

CAPÍTULO SEGUNDO

EL NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEPTUALIZACIÓN E INFLUJO EN COLOMBIA

I. INTRODUCCIÓN

La derrota del fascismo en Europa condujo a una reconfiguración de la geopolítica global como pocas veces había acontecido desde la decadencia y caída del Imperio romano. El mundo se dividió con una “cortina de hierro”, al decir de Churchill, y dos fuerzas adversarias dominaron el panorama político hasta la década de 1990 y tuvieron al mundo en vilo por una guerra de proporciones nucleares. Condujo también a una profunda reorganización del poder público y de las instituciones estatales, sobre todo de los países que habían resultado vencidos en la Segunda Guerra. Dogmática y orgánicamente sus sistemas constitucionales debieron ser intervenidos para borrar todo rastro de la dictadura y la represión de derechos y garantías que habían envilecido al derecho cuando fue puesto al servicio de la validación de medidas autoritarias. Se trató sobre todo de los países que, como el ave Fénix, “resurgían de sus cenizas” al final de la derrota bélica; es decir, Italia con su Constitución del 22 de diciembre de 1947,²¹² y con una Corte Constitucional instaurada diez años después; y Alemania con la Ley Fundamental de Bonn, de mayo 23 de 1949.²¹³ Esta Ley inicia con un capítulo sobre derechos fundamentales y consagra de entrada el respeto a la primacía de la dignidad humana, a la cual le otorga un carácter de intangibilidad y un estatus inmodificable. Una fecunda producción teórica y la progresiva renovación de las tradiciones ju-

²¹² Vigente desde enero 1o. del año siguiente. Se trata de su primera Constitución, la cual se gestó luego de la abdicación de Víctor Manuel III en 1946. Antes de 1948 sólo existía un estatuto (“albertino”) que instauraba la monarquía constitucional con sufragio. El fascismo no abolió dicho Estatuto, pero lo dejó sin vigencia, pues como se sabe, la voluntad de *Il Duce* era el derecho en ese momento, tal como en Alemania era la del *Führer*.

²¹³ La cual en un principio sólo fue promulgada para Alemania Occidental, pero en agosto se firmó el tratado de la unificación entre la República Federal Alemana y la República Democrática Alemana, adhiriéndose así los cinco estados federados orientales, la Ley Fundamental adquirió vigencia nacional a partir de octubre de ese año. Otra fecha de trascendental importancia en este punto es el establecimiento del Tribunal Constitucional en 1951.

risprudenciales sucedieron estos acontecimientos de cambio constitucional, a partir de los cuales inició la configuración de una nueva forma de abordar el fenómeno constitucional y la concepción sobre la democracia.²¹⁴

Este constituye el primer momento histórico en el cual se configura un neoconstitucionalismo en los países que serían particularmente influyentes en el desarrollo del derecho público en Occidente cuando en otros contextos se debieron afrontar, ante el fin de las dictaduras y la entrada a la democracia, los problemas que ya habían enfrentado los países derrotados en la Segunda Guerra. Es así como surge un segundo momento en el cual ingresan al neoconstitucionalismo los países que salieron de las dictaduras, tales como Portugal (1976) y España (1978). Instituciones públicas, formas de organización y control del poder, doctrinas judiciales y teorías jurídicas se encuentran entre las lecciones que tomaron varios países de la experiencia germana e italiana. Un tercer y último momento es del que hacen parte Colombia y los demás países latinoamericanos que desde la década de 1980 empezaron a cambiar sus regímenes constitucionales o a introducir reformas que incorporaban elementos de estos procesos constituyentes en Europa.²¹⁵ Se ha tratado sobre todo del intento de reconstruir su orden político tras experiencias de dictaduras militares, guerras civiles o como respuesta a complejas crisis de legitimidad, tal como en Colombia fue el desgaste institucional que trajo consigo el postfrente nacional por su cerrado sistema político, la falta de garantías sociales a la ciudadanía por la recurrente figura del estado de sitio, el ascenso de la violencia, una crisis institucional generalizada, los altos índices de pobreza, desigualdad, inseguridad y desempleo, así como una estructuralmente frágil forma de democracia representativa.

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.²¹⁶ A Colombia

²¹⁴ Bellamy, Richard y Castiglione, Darío (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and theoretical perspectives*, Oxford, Blackwell, 1996; Baynes, Kenneth, “Democracy and the Rechtsstaat”, en White, Stephen (ed.), *The Cambridge Companion to Habermas*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

²¹⁵ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez, César (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.

²¹⁶ Colombia es un Estado social de derecho (artículo 1), Venezuela es un Estado democrático y social de derecho y de justicia (artículo 2), Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (artículo 1) y Bolivia que se constituye en un Estado unitario social de

ingresó por vía del influjo que había ejercido en España, país cuya doctrina influenció determinantemente este 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 y el desmoronamiento de las tradicionalmente sólidas fronteras entre el derecho, la moral y la política.

Las doctrinas jurídicas contemporáneas han acercado el derecho a la moral. Las tradicionalmente sólidas fronteras que los separaban se han desmoronado debido, tanto desde lo jurídico a la incorporación en las Constituciones de principios morales (libertad, igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia y dignidad humana) como desde lo político, a la reivindicación de una ideología conforme a la cual estos principios deben orientar la interpretación de los textos jurídicos²¹⁷ para cumplir en últimas con el principal fin del Estado, cual es la realización de los derechos, y, así, con el principio más importante en una democracia constitucional, cual es la dignidad humana. La moral ha dejado de ser un dominio individual y restringido a la conciencia individual, para transformarse en un discurso entre diversos participantes que siguen un procedimiento de toma de decisiones. Respecto del pluralismo, por ejemplo, si bien en América Latina las nuevas Constituciones consagran la figura de Dios, incluyen la libertad religiosa y el respeto a la diversidad ideológica.

La expansión global de importantes elementos de la dogmática jurídica alemana e italiana, así como de las teorías jurídicas subyacentes, han determinado cambios en el discurso jurídico que abonan el terreno a la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo.²¹⁸ En particular, en Colombia desde 1991 una serie de procesos

derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías (artículo 1). Aunque la Constitución de Perú no adscribe formalmente a este modelo ideológico, el artículo 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.

²¹⁷ Dentro de los principales defensores de esta ideología se encuentra Ronald Dworkin. Véase Guest, Stephen, *Ronald Dworkin*, 3a. ed., Stanford, Stanford University Press, 2013, cap. 4.

²¹⁸ Comanducci, Paolo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2011.

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.

El neoconstitucionalismo aporta un valioso referente para analizar críticamente la manera como 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 como se conforma a nivel trasnacional un canon de doctrinas y teorías, e igualmente otorga elementos para describir la manera en la cual 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.

Se analizarán algunos de los principales elementos del nuevo constitucionalismo colombiano, sobre todo en consideración de uno de los asuntos más contenciosos en estos últimos años en los cuales se han expandido los contenidos materiales de la Constitución, por cuenta del trabajo de la institución a la que se le confió en 1991 la guarda de su integridad y supremacía. La cuestión tiene que ver con el rol que debe prestarle un tribunal constitucional a una sociedad profundamente desigual y con carencias de representación ante las instancias de decisión política, que a la vez se enmarca en una democracia que no es ya la mera representación electoral de la ciudadanía mayoritaria, sino una forma de organización político-social sustentada por principios constitucionales.

Son dos los objetivos de este capítulo: reconstruir los elementos medulares del neoconstitucionalismo tal como se ha constituido en un canon trasnacional desde finales de la década de 1940 en Europa y destacar algunas de las principales instituciones y doctrinas que han sido receptadas en Co-

lombia. Interesa observar el contexto teórico desde el cual fue posible que en Colombia surgiera un “nuevo derecho” como recepción y configuración del neoconstitucionalismo transnacional. Se analizarán entonces algunos de los principales aspectos del canon tal como se han aceptado, interpretado y configurado en los procesos locales de implementación progresiva de la constitucionalización del derecho y, en últimas, de realización del modelo ideológico del Estado social y democrático de derecho. Para propender por esta realización, conforme a Alexy,²¹⁹ se debe poner en marcha un sistema de democracia deliberativa, cuyos elementos normativos son a su vez incorporados y defendidos por las principales doctrinas dentro del neoconstitucionalismo.

II. PROBLEMÁTICA Y GÉNESIS DEL CONCEPTO

Los elementos medulares del neoconstitucionalismo se han asentado en la teoría jurídica iberoamericana. Algunos incluso han comenzado a realizarse en campos determinados, y su influencia desde los mismos procesos de configuración constitucional se ha incrementado tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. El neoconstitucionalismo representa un debate contemporáneo claro en el estado actual de la cuestión constitucional (y más allá del derecho público e incluso privado). Se observa con claridad por la cantidad de bibliografía que en los últimos años ha aparecido en Latinoamérica y España sobre el neoconstitucionalismo,²²⁰ pero sobre todo sobre sus principales

²¹⁹ Alexy, Robert, “Ley fundamental y teoría del discurso”, en Cardinaux, Nancy *et al.* (eds.), *Las razones de la producción del derecho. Las razones de la producción del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2006.

²²⁰ Sus perfiles están bien reconstruidos en los trabajos más citados sobre el tema: Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003; Sastre, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999; Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009; del mismo autor (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; Atienza, Manuel, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007; Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2007; Barroso, Luis R., *El neoconstitucionalismo y la institucionalización del derecho*, *cit.*; Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad externado, 2009; Moreso, Juan José, *Constitución. Modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, 2009; García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009; Clérico, Laura - Sieckmann, Jan (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011; Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009; Carbonell, Miguel (ed.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa, 2011; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, *cit.*

teorías, instituciones jurisprudenciales y doctrinas constitucionales. También se observa por que algunas de sus instituciones y de sus principios se han asentado en la teoría y se han realizado, por un lado, en la práctica de los países que redactaron sus Constituciones atendiendo a una tendencia transnacional que las concibe como normas directamente aplicables y, por otro lado, en los tribunales cuando conciben un derecho como garantía real de una persona.

Siguiendo esta tendencia, también las facultades de derecho renovaron sus programas curriculares. La preeminencia del neoconstitucionalismo en el debate doctrinario transnacional y la determinación de los cambios doctrinarios, institucionales, jurisprudenciales y académicos que trajo consigo son factores de esencial consideración para avanzar en el cometido de validar la discusión neoconstitucional, porque, como toda ciencia social, las teorías jurídicas, y constitucionales en particular, aspiran a realizarse en la práctica.

La profusión de investigaciones y estudios,²²¹ a nivel transnacional 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.²²² 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 en la cual se han importado instituciones jurídicas y tesis doctrinarias en contextos distintos a los de su surgimiento.²²³

²²¹ Mientras que en 2008 aparecerían poco más de 1,500 citas sobre neoconstitucionalismo en libros acogidos por Google Scholar y en las revistas indexadas, en la actualidad totalizan más de 4,000.

²²² Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, cit., cap. 3, segunda parte. En este sentido son también conocidas las críticas de Juan Antonio García Amado, de quien puede consultarse *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado, 2010, cap. II.

²²³ García Amado sostuvo que si bien los perfiles del movimiento no son del todo diáfanos, “esto no impide que entre los propios defensores y cultivadores de esos planteamientos se pueda hablar ya de un canon neoconstitucional”; canon que pretende identificarse en este capítulo. Cfr. García Amado, Juan Antonio, “Prólogo” a Zavala, Jorge, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Guayaquil, Edilex, 2010. En el mismo

Como sucede con otros conceptos de reciente acuño (multiculturalismo, democracia deliberativa, posmodernidad), 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 terminología iusfilosófica y constitucional extendió su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas.²²⁴ Conviene por tanto procurar una mayor claridad analítica a partir de una caracterización que muestre qué objetivo condujo al acuño del concepto y qué objeto identifica.

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

Se ha desarrollado no obstante 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. 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 cen-

sentido, Pedro Salazar Ugarte, en una reconstrucción del garantismo y un enfoque crítico del neoconstitucionalismo para mostrar sus diferencias, reconoce que una de las aproximaciones teóricas más acreditadas al derecho constitucional contemporáneo “en el ámbito italo-iberoamericano”, es precisamente el neoconstitucionalismo. Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-UNAM, 2006; “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas propuestas para esquivar confusiones recurrentes”, 2011. Versión facilitada por el autor.

²²⁴ Pozzolo, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

trales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas.²²⁵

El concepto se acuñó hacia mediados de la década de 1990. 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.²²⁶ 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 en distintos claustros universitarios 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 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

²²⁵ Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, versión manuscrita facilitada por la autora.

²²⁶ Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 21, 1998, pp. 355-370; *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; Comanducci, Paolo, “Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio”, *Studi in onore di Franca De Marini*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 123 y 124; Barberis, Mauro, “Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale”, *Ragion pratica*, 2000, pp. 147-162; *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Turín, Giappichelli, 2003, pp. 27-41; “Neoconstitucionalismo, democrazia e imperialismo de la moral”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit. Véase también, Mazzareze, Tecla, “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi”, en Tecla Mazzareze (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002, p. 2, nota 2; Pozzolo, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, *op. cit.* Pozzolo, Susanna y Ramos, Écio O., *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, São Paulo, Landy, 2006; Quaresma, Regina *et al.* (eds.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

constitucionales,²²⁷ como por ejemplo 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 varios países de Europa con el cambio de sus textos constitucionales y la articulación con instituciones jurídicas estadounidenses que gestaron un movimiento al cual se unieron muchos países latinoamericanos, que no sólo cambiaron de Constitución, sino que la redactaron de una manera particular, al incorporar parte esencial de las características distintivas de un nuevo paradigma constitucional, articulado con un arsenal para propender a su garantía efectiva. 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, los 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 conceptos y la Escuela de la exégesis,²²⁸ hasta la concepción de la Constitución como “un orden valorativo” (según la concepción de la jurisprudencia germana en el fallo *Lüth* de 1958).²²⁹

²²⁷ Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 27.

²²⁸ “Formalismo ingenuo” porque las doctrinas sustentadas por ambas escuelas respecto de la decisión judicial comportaban la negación absoluta de la discrecionalidad. La convicción en ciertas características del sistema jurídico (completitud —no hay lagunas—; coherencia —no hay antinomias—; diafanidad —no hay necesidad de interpretarlo—) formalizaba la decisión del juez y la volvía entonces la estructuración de un razonamiento silogístico a partir de premisas acabadas. García Amado, Juan Antonio, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isegoría*, núm. 35, julio-diciembre, 2006.

²²⁹ 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*, Bogotá, 2a. parte, Universidad Externado, 2003.

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 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.

III. CARACTERIZACIÓN E INTENTO DE CONCEPTUALIZACIÓN

Las Constituciones, además de reglas, están integradas por principios; es decir, por normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible a partir de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Por esto, en lugar de ser mandatos definitivos como las reglas, los principios son manda-

tos de optimización. Debido a esta característica estructural distintiva entre reglas y principios, la forma idónea de aplicación de estos es la judicial y mediante la ponderación: mecanismo metodológico que se debe constituir en forma racional de argumentación. El ejercicio de la ponderación en la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales es un presupuesto de la complejidad alcanzada por los sistemas jurídicos desde la segunda posguerra.

Se le otorga una centralidad a la dimensión argumentativa del derecho. “La implantación de un Estado constitucional democrático crea ciertamente un espacio institucional para la solución de los problemas jurídicos. Pero ese espacio necesita ser llenado. El medio para ello es la argumentación jurídica”.²³⁰ Al Poder Judicial y al intérprete en general se les impone la utilización de herramientas argumentativas como el principio²³¹ de proporcionalidad para controlar la implementación de medidas legislativas, que tienen impacto negativo sobre los derechos fundamentales. Esta estructura argumentativa permite fundamentar la invalidación de intervenciones en derechos que implican un sacrificio constitucionalmente ilegítimo, innecesario o desproporcionado de los mismos. Resulta un mecanismo metodológico muy importante, y esencial en el contexto de las Constituciones normativas y los sistemas jurídicos constitucionalizados, porque, por ejemplo, en casos relativos al juicio de igualdad, su prescindencia implicaría que un acto que afectara muy intensamente la igualdad para favorecer muy levemente un fin constitucionalmente legítimo no sería declarado inconstitucional.²³²

²³⁰ Alexy, Robert, “Mi teoría del derecho”, discurso impartido en la Universidad de Alicante con motivo de la aceptación del doctorado h.c. Citado de la versión electrónica facilitada por el autor.

²³¹ Al cual se le ha denominado de distintas formas: “principio”, “mandato”, “regla”, “criterio”, “examen”, “factor” y “juicio”. Conforme a Clérico, debido a que los tres submandatos del principio de proporcionalidad en sentido lato tienen carácter de reglas (y más precisamente reglas de segundo grado porque determinan cómo deben aplicarse las normas con estructura de principio), la proporcionalidad no se pondera frente a otros mandatos, sino que determina cómo deben ponderarse los objetos de la ponderación. Por esta razón, en lugar de “principio” lo denomina “examen”. Cfr. Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, cit.

²³² Una de las discusiones más dinámicas sobre el neoconstitucionalismo en América Latina tiene que ver con el principio de proporcionalidad como mecanismo para resolver las colisiones entre derechos que se presentan en casos concretos. La idea de la ponderación y el propio concepto de principio parten de la base de que las disposiciones de derecho fundamental son indeterminadas e imponen a los intérpretes su concreción. Véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 90 y ss. Para el caso alemán: Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, cit. 2007. Para la jurisprudencia de la Corte IDH: Clérico, Laura, “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Sieckmann, Jan et al. (eds.), *Internacionalización del derecho constitucio-*

El neoconstitucionalismo comporta elementos no sólo desde la perspectiva teórica, sino también desde el punto de vista político. Dentro de los componentes del concepto se ha distinguido además un tipo de Estado constitucional de derecho con alto contenido ideológico en la medida en que adopta el modelo axiológico de Constitución como norma directamente aplicable. Esta concepción implicó un viraje del modelo institucional, así como de la forma de organización política que hasta entonces se conocía. Otro componente es el teórico, ya que se torna imperativo un cambio o desarrollo en las teorías que tradicionalmente explicaban los diversos escenarios de la fenomenología jurídica. Un planteamiento como el neoconstitucional, de profunda raigambre normativa y prescriptiva, sería deficitario sin una filosofía política que sustente, desde las ideas históricas sobre la legitimidad del Estado y el ejercicio justo del poder, dicho modelo.

Si bien la nomenclatura neoconstitucional ha sido utilizada apenas desde finales de la década de 1990, 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.

Esta nueva sensibilidad iusteórica e ideológica, a partir de la cual se comprende la necesidad de realizar trasplantes teóricos e institucionales,²³³

nal. *Constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012. Desde diversos contextos y enfoques: Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Para el caso español: Sarmiento Ramírez, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis desde el derecho español*, Bogotá, Universidad Externado, 2007; Perelló D., Isabel, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia*, núm. 28, 1997. Para un análisis crítico de su aplicación por parte del Tribunal Constitucional Peruano: Bernal Pulido, Carlos, “La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad”, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, cit., cap. 11. Para su recepción en Colombia: Bernal Pulido, Carlos, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control constitucional de las leyes” y “El principio de proporcionalidad de la legislación penal”, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005; José Cepeda, Manuel, “La Constitución y el juez. Nuevos enfoques interpretativos”, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007. Para una perspectiva comparada entre Colombia y Chile: Lopera Mesa, Gloria, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, *Revista de Derecho*, vol. XXIV, núm. 2, diciembre de 2011.

²³³ Gargarella, Roberto, “Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América”, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, t. 1, cap. XX; Böhmer, Martin, “Préstamos y adquisi-

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

En este sentido, pueden identificarse sitios locales de producción de un nuevo modo transnacional y sitios donde lo que sucede es la recepción con mínima influencia retributiva hacia el país de influencia transnacional. Hay también casos intermedios.²³⁴ 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.²³⁵ En tres grupos se pueden reunir las tesis medulares del neoconstitucionalismo.

1. *Constitución*

i. Se reconoce 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 ideológico del Estado social, o constitucional, de derecho.

ii. El neoconstitucionalismo constituye una “nueva cultura jurídica”. Se incorporan a las Constituciones principios morales. La Constitución está cargada de un valor intrínseco: es un valor en sí.²³⁶

iii. Además de normas orgánicas que establecen los parámetros básicos de los organismos del Estado y la organización del poder público, las nuevas Constituciones consagran numerosas normas de carácter dogmático, que

ciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, conferencia presentada en la versión de 2007 del SELA. Referenciada a partir de la versión manuscrita facilitada por el autor.

²³⁴ El abordaje más completo sobre la temática en Colombia se encuentra en Bonilla Daniel (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2009.

²³⁵ Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit.; Ahumada, María Angeles, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson y Civitas, 2005.

²³⁶ Dogliani, Mario, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1994, p. 14.

garantizan los derechos subjetivos frente al Estado y los poderes privados. El contenido de la Constitución es sustantivo.

iv. Como novedad determinante se cuenta el que las Constituciones contemporáneas contienen un catálogo de derechos que no sólo está integrado por los clásicos de libertad, sino también por derechos sociales.

v. En tanto norma jurídica, la Constitución posee un atributo hasta ahora atribuible a las normas, a saber; la naturaleza normativa, en tanto se trata no ya de una norma para validar o invalidar la adscripción de otras normas de inferior jerarquía como pertenecientes al sistema jurídico, sino de una norma jurídica propiamente cuyos mandatos son obligatorios e impositivos en lugar que meramente declarativos o programáticos.

vi. Mediante la aplicación directa de la Constitución por su naturaleza normativa y a partir de la fuerza vinculante de los derechos, se constituye en un esquema para orientar la actuación de todas las ramas del poder público. Las normas dogmáticas determinan aquello que a las normas orgánicas les está permitido hacer, así como qué es lo que deben hacer.

vii. Además de imponer límites al legislador respecto de cómo realizar los trámites de los proyectos de ley y de reforma constitucional, amplían las exigencias a todos los poderes del poder público y los órganos de control, por lo cual asistimos a un tránsito de la forma de concebir a la Constitución como un límite al orden jurídico, hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales.²³⁷

viii. La Constitución condiciona además de las fuentes del derecho (legislación, jurisprudencia y doctrina), la acción de los actores políticos. Un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución “invasiva”.²³⁸ El orden valorativo que representan las provisiones iusfundamentales no sólo vale para todos los ámbitos del derecho, sino que también proporciona directrices e impulsos para la legislación.²³⁹

ix. La Constitución se interpreta sistemáticamente, en lugar que aisladamente. Los jueces asumen en su actividad que el sentido de las provisiones iusfundamentales se extrae concibiendo a la Constitución como un

²³⁷ Aguiló, Josep, “Sobre la Constitución en el Estado constitucional”, *Doxa*, núm. 24, Alicante, 2001, pp. 454 y 456; “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

²³⁸ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fontamara, 2007.

²³⁹ El punto central del sistema valorativo objetivo lo constituye el derecho general a la personalidad y la dignidad humana. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 507 y ss.

todo, en lugar que como una agregación de normas que se interpretan una por caso. Se articulan directamente en la interpretación para resolver un caso diversas disposiciones jurídicas con principios fundamentales (Estado social de derecho) y tesis doctrinarias (efectividad de los derechos sociales, por ejemplo).

x. La normativa se debe interpretar conforme a los mandatos constitucionales. Cuando hay una disyuntiva interpretativa donde ambas opciones son admisibles, se debe optar por aquella favorable a algún mandato constitucional.

xi. La Constitución debe ser rígida; es decir, debe tener altas exigencias para su propia reforma. Si bien la idea de la rigidez es propia del constitucionalismo clásico, que por ejemplo desempeñó un papel importante en el periodo de ratificación de la Constitución estadounidense, surge revitalizada contemporáneamente por su valor en el proceso de constitucionalización del derecho.

xii. Las nuevas Constituciones comportan una nueva perspectiva sobre la nacionalidad, ya que los textos constitucionales tendían a homogeneizar a las personas según criterios determinados. Actualmente, no sólo se elimina la homogeneización vía normatividad, sino que se reivindica el pluralismo como uno de los caracteres propios y distintivos de la identidad civil latinoamericana.

xiii. Las Constituciones promulgadas en las últimas décadas en los países latinoamericanos no organizan exclusivamente al Estado en sus organismos, funciones y competencias, sino que también reflejan un descontento con la situación actual de sus sociedades, por lo cual consagran normativamente un tipo de sociedad a la que se aspira mediante la inclusión de numerosas disposiciones-provisiones de realización progresiva. En este sentido, las Constituciones latinoamericanas contemporáneas son “aspiracionales”.²⁴⁰

xiv. Además de reglas, las Constituciones están integradas por principios, los cuales se representan conspicuamente en las provisiones contenidas en los derechos fundamentales. De forma conjunta con las normas que organizan los poderes públicos, las Constituciones democráticas contemporáneas contienen normas que limitan y encauzan el poder estatal: los derechos fundamentales.²⁴¹

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, *cit.*

xv. La Constitución tiene garantía jurisdiccional; es decir, comporta la existencia de tribunales que deben pugnar por su propia supremacía al condicionar las normas de inferior jerarquía y los actos que pretenden cambiar la propia Constitución; resguarda que la Constitución sea la norma de normas.

xvi. Las tesis sobre el valor normativo de la Constitución y la fuerza vinculante de los derechos, así como la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, comportan dos ideas: la Constitución no está dirigida solamente a las autoridades públicas; es decir, rige también las relaciones entre particulares, y todos los jueces pueden aplicar la Constitución. La Constitución influencia de forma determinante las relaciones políticas.

2. *Derechos*

i. Los derechos fundamentales existen como parte del derecho positivo; es decir, tienen valor normativo pleno en lugar de ser normas programáticas, que serán eventualmente desarrolladas por el Legislativo. Como las disposiciones de los derechos fundamentales delimitan su contenido, son el principal elemento de la estructura de estos derechos.²⁴² A partir de la institucionalización de los derechos en la Constitución, existen en el mundo jurídico, lo cual adquiere actualmente preponderancia respecto de su fundamentación moral.

ii. Se producen múltiples mundos constitucionalmente posibles como consecuencia de la naturaleza normativa de la Constitución y de su contenido sustantivo (amplio catálogo de derechos y principios que vincula como eje del análisis constitucional). El lenguaje en el que se expresan los derechos es indeterminado, o de “textura abierta”.²⁴³

iii. La transformación del constitucionalismo secundó en un primer momento una vigencia vertical de los derechos fundamentales, la cual concentraba el efecto normativo de los derechos sólo en las acciones entre los entes públicos y los ciudadanos. Además del efecto de irradiación, los derechos fundamentales tienen eficacia horizontal o hacia particulares.

iv. La tesis de la irradiación de los derechos fundamentales al ordenamiento es correlativa a la tesis de la constitucionalización del derecho. La fuerza expansiva de los derechos y la labor judicial de garantizar la inte-

²⁴² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2008.

²⁴³ Hart, L. A., “The Open Texture of Law”, *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1994.

gridad de la Constitución, hacen que las prescripciones contenidas en los derechos irradien todas las normas.

v. Respecto del efecto de irradiación de los derechos fundamentales y la constitucionalización del derecho, los derechos fundamentales influyen todo el derecho en las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, pero también cuando regulan las relaciones jurídicas entre los particulares. Constituyen una pauta para todos los organismos que aplican el derecho.²⁴⁴

vi. Los derechos sociales, en tanto normas fundamentales, son justiciables judicialmente. Ya no están necesariamente sujetos a leyes que los garanticen y desarrollen.

vii. El aumento del número y el tipo de derechos en las Constituciones contemporáneas, vía reforma al texto o vía desarrollo jurisprudencial, ha estado acompañado por la creación de mecanismos judiciales para propender por su efectiva garantía. La más significativa invención procesal es el recurso de amparo (o, como se denominó en Colombia, acción de tutela). Como mecanismo autónomo para la protección de los derechos, la tutela ha propendido en parte fundamental por la garantía de la eficacia real de los postulados progresistas de la Constitución.

viii. Los derechos fundamentales tienen un “contenido esencial”; es decir, si bien por no ser absolutos ceden y se restringen en casos concretos, hay un límite a la restricción, que se gradúa desde su conformidad constitucional y a partir del examen de proporcionalidad.

ix. Como además de reglas los sistemas jurídicos contienen principios, adicionalmente a la subsunción como mecanismo metodológico para la aplicación del derecho, hay que contar con otro mecanismo para aplicar los principios. Este mecanismo es la ponderación, que, como forma de argumentación, permite construir una jerarquía relativa de los principios respecto del caso concreto.

x. En el contexto más general de la ponderación, el principio de proporcionalidad es un examen para controlar las restricciones en derechos fundamentales que descalifica las intervenciones que suponen un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los mismos. Controla la actividad de los poderes públicos que incide en la órbita de tales derechos. Es una herramienta de interpretación y argumentación constitucional orientada a establecer el contenido definitivo de los derechos fundamentales que resulta vinculante.

²⁴⁴ Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en Bendae, Ernst *et al.* (eds.). *Manual de derecho constitucional*, Barcelona, Marcial Pons, 1996, p. 93.

xi. Valen tanto para el juez como para el legislador las razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias que suministra una Constitución sustantiva.²⁴⁵ 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.

3. Poder Judicial y jurisprudencia

xii. El Poder Judicial es poder político porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución *Política*. En 1848 el constitucionalista chileno, José Victorino Lastarria, afirmaba que como todos los demás poderes, el Poder Judicial es un verdadero poder político del Estado.²⁴⁶

xiii. El Poder Judicial es entonces un verdadero poder público del Estado, porque el derecho aumentó el ámbito de sus competencias en la medida en que sobre todos los poderes puede recaer el control jurisdiccional. El rol judicial consiste en la interpretación, pero también en la creación y en el desarrollo del derecho, así como en la protección de la Constitución.

xiv. A la renovación en las prácticas jurisprudenciales, incluso más que a la consagración constitucional de los derechos, se debe su aplicación efectiva. La consagración de los derechos es un presupuesto de su efectividad, pero la garantía en sí misma es deudora del rol comprometido con los derechos de los jueces constitucionales.

xv. La jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley, sino la ley en los derechos. En Colombia, bajo la Constitución anterior, de 1886, las normas sobre derechos tenían un valor meramente programático, razón por la cual los derechos sólo valían en el ámbito de la ley,²⁴⁷ pero hoy por el contrario las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos.

xvi. Desde el constitucionalismo del Estado de derecho, la jurisprudencia denotaba fundamentalmente un conjunto de decisiones judiciales reiteradas tomadas con antelación y sin carácter obligatorio para casos futuros.

²⁴⁵ Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit.

²⁴⁶ Lastarria, José V., *Elementos de derecho constitucional*, 1848. Agradezco esta referencia a Jorge Contesse.

²⁴⁷ En Colombia el legislador de entonces ordenó incluir la carta de derechos de la Constitución al inicio del Código Civil.

En la actualidad 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, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares.

xvii. La jurisprudencia ha pasado a ejercer una notable influencia en las formas tradicionales de comprender el derecho. 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.

xviii. Como factor determinante de la labor judicial, la jurisprudencia ha instituido las técnicas interpretativas propias de los desarrollos dogmáticos transnacionales recientes de la concepción y, fundamentalmente, la aplicación de los derechos constitucionales en procura de maximizar sus efectos normativos y reducir las arbitrariedades al momento de su concreción, tales como, principalmente, el juicio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad.

xix. Las transformaciones en la forma de concebir el derecho a las que procura responder el neoconstitucionalismo tienen que ver también con la hasta ahora inédita posibilidad de que hayan normas formalmente válidas pero sustancialmente inválidas. Es decir, el concepto “Constitución”, entendido desde una concepción lógico-jurídica, no admite la invalidación de normas ante casos concretos, pero en ciertos casos los jueces deben omitir la estricta aplicación de reglas, porque se generarían efectos inconstitucionales en tanto se violentarían principios fundamentales.

xx. La labor de los tribunales y jueces constitucionales que se defiende desde las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo, respecto de la garantía jurisdiccional de la Constitución, se relaciona con la admisibilidad de la declaratoria de nulidad de leyes, porque resultan violatorias de algún principio constitucional.

xxi. Es democrática la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes y de las reformas constitucionales, porque contemporáneamente democracia no sólo significa mayorías (es decir, fue superada por su propia historia la idea de gobierno o poder del pueblo), sino también respeto a los derechos minoritarios. Ofende a la concepción neoconstitucionalista el argumento según el cual una decisión mayoritaria es, de forma necesaria, genuinamente democrática.²⁴⁸

²⁴⁸ Hay una tensión inevitable entre el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales, en tanto aspiraciones irrenunciables y valiosas. Los mecanismos con-

IV. EL “NUEVO DERECHO” COMO CONFIGURACIÓN LOCAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO TRASNACIONAL

El concepto “neoconstitucionalismo” constituye una nomenclatura constitucional de carácter transnacional que, en general, se ha conservado y extendido en los contextos latinoamericanos. En Colombia —no pacíficamente— se ha denominado “nuevo derecho” desde cuando en 1991 hubo un cambio de Constitución. En tanto recepción y configuración local del neoconstitucionalismo transnacional, el concepto “nuevo derecho”, aunque pareciera denotar un cambio radical como el acontecido luego de una revolución, se empezó a usar desde las sesiones de la asamblea debido a las novedades que se introducían en la nueva Constitución respecto de la anterior. El marco en el cual se comprenden los principales procesos de cambio y reforma institucionales es la adscripción constitucional al modelo de Estado social, o constitucional, de derecho. Podría referirse indistintamente al Estado de derecho social o constitucional en la medida en que al consagrarse en la Constitución los derechos sociales y al haberse propendido hacia su aseguramiento por vía judicial mediante mecanismos como el amparo, lo constitucional en sentido amplio implica lo social.²⁴⁹

Durante el periodo en el cual en Italia se publicaban y difundían los trabajos pioneros del neoconstitucionalismo por parte, como se señaló, de Mazzareze, Pozzolo, Barberis y Comanducci, en Colombia estaba surgiendo la necesidad de contar con teorías y doctrinas para orientar, pero sobre todo para fundamentar los procesos de implementación de una nueva normativa constitucional. Sobre la genealogía del neoconstitucionalismo en Colombia es interesante destacar que fue una sentencia de la Corte Suprema de Justicia previa al cambio constitucional acontecido en 1991 —y, por lo tanto, anterior a la Corte Constitucional— la que podría concebirse inspirada en él. Se trata de la sentencia del 9 de octubre de 1990, que declaró constitucional el decreto mediante el cual se convocó a elecciones para elegir una asamblea constituyente. La Corte configuró el camino para cambiar de texto constitucional. Argumentó que “El Derecho no pertenece al ámbito de

tramayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo, cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos, como aquellos que aseguran la autonomía individual. Consúltese, Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

²⁴⁹ En Colombia, después de que la Corte Constitucional declaró un derecho innominado al mínimo vital —difuminando la radical separación entre derechos fundamentales y derechos sociales— se hace referencia a los derechos constitucionales fundamentales.

lo lógico, ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad”.

Una vez proclamada la Constitución, el uso del concepto fue errático. Se utilizó fundamentalmente, por un lado, como categoría de tintes políticos para demarcar la senda que el nuevo texto le había abierto a la sociedad, y, por otro, como un concepto académico que criticaba el derecho tradicional. Esta distinción puede plantearse como se dio en la antigua Roma entre el “derecho elegante” y el “derecho vulgar”. Un discurso del entonces presidente César Gaviria, impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, en junio de 1993, puede ser considerado como una de las primeras defensas y descripciones de este movimiento.²⁵⁰ En uno de sus apartes se contraponen “los administradores de códigos, parágrafos e incisos” a los “administradores de justicia”. Los primeros tienden a decir siempre “no” porque se quedan amarrados en una coma o en una palabra y reducen el derecho al texto de las leyes; mientras que los segundos buscan un cambio dentro del respeto a las leyes y miran el sentido de una regla dentro de la realidad social y entienden en última instancia cuáles son los valores democráticos que las leyes buscan preservar.²⁵¹

En otros discursos presidenciales impartidos en la Asamblea Nacional Constituyente y después de la proclamación de la Constitución, la expresión “nuevo derecho” aparece con frecuencia. Se le hace referencia sin un significado particular y más bien como un modelo ideológico que enmarca los cambios esperados en las formas de concebir, interpretar y aplicar el derecho en el contexto de una nueva Constitución. Gaviria reconoce que tituló “nuevo derecho” aquel discurso para recurrir a una terminología común entre periodistas, editorialistas y profesores de derecho. Dentro de los primeros aspectos que se destacan es la cercanía históricamente inédita entre el ciudadano y el propio texto; relación en la que median las nuevas instituciones que están colocando “en la letra fría de las normas rostros de seres humanos que han vuelto a confiar en la justicia y en el derecho” —se dice en el discurso— cuyas ideas centrales responden a las expectativas y necesidades de la comunidad acercando el derecho a la realidad, la creciente confianza del ciudadano en las instituciones. Tal como lo fue en Alemania con su Ley Fundamental, el epicentro del análisis constitucional es el respeto a la

²⁵⁰ Publicado en *Quaestiones Iuridicae*, núm. 1, Bogotá, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1993.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 9.

dignidad del ser humano. Amparar el pluralismo y fortalecer la primacía en proteger la igualdad sin desamparar la libertad, son otras ideas centrales de lo que se concibió desde el principio como caracteres propios y distintivos del nuevo derecho en Colombia.

Este marco permite asimismo entender que a partir, tanto de las lecturas y renovadas interpretaciones de textos jurídicos cuyos autores eran bien conocidos en el exterior, pero permanecían prácticamente anónimos hasta ese momento, como de la propia producción bibliográfica nacional —original y por traducciones—, empezaron a difundirse y arraigarse cada vez más una serie de elementos de análisis jurídico, los cuales surgieron en otros países, tales como argumentos constitucionales, herramientas interpretativas, instituciones judiciales y mecanismos para la interpretación y aplicación de las provisiones constitucionales, así como ideologías de raigambre antiformalista que criticaban la cultura jurídica dominante.

Las características medulares del neoconstitucionalismo han tenido eco efectivo en diversos sistemas jurídicos iberoamericanos. Constituciones como la española, la brasileña, la colombiana y la ecuatoriana son, además de limitadoras del accionar de las ramas del poder público, esquemas para orientar su actuación; tienen fuerza normativa y un catálogo amplio de derechos fundamentales y sociales. Las Constituciones con amplios catálogos de derechos y eficaces mecanismos judiciales para su protección han sido el marco normativo para la amplia judicialización de la política que en los últimos años ha acontecido en América Latina, sobre todo en países como Colombia, Brasil y Costa Rica.

Se crearon instituciones encargadas de vigilar la correspondencia de las leyes con la norma superior y, fundamentalmente, de propender a la realización de los derechos. Otras características se relacionan con la interpretación y aplicación del derecho, con el descenso de la ley del sitio que tradicionalmente ocupaba en el podio de las fuentes del derecho, el papel del juez constitucional en la creación y desarrollo del derecho, la legitimidad de la justicia constitucional, la relación entre el derecho y la sociedad, el carácter vinculante de los principios, los procesos de constitucionalización y su correlativo efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la estructura del derecho ordinario, así como la consideración de la fundamentalidad de los derechos sociales y la búsqueda de su justiciabilidad judicial.

Al seguir un núcleo común del neoconstitucionalismo, de sus elementos cardinales en contextos de recepción teórica y doctrinaria, debe realizarse un filtrado de los planteamientos y argumentos más representativos a nivel transnacional que presenten mayor relevancia para explicar la naturaleza de dicho modelo a partir de las consecuencias que han sido derivadas para

explicar, modificar y desarrollar elementos propios de distintos sistemas jurídicos. Este proceso puede denominarse de “aclimatación teórica”, y no proviene de la imposición intelectual de un canon prefijado, sino que han sido necesidades institucionales propias que han urgido recurrir a doctrinas e instituciones extranjeras que contribuyan a interpretar y aplicar adecuadamente los mandatos del texto.²⁵²

Para sustentar el modelo que supone la recepción del neoconstitucionalismo en Colombia como marco para comprender las dinámicas de creación del derecho, se desarrollarán tres niveles de análisis: una nueva Constitución en 1991, renovadas prácticas jurisprudenciales de la Corte Constitucional —y su misma creación— y desarrollos académicos y doctrinales. De aquí se pretende argumentar que el neoconstitucionalismo en Colombia sí supone una novedad y una particular significación dentro de la concepción del Estado social de derecho.

1. *Nueva Constitución política*

Bernal Pulido señala contundentemente que la Constitución de 1991 determinó la entrada de Colombia al neoconstitucionalismo.²⁵³ López Medina también asigna a la promulgación de la Constitución la creación del nuevo constitucionalismo colombiano.²⁵⁴ Siguiendo de manera entusiasta esta adscripción, es fructífero observar otros aspectos y peculiaridades que ha venido presentado paulatinamente el ordenamiento jurídico colombiano para determinar mejor el nivel de tal influjo y, sobre todo, para que la adscripción de la categoría al contexto constituya una argumentación que eluda y supere muchas de las críticas que ha recibido desde la misma génesis constitucional.

Atribuir a la expedición de una Constitución la creación de un nuevo constitucionalismo puede incurrir en el defecto de considerar a la Constitución solo desde un punto de vista formal y estático, el cual resulta insuficiente para caracterizar adecuadamente las dinámicas de ampliación de la densidad normativa material de la Constitución, proceso inevitable en un ordenamiento jurídico constitucionalizado. No se pueden dejar de lado, en un análisis sobre la creación del nuevo constitucionalismo colombiano, va-

²⁵² Evans, Peter, *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*, Bogotá, ILSA, 2007.

²⁵³ Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, cit., p. 149.

²⁵⁴ López Medina, Diego, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2002, p. 15.

riables como la normativa constitucional, que no hace parte propiamente del texto como aquella de origen jurisprudencial, la que se refiere a los derechos innominados, la que regula el régimen de partidos o la proveniente vía bloque de constitucionalidad. Solo a partir de una consideración conjunta de la creación de una nueva Constitución, de la renovación de las prácticas jurisprudenciales y del desarrollo de una dogmática jurídica que responda a estos avances, es posible reconocer la verdadera creación del nuevo constitucionalismo colombiano.

Por esto Alexy afirma que si se pregunta dónde están consignados los derechos en un país, no se debe referir a la Constitución, sino a los tomos de jurisprudencia del tribunal constitucional.²⁵⁵ Si la naturaleza de la constitucionalización del derecho se entiende como instrumental, pero fundamentalmente como gradual, deben examinarse otros aspectos posteriores a la promulgación de una Constitución, que son los que permiten determinar en realidad el grado del influjo que en un contexto particular ha tenido el neoconstitucionalismo por cuenta de elementos determinados de la categoría.

La concepción contemporánea de la Constitución como “un orden valorativo” (*Liith*) que determina obligaciones puntuales a las autoridades y establece mecanismos para su aplicación, forma parte de toda una fenomenología de cada vez mayor raigambre transnacional. En países donde se han reformado parcialmente o cambiando del todo sus textos constitucionales desde mediados del siglo pasado, hablar de neoconstitucionalismo implica, sin duda, hablar al unísono de los procesos de constitucionalización del ordenamiento jurídico y de la Constitución entendida como provisión. Con la noción de constitucionalización se da a entender la irradiación de la Constitución, y particularmente de los derechos fundamentales, a todo el sistema jurídico, lo cual conlleva la transformación desde y hacia las instituciones centrales del Estado.

Los cambios que trajo consigo la implementación de los elementos modulares del neoconstitucionalismo, aunados a la cardinal tarea desempeñada por la Corte Constitucional y por la doctrina, instituyeron transformaciones importantes que diferencian los esquemas institucionales, en particular en lo relativo al desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales. Los rasgos pioneros que marcaron el cambio de paradigma constitucional en 1991 serán desarrollados por los procesos adelantados en Venezuela, Ecuador y Bolivia, países a los cuales fueron invitados constituyentes colombianos para asesorar sus respectivos cambios constitucionales.

²⁵⁵ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit.

Varios cambios constitucionales en América Latina han estado dirigidos hacia la integración de la reflexión académica y doctrinal sobre variables culturales como el multiculturalismo, la interculturalidad, la transculturación, las fronteras culturales, la negociación identitaria y la apropiación e hibridación cultural, las cuales han llegado a convertirse en estos últimos tiempos en una de las dimensiones fundamentales de la propia condición civil latinoamericana. En Colombia la perspectiva del pluralismo se ha instaurado debido a la justicia que imparte la Corte Constitucional mediante una prolija y progresista jurisprudencia que ha logrado dar salida efectiva a intensas problemáticas y tensiones respecto a la pretendida hegemonía de la cultura mayoritaria sobre las minorías culturales.

De manera conjunta a las normas de carácter orgánico de la Constitución que establecen los parámetros básicos de los organismos del Estado en cuanto a su estructura, dinámica y gobierno, y la distribución competencial entre los poderes públicos y entre éstos y la sociedad civil, la jurisprudencia constitucional ha fortalecido y enaltecido el valor de las normas constitucionales de carácter dogmático que garantizan los derechos de las personas frente al Estado y a los poderes privados. Los valores y principios que se incorporaron en las Constituciones orientan su concepción y las formas idóneas y legítimas de interpretarla. Lo mismo sucedió en Alemania: la Constitución de Weimar ya contenía derechos fundamentales, pero eran un objetivo que se le planteaba al Estado y no, como pretende la Ley Fundamental, derechos en tanto provisiones exigibles.

Orgánicamente es importante destacar en Colombia la creación de una jurisdicción independiente (la constitucional) a cuya cabeza se ubicó una nueva institución a la que le corresponde resguardar su integridad y supremacía. El máximo tribunal de la jurisdicción constitucional no se ha limitado a realizar una función de revisión de la validez constitucional de una ley, sino que ha transformado esta labor en función del alcance y significado de una Constitución democrática, que consiste, fundamentalmente, en que las normas del texto son directamente aplicables por razón de herramientas judiciales como la tutela, la cual permite proteger derechos innominados en las leyes, e incluso apartarse de la ley cuando señala una solución diferente de la que se deriva de una interpretación sistemática de la Constitución. La validez de las normas bajo el paradigma neoconstitucional no sólo comporta requisitos formales; es decir, el riguroso acatamiento de los requisitos de creación establecidos en la Constitución y en las leyes de mayor jerarquía, sino también materiales, es decir, la plena conformidad constitucional de las medidas legislativas propuestas.

El cambio de idea de Constitución formal por Constitución material es uno de los aspectos cardinales del neoconstitucionalismo en Latinoamérica. La necesidad de implementar y elevar a rango constitucional los principios y valores que comportan tales garantías condujo a la transformación de un modelo de Estado con un sistema político-administrativo mucho más complejo que su antecesor. Tal como en Europa a principios del siglo pasado se dejó atrás el modelo de Estado liberal para dar cabida al Estado de bienestar en respuesta a las demandas de diversos movimientos sociales, y con el antecedente de las revoluciones rusa y mexicana, y de la evolución constitucional de Weimar y del *New Deal* de Roosevelt, las necesidades sociales y las transformaciones globales tornaron imperativo el cambio del Estado de derecho hacia un Estado social, o constitucional, de derecho, que procura no sólo determinar reglas amplias de competencia, sino sustentar la garantía a los derechos sociales que se les deben asegurar a los ciudadanos. La idea de protección a derechos como los sociales no puede concebirse como caridad o buena voluntad, sino como una obligación propia de los Estados contemporáneos.

La Constitución colombiana ha ampliado las exigencias normativas a todos los poderes públicos. La más significativa invención procesal a este respecto transnacional de la Constitución, en Colombia, es la versión particular que se adoptó del recurso de amparo: la acción de tutela ha permitido en parte fundamental la garantía de la eficacia real de los postulados progresistas de la Constitución debido a que mediante ella se ha extendido el alcance material de la protección de los derechos al reconocer efectivamente que no sólo son fundamentales los derechos consignados en el capítulo constitucional titulado “De los derechos fundamentales”, sino que también lo son derechos como los sociales, que igualmente merecen una protección del Estado en determinadas circunstancias.²⁵⁶

²⁵⁶ Los principales trabajos teórico-prácticos sobre la tutela son: García Villegas, Mauricio y Uprimny, Rodrigo, “Reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?”, *Revista de Derecho Público*, núm. 15, Universidad de los Andes, 2002; Cepeda, José Manuel (coord.), *La tutela: materiales y reflexiones sobre su significado*, Bogotá, Presidencia de la República, 1992; Osuna, Néstor, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado, 1998; Barreto, Antonio, “Amparo constitucional de los derechos sociales. A propósito del carácter social de la acción de tutela”, *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*, Bogotá, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, 1999; Arango, Rodolfo, “La jurisdicción social de la tutela”, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004; Botero, Catalina, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006; Pérez, Bernardita, *La acción de tutela*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2003; Barreto, José Vicente, *Acción de tutela. Teoría y práctica*, 3a. ed., Bogotá, Legis, 2001; Quinche, Manuel Fernando, *La tutela: el amparo colombiano*, Bogotá, Temis, 2011.

El trascendental cambio en la concepción de la Constitución como una norma directamente aplicable, y no sólo ya como la norma que regula la creación y aplicación de las normas inferiores, no hubiera podido pasar de la novedad teórica a la realidad práctica sin la instauración de mecanismos eficaces creados para procurar asegurar la realización social de los postulados y las garantías constitucionales, traducidos en derechos fundamentales. Si en América Latina la historia del Poder Judicial ha sido en general la restricción y falta de progresismo, la historia de los derechos ha sido la de un texto escrito en letra muerta por la falta de mecanismos eficaces que propendan a su protección. Estos cambios propiciaron una verdadera transformación de la sociedad por cuenta del derecho, y particularmente del constitucional. Ahora los ciudadanos son por primera vez conscientes de la dimensión constitucional de muchos de los principales problemas que los aquejan, los cuales entonces pueden encontrar respuesta por medio de las acciones establecidas en la Constitución, tanto de forma individual como colectiva. Las figuras creadas constitucionalmente y desarrolladas por la Corte han producido también un importante proceso de apoderamiento de los ciudadanos y los grupos sociales.

Además de intelectual y jurídico, el neoconstitucionalismo se destaca también por un rasgo político debido a su alto compromiso con el modelo ideológico del Estado social de derecho, en virtud del cual se extiende la protección a los derechos sociales dentro de una economía libre de mercado, pero también solidaria. La importancia de la tutela radica igualmente en que se ha constituido en un mecanismo que ha permitido unificar la jurisprudencia en el ámbito constitucional, cuando no se hace por vía de sentencias de constitucionalidad (particularmente mediante la tutela contra sentencias). Si se fuera entonces a determinar puntualmente el rasgo central de la corriente neoconstitucional cuyo modelo de organización política es el Estado constitucional, habría que señalar la supremacía de la Constitución y su concepción como provisión, debido, esencialmente, al catálogo de derechos fundamentales y sociales que consagra, a los mecanismos que establece para garantizarlos, a los tribunales que deben propender a su efectivo cumplimiento y al control de constitucionalidad como amplio dispositivo que ha propendido a garantizar la efectividad de la Constitución.

2. *Prácticas jurisprudenciales renovadas*

La Constitución insertó en la realidad jurídico-constitucional colombiana un amplio catálogo de derechos, pero fue la jurisprudencia consti-

tucional la que permitió que entrara en vigor. Es sólo a partir de la labor comprometida de la Corte con el catálogo de derechos como las provisiones contenidas en ellos se convierten en verdaderas garantías. La histórica concepción de una Constitución como un texto de referencia o principio de trasfondo para la elaboración de las leyes de menor jerarquía y que sólo consagraba un catálogo teórico de garantías, ha trascendido en Colombia y muchos países de la región hacia una concepción donde los tribunales constitucionales pueden, y deben, crear y desarrollar el derecho, labor que han desempeñado mediante una novedosa y creativa jurisprudencia.

Se ha abandonado el uso arcaizante que tenía la jurisprudencia, la cual sólo denotaba un conjunto de decisiones judiciales reiteradas tomadas con antelación y sin carácter obligatorio; ahora se ha involucrado decisivamente en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general y social del derecho y su relación con la justicia y la moral, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares. La Corte demanda que se instaure y fortalezca en todo el Poder Judicial la posibilidad instruida por la jurisprudencia constitucional de intervención judicial como mecanismo de realización de la Constitución y de su amplio proyecto social, máxime en países cuyos sistemas jurídico-políticos amparaban tradicionalmente los derechos con dependencia de su estipulación legal, mas no de su consagración constitucional.

Por el mencionado valor esencialmente programático de las Constituciones que se promulgaron antes de que entrara en apogeo el movimiento neoconstitucional, sus normas y principios sólo podían contar con una realización efectiva en la medida en que se diera un desarrollo legislativo. Las sucesivas reconfiguraciones dogmáticas de los textos fundamentales han puesto de manifiesto que si bien la Constitución es básicamente un cuerpo normativo orgánico, es mucho más que eso, pues mediante una interpretación sistemática de sus normas se ha establecido una función política con miras a que se adapte constantemente a realidades convulsionadas y representadas por elocuentes factores de desigualdad y subdesarrollo. La jurisprudencia ejerce una notable influencia en las formas tradicionales de entender el derecho, y a la cual subyace una ideología que irradia todas las instituciones.

El nuevo derecho colombiano se caracteriza por una alteración en el sistema de fuentes. Se minimizó el monopolio de la creación del derecho en cabeza de la rama legislativa. La jurisprudencia, en particular cuando constituye subreglas, es una fuente plena de derecho. En dos décadas de renovadas prácticas jurisprudenciales, el Poder Judicial se ha constituido en

un verdadero poder político del Estado, porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución política. El Judicial no es sólo un poder arbitral de lo constitucional e inconstitucional, sino que de forma determinante consiste ahora también en la creación y el desarrollo del derecho.

Ha instituido técnicas interpretativas propias de los desarrollos jurídicos transnacionales sobre la concepción y, en particular, la aplicación de los derechos fundamentales para maximizar sus efectos normativos y reducir las arbitrariedades al momento de su concreción. Son ya cada vez más conocidos por fuera de una elite intelectual de especialistas herramientas como la ponderación, que se utiliza metodológicamente para resolver conflictos que surgen entre los derechos fundamentales al aplicarse. Es también influyente la concepción de tales derechos desde una doble dimensión (individual subjetiva frente a la institucional-objetiva) y el criterio de la razonabilidad para lograr su protección; el principio de proporcionalidad como examen para controlar las restricciones en derechos fundamentales logra con su aplicación en la resolución de casos concretos irradiar los derechos al derecho ordinario, y su proyección horizontal (a través de la *Dritt-wirkung*), o, debido a la consideración en casos particulares, la observancia del “contenido esencial” de tales derechos.

Hasta septiembre de 2013 la Corte Constitucional ha proferido 15,536 sentencias de tutela, 5,574 de constitucionalidad y 4,667 autos.²⁵⁷ Esta cuantiosa cifra se dimensiona en su verdadera magnitud al confrontarla con el número de decisiones de otros tribunales cuya función es idéntica o considerablemente similar a la desempeñada por la Corte Constitucional colombiana. La Suprema Corte de los Estados Unidos decide en promedio de poco más de cien casos por año; número similar a las decisiones que tomó por año la Corte Suprema canadiense en la última década;²⁵⁸ el Tribunal Constitucional de España dictó 220 sentencias en 2011.²⁵⁹ Siendo lo cuantitativo un factor relevante para determinar la dimensión de la labor llevada a cabo por un tribunal, la importancia de su rol en la creación y el desarrollo del derecho debe determinarse también —y quizá incluso particularmente— por lo cualitativo. La multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y su relevancia nacional, así como el enfoque teórico desde el cual las ha abordado, constituyen factores de singular importancia en di-

²⁵⁷ Consulta en la relatoría de la institución.

²⁵⁸ *www.scc-csc.gc.ca* (17/III/12).

²⁵⁹ Entre recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad y recursos de amparo. *www.tribunalconstitucional.es* (15/III/12).

cho examen. De esta forma, la Corte visibilizó muchos problemas sociales, permitiendo así que adquirieran significación política se constituyó un actor importante en el proceso de formación de las políticas públicas.

La Corte Constitucional colombiana ha tomado una serie de decisiones sobre temas abandonados por la política tradicional, por lo cual se ha situado a la vanguardia del constitucionalismo en la región. La multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y el contenido de sus sentencias (fundamentación, enfoque teórico, metodología y creatividad), así como el progresismo que las ha inspirado, constituyen factores de singular importancia en el examen relativo a la novedad del constitucionalismo colombiano.

En su prolija jurisprudencia, además de legislador negativo decidiendo que determinadas normas promulgadas por el Legislativo no deben hacer parte del ordenamiento jurídico, ha tomado decisiones que han suscitado críticas desde diversos sectores (los gremios, las otras altas cortes, el gobierno, un sector de la academia y columnistas de opinión), pero que al tiempo han hecho a Colombia un país interesante en términos de derecho comparado. Se ha argumentado que la Corte es el tribunal judicial más poderoso del mundo, incluso respecto de la Corte Suprema de los Estados Unidos;²⁶⁰ asimismo que supone el punto de inflexión que marca el inicio y establece las bases para el desarrollo de una forma constitucional propia durante las dos últimas décadas en Latinoamérica.²⁶¹

Una muestra representativa la constituyen decisiones sobre la objeción de conciencia frente al servicio militar, el uso obligatorio del cinturón de seguridad como medida de protección personal, el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad frente a otras normativas, como los manuales de los colegios, el derecho a la libertad de expresión en relación con los alcances de la libertad de información, la protección del derecho a la igualdad ante casos de discriminación por sexo o raza, el reconocimiento de garantías constitucionales a las parejas homosexuales y a las minorías indígenas y raciales, la regulación de los salarios públicos, el reconocimiento del derecho a la consulta previa de comunidades étnicas minoritarias, la interrupción voluntaria del embarazo, la despenalización del consumo de dosis personal de droga, la permisividad condicionada de la eutanasia, la regulación del sistema de financiación pública de vivienda (UPAC), la consideración del sector bancario como servicio público y configuración de un contrato realidad en

²⁶⁰ Landau, David, "Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, núm. 2, 2010.

²⁶¹ Noguera Fernández, Albert y Criado de Diego, Marcos, "La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina", *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, vol. 13, núm. 1, enero-junio, 2011.

el trabajo sexual, de lo cual se deriva la existencia de relaciones laborales entre el dueño de un burdel y las personas que prestan su servicio.

Sentencias polémicas también han sido aquellas sobre la autonomía de la Corte para modular los efectos de sus providencias, la creación jurisprudencial de derechos fundamentales (mínimo vital), la tutela contra sentencias, la posibilidad de exigir derechos sociales mediante tutela, el respeto de la justicia indígena con un núcleo mínimo de derechos, la obligatoriedad de la doctrina constitucional y la declaratoria de estados de cosas constitucionales en virtud de los cuales la Corte se ha incorporado en el proceso de formación de las políticas públicas, así como aquellas que se han dirigido hacia la regulación financiera de los derechos constitucionales, la disposición de fechas concretas para unificar el seguro de salud, la fundamentación del derecho a la salud como fundamental, la orden de actualizar integralmente el POS garantizando la participación efectiva de la comunidad médica y los usuarios, y el establecimiento de pisos perentorios para salarios y pensiones. Estas cuestiones hubieran sido impensables durante la vigencia de un régimen, institución anterior a los avances enmarcados por el neoconstitucionalismo. La Constitución ha visto ampliado el rango de cuestiones sobre las que tradicionalmente se ocupaba, pues la Corte ha extendido la densidad normativa material que originalmente estructuró la Asamblea Constituyente.

Estos casos constituyen una muestra de la expansión de los contenidos constitucionales materiales que se evidencia, entre otros fenómenos, en el reconocimiento de los principios como orientadores de la puesta en práctica de los derechos, la vinculación de los poderes públicos a los derechos constitucionales fundamentales, la ubicuidad de los derechos respecto del derecho en general que los hace potencialmente relevantes en cualquier escenario jurídico y la garantía a todos los derechos y, en particular por la creciente desigualdad, a los sociales en el marco de una economía libre, pero solidaria de mercado. Además del contenido, fundamentación y enfoque de las sentencias, la Corte también ha innovado en los efectos que les ha asignado. Aunque la tutela se diseñó para que tuviera en principio solo efectos entre el actor y la institución o persona tutelada (efectos *inter partes*), la Corte ha otorgado efectos más extensos, abarcando a personas que no interpusieron la acción, pero que se encuentran no obstante dentro del grupo que padece la misma afectación en sus derechos (efectos *inter comunis*). También ha establecido efectos retroactivos o diferidos en el tiempo de sus sentencias. Las sentencias modulativas condicionan la constitucionalidad de una norma determinada a que se interprete de una forma expresamente señalada

por la Corte o complementan la disposición con un contenido normativo para hacerla conforme a la Constitución.²⁶²

A la renovación en las prácticas jurisprudenciales, más que a la consagración misma de los derechos fundamentales en la Constitución, se debe su aplicación efectiva. Es decir, la consagración de los derechos en el texto constitucional es un presupuesto de su efectividad, pero la garantía en sí misma es deudora del rol comprometido que ha llevado a cabo la Corte Constitucional. No obstante, la transformación del constitucionalismo secundó en un primer momento una vigencia vertical de los derechos fundamentales, la cual concentraba su efecto normativo en las acciones de entes públicos y los ciudadanos.

²⁶² Dentro de los casos más polémicos que han involucrado modulación de efectos de sentencias se encuentran aquellas sobre parejas del mismo sexo. Por ejemplo, la expresión “familiar” del artículo 163 de la ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social integral, fue sometida a examen constitucional, y en sentencia C-811 de 2007 se decidió que es constitucional en el entendido que se aplica a las parejas integradas por personas del mismo sexo el régimen de protección consistente en la cobertura familiar del plan obligatorio de salud (POS) del régimen contributivo. En sentencia C-798 de 2008 la Corte moduló el sentido de las expresiones “compañero” y “compañera permanente” en el entendido de que comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo. Reconoció a miembros de parejas homosexuales el derecho a reclamar medios para la subsistencia tal como el derecho alimentario. En sentencia C-336 de 2008 se declaró la constitucionalidad condicionada de las expresiones “compañera o compañero permanente” de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993. Tales expresiones deben significar que las parejas permanentes conformadas por personas del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente. Sostuvo la Corte que la Constitución garantiza, en el caso de la pensión de sobreviviente, la posibilidad de reconocer el goce efectivo de los derechos a las parejas homosexuales, en igualdad de condiciones a las parejas heterosexuales, porque “no existe un fundamento razonable para explicar el trato desigual”. Excluir a las parejas homosexuales de la pensión de sobrevivientes no responde a un principio de razón suficiente. El déficit de protección vulnera la prohibición de discriminación, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. En sentencia C-029 de 2009, la Corte declaró constitucional condicionadamente una serie de normas que creaban beneficios o imponían cargas cuyos destinatarios eran las parejas heterosexuales, mas no las homosexuales. Permitió la protección de los compañeros permanentes del mismo sexo en ámbitos civiles, políticos, penales, sociales, laborales, migratorios y de justicia. Se regularon deberes de estas parejas y se les aplica desde entonces el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos y el régimen de contratación estatal. Considerando que la pareja goza de protección constitucional, independientemente de que se trate de heterosexuales u homosexuales, reiteró la Corte que toda distinción que se origine en la orientación sexual de las personas debe someterse a un examen de proporcionalidad para determinar si la distinción configura o no discriminación. Para un contexto de la discusión, véase Albarracín, Mauricio, “Corte Constitucional y movimientos sociales. El reconocimiento judicial de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 8, núm. 14, 2011.

En Colombia los derechos fundamentales tienen eficacia también respecto de terceros. Al someterse a examen constitucional el decreto que reglamenta la tutela (2591 de 1991), la Corte declaró inválidas las partes que restringían la procedencia entre particulares sólo respecto de algunos derechos. Al examinar la conformidad con la Constitución de los apartes de su artículo 42, dijo la Corte que la tutela *siempre* procederá contra acciones u omisiones de particulares que estén prestando *cualquier* servicio público y por la violación de *cualquier* derecho constitucional fundamental.²⁶³ Con antelación había señalado la Corte el carácter excepcional de la tutela cuando el destinatario es un particular.²⁶⁴

Manuel José Cepeda sintetiza como forma de “redistribución del poder social” uno de los mayores atributos de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales,²⁶⁵ ya que la práctica jurisprudencial ha mostrado ser una forma eficaz de imponer límites al despliegue de poder que unas personas ejercen frente a otras. En el contexto constitucional anglosajón se ha estudiado la noción de *horizontal effect* y se ha introducido la idea de “privatizar” los efectos de los derechos fundamentales (*privatisation of human rights*).²⁶⁶

El “contenido esencial” de los derechos fundamentales, conforme al cual si bien por no ser absolutos ceden y se pueden restringir en casos concretos, hay un límite a la restricción que se gradúa a partir de su conformidad constitucional es una figura doctrinaria que se originó en la Ley Fundamental de Alemania, en cuyo artículo 19, inciso 2, se señala que “En ningún caso

²⁶³ Sentencia C-134 de 1994. Se sostuvo que es un contrasentido por parte del legislador que desconozca los propósitos fundamentales del nuevo ordenamiento constitucional colombiano al limitar el radio de acción de la tutela, señalando taxativamente los derechos fundamentales que pueden ser amparados cuando es un particular quien los restringe.

²⁶⁴ Sentencia T-507 de 1993.

²⁶⁵ Cepeda, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, cit., pp. 104 y 238.

²⁶⁶ En Colombia no se presentó el debate doctrinario ni el dilema procesal entre modelos en lo relativo a la eficacia horizontal, como aconteció en Alemania y España. La misma Constitución de 1991 al regular la tutela se ocupó de la procedencia de las garantías en casos de violación de derechos fundamentales. Al ser sometido a examen de constitucionalidad el decreto que reglamenta la tutela (2591 de 1991), la Corte declaró inválidas las partes que restringían la procedencia entre particulares sólo respecto de algunos derechos. Al examinar la conformidad con la Constitución de los apartes de su artículo 42, dijo la Corte que la tutela *siempre* procederá contra acciones u omisiones de particulares que estén prestando *cualquier* servicio público y por la violación de *cualquier* derecho constitucional fundamental. Se sostuvo que es un contrasentido por parte del legislador que desconozca los propósitos fundamentales del nuevo ordenamiento constitucional colombiano al limitar el radio de acción de la tutela, señalando taxativamente los derechos que pueden ser amparados cuando es un particular quien los restringe. Con antelación había señalado la Corte el carácter excepcional de la tutela cuando el destinatario es un particular. *Cf.*: sentencias T-507 de 1993 y C-134 de 1994.

un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”, y fue receptada en Colombia por vía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España.²⁶⁷ En Alemania y España sus respectivas Constituciones incorporan dicha figura en una cláusula que obliga a su utilización en situaciones de resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Por su parte, en Colombia se debe su utilización a la Corte Constitucional,²⁶⁸ que desde sus primeras sentencias recurrió a ella para insistir en que si bien los derechos fundamentales por no ser absolutos pueden ceder y restringirse en casos concretos, hay un límite a la restricción que se gradúa con su conformidad constitucional.²⁶⁹

Es una de las principales garantías de los derechos fundamentales, en la medida en que configura la parte de indispensable cumplimiento del derecho para que el interés jurídicamente protegido sea efectivamente amparado. Señala así un margen de actuación tanto a los jueces constitucionales y al legislador como a los particulares en ciertas circunstancias, para que el derecho sea reconocible como adecuado al tipo descrito y sin las cuales se le dejaría de adscribirse, lo cual implicaría la desnaturalización del derecho.²⁷⁰ Se constituye entonces en un “límite del límite”²⁷¹ de los derechos y en el contorno indispensable de su protección, jurisprudencialmente definido respecto al bien jurídico protegido, para determinar si en el caso concreto el derecho se cumple o no. Éste fue el sentido del concepto que siguió la Corte, el cual constituye aquello que Peter Häberle denominara “ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyuntura o ideas políticas”,²⁷²

El diseño del tribunal colombiano, de gran apertura en cuanto a su acceso, permite que sus miembros sean testigos excepcionales de la situación real de los diversos grupos que componen la sociedad: de sus penurias

²⁶⁷ En sus sentencias STC 011/1981 y STC 037/1987.

²⁶⁸ No está pues incorporada en la Constitución. Sólo una norma posterior consagra tal figura. La ley 137 de 1994 “Estatutaria de estados de excepción”, estableció una cláusula de límites a los límites de que pueden ser objeto los derechos fundamentales en casos de conmoción interior, guerra exterior o emergencia.

²⁶⁹ Tal como en las sentencias, T-002 de 1992 y T-426 de 1992.

²⁷⁰ Sentencia T-426 de 1992.

²⁷¹ Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, cit.

²⁷² Citado por la Corte en sentencia T-002 de 1992.

y contrariedades. Los procesos de constitucionalización del derecho han derivado indefectiblemente en que ahora se tenga como un imperativo la legitimidad jurídica del derecho, encuadrada también en la eficacia de las provisiones y las garantías liberales y, fundamentalmente, sociales, debida a los instrumentos consignados en el ordenamiento, los cuales permiten que las provisiones se doten de eficacia para contar con lo que realmente es valioso de una provisión, que no es su mera consagración sino su vigencia real.

La renovación de las prácticas jurisprudenciales está inescindiblemente ligada con la facultad otorgada a los tribunales para crear derechos fundamentales, cuya efectiva implementación en Colombia constituye otra muestra de la influencia y la configuración local de elementos medulares del neoconstitucionalismo transnacional. La jurisprudencia ha ampliado el catálogo de derechos fundamentales constitucionales incluyendo derechos fundamentales innominados.

No sólo es primordial que las Constituciones consagren derechos, sino también que los jueces los puedan interpretar de una manera tal que el contenido del derecho, o de varios derechos, pueda ser ligado a un caso no originalmente previsto.²⁷³ A partir de esta figura se ha fortalecido la forma de concretar derechos fundamentales innominados. Se entiende incorporada en el máximo texto la cláusula de derechos innominados, a partir de lo cual se ha derivado la existencia de derechos concretos conforme a una interpretación sistemática de la Constitución y extensiva de los derechos.²⁷⁴

Posee la naturaleza de un derecho fundamental cualquier derecho constitucional orientado a lograr la realización de la dignidad humana, y siempre que sea configurable como derecho subjetivo, ya que guardar la integridad de la Constitución y de las provisiones que consagra implica sobre todo preservar la igual dignidad de todas las personas.²⁷⁵ La Corte ha encontrado dentro de la esfera de protección de diversas disposiciones iusfundamentales, una serie de derechos que ha creado en sentencias hito,²⁷⁶ y que

²⁷³ Aquí se revela la discusión neoconstitucional entre las teorías externa e interna de los derechos fundamentales, ya que se trata de la manera de fijar el contenido mínimo de los derechos por lo que explícitamente prescriben las disposiciones que los establecen o los que se puedan determinar en el caso concreto al contraponer ponderativamente el derecho afectado y el contrario, por lo que resulta justificado imponer una restricción.

²⁷⁴ Dworkin ha analizado la discusión que ha surgido en Estados Unidos por la objeción frecuente debido a que derechos constitucionales que la Corte Suprema ha identificado no están enumerados en la Constitución, sino que fueron creados por los propios magistrados. Consúltese su libro *Freedom's Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996, cap. III.

²⁷⁵ Sentencia T-859 de 2003.

²⁷⁶ Sobre este concepto en el contexto colombiano, López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2006.

ha continuado amparando a partir de la consolidación de subreglas. Tales derechos son: la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios, y la estabilidad laboral reforzada de sujetos considerados de especial protección.

3. *Desarrollos teóricos novedosos*

Un tercer elemento dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos que contribuyen a crear, además de explicar, el fenómeno jurídico. Ferrajoli 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.²⁷⁷ Las principales discusiones que suscita el neoconstitucionalismo son de forma usual normativas antes que sólo meramente descriptivas. Conforme a 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 práctica de la decisión judicial.²⁷⁸ Coinciden entonces estas posturas en que 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.

Los desarrollos de la literatura jurídica en los diversos ámbitos del derecho, pero particularmente del constitucional, que resulta transversal al derecho ordinario, son considerados un elemento de particular relevancia dentro de los fenómenos inéditos en los contextos sociojurídicos. Para Carbonell, un singular conocedor de la doctrina y la jurisprudencia constitucionales en América Latina, un ejemplo del neoconstitucionalismo iberoamericano lo constituye precisamente la influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional (que, además, “ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina”).

Obras de literatura jurídica como las publicadas por las editoriales Legis y Temis, así como por la Biblioteca de Ciencias Sociales y Humanidades de

²⁷⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 33 y ss.

²⁷⁸ Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *cit.*

Siglo del Hombre Editores, y las series *Teoría jurídica y filosofía del derecho*, de la Universidad Externado, y *Nuevo pensamiento jurídico* y *Derecho y sociedad*, de la Universidad de los Andes, han hecho que la comunidad jurídica de habla hispana se enfoque de manera muy importante en las inquietudes intelectuales que actualmente se desarrollan en nuestro país. Si bien los temas son diversos, los principales títulos que en materia de literatura jurídica se publican en Colombia se pueden ubicar nítidamente en el espectro iusfilosófico y constitucional. Permanecen como cánones las obras de Dworkin, Alexy y Habermas, pero en el último lustro se han ampliado significativamente los temas hacia la sociología jurídica, el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos de propiedad intelectual.²⁷⁹

Además de la calidad analítica y el rigor investigativo de los trabajos que se han publicado, otro mérito de la academia jurídica en el proceso de renovar y sofisticar sus investigaciones consiste en haber emprendido la tarea de contribuir a adaptar (no sólo adoptar) localmente las teorías surgidas en contextos radicalmente distintos (no sólo jurídica, sino social y culturalmente) a los de recepción de teorías. Las doctrinas de amplia circulación transnacional se han puesto a hablar en clave de recepción, honrándolas en sí mismas, pero problematizándolas respecto de los problemas que ocupan y las necesidades que aquejan a las distintas jurisdicciones políticas y sociales. Dicho empeño redundará en aportes cualitativamente superiores al propósito de realizar reconstrucciones teóricas a partir de interpretaciones que sólo pretenden desentrañar los sentidos objetivos e inequívocos de los textos a partir de las intenciones de sus autores, y sin alejarse de sus ambientes socio-culturales y realidades históricas. Sustentar teorías transfiguradas y mutadas por contextos de recepción permite que éstas se constituyan más factiblemente en alternativas sólidas para hacer realizables ideales normativos.

V. NEOCONSTITUCIONALISMO, CONSTITUCIONALISMO ASPIRACIONAL Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Constituciones promulgadas en las dos últimas décadas, además de limitadoras del accionar de las ramas del poder público, son esquemas para orientar su actuación; tienen fuerza normativa y un catálogo amplio de derechos fundamentales y sociales. Las Constituciones con amplios catálogos de derechos y eficaces mecanismos judiciales para su protección, han sido

²⁷⁹ Como se observa al consultar por índices y bases de datos (Google scholar, Redalyc y Latindex) respecto de los artículos mayoritariamente publicados en las revistas científicas colombianas.

el marco normativo para la amplia judicialización de la política que en los últimos años ha acontecido en América Latina, sobre todo en países como Colombia, Brasil y Costa Rica. Se crearon instituciones encargadas de vigilar la correspondencia de las leyes con la norma superior y, fundamentalmente, de propender a la realización de los derechos. Otras características se relacionan con la interpretación y aplicación del derecho, con el descenso de la ley del sitio que tradicionalmente ocupaba en el podio de las fuentes del derecho, el papel del juez constitucional en la creación y desarrollo del derecho, la legitimidad de la justicia constitucional, la relación entre el derecho y la sociedad, el carácter vinculante de los principios, los procesos de constitucionalización y su correlativo efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la estructura del derecho ordinario, así como la consideración de la fundamentalidad de los derechos sociales y la búsqueda de su justiciabilidad judicial.

El neoconstitucionalismo ha tenido influjo sobre todo en los países donde el descontento con las situaciones del presente han cambiado la concepción misma que históricamente se tenía de Constitución, pues de una fundamentalmente orgánica que organiza las instituciones del poder público en sus funciones y competencias, ha habido una transformación hacia otra, que consagra un proyecto de país. Por esta razón, las Constituciones del neoconstitucionalismo se destacan, entre otras características, la consagración de un amplio catálogo de derechos mediante la precisión de derechos de libertad y la inclusión de derechos sociales, el reconocimiento de las diferencias sociales, políticas y culturales, y la apertura hacia la participación democrática y el carácter pluralista de las sociedades.

El concepto “constitucionalismo aspiracional”²⁸⁰ tiene poder explicativo para nuestro cometido. Este concepto articula la Constitución con el progreso. Explica que las Constituciones en contextos de desigualdad contienen un catálogo de ilusiones que consagran un proyecto de país a largo plazo. En este sentido, prospera en contextos donde existe inconformidad con el presente y una fuerte creencia en las posibilidades de un futuro mejor. Por su cometido igualitario y por el principio de efectividad real de las normas, en lugar de meramente programática, para el neoconstitucionalismo lo importante es procurar la efectividad fáctica, y no sólo jurídica, de la normativa constitucional, tal como aquella que consagra principios y derechos.

Debido a la relación fácilmente identificable entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo aspiracional, la creación y el desarrollo del

²⁸⁰ García Villegas, Mauricio, “Constitucionalismo aspiracional”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, número monográfico: “Colombia: pasado, presente y futuro”, año 15, núm. 29, enero-julio de 2013.

derecho exige mucho más que la labor del Congreso expidiendo leyes, y de la Corte Constitucional estableciendo subreglas jurisprudenciales. Primero un fuerte compromiso de los movimientos sociales, la opinión pública y, en general, las fuerzas políticas que apoyaron la promulgación de la Constitución o que apoyan su aplicación efectiva.

La disociación entre un constitucionalismo aspiracional y una realidad marcada por la pobreza, la desigualdad, el déficit en la realización de derechos y los problemas de representatividad política real del grueso de la población, solo se puede reducir al promover la aplicación efectiva de las provisiones constitucionales de una forma concertada entre los organismos públicos y las instituciones. La amenaza que se cierne sobre la posibilidad de realizar un verdadero cambio social desde el constitucionalismo, de conseguir mayores grados de justicia social desde el derecho, puede enfrentarse con amplios y sólidos apoyos políticos a la Constitución y los tribunales encargados de resguardar su integridad y supremacía, pues sin un compromiso social por sus instituciones se corre el flagrante riesgo de que sean neutralizadas por mayorías, y de que sufran reformas que alteren su real naturaleza de realización de los derechos.

El neoconstitucionalismo en países como los latinoamericanos señala rumbos de acción política y consagra un proyecto de país, por lo cual se relaciona con la idea de un constitucionalismo aspiracional. A su vez, el desarrollo de este constitucionalismo no puede radicar exclusivamente en el Poder Judicial, sino que debe responder a una vigorosa movilización política, como indica el constitucionalismo democrático. Las decisiones judiciales son importantes, pero no tanto. La opinión pública debe organizarse para ejercer un poder en la configuración del derecho constitucional, e igualmente las cortes deben ser sensibles o receptivas a las opiniones constitucionales de la ciudadanía organizada.

La relación entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo democrático se establece debido al principal desafío del neoconstitucionalismo,²⁸¹ como es la utilización del amplio catálogo de derechos y principios constitucionales por parte del Poder Judicial, y en particular de la jurisdicción ordinaria en su uso en todo proceso, debido en parte al carácter vinculante de los derechos y a la fuerza normativa de la Constitución. Mucho puede lograrse sin duda con una buena Constitución, pero poco puede alcanzarse realmente sin la política. En los sistemas jurídicos constitucionalizados, las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también que

²⁸¹ Así identifica Prieto Sanchís el principal desafío del neoconstitucionalismo frente al Estado legislativo de derecho. Véase su libro *El constitucionalismo de los derechos*, cit., cap. I.

el diálogo constitucional sea fluido y constante. Quienes suscriben y defienden el neoconstitucionalismo en el marco de países con Constituciones aspiracionales, deben suscribir el cambio en la metáfora sobre la democracia que propone Obama, que no es una casa que hay que construir, sino una conversación que hay que mantener. Los consensos locales, la percepción de la opinión pública, las tendencias de los movimientos políticos y las organizaciones civiles deben considerarse también cuando se ponderan los principios en la interpretación de los casos difíciles, y en general en la labor de adjudicación constitucional. Es necesario que el texto constitucional se conciba como un proceso falible, abierto, en construcción.²⁸² Un proceso que debe ser refrendado popularmente con el apoyo y la crítica.

El neoconstitucionalismo en el marco de países con Constituciones aspiracionales exige un cambio en la cultura política relativo a la forma de realizar el cometido de las provisiones constitucionales, que no sólo reafirme un fetichismo al convertir cualquier aspiración social en norma jurídica, sino al conscientizar al pueblo de que el logro de los fines constitucionales comporta la consolidación de los procesos políticos. El neoconstitucionalismo debe adoptar entonces una forma de constitucionalismo democrático, conforme ha sido defendido por una fuerte tendencia que desde 2000 surgió como contrapeso al proyecto republicano de influenciar desde varios frentes la configuración del significado del derecho constitucional con un fuerte contenido conservador.

Al constitucionalismo democrático le interesa tanto cuestionar que los tribunales encargados de los asuntos constitucionales se hayan atribuido ciertas facultades que originalmente no les fueron conferidas como proponer un tipo de rol judicial, que si bien esté orientado por el progresismo, sea sobre todo consciente de que el significado de la Constitución y en general del derecho constitucional se configura a partir de diversas interacciones: el gobierno, el congreso, el tribunal que conoce los asuntos constitucionales, las reivindicaciones de los movimientos sociales y los partidos políticos, tienen conjuntamente la responsabilidad, no solo de hacer cumplir las normas constitucionales, sino también de contribuir a configurar el significado del derecho constitucional. El constitucionalismo contemporáneo debe ser sensible o receptivo a estas instancias, porque de esta interacción depende, en últimas, su legitimidad. En los sistemas jurídicos constitucionalizados las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también que este diálogo sea fluido y constante.

²⁸² Habermas, Jürgen, “La soberanía popular como procedimiento”, *Revista Foro*, núm. 12, Bogotá, 1990, así como *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

En países como Colombia, donde muchas veces pareciera que la tensión entre el constitucionalismo (los derechos y valores) y la democracia (las mayorías) se resuelve en sede exclusivamente judicial, tiene particular importancia este punto que reivindica el constitucionalismo democrático, pues 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.²⁸³

²⁸³ Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático*, ed. acad. y trad. de Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.