epítetos descalificativos o laudatorios, y en todo caso acrílicos.

El pragmatismo hace parecer entonces más prometedor el neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular, porque impondría enfrentar sustantivos problemas de fundamentación, defender un neoconstitucionalismo conceptual de alcance general. Mathias Reimann, por ejemplo, se lamentaba porque la comunidad académica del derecho comparado no había sido capaz de ponerse de acuerdo acerca de un canon, de un mínimo cuerpo doctrinario, sobre las obras y, sobre todo, de sus cuestiones y temas centrales.¹⁷ La falta de un canon, de un estándar, ha derivado en que haya parecido académicamente aceptable, para muchas personas, realizar casi cualquier tipo de comparaciones, por parte además de cualquiera, sólo porque “es mejor eso que nada”.¹⁸

La reconstrucción del significado y los elementos medulares del neoconstitucionalismo transnacional no sólo tienen la ambición de ser comprensivos y rigurosos, sino que procura servir de prisma para descomponer los elementos de la jurisprudencia constitucional y examinar sus fundamentos, desde los principios reivindicados por el ideal deliberativo de la demo-

¹⁷ Reimann, Mathias, “The Progress and Failure of Comparative Constitutional Law in the Second Half of the Twenty Century”, *50 American Journal of Comparative Law*, 2002.

¹⁸ *Idem*. Véase también de su autoría, “Comparative Law and Neighboring Disciplines”, en Bussani, Mauro y Mattei, Ugo (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

cracia que hace parte de este canon. Además de su aporte descriptivo para analizar las principales instituciones judiciales, tesis doctrinarias y doctrinas jurisprudenciales que defienden los autores más representativos, el paradigma neoconstitucional es un punto de partida relevante en esta investigación, porque para implementar el modelo de la democracia constitucional, que es su principal cometido, es necesario poner en marcha un sistema de democracia deliberativa.

Alexy, el doctrinante más influyente en la doctrina jurídica y la jurisprudencia en Colombia, cuya obra igualmente ha tenido importante influjo en varios países iberoamericanos, afirma enfáticamente: “Hay nociones muy diversas de la democracia. El principio del discurso *exige* la democracia deliberativa”.¹⁹ Después de reconocer que la democracia deliberativa es más que un procedimiento para establecer un equilibrio de intereses para prevenir una dictadura o una guerra civil, señala que en la democracia deliberativa el plano de los argumentos se superpone al plano de los intereses y del poder, y por tanto se debe presuponer la posibilidad de contar con discursos prácticos racionales en la esfera pública. La racionalidad discursiva, para Alexy, en la línea de Habermas,²⁰ depende de la posibilidad de implementar (algún) sistema de democracia deliberativa. “Sólo a través de la institucionalización de la democracia deliberativa puede realizarse la idea del discurso tanto como esta es realizable”.²¹ Un parlamento debe respetar y concretar no sólo los derechos fundamentales, sino también las reglas de la democracia deliberativa.²² El capítulo quinto aborda el contexto de discusión y analiza algunos de los principales elementos de la concepción deliberativa de la democracia.

III. CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO

Uno de los principales desafíos de los procesos de renovación institucional en América Latina ha sido la construcción de mayores grados de justicia social desde el derecho. Dentro de las consecuencias de la apuesta que se hizo en Colombia en 1991 por ampliar los canales comunicativos de las instancias de decisión política, fue la estructuración de un modelo deliberativo de la demo-

¹⁹ Alexy, Robert, “The Dual Nature of Law”. *Cit.* de la versión manuscrita facilitada por el autor.

²⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

²¹ Alexy, Robert, “Ley fundamental y teoría del discurso”, en Cardinaux, Nancy *et al.* (eds.), *Las razones de la producción del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2006, p. 30.

²² Alexy, Robert, “The Dual Nature of Law”, *cit.*

cracia. Del proyecto tendiente a legitimar el constitucionalismo a partir del reconocimiento del pluralismo moral y político que caracteriza a las sociedades iberoamericanas, se destacan los elementos principialistas y propiamente deliberativos que en Colombia se incluyeron en la Constitución y en varias normas que se promulgaron posteriormente en desarrollo de mandatos constitucionales.

Se sustentará con evidencia constitucional, a nivel del texto, pero sobre todo de su interpretación y concreción jurisprudencial, que en Colombia uno de los ideales de la reforma en 1991 fue adoptar un modelo deliberativo de democracia, desde las exigencias de igual oportunidad de participación de todos los legitimados para hacerlo dentro del proceso legislativo de creación de leyes y actos legislativos, así como mediante el respeto más que a las normas procedimentales como tales, a los principios constitucionales que protegen dichas normas.

El derecho a la participación política y la garantía a la igualdad de condiciones de participación son objetivos procedimentales del modelo democrático deliberativo, que procuran proteger el diseño institucional conforme fue consagrado por el constituyente de 1991. En el constitucionalismo colombiano, tanto a nivel de las disposiciones procedimentales que consagra la Constitución, pero sobre todo de la labor jurisprudencial en la creación y desarrollo del derecho, no es un mero ritual el respeto a los procedimientos legislativos, dentro de los que se destacan aquellos que protegen los principios y valores constitucionales, y que son defendidos por la concepción deliberativa de la democracia. Las normas procedimentales adquieren verdadero sentido en el marco de una democracia constitucional, porque dichas normas, y los principios que a su vez amparan, permiten que la formación de la voluntad democrática sea pública y lo más imparcial posible, y que respeten el principio democrático y los derechos de las minorías.²³

Esta investigación, además de pretender una primera conceptualización y sistematización de la doctrina de la elusión deliberativa, desarrollada por la Corte Constitucional respecto del control al procedimiento legislativo de leyes y reformas constitucionales, pretende ilustrar otra de las formas como el constitucionalismo colombiano ha avanzado hacia áreas que lo hacen un importante referente latinoamericano en materia de estándares de constitucionalidad y criterios de articulación de la jurisprudencia en la creación y el desarrollo del derecho, y, así, de la forma como un tribunal conformado por jueces no elegidos puede efectivamente contribuir en la consecución de uno de los fines más importantes del Estado en el contexto de democracias

²³ Sentencia C-816 de 2004.

constitucionales, como es la realización de los derechos. En tiempos como los que corren, donde no sólo el comercio, sino también el derecho se han globalizado, la forma idónea para avanzar en la comprensión de los fundamentos del derecho y sus metodologías de aplicación es mediante el análisis sistemático desde la perspectiva teórica y comparada.²⁴

En este contexto, la investigación tiene un objetivo central, al cual sirven de fundamento los objetivos particulares de cada uno de los capítulos. El objetivo general es demostrar cómo la Corte Constitucional colombiana ha receptado en su jurisprudencia algunos elementos medulares del neoconstitucionalismo, y en particular de la concepción deliberativa de la democracia, enfatizando que se trata de una concepción que no está necesariamente comprometida con el logro de determinados fines sustantivos. Estos fines están establecidos de antemano por la Constitución. A su vez, cada capítulo constituye una estructura que funciona independientemente y cuenta con sus propios objetivos. *En este libro se defiende una perspectiva procedimental (pero democráticamente recargada) de la configuración democrática y deliberativa del constitucionalismo.*

El objetivo general del trabajo se encuentra fundamentalmente en el último capítulo, donde se reconstruye el influjo de los principales postulados deliberativos de la democracia en la jurisprudencia constitucional. Se expone y sustenta como un mecanismo de control que impone la Corte sobre el Congreso acerca de la exigencia por un tipo especial de debate al que siempre y en todos los casos del trámite parlamentario se debe dar oportunidad de realización. Se analizará hasta qué punto el estándar de constitucionalidad que la Corte ha erigido para controlar el respeto a las normas reglamentarias y principialistas durante el procedimiento parlamentario constituye un caso de activismo o de restricción judicial.

Los capítulos tercero y cuarto se articulan en el hecho de que para garantizar un constitucionalismo progresista que sea estable y duradero se debe abandonar la perspectiva juriscéntrica. Los casos de audiencias públicas, que la Corte Constitucional realiza con amplia participación, son un buen ejemplo de mecanismos creativos que puede adoptar un tribunal para dotar de mayor legitimidad sus decisiones. Se han realizado dos tipos de audiencias: previas al fallo y audiencias de cumplimiento.²⁵

²⁴ MacCormick, Neil y Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Precedents: A comparative study*. Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. vii y ss.; Goldstein, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

²⁵ Ejemplo del segundo tipo de audiencias son las realizadas luego de declarado el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, en las que han participado ONG miembros de la cúpula militar y ministros. Ejemplo de la primera es la audiencia del caso sobre el Marco Jurídico para la Paz, en la que intervinieron el presidente de la República, el fiscal general, el procurador, el presidente del Congreso y miembros de ONG.

INTRODUCCIÓN

19

El capítulo quinto analiza el contexto de discusión y las características principales de la concepción deliberativa de la democracia, conforme ha sido desarrollada por los principales autores contemporáneos que encontraron en este modelo una salida a las crisis de legitimidad de las concepciones hasta ese momento dominantes de la democracia: el republicanismo, la democracia liberal y las concepciones populista, mayoritaria y elitista.²⁶ La articulación del neoconstitucionalismo con la investigación en general está dada por el estudio del influjo de una de las doctrinas actualmente más difundidas tanto en la teoría sobre la democracia como también en el derecho constitucional, como es la teoría de la democracia deliberativa.

Si bien la Corte Constitucional ha realizado referencias y citas concretas a algunos de los autores deliberativistas más representativos, como Sunstein, Nino, Habermas y Gargarella, el influjo de este modelo normativo democrático no empezó con las primeras sentencias que profirió, sino con las deliberaciones en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. La Constitución fue el reflejo de la apuesta por mayor inclusión democrática y mayor respeto al pluralismo político. El principio democrático y otros consagrados en el Preámbulo y los primeros artículos establecieron disposiciones a las que luego fueron adscritas interpretativamente normas concretas por parte de la Corte.

En el capítulo sexto se reconstruye la línea jurisprudencial y algunas de las subreglas que sintetizan coherentemente el fundamento de las decisiones que se han tomado. El estudio de los precedentes es esencial para estructurar la naturaleza del derecho como una empresa racional guiada por la razón práctica.²⁷ Mediante autos y sentencias proferidas por demandas de inconstitucionalidad o por su trabajo de control previo o automático sobre algunas normas especiales, la Corte ha construido una dogmática del procedimiento parlamentario a partir de la cual puede reconocerse que la concepción democrática de los constituyentes y la que ha reivindicado la Corte en su jurisprudencia, es la deliberativa. Con esta dogmática la Corte ha desarrollado, respecto del procedimiento parlamentario de aprobación de leyes y actos legislativos, los principios constitucionales que consagran el carácter democrático, pluralista, transparente e incluyente del Estado colombiano.

²⁶ Gargarella, Roberto, "Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?", en Martí, José L. y Besson, Samantha (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, London, Ashgate, 2006, trad. de Leonardo García J., "¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?", en Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007.

²⁷ MacCormick, Neil y Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Precedents: A comparative study*, cit., p. 6.

La dogmática constitucional estabiliza los argumentos y la interpretación del derecho. Este tipo de dogmática se concibe como un grupo de conceptos y categorías en los que se sostiene el derecho constitucional, y a partir de los cuales se estructura. Conforme a tales conceptos y su interpretación, el derecho adquiere coherencia interna.²⁸ Debido a que la buena dogmática exige fundamentación teórica, es que se reconstruye el ideal deliberativo de la democracia.

Respecto, por un lado, del interés que desde 1991 han tenido los doctrinantes colombianos por otros procesos de reforma constitucional e implementación de cambios institucionales, tales como el germano de 1949 y el español de 1978, y el referente permanente que ha sido el constitucionalismo estadounidense, sobre todo la jurisprudencia de la Corte Warren;²⁹ y por otro lado, del influjo que desde el inicio mismo de labores de la jurisdicción constitucional en 1992 tuvieron diversas teorías jurídicas, doctrinas judiciales y planteamientos jurisprudenciales de circulación transnacional, en esta investigación se analiza conceptualmente la teoría de la democracia deliberativa para reconstruir una idea central del modelo desde las características que han presentado los principales autores que desde 1980, cuando se acuñó el concepto, han cultivado el ideal deliberativo en la práctica de la discusión de los asuntos públicos en la arena política.

Si alguna característica transversal pudiera predicarse del objetivo de los autores representativos del neoconstitucionalismo, se enfatiza un cometido común por explicitar y contribuir así a estructurar el movimiento como canon dominante en la teoría constitucional y democrática contemporánea, con hondas repercusiones en la concepción, práctica y enseñanza del derecho. La forma de acometer dicha tarea es, desde un punto de vista teórico, dotando de solidez a sus estructuras medulares y fundamentándolas científicamente en el contexto de la teoría del derecho, contribuyendo críticamente con la solución de los problemas que surgen en la aplicación de planteamientos teóricos o doctrinas jurisprudenciales a contextos jurídicos constitucionalizados.

²⁸ Aragón Reyes, Manuel, “Las singularidades de la interpretación constitucional y sus diferencias respecto de la interpretación de la ley”, en Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, Bogotá, Universidad Externado, 2013.

²⁹ Cepeda, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2001; Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005; Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004; Uprimny, Rodrigo *et al.*, “La libertad de información en la jurisprudencia colombiana: una perspectiva analítica y comparada”, *Libertad de prensa y derechos fundamentales*, Bogotá, Konrad Adenauer-De justicia, 2006.

Como toda ciencia social, las teorías jurídicas, y constitucionales en particular, aspiran a realizarse en la práctica. Si se quiere que teorías como la democracia deliberativa contribuya en realidad para lo cual fue creada, debe rendir efectos reales en los procesos de toma de decisiones y debe ser pensada para procesos concretos, bajo cuidadoso examen a las categorías fundamentales a partir de los andamiajes conceptuales que han ejercido singular influencia, tanto en la academia como en la doctrina y la jurisprudencia. El proceso de viaje, recepción y transmutación de teorías contribuye a modelar las formas locales de creación de derecho a partir de herramientas metodológicas, doctrinas judiciales y planteamientos jurisprudenciales surgidos en otras latitudes a los que, en un primer momento, acudieron los constituyentes en 1991 para diseñar una Constitución respecto de la cual no había antecedentes en América Latina, y a los que en un segundo momento recurrieron magistrados de la Corte Constitucional, al resolver problemas que los enfrentaban con la necesidad de aplicar una normativa constitucional liberal, progresista y garantista en un contexto radicalmente distinto de aquel que pretende regular.

La manera idónea de contribuir con la defensa del neoconstitucionalismo respecto de su recepción es a partir de trabajos en los cuales se acoja no sólo el reto teórico de comprender adecuadamente y con precisión las obras que circulan en nuestros ambientes intelectuales, sino también el reto sociológico de leer tales obras en clave de recepción, haciendo un esfuerzo adicional por analizar la forma cómo ideas, tesis, doctrinas e instituciones judiciales foráneas se han adaptado a los procesos locales de concepción y aplicación del derecho.

En esta investigación se demuestra la existencia de una línea jurisprudencial y unas sólidas subreglas, para cuya concreción dogmática fue esencial el influjo de elementos del orden político que son medulares en el paradigma neoconstitucional, debido a la alta consideración que se le otorga a los valores que se protegen a partir del ideal regulativo de la democracia deliberativa.