



Autor: Verónica Molina Mesa  
Título: Escalera  
Técnica: acrílico sobre lienzo  
Dimensiones: 50 cm x 70 cm

***CONSTITUCIÓN COMO PROVISIÓN E  
IRRADIACIÓN CONSTITUCIONAL.  
Sobre el concepto de “neo-constitucionalismo”  
Primera parte***

Fecha de recepción: Septiembre 30 de 2008  
Fecha de aprobación: Noviembre 10 de 2008

# CONSTITUCIÓN COMO PROVISIÓN E IRRADIACIÓN CONSTITUCIONAL. Sobre el concepto de “neo-constitucionalismo”\*

## PRIMERA PARTE

*Leonardo García Jaramillo\*\**

### RESUMEN

Este ensayo procura contribuir al debate sobre el neo-constitucionalismo en Colombia. Se ha dividido en dos partes: en la primera se adopta la propuesta del reputado profesor Miguel Carbonell para quien el grado en el cual un sistema jurídico corresponde esencialmente a la fenomenología neo-constitucional, puede determinarse a partir de tres factores conjuntos. Sólo para mencionarlos: una nueva Constitución, unas renovadas prácticas jurisprudenciales y desarrollos teóricos novedosos. A partir de esta sugerente estructura se plantea un desarrollo desde nuestro contexto para sustentar que, en efecto, los postulados neo-constitucionalistas permiten describir y mostrar la conveniencia de los procesos de constitucionalización del derecho.

**Palabras clave:** constitucionalismo, teoría jurídica, jurisprudencia constitucional, desarrollo judicial del derecho.

## CONSTITUTION AS PROVISION AND THE SPREAD OF THE CONSTITUTION

### PART ONE

### ABSTRACT

This essay attempts to contribute with the national discussion concerning the neo-constitucionalism in Colombia. In order to achieve this task, it has been divided in two parts: in the first one is adopted the theoretical suggestion of Miguel Carbonell, a well-known Constitutional Law Professor who has argued that it's possible to determine the level in which a singular legal order is settled by the phenomenology of that way to envisage the rebirth of the law in general, given three features. Namely, in a nutshell, a new Political Constitution, the renewed case law practices and law literature developments. From this appealing structure of analysis, our main juridical institutions and provisions are develop to sustain that the neo-constitucionalism postulates, allow to describe and –more importantly– to demonstrate the usefulness of the constitutionalization of legal order.

**Key words:** constitutionalism, legal theory, constitutional case-law, judicial development of law.

---

\* Agradezco a los profesores Diego López Medina, Antonio Barreto y Helena Alviar por sus observaciones a una versión anterior de este ensayo que se presentó en el V Foro de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, abril 20 de 2006. Aspectos puntuales se habían presentado asimismo en el III Encuentro Internacional de Semilleros de Investigación (Pereira, oct. 12 a 15 de 2006), en el VII Congreso Nacional de la Red de Centros y Grupos de Investigación Jurídica y Sociojurídica (Medellín, sept. 13 a 15 de 2007) y en el II Encuentro Nacional de Semilleros de Investigación (Universidad del Rosario, Bogotá, abril 29 y 30 de 2008). A partir de tales ponencias se estructuró un primer artículo publicado, gracias al profesor Carlos Javier Velásquez, en el No. 29 de la Revista de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, Barranquilla. Agradezco también a los profesores Miguel Carbonell, Rodolfo Arango, Carlos Bernal Pulido, Pierluigi Chiassoni, Gonzalo Ramírez Cleves, Aquiles Arrieta y Vicente Jaime Ramírez por su afable disposición al diálogo académico (personal y epistolar) sobre las cuestiones analizadas aquí, que sin duda son de mi exclusiva responsabilidad.

\*\* Abogado con estudios de Filosofía. Profesor de la Escuela de Ciencias y Humanidades de la Universidad EAFIT, Medellín, donde desempeña asimismo labores editoriales. Ha publicado artículos y traducciones en libros y revistas especializadas sobre filosofía política, derecho constitucional y teoría jurídica. Editor y coautor de John B. Rawls. El hombre y su legado intelectual.

# CONSTITUCIÓN COMO PROVISIÓN E IRRADIACIÓN CONSTITUCIONAL.

## Sobre el concepto de “neo-constitucionalismo”

### PRIMERA PARTE

*Los juristas pueden sin duda contribuir a la realización de la razón  
y la justicia en la medida en que actúen en la esfera que dominan sin aislarla.*

Alexy

### I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN GENERAL

Diversos aspectos pueden ser correctamente señalados como paradigmáticos del proceso de evolución que ha venido presentando el derecho en Occidente desde el final de la Segunda Posguerra. Uno sobre los cuales más atención académica se ha dispensado, con amplísima repercusión editorial asimismo en diversos idiomas, es el grado de vinculación que el ordenamiento jurídico debe tener con la moral<sup>1</sup>, el cual, siendo un asunto propio, podríamos determinar, de la filosofía jurídica, repercute claramente en todas las esferas del derecho. Puntualiza Francisco Laporta que la cuestión relativa a las relaciones entre el derecho y la moral no es sólo un tema de la filosofía jurídica, sino que constituye el lugar mismo donde está la filosofía del derecho<sup>2</sup>. Robert Alexy, por su parte, considera que en la relación entre el derecho y la moral radica el problema central de la polémica acerca del concepto de derecho<sup>3</sup>. Hijo de los horrores que en nombre del derecho se cometieron en Europa durante

---

<sup>1</sup> Dentro de la vasta literatura primaria y secundaria disponible en castellano, un libro que recoge importantes textos que a su turno señalan también los principales debates históricos y actuales, es la erudita compilación de Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa, 1998. En su contribución al mismo, Ernesto Garzón Valdés señala que “difícilmente se encontrará algún filósofo del derecho que no haya dedicado alguna parte de su obra a intentar dilucidar sus posibles relaciones”.

<sup>2</sup> Francisco Laporta, *Entre el derecho y la moral*. México D.F.: Fontamara, 1993.

<sup>3</sup> Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Barcelona: Gedisa, 2da ed., 1997.

la Segunda Guerra Mundial, Gustav Radbruch presentó la tesis del entuerto legal que sostenía la obligatoriedad de declarar la invalidez de una ley injusta cuya legalidad fuera exclusivamente formal, de manera tal que cuando la ley contradijera palmariamente la justicia, el falso derecho debía ceder ante ella<sup>4</sup>.

A nivel constitucional, una casi igualmente amplia literatura jurídica coincide en señalar que la transformación más importante en dicho proceso evolutivo lo constituye la conversión de la Constitución en una norma jurídica propiamente que, además de permitir la adscripción de otras normas de inferior jerarquía como pertenecientes al sistema jurídico –a la manera de la norma fundamental de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart– permite la aplicación directa de los principios que contiene y los valores que la inspiran a las relaciones ciudadanas, así como a las tradicionalmente pétreas relaciones de poder en las esferas privadas.

Esta nueva concepción de la Constitución “como un orden valorativo” (según la denominación de la jurisprudencia germana) que determina obligaciones puntuales a las autoridades y establece mecanismos para reificarlas<sup>5</sup>, hace parte de toda una fenomenología que comporta perspectivas como la constitucionalización del derecho y el neoconstitucionalismo. En países como Colombia hablar de neoconstitucionalismo implica, sin duda, hablar al unísono de constitucionalización del derecho, noción con la cual se pretende dar a entender la irradiación de la Constitución (por utilizar la expresión de Alexy) a todo el sistema jurídico, lo cual conlleva la transformación desde y hacia las instituciones centrales del Estado. Este efecto de irradiación y el hecho de concebir la Constitución como una norma directamente aplicable que dispone los elementos necesarios para conseguir sus mismos objetivos planteados son, a su vez, dos de los caracteres propios y distintivos del neoconstitucionalismo. De aquí la justificación de articular en el título estos conceptos que, entrecruzados y conforme a las características señaladas, dan cuenta de una renovación en la fenomenología de nuestro derecho.

No obstante, la profusión de investigaciones y estudios, tanto a nivel transnacional como local<sup>6</sup>, sobre y en torno al neoconstitucionalismo como modelo ideológico y fórmula teórico-jurídica, esto no ha conducido a una clarificación particularmente

<sup>4</sup> Gustav Radbruch, *Relativismo y derecho*. Bogotá: Temis, 2da ed., 1999.

<sup>5</sup> “Reificar” es un concepto de raigambre marxista que implica dar categoría de cosa a algo que por su origen o valor no lo tiene. En el derecho, la idea de reificación es pormenorizadamente analizada por Peter Gabel, “Reification in Legal Reasoning”, en: *Research in Law and Sociology*, No. 3, 1980.

<sup>6</sup> En donde se destacan los de Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 3ra ed., 2006; (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007; y Diego López Medina, *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis - Universidad de los Andes, 2da ed., 2006, cap. 7.

meridiana del concepto ni a una delimitación precisa de los límites de su contenido. Lo anterior se refuerza por el hecho de que casi cualquier persona, no sólo abogada sino cercana disciplinariamente a los estudios jurídicos, cree tener por lo menos alguna idea vaga, creencia o intuición sobre aquello que (al menos) parece implicar el uso del concepto ‘neoconstitucionalismo’. Para muchos profesores la falta de unanimidad en su uso despierta una cierta sospecha.

Como sucede con otros conceptos de reciente acuño (multiculturalismo, democracia deliberativa, posmodernidad, etc.) el neoconstitucionalismo ha abrazado amplios rasgos que inevitablemente lo han conducido a una amplitud semántica que tenemos que reconocer como riesgosa. Puede prestarse atención en este punto a la crítica que ha sustentado Juan Antonio García Amado, relativa a la falta de plasmación completa y coherente del neoconstitucionalismo en una obra central con perfiles precisos, lo cual a su juicio ha derivado en que sus caracteres deban ser espigados de aquí y de allá, contruidos más como descripción del común denominador de una tendencia genérica actualmente dominante y presente en la teoría constitucional y iusfilosófica de hoy (y particularmente, en la jurisprudencia de numerosos tribunales constitucionales), que como balance a partir de una obra canónica con perfiles bien precisos y delimitados<sup>7</sup>.

Dejando de lado momentáneamente esta cuestión, hay que enfatizar que su importancia radica en el hecho de que permite clarificar, tanto el grado en el cual puede decirse (si alguno) que el sistema jurídico colombiano corresponde esencialmente a la fenomenología dispuesta por el paradigma neoconstitucional, como a la discusión en torno a la conveniencia de dicha adscripción.

En este ensayo se procurará seguir el, digamos, núcleo común o canon transnacional de este modelo que pretende, además de describir y explicar, sustentar la necesidad de propender por un progreso de los logros alcanzados en términos, por ejemplo, de la renovación en las prácticas jurisprudenciales y del progreso de la literatura jurídica. En Colombia, el próximo nombramiento de 6 nuevos magistrados en la Corte Constitucional puede poner en riesgo la continuidad de líneas jurisprudenciales como las del mínimo vital y la elusión deliberativa, o decisiones como los derechos civiles para las parejas del mismo sexo y la admisibilidad del aborto en casos taxativos, y tendrá un papel definitivo en decisiones políticas ahora en curso como la reforma constitucional relativa a la reelección presidencial. La academia

---

<sup>7</sup> Juan Antonio García Amado, “Sobre el neo-constitucionalismo y sus precursores”, 2008. Me baso en la versión inédita facilitada por el autor.

nacional debe desempeñar un papel activo en el seguimiento crítico hacia los cambios institucionales<sup>8</sup>.

Al acometer esta tarea (seguir un núcleo común del neoconstitucionalismo) debe a mi juicio realizarse un filtrado de los planteamientos teóricos y argumentos más representativos a nivel transnacional que presenten mayor relevancia para explicar, respecto a nuestro contexto, la naturaleza controversial de dicho modelo. Esto contribuye a justificar su existencia y su rol al interior de un Estado Social de Derecho en construcción como el colombiano, así como para revisar el estado actual de nuestra discusión teórica sobre el particular.

## II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA

Una precisión de entrada: el concepto de neoconstitucionalismo constituye, como se sabe, una denominación de carácter transnacional a la cual en nuestro contexto se le ha denominado –no pacíficamente– “nuevo derecho”<sup>9</sup>. En este ensayo se asumirá tal distinción. También podría puntualizarse aquí que indistintamente podemos hacer referencia en nuestro contexto al Estado de derecho “social” o “constitucional” (como se le conoce en Alemania), ya que al consagrarse constitucionalmente los derechos sociales y al haberse propendido hacia su aseguramiento por vía jurisprudencial, lo constitucional en sentido amplio implica lo social.

Ahora bien, cuando se alude (apologética o críticamente) al neoconstitucionalismo en Colombia debe quedar claro que se asume una perspectiva determinada respecto al mismo. En este caso, para sustentar el modelo ideológico que supone el nuevo derecho como marco para entender nuestro derecho actual, se acogerá la sugestiva tipología que, en tres niveles de análisis, ha sido descrita por el reputado profesor Miguel Carbonell respecto al fenómeno constitucionalista en general, para procurar aplicarla y desarrollarla dentro de nuestro propio contexto socio-jurídico. Tales niveles son: la nueva Constitución de 1991, las renovadas prácticas jurisprudenciales de la Corte Constitucional –y su misma creación–, y los desarrollos teóricos llevados a cabo por profesores y académicos de las principales facultades

<sup>8</sup> De manera afortunada, trece organizaciones unieron esfuerzos para ejercer un proceso de veeduría de esta trascendental elección. En el discurso de presentación de *Elección visible: Corte Constitucional*, Rafael Santos, como presidente de la Corporación Excelencia en la Justicia, una de las organizaciones que conforman la veeduría, sostuvo que “Esta elección define el juez constitucional que Colombia necesita. No nos podemos equivocar”.

<sup>9</sup> Distintas nociones para referir algo a lo que también se le ha denominado “constitucionalismo avanzado” o “constitucionalismo de derechos” conforme a Santiago Sastre Ariza en su artículo “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, publicado en: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Op. cit., pp. 239 y ss.

de derecho que han contribuido de singular forma con la evolución y sofisticación paulatinas de nuestro derecho. De aquí se derivará el que el neoconstitucionalismo en Colombia sí supone alguna novedad dentro de la concepción del Estado Social de Derecho, la práctica ante los juzgados y tribunales, y la enseñanza del derecho en las facultades, por ejemplo.

La expresión nuevo derecho ha sido utilizada desde temprano en nuestro sistema jurídico actual, y con cada vez más asidua frecuencia, como concepción general para enmarcar, y así describir y explicar, los cambios que progresivamente han ido aconteciendo por cuenta de la promulgación de una nueva Constitución Política, la renovación en las prácticas jurisprudenciales en desarrollo de las garantías, los valores y los principios que inspiran y fundamentan dicho texto, y la cada vez más abundante y cualificada producción bibliográfica nacional en los terrenos constitucional, ius-filosófico, sociológico y filosófico-político, por señalar algunos de los más conspicuos.

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 prácticamente anónimos hasta ese momento en nuestro contexto<sup>10</sup>, como de la propia producción bibliográfica nacional –original y por traducciones–, empezaron a difundirse y a arraigarse cada vez más una serie de nuevos elementos de análisis jurídico, argumentos de índole constitucional y mecanismos para la interpretación y aplicación de las provisiones constitucionales originadas en otras jurisdicciones (como la norteamericana, la alemana y la española) así como ideologías de raigambre anti-formalista y anti-tradicional que enderezaban críticas a la cultura jurídica predominante. Dichos elementos se relacionan, esencialmente, con la interpretación y aplicación del derecho, la reformulación de nuestro sistema de fuentes y el subsiguiente descenso de la ley del sitio que ocupaba en el podio de las fuentes del derecho, el papel del juez en la creación de derecho, la legitimidad de la justicia constitucional, la relación entre el derecho y la sociedad, el carácter vinculante de los principios, la consideración de la fundamentalidad de los derechos sociales y la procura de su justiciabilidad judicial, entre otros.

Esta nueva sensibilidad ius-teórica e ideológica, a partir de la cual se puede comprender la necesidad de realizar trasplantes iusteóricos e institucionales de diversos tipos, fue implantada y fortalecida por la labor vanguardista de la Corte

---

<sup>10</sup> Baste para sustentar este punto observar los planes de estudio de algunos programas de pregrado y postgrado en derecho antes de 1991 para determinar el cambio tan sustancial que, respecto tan solo a los materiales jurídicos, ha acontecido en su estructuración y diseño, al confrontarlos (ni siquiera con los de ahora sino) con los de pocos años después de expedida la Constitución.

Constitucional, y por el destacado papel de algunas academias jurídicas nacionales (o más precisamente digamos “capitalinas” en el sentido de Gutiérrez Girardot<sup>11</sup>) que desde mediados de los años 90s empezaron a renovar sus planes curriculares, a enviar a sus docentes a cualificarse en reputadas universidades extranjeras, y a contratar los nuevos con un perfil completamente diferente al tradicional, así como a ampliar (física pero también temáticamente) sus bibliotecas jurídicas y a liderar, como aún lo hacen, el panorama editorial colombiano a partir de una importante literatura que importa o adecua creativamente nuevos abordajes ius-teóricos transnacionales a las necesidades puntuales que presenta la progresiva evolución de nuestro derecho.

El neoconstitucionalismo comporta elementos no sólo desde la perspectiva teórica sino también desde el punto de vista político y jurídico. Dentro de los componentes del concepto se ha distinguido, en aras a la precisión, un tipo de Estado Constitucional de Derecho con alto contenido ideológico en la medida en que adopta el modelo axiológico de la Constitución como norma directamente aplicable en lugar que sólo como regla, o conjunto de ellas, que condiciona la elaboración y expedición de otras reglas de menor jerarquía. Esta concepción implicó un cambio en el modelo institucional tradicional así como en la forma de organización política. Otro componente es el teórico, ya que un cambio o desarrollo en las teorías que tradicionalmente explicaban los diversos escenarios de la fenomenología jurídica, es requerido. Un planteamiento como el de neoconstitucionalismo de profundo raigambre normativo y prescriptivo, sería deficitario sin una filosofía política que sustente, desde las ideas históricas sobre la legitimidad del Estado y el ejercicio justo del poder, dicha fórmula. Prieto Sanchís señala una acepción ius-filosófica referida a las cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición y el estatus del derecho, así como sobre la función del jurista<sup>12</sup>.

Respecto a Colombia y Latinoamérica se ha ido arraigando a través de una renovada versión de diversas tendencias transnacionales que se desarrollaron en países como Francia, Alemania, España y Estados Unidos. Sustenta López Medina que podemos identificar 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 en medio de estos. Alemania fue el sitio hegemónico de producción entre 1850 y 1900,

<sup>11</sup> Rafael Gutiérrez Girardot, *Manual de historia de Colombia* Bogotá: Colcultura, 1980, T. III.

<sup>12</sup> Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 101 y 102.

Francia entre 1900 y algún momento en la década del 30, y Estados Unidos, lo fue después de 1950<sup>13</sup>.

Sobre la genealogía del nuevo derecho (es decir, del neoconstitucionalismo en Colombia) hay que precisar que, contrario a lo que pudiera pensarse, la sentencia de una alta Corte que se podría concebir como inspirada en el mismo es anterior a la Constitución del 91, y por lo tanto anterior a la Corte Constitucional. Se trata de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de octubre 9 de 1990, que declaró constitucional el Decreto mediante el cual se convocó a elecciones para elegir una Asamblea Constitucional, cuya competencia no estaría limitada por reglas jurídicas, sino por un acuerdo político suscrito entre el Presidente electo y algunos dirigentes políticos<sup>14</sup>.

La Corte Suprema matriculó en dicha sentencia a Colombia en la ideología del nuevo derecho al configurar el camino para cambiar de texto constitucional, permitiendo así la incorporación de las reformas demandadas, con base en sustentos argumentativos como: “*El Derecho no pertenece al ámbito de 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”. Al decir que “El derecho no pertenece al ámbito de lo lógico”, digamos que la Corte parece seguir a quien fuera uno de los más representativos magistrados de la Suprema Corte norteamericana (*Chief Justice*), Oliver W. Holmes, al iniciar su obra *The Common Law*: “*La vida del derecho no ha sido la lógica: ha sido la experiencia*. Las necesidades sentidas del tiempo, la prevalencia de las teorías morales y políticas, intuiciones de la política pública, admitidas o inadvertidas, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus compañeros, habían tenido que ver más que el silogismo en la determinación de las reglas por medio de las cuales los hombres deben ser gobernados. El derecho incorpora la historia del desarrollo de una nación a través de los siglos, y no puede ser tratado como si contuviera sólo los axiomas y los corolarios de un libro de matemáticas”. Al respecto también afirmó Holmes en *The Path of Law* que: “*La falacia a la que me refiero es la noción según la cual la lógica es el único factor que opera en el derecho (...)* El peligro al que aludo consiste (...) en la afirmación según la cual un sistema jurídico como el nuestro puede ser derivado, como las matemáticas, de un

<sup>13</sup> Me baso aquí en la primera parte de su Tesis doctoral, *Comparative Jurisprudence. Reception and Misreading of Transnational Legal Theory in Latin America*. Harvard University, Law School, 2001. Versión electrónica facilitada por el autor.

<sup>14</sup> Ver: Gabriel Murillo (Comp.) *Una constituyente para la Colombia del futuro*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1991.

conjunto general de axiomas de conducta. Este es el error natural de las teorías, pero no está confinado a ellas”<sup>15</sup>.

En este punto podría destacarse brevemente el avance que representa el neoconstitucionalismo desde la hermenéutica textualista de reglas hacia la hermenéutica de ponderación de principios<sup>16</sup>. Correlativa a la concepción interpretativa que se derivaba de nuestro anterior sistema constitucional (en virtud del cual la forma por excelencia de concebir y aplicar el derecho era mediante subsunción lógica) es la idea de que el ordenamiento jurídico sólo está integrado por reglas. Dentro de los primeros y más influyentes promotores de esta idea se cuentan John Austin<sup>17</sup>, Herbert L.A. Hart<sup>18</sup> y Hans Kelsen. En su cometido refutatorio a la teoría de Austin, y en parte también a la de Kelsen, Hart explica la normatividad del derecho sosteniendo la tesis de la separación entre el derecho y la moral al considerar que si bien hay conexiones entre estos dos órdenes, estas lo son de modo contingente, no necesarias ni lógica ni conceptualmente. Para Kelsen, por su parte, la estructura de estas reglas es “condicional hipotética”: si A, entonces debe ser B<sup>19</sup>, es decir, si el que matare a otro incurrirá en prisión de 13 a 25 años y Juan mató (A), entonces Juan incurrirá en prisión... (B). Se contrapone a esta postura la de los principios generales del derecho sostenida por Dworkin, para quien junto con las reglas, los sistemas jurídicos están integrados por principios, así como por directrices<sup>20</sup>. Los principios constitucionales (Derechos Fundamentales) se aplican mediante la ponderación, que es igualmente el mecanismo para resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos. Dworkin, en línea similar, se refiere al “pesaje” de los principios<sup>21</sup>. La ley de la ponderación ha sido expuesta por Alexy de la siguiente

<sup>15</sup> Oliver W. Holmes, *The Common Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1964, “Lecture I. Early Forms of Liability”; *The Path of the Law*. Bedford: Applewood, 1996, pp. 15-16. Traducciones propias, énfasis añadidos.

<sup>16</sup> En este punto resulta de singular pertinencia el tránsito de una lógica de lo racional a una “lógica de lo razonable” (en noción de Recasens Siches). A nivel jurisprudencial se consagró primeramente en la ST-406 de 1992 y en la ST-322 de 1996. Ver al respecto, Jaime Bernal - Eduardo Montealegre, “De la estricta lógica formal a la lógica de lo razonable”, en: *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 5ta ed., 2004. Diego López Medina, *Teoría Impura del derecho*. Bogotá: Legis - Universidad de los Andes, 2004, pp. 428 a 434.

<sup>17</sup> John Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianápolis: Hackett, 1998.

<sup>18</sup> Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*. Oxford University Press, 2nd ed., 1994. Vers. cast. de Genaro Carrió, *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.

<sup>19</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, pp. 60 y ss.

<sup>20</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. Dentro de la literatura castellana ver, entre muchos otros, Manuel Atienza – Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996, cap. I.

<sup>21</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Op. cit., p. 26.

forma: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>22</sup>. Este autor, igualmente, sustenta que la ponderación puede dividirse en tres pasos: en el primero es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, en el segundo se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario y en el tercero, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro<sup>23</sup>. La ponderación como mecanismo para la aplicación del derecho en casos de conflictos interpretativos entre principios, comporta asimismo discusiones sobre el papel que desempeña y debe desempeñar una Corte Constitucional en la creación y desarrollo del derecho en un país de tradición romano-germánica como el nuestro, así como sobre su intervención en asuntos de otras materias como la económica. Esta evolución en la forma de concebir y, así, de aplicar el derecho constituye uno de los más poderosos arsenales para acometer la discusión neoconstitucionalista en Colombia.

### III. TRES ESLABONES QUE CONSTITUYEN EL FENÓMENO NEOCONSTITUCIONALISTA Y SUS CARACTERES PROPIOS Y DISTINTIVOS

Siguiendo, pues, la sugestiva estructura que, en tres niveles de análisis, hay que considerar con Carbonell para determinar de qué hablamos cuando hablamos de neoconstitucionalismo, en lo sucesivo se desarrollarán tales niveles respecto a nuestra realidad jurídica actual. Como antecedente general se precisa que el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir a partir de los años 70 del siglo XX y los cuales se destacan, entre otros aspectos, por la inclusión de amplios catálogos de derechos fundamentales y la creación de instituciones, como los tribunales constitucionales, encargados de vigilar la correspondencia de las leyes con la norma superior y, fundamentalmente, de propender por la garantía y realización de los referidos catálogos de derechos. El primer aspecto es la promulgación de una Constitución Política.

<sup>22</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 161.

<sup>23</sup> Robert Alexy, *Epílogo a la “Teoría de los derechos fundamentales”*. Madrid: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, p. 49. Sobre este concepto asimismo, además de los citados, pueden consultarse, Martín Borowski, *La estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 757 y ss. Diego López Medina, *El derecho de los jueces*. Op. cit.

## Nueva Constitución Política

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

Schneider

La terminación de la época federal en 1886 dio paso a la promulgación de una nueva Constitución que perduraría por más de un siglo, aunque con varias reformas a cuestras. El ambiente político colombiano suscitado en parte por el asesinato de Galán y el descontento institucional nacional, desembocó en que el Gobierno Gaviria expidiera, en un primer momento, el Decreto Legislativo 927 de 1990 que autorizó el escrutinio de “La séptima papeleta” para convocar una Asamblea Nacional Constituyente y, posteriormente, el Decreto 1926 del mismo año por medio del cual se determinó la composición de la Asamblea que, el 27 de mayo de ese año, recibió un pálido respaldo de 2.800.000 ciudadanos<sup>24</sup>.

En un interesante artículo en el que analiza las condiciones de posibilidad de una doctrina sólida del precedente constitucional en Colombia, el profesor Carlos Bernal Pulido señala contundentemente que la Constitución Política de 1991 determinó la entrada de este país al neoconstitucionalismo<sup>25</sup>. Siguiendo de manera entusiasta esta adscripción pero deteniéndonos en la cuestión, consideramos que sería fructífero observar otros aspectos y peculiaridades que ha venido presentado paulatinamente el ordenamiento jurídico colombiano en su proceso de constitucionalización para determinar con mayor grado de certeza el nivel de tal influjo, y sobretodo, para que la exposición presentada constituya una argumentación sólida que eluda y supere muchas de las críticas que ha recibido desde la misma génesis constitucional.

La Constitución que entró en vigencia a mediados de ese año ha sido reconocida y valorada como pluralista, incluyente y progresista; adoptó el Estado Social de Derecho como modelo ideológico y fórmula política; incluyó las minorías raciales e indígenas que antes eran conocidas sólo por los antropólogos y se contaban, si acaso, en las estadísticas. Respecto, por ejemplo, a las tradiciones culturales de las comunidades indígenas, hay que decir que con anterioridad se habían visto subordinadas a una política hegemónica que había hecho poco por impedir su des-

<sup>24</sup> Fue en su momento muy polémico el que dicha Asamblea revocara un congreso elegido por 8.000.000 millones de personas. Entre otros, consúltese Jaime Vidal Perdomo, *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*. Ver, en general, Diego Younes Moreno, *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Legis, 4a. ed., 2001.

<sup>25</sup> Carlos Bernal, *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 149.

integración. Los fenómenos conflictivos surgidos por cuenta de la confluencia de diversas, y en algunos casos divergentes, cosmovisiones o visiones del buen vivir al interior de los Estados Latinoamericanos, hacen que sea imperativa la reflexión sobre el esclarecimiento de variables teóricas 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 la actualidad, la mayoría de países en el mundo son culturalmente multi-diversos, siendo escasos los que comparten un lenguaje, pertenecen al mismo grupo étnico o, incluso, cuyos ciudadanos comparten la misma religión. En los 184 Estados independientes se cuentan más de 600 grupos de lenguas vivas y 5000 grupos étnicos. En Colombia tenemos 5 de las 10 familias lingüísticas de Suramérica, las cuales constituyen 54 lenguas vivas. Existen en Latinoamérica 20 familias lingüísticas y alrededor de 30 millones de indígenas, reunidos en 400 grupos étnicos, 84 de los cuales se ubican en nuestro país, conformando cerca del 2% del total de sus habitantes<sup>26</sup>.

Asimismo, la Constitución consagró la libertad de cultos y creó instituciones como la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y la Defensoría del Pueblo. Adicionalmente, y como uno de los principales cambios (sino el más), creó una jurisdicción independiente (la Constitucional) a cuya cabeza ubicó una nueva Institución a la que le corresponde resguardar su integridad y supremacía.

Esta es una variable que habría que agregar a la triada sugerida por Carbonell respecto al proceso de neo-constitucionalización en Colombia, ya que la expedición de una nueva Constitución trajo aparejada la creación de una jurisdicción a cuya cabeza se ubicó un tribunal independiente<sup>27</sup> que, en síntesis, es el intérprete autorizado de la Constitución<sup>28</sup>; se le confía la guarda de su integridad y supremacía, y sus funciones están contenidas en el artículo 241 constitucional, en virtud del cual le corresponde decidir sobre las demandas de constitucionalidad promovidas por los ciudadanos, sobre las objeciones por inconstitucionalidad formuladas por

<sup>26</sup> Ver, en general, Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996.

<sup>27</sup> Carece de mayor sentido realizar un repaso por las consabidas modificaciones sustanciales de la Constitución de 1991, para lo cual pueden observarse trabajos como VV.AA. *El debate a la Constitución*. Bogotá: ILSA–Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2002.

<sup>28</sup> De manera excepcional, y al estricto tenor del artículo 43 de la ley 270 de 1996, la jurisdicción constitucional es ejercida por los jueces y tribunales en casos particulares donde deben resolver tutelas, acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos consagrados en la Constitución.

el Gobierno contra proyectos de ley y, de forma previa, acerca de los proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso, y sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueben; pertenece a la rama judicial del Poder Público y también decide sobre la constitucionalidad, tanto de los referendos sobre leyes, las consultas populares y los plebiscitos, como de la convocatoria a los referendos o Asambleas Constituyentes; ejerce el control constitucional sobre los decretos gubernamentales al amparo de los estados de excepción, y revisa con discrecionalidad las decisiones judiciales relacionadas con la tutela. Recuérdese que con anterioridad a este Tribunal, los asuntos constitucionales eran conocidos por la Corte Suprema de Justicia, particularmente por su Sala Constitucional que, por ejemplo, declaró inexecutable varios intentos de reforma a la Constitución de 1886<sup>29</sup>. La Corte asimismo declaró executable el Decreto 1926 de 1990 por medio del cual el Gobierno Gaviria determinó la composición de la Asamblea Nacional Constituyente, pero declaró inexecutable el temario, también fijado en el referido Decreto, porque establecía indebidamente límites a la competencia de la Asamblea.

El máximo tribunal de la jurisdicción Constitucional es una de las instituciones más controvertidas de las creadas en 1991, pero cuenta sin embargo con un amplio respaldo entre la ciudadanía e incluso entre otras instituciones en la medida en que no se ha limitado a realizar una función de revisión de la validez constitucional de una ley, sino que ha transformado de forma revolucionaria (en sentido kuhiano) 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 operativas 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<sup>30</sup>. Otros mecanismos relevantes que también han contribuido en el proceso de concretización constitucional son las acciones de cumplimiento, populares y de grupo<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> A saber, el Acto Legislativo 2 de 1977 del gobierno López Michelsen denominado “Pequeña Constituyente”, y la reforma de 1979.

<sup>30</sup> Sobre la acción de tutela se ha escrito profusamente desde la expedición misma de la Constitución. Dentro de los estudios recientes que han alcanzado un reconocido nivel de sofisticación, se encuentran, Néstor Osuna, *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. Rodolfo Arango, “La jurisdicción social de la tutela”, en: *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Para una perspectiva fundamentalmente procesal, ver Catalina Botero Marino, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006. Un importante antecedente a este respecto, desde una perspectiva más teórica, lo constituye el trabajo de Bernardita Pérez Restrepo, *La acción de tutela*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2003.

<sup>31</sup> Sobre las que pueden consultarse, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Legis, 2005.

Conjuntamente con 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, la jurisprudencia constitucional ha fortalecido y enaltecido el valor de las normas de carácter *dogmático* que garantizan los derechos de los ciudadanos frente al Estado y a los poderes privados. En virtud de esta función dogmática de la Constitución, la jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley, sino la ley en los derechos, pues si según la Constitución de 1886 (donde las normas sobre derechos tenían un valor meramente programático) los derechos sólo valían en el ámbito de la ley, hoy por el contrario las leyes (debido al garantismo de la jurisprudencia constitucional) sólo valen en el ámbito de los derechos.

La necesidad de implementar y elevar a rango constitucional los principios y valores que comportan tales garantías, condujeron 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 darle cabida al Estado de Bienestar en respuesta a las demandas llevadas a cabo por diversos movimientos sociales, y con el antecedente de las revoluciones rusa y mexicana y de la evolución constitucional de Weimar en Alemania y del *New Deal* de Roosevelt en los Estados Unidos, en Colombia y en general en Iberoamérica 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 hacia sustentar la garantía a los derechos sociales que se le deben asegurar a los ciudadanos. Siguiendo a Pogge, la idea de protección a derechos como los sociales no puede concebirse como un asunto de caridad o buena voluntad, sino propio de las funciones de los Estados contemporáneos<sup>32</sup>.

Además, entonces, de imponer límites al legislador respecto a los mecanismos para tramitar sus propias reformas (actos legislativos) y para producir leyes, las constituciones contemporáneas amplían a tan alto grado las exigencias a todos los poderes públicos que Josep Aguiló ha dicho acertadamente que en el neoconstitucionalismo se asiste a un tránsito de la Constitución como límite al orden jurídico hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales<sup>33</sup>. En Colombia puede decirse en este sentido que los

<sup>32</sup> Ver, por ejemplo, sus libros *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós, 2005; *Haciendo justicia a la humanidad*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica (en prensa).

<sup>33</sup> Ver su análisis “Sobre la Constitución en el Estado Constitucional”, en: *Doxa* No. 24, Alicante, 2001, pp. 454 y 456; así como su ensayo próximo a publicarse, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.

derechos ya no están necesariamente sujetos a leyes que reglamenten su ejercicio, lo cual es gracias a la labor del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. Lo contrario, es decir cuando la existencia de los derechos y su propio ejercicio están supeditadas a las leyes que los creen y reglamenten, ha servido tradicionalmente como una excelente excusa para privar de contenido a todos los derechos que no le gustan al poder de turno.

En Colombia la más significativa invención procesal a este respecto transnacional de la Constitución es la tutela como mecanismo autónomo para la protección de los derechos, el cual ha permitido en parte fundamental la garantía de la eficacia real de los postulados progresistas de la Constitución debido a que a través de 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 de la Constitución titulado “De los derechos fundamentales”, sino que también lo son otros derechos –como los sociales– que merecen también una protección del Estado en determinadas circunstancias. Sin duda a partir de la acción de tutela los ciudadanos encontramos una forma directa de acercarnos al texto constitucional, lo cual ha redundado en que haya signado la historia de nuestro Derecho Público.

El trascendental cambio mencionado atrás 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 hubiese podido pasar de la novedad teórica a la realidad práctica sin la instauración de mecanismos eficaces creados para procurar asegurar dicha reificación en la sociedad de los postulados y las garantías constitucionales, traducidas en derechos fundamentales (incluidos los derechos sociales por vía jurisprudencial en esta categoría, tradicionalmente reservada para los derechos de libertad). Sin duda alguna, en nuestro contexto es la acción de tutela el mecanismo encargado de velar por la protección inmediata de los derechos en caso de amenaza o violación por parte de cualquier autoridad pública o, en determinados casos que vinculen la prestación de un servicio público o que afecten gravemente el interés colectivo, autoridad privada.

La tutela, entonces, se constituye en el principal mecanismo judicial de protección de los derechos constitucionales, ya no sólo los fundamentales sino también de los sociales. La forma de propender por la protección y garantía reales de estos últimos derechos, ha sido tradicionalmente mediante la discutible (por débil) tesis de la conexidad<sup>34</sup>. Apelar a esta tesis implica negar el reconocimiento de la funda-

---

<sup>34</sup> Desde su jurisprudencia temprana, la Corte Constitucional sostuvo que los Derechos Fundamentales tienen fuerza vinculante en la medida en que constituyen prescripciones jurídicas generales que restringen el espacio de interpretación, configurándose así en normas de aplicación inmediata para el legislador y para el juez. Esto lo especificó en la bien conocida sentencia T-406 de 1992, la cual sentaría las bases de lo que

mentalidad de los derechos sociales en la medida en que su protección queda por completo supeditada a la vulneración de un derecho fundamental.

Sobre este punto debe agregarse que, si bien la tutela fue concebida constitucionalmente y establecida legalmente<sup>35</sup> como un mecanismo subsidiario, residual y autónomo (es decir, que no depende de ningún otro y que no procede cuando el afectado cuenta con otro mecanismo de defensa judicial –exceptuando, como se sabe, cuando se interpone para evitar un perjuicio irremediable–), la práctica jurisprudencial, sin vulnerar las restricciones dispuestas –fundamentalmente las causales de improcedencia– ha priorizado lo sustantivo sobre lo procedimental al reconocer que el hecho de que un derecho (como uno social) no se pueda adscribir (conectar) a un derecho fundamental, no implica en forma alguna que no hay forma posible de reconocer y proteger en el caso concreto la provisión constitucional consagrada. Así queda claro de la línea jurisprudencial del mínimo vital, cuya protección no fue amparada apelando a un derecho fundamental sino a partir de la argumentación mediante la interpretación sistemática de la Constitución que permitió derivar un derecho al mínimo vital. Esta línea puede ser concebida, pues, como una excepción a la aplicación de la mera conexidad como tesis para garantizar la provisión social.

Una de las sentencias más importantes de dicha línea es la T-533 de 1992 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz) ya que el supuesto de hecho del derecho social inominado fue interpretativamente construido partiendo del texto constitucional como un todo, en lugar de adscribir la subregla puntual a una disposición iusfundamental. Recuérdese el caso: un anciano en situación de necesidad por la pérdida de su casa por falta de recursos, por vivir con penurias con una hija que igualmente lo mantenía y la negativa del pago de su pensión por la Caja Nacional de Previsión, solicitó la práctica de una intervención quirúrgica que de no realizarse le ocasionaría la ceguera

---

sería el desarrollo jurisprudencial del derecho en Colombia, el papel del juez en el neoconstitucionalismo y el contenido y los límites del modelo de Estado Social de Derecho. No obstante, la Corte matizó esta afirmación respecto a los derechos sociales, cuya aplicabilidad está restringida al desarrollo legislativo y sólo cuando en un caso concreto su incumplimiento se encuentre conexas con la vulneración de un derecho fundamental, los jueces constitucionales podrán intervenir. Este antecedente es relevante aquí porque la tesis sustentada por Rodolfo Arango en su fundamentación dogmática de los derechos sociales en defensa de su justiciabilidad judicial, permite superar el mecanismo jurisprudencial de la conexidad como medio de reconocimiento de estos derechos. La existencia de un derecho social se justifica correctamente por vía, o bien de normas constitucionales explícitas o de normas adscritas interpretativamente con base en la argumentación jurídica y a partir de una Constitución democrática. Ver, Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis - Universidad Nacional de Colombia, 2005. Confróntese al respecto con mi reseña publicada en la Revista *Aleph* No. 137 (abril-junio) 2006.

<sup>35</sup> La consagra el artículo 86 constitucional, el cual es reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, el cual es a su vez reglamentado por el Decreto 306 de 1992. El Decreto 1382 de 2000 establece reglas para el reparto de las tutelas.

absoluta y la cual, claramente, no estaba en capacidad de costear. En instancia se le negó el amparo del derecho alegado sustentando, toscamente dicho, que como el perder la vista no pone en riesgo su vida, no había derecho fundamental al cual adscribir la petición. En revisión, la Corte Constitucional tuteló su derecho fundamental al mínimo vital sosteniendo que por encontrarse esta persona en situación de necesidad se hacía acreedor a la protección especial del Estado contenida en el artículo 13 constitucional. En palabras de Rodolfo Arango, “Si el derecho fundamental a la salud del solicitante no fuese protegido en este caso, tendría éste que aceptar su nueva condición de invidente a consecuencia exclusiva de la pobreza de sus familiares. Esta conclusión no es exigible de una persona que vive bajo una Constitución democrática moderna”<sup>36</sup>.

Se dice en la sentencia: “La unidad normativa de la Constitución y su interpretación sistemática permiten vincular directamente las disposiciones que conforman la llamada “Constitución Económica” (...) con el principio fundamental del Estado social de derecho y la efectividad de los derechos constitucionales, en especial, los derechos sociales, económicos y culturales (CP arts. 42 a 77). Existe una íntima relación entre el derecho a un mínimo vital y el compromiso institucional para garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas”<sup>37</sup>.

Reconstruyendo conforme a Arango la argumentación de la Corte en este caso, podemos decir que frente al supuesto de hecho de la justiciabilidad directa de los derechos sociales, que deviene de la concepción sobre su fundamentalidad:

- el Estado tiene la competencia de establecer legalmente prestaciones sociales a favor de las personas, o sea, decidir democráticamente cómo distribuye los recursos de la sociedad;
- el derecho a la salud no es exigible al Estado, en principio, por una persona sino hasta que el legislador así lo establezca;

*pero cuando*

- la persona o su familia se encuentra en una situación de necesidad que amenaza en forma inminente sus derechos fundamentales;

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>37</sup> Debe agregarse aquí una palabra de advertencia respecto a este derecho *prima facie*: los derechos sociales fundamentales no son derechos subjetivos que puedan ser tutelables en abstracto a toda persona, sino que deben ser consideradas las circunstancias concretas de cada caso, ya que bien puede presentarse caso analogizable a este, pero al ser otro el obligado (no el Estado), por ejemplo, no puede exigirse una prestación económica.

- el legislador no ha tomado las medidas necesarias para enfrentar tales situaciones la acción fáctica positiva del Estado puede evitar tal situación y
- su omisión es condición suficiente para que se concrete el daño injustificado a la persona

*entonces*

- a la persona le corresponde un derecho fundamental *prima facie* a una acción positiva fáctica del Estado<sup>38</sup>.

Además de intelectual y jurídico, el nuevo derecho despunta 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 del marco de una economía libre pero solidaria de mercado<sup>39</sup>. La importancia de la tutela radica también 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, entonces, fuéramos a determinar puntualmente el rasgo central de la corriente neoconstitucional<sup>40</sup> 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<sup>41</sup> que consagra, a los mecanismos que establece para garantizarlos, al Tribunal creado para propender por su efectivo cumplimiento y al control de constitucionalidad como amplio dispositivo que ha propendido por garantizar la supremacía y efectividad de la Constitución.

Dentro de los aspectos y peculiaridades a las que se le adeuda el hecho de que con el rótulo ‘neoconstitucional’ sea cada vez más frecuentemente descrito nuestro sistema jurídico, sobresale sin duda la creación de la Corte Constitucional y, esencialmente,

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 173 - 174. Ver también al respecto sus artículos, “El mínimo vital como índice de justicia entre particulares”, en: VV.AA. *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2001; “Basic Social Rights, Constitutional Justice and Democracy”, en: *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 2, 2003.

<sup>39</sup> Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*. Op. cit., pp. 439-440.

<sup>40</sup> Seguimos aquí a Carlos Bernal quien, siguiendo en parte al (que hemos denominado aquí) canon transnacional, utiliza el concepto de “corriente” para referirse al neoconstitucionalismo. No es esta una cuestión de menor calado en la medida en que, por nuestro parecer sustentado en páginas posteriores, el neoconstitucionalismo se entiende mejor si se observa desde un aire o parecido de familia, en lugar que como un corpus teórico perfectamente delineado.

<sup>41</sup> Si bien dentro de la lógica neoconstitucionalista en muchas de sus versiones los derechos sociales son defendidos como fundamentales, mientras haya que apelar en la mayoría de los casos a la conexidad para propender por su garantía, debe dejarse sentada la distinción conceptual entre fundamentales y sociales.

su ejercicio comprometido con la protección del catálogo de derechos consagrados en el Texto. Aunque pudiera parecer una obviedad, la experiencia comparada muestra que no lo es, es decir, no se corresponde necesariamente la expedición de una nueva Constitución, ni siquiera la creación de un tribunal de esta naturaleza, con la protección de derechos como los sociales en casos particulares. En México, por ejemplo, la promulgación de una nueva Constitución no ha implicado en forma alguna que la institución encargada de revisar la constitucionalidad de las leyes y la aplicación del Texto, se haya distinguido por ejercer un papel activo en la creación del derecho en ese país. La creación de un tribunal veedor de la constitucionalidad de las leyes es, entonces, condición necesaria pero en forma alguna suficiente para un avance sustancial en el desarrollo del derecho, tarea que le corresponde más bien a la forma en la cual dicho tribunal asuma su función como institución singularmente implicada con la responsabilidad de instaurar el Estado Social de Derecho.

La histórica concepción de 1886 de una Constitución como un mero 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, trascendió en 1991 hacia una concepción donde al Tribunal Constitucional, como en Alemania, Italia y España, le es dable crear y desarrollar el derecho, labor que ha desempeñado (en muchos casos discutiblemente) mediante una novedosa y creativa jurisprudencia. Debido entonces a la labor del Tribunal Constitucional es que puede hablarse con propiedad de una nueva práctica jurisprudencial en procura de la creación y el desarrollo del derecho<sup>42</sup>.

### **Prácticas jurisprudenciales renovadas**

La Constitución insertó en nuestra realidad jurídico-constitucional un amplio catálogo de derechos, pero fue la jurisprudencia de la Corte la que permitió que él mismo entrara en vigor. Los jueces constitucionales (es decir, todos) han comenzado en esta última década a realizar su función bajo renovados parámetros interpretativos. Sobre este punto volveremos más adelante.

Conforme al rol de la Corte en 16 años de nuevo constitucionalismo, se ha abandonado el uso arcaizante que hasta 1991 tenía la jurisprudencia, la cual sólo denotaba un conjunto de decisiones judiciales reiteradas tomadas con anterioridad 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

---

<sup>42</sup> En contraposición, en Argentina no se ha desplegado una nueva práctica jurisprudencial por cuenta del criticado papel de la Corte frente a la Constitución vigente; en España no ha sido el Tribunal Constitucional, sino el Supremo, al que se le adeuda el desarrollo judicial del derecho en ese país.

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 es una Institución singularmente comprometida con el ideal del Estado Social de Derecho, por lo que en su jurisprudencia ha estructurado los derechos fundamentales de forma que se preserven los derechos liberales, pero se extienda la protección a los derechos sociales dentro de una economía libre pero solidaria de mercado. La Corte demanda porque se instaure y fortalezca entre las instituciones de igual jerarquía, y los tribunales y juzgados, 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 un país como el nuestro en cuyo sistema jurídico-político la protección de los derechos ha dependido tradicionalmente de su consagración legal, no constitucional<sup>43</sup>.

Por el mencionado valor esencialmente programático de la Constitución del 86, sus normas y principios sólo podían contar con una realización efectiva en la medida en que se diera un desarrollo legislativo. La reconfiguración dogmática del texto Fundamental acontecida en 1991, pero primordialmente por la jurisprudencia de la Corte que no ha permitido que los postulados progresistas y garantistas se queden en letra muerta, puso de manifiesto que, si bien nuestra Constitución es básicamente un cuerpo normativo orgánico (que incluso se excede en normas reglamentarias y administrativas), es mucho más que eso, pues mediante una interpretación holista de sus normas se ha establecido una función política con miras a que se adapte constantemente a una sociedad convulsionada como la nuestra.

La jurisprudencia, entonces, ha pasado a ejercer una influencia predominante en nuestra forma de entender el derecho, y a la cual subyace una ideología que irradia todas las instituciones públicas. Y sin poder aquí describir ni tomar partido en el debate entre las tesis optimista y escéptica frente a la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia, es menester afirmar que si bien la jurisprudencia no cuenta como fuente primaria en nuestro sistema jurídico por el artículo 230 constitucional que le confiere un criterio auxiliar relegado a la ley, sí se ha constituido en fuente primaria de la conciencia jurídica colombiana, es decir, en la principal fuente de nuestra forma de comprender y practicar el derecho en el ámbito académico y profesional. La jurisprudencia en Colombia desmonopolizó la creación del derecho en cabeza de la rama legislativa.

---

<sup>43</sup> Ver, Roberto Gargarella – Pilar Domingo – Theunis Roux (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* London: Ashgate, 2006. A partir de consideraciones teóricas y casos recientes de India y países latinoamericanos, africanos y de Europa oriental, en este libro se examina interesantemente el rol de los tribunales constitucionales como una oportunidad para desarrollar las imperativas transformaciones sociales en sectores tradicionalmente marginados.

La jurisprudencia ha instituido como factor determinante de la labor judicial las técnicas interpretativas propias de los desarrollos dogmáticos transnacionales recientes de la concepción y, fundamentalmente, la aplicación de los principios constitucionales en procura de maximizar sus efectos normativos y reducir las arbitrariedades al momento de su concreción. Así pues, son ya cada vez más conocidos y utilizados por fuera de una elite intelectual de especialistas, conceptos como la ponderación como mecanismo para resolver conflictos entre los Derechos Fundamentales al momento de su aplicación, la concepción de los mismos desde una doble dimensión (individual-subjetiva frente a la institucional-objetiva) y el criterio de la razonabilidad para lograr su protección; el juicio de proporcionalidad como mecanismo para lograr el efecto irradiación de los Derechos Fundamentales sobre el derecho ordinario, y su proyección horizontal (a través de la *Drittwirkung*<sup>44</sup>) o, debido a la consideración en casos particulares, la observancia al “contenido esencial” de tales derechos.

El desarrollo del nuevo derecho ha instituido la necesidad de que los jueces consideren en su actividad interpretativa los valores constitucionalizados de forma tal que se reflejen en la cotidianidad a través de decisiones que apliquen en casos concretos. Sin duda en el paradigma neoconstitucional, el juez se vuelve el factor principal en la ecuación jurídica, pues al ser los mecanismos jurisdiccionales los encargados de garantizar los postulados constitucionales, requieren de un tipo distinto de juez respecto del formalista timorato<sup>45</sup>.

Respecto al señalado avance constitucional en la consagración de los derechos indígenas, conviene decir, con Camilo Borrero, que: “El análisis de la jurisprudencia constitucional evidencia la capital importancia que ella ha ido adquiriendo para identificar tanto los derechos especiales en función de la pertenencia étnica, como su peso específico a la hora de ponderarlos frente a otros derechos y resolver controversias concretas”<sup>46</sup>.

En Colombia, la perspectiva del pluralismo se ha revitalizado debido a la adopción del modelo ideológico y la fórmula política del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>47</sup> y, particularmente, gracias a la justicia que imparte la Corte Constitucional mediante una prolija y progresista jurisprudencia que ha logrado darle salida

<sup>44</sup> Ver al respecto, Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000; así como su contribución al libro de Miguel Carbonell (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Op. cit.

<sup>45</sup> Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*. Op. cit., cap. 6, 2.2 “Jueces valientes y jueces timoratos”.

<sup>46</sup> Camilo Borrero, *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: CINEP, 2003, p. 248.

<sup>47</sup> La Corte Constitucional ha expuesto la importancia y los alcances del Estado Social de Derecho, entre otras, en las sentencias T-406 de 1992, T-505 de 1992 y SU-111 de 1997.

efectiva a intensas problemáticas y tensiones respecto a la pretendida hegemonía de la cultura mayoritaria sobre las minorías culturales; igualmente, ha gestado una significativa pedagogía social consciente de su importancia en la búsqueda de una convivencia pacífica, este Tribunal ha sabido mediar en el diálogo intercultural desde una amplia lectura de las otras etnias que habían sido desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico hasta hace poco más de 15 años.

### Desarrollos teóricos novedosos

Un tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién progresista y garantista, pero también suponen aportaciones teóricas que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar el fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo. 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 meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>48</sup>.

Para Carbonell 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 nuestra Corte Constitucional (“que, por cierto, ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina”).

Obras como las publicadas por las editoriales Legis y Temis, así como por la Biblioteca de Ciencias Sociales y Humanidades de Siglo del Hombre editores, y las series dirigidas por el finado Luis Villar Borda en la Universidad Externado y Daniel Bonilla en 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.

Aunque de modo sumario, bien podemos destacar las principales ius-teorías transnacionales que han hecho aparición en el paisaje del nuevo derecho, señalando en primer lugar que la lectura local de Kelsen, dominante en el ambiente intelectual colombiano antes de 1991, reviste de una singular importancia que no es recordada por los juristas<sup>49</sup>. Conforme a Rubén Sierra Mejía, uno de los primeros hitos

<sup>48</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 5ta ed., 2006, pp. 33 y ss.

<sup>49</sup> Estudios se han ocupado de analizar la recepción de Kelsen en nuestro medio. Con diferentes matices y enfoques, pueden consultarse: Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*. Op. cit., pp. 341-398. Oscar Mejía Quintana, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis, 1998, pp. 60-65. Alberto

filosóficos en este país fue la obra *El ambiente axiológico de la teoría pura del derecho*, de Rafael Carrillo Luquez, la cual contribuyó decisivamente a romper con la imperante tradición filosófica neo-tomista y, así, a inaugurar en nuestro medio el cultivo serio y profesional de la filosofía moderna y la subsiguiente actividad filosófica intensa que ha alcanzado una relativa consolidación<sup>50</sup>.

Si bien los temas son diversos, los principales títulos que en materia de literatura jurídica se publican en Colombia pueden ubicarse nítidamente dentro del espectro iusfilosófico y constitucional. Dentro de los principales aportes teóricos al debate académico –con la permanente pretensión de ejercer impacto duradero sobre la realidad jurídica– podríamos señalar los problemas relacionados con la fundamentación dogmática de los derechos sociales y la defensa de su justiciabilidad judicial, la jurisdicción social de la acción de tutela, el renovado papel del juez en la realización del proyecto social que encarnan las provisiones constitucionales, el polémico ejercicio de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, los paradigmas jurídicos de Rawls y Habermas, la teoría de los derechos fundamentales de Alexy y sus contribuciones al problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas, así como análisis teóricos de la jurisprudencia de asuntos complejos como el multiculturalismo, los derechos de las minorías (particularmente, el respeto de la jurisdicción indígena y la salvaguardia de su autonomía) y las cuestiones relacionadas con la realización integral de los derechos sociales, la protección de los derechos humanos y la consecución de una democracia más robusta e incluyente.

Desde el punto de vista fundamentalmente teórico, podemos señalar periodísticamente algunas de las principales teorías, escuelas y autores cuyo influjo a nivel editorial y académico en general (en trabajos de tesis y monografías, por ejemplo) es perceptible en Colombia de manera particular. El realismo jurídico, en sus vertientes norteamericana y escandinava (respectivamente, Holmes, Cardozo, Pound, Frank, Llewellyn, y Hagestrom, Ross, Olivecrona), la tópica jurídica (Viehweg); la hermenéutica, específicamente en el sentido técnico de la modernidad a partir del siglo XIX (Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Ricoeur y, particularmente, Gadamer), la neo-retórica (Perelman), la analítica positivista de Hart y su influyente reformulación del positivismo con fundamento en el análisis lingüístico y en la descripción sociológica; el resurgimiento del pensamiento político liberal en el liberalismo social-progresista de Rawls; la propuesta jurídico-democrática de Habermas

---

Cárdenas, “Hans Kelsen y su influjo en el pensamiento jurídico colombiano”, en: *Ponencias del III Congreso de filosofía latinoamericana*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 1982, pp. 345-362. Luis Villar, *Kelsen en Colombia*. Bogotá: Temis, 1991.

<sup>50</sup> Las otras dos obras paradigmáticas en este contexto, son: *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico* (1942) de Nieto Arteta y *Nueva imagen del hombre y de la cultura* (1948) de Cruz Vélez.

y su teoría discursiva; la teoría de los campos sociales de Bourdieu, cuyo estudio ha permitido interesantes articulaciones entre el discurso jurídico y el sociológico; el cambio en el paradigma interpretativo del derecho de Dworkin, sus críticas al liberalismo político mediante su propuesta del ‘liberalismo igualitario’ y sus tesis sobre los Principios Generales del Derecho (en la cual lo acompañan MacCormick, Peczenik y Wellman); la teoría feminista del derecho; la teoría de la argumentación jurídica (Alexy, Toulmin, Perelman, MacCormick, Aarnio, Peczenik, Atienza, entre otros<sup>51</sup>); y los Estudios Críticos del Derecho (Kennedy, Unger y Tushnet).

Uno de los méritos que pueden señalarse de los profesores de las principales facultades de derecho del país quienes sin duda han sido los que han liderado este proceso de cualificación y sofisticación de los desarrollos teóricos, 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) al nuestro, por lo cual las teorías de amplia circulación transnacional se han puesto a hablar en clave de recepción, honrándolas en sí mismas pero problematizándolas respecto a los problemas que ocupan y aquejan las distintas jurisdicciones políticas y sociales –además de académicas– de países, como el nuestro, receptores de teorías. Dicho empeño redunda sin dudas 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 quienes los elaboraron, y sin alejarse de sus ambientes socioculturales y realidades históricas.

Al presentarse las teorías transfiguradas y mutadas por los contextos de recepción, se constituyen más factiblemente en alternativas sólidas para hacer realizables ideales normativos. Los neoconstitucionalistas en Colombia, al procurar adaptar diversas teorías contemporáneas a las penurias sociales más acuciantes de nuestro tiempo en clave jurisprudencial, posibilitan acceder a las teorías aprehendiéndolas para que sean susceptibles de pensamiento propio, es decir, para que sea posible plantearles objeciones, no en sí mismas sino en la manera como han sido derivadas consecuencias adicionales (y comúnmente insospechadas) gracias a los intentos efectivos de aplicación. Esto también posibilita que sean visibles nuevos caminos investigativos respecto de aquellos originalmente trazados por los autores.

---

<sup>51</sup> Teniendo en cuenta la advertencia de Ulfrid Neumann, en su *Juristische Argumentationslehre* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986), de que no existe la teoría de la argumentación jurídica como una disciplina sistemática e independiente. Cit. en Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 102.