

Reflexiones entorno al neoconstitucionalismo*

■ Por: *José Saúl Trujillo González***
*Sergio Andrés Giraldo Galeano****

Resumen

El 23 de agosto de 2013 la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad de Sabaneta realizó un evento académico denominado: “*Primer simposio sobre neoconstitucionalismo: avances y retos*”. En él participaron como expositores connotadas figuras del constitucionalismo colombiano, como la Profesora BERNARDITA PÉREZ RESTREPO y los Profesores DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, ÁLVARO ECHEVERRY URUBURU y LEONARDO GARCÍA JARAMILLO.

Este escrito es fruto de las intervenciones y discusiones teóricas, que a favor y en contra del neoconstitucionalismo esgrimieron los conferencistas, suscitando en el público asistente enorme interés por el estudio del tema. El presente artículo pretende hacer reconocimiento a un fenómeno jurídico de innegable importancia dentro de los estudios de la ciencia del derecho actual, en tanto contribuye a un valioso debate teórico que, en torno al tema, ha emergido entre detractores y apologistas. Inicialmente, se mencionan algunos aspectos característicos del neo-

* Este trabajo es parte de la revisión de literatura a partir de las conferencias dictadas en el marco del simposio “Neoconstitucionalismo: avances y retos” llevado a cabo el día 23 de agosto de 2013 en Sabaneta – Antioquia.

** Abogado de la Universidad Santo Tomás, Magister en Derecho Universität Konstanz RFA, Doctor (c) en Derecho Universität Konstanz.

*** Abogado de la Universidad de Antioquia. Candidato a Magister de la Universidad de Antioquia. Docente e investigador de Unisabaneta.

constitucionalismo que permiten esclarecer las diferencias básicas entre éstos y los enarbolados por el positivismo; luego, se realiza un brevísimo esbozo del papel que la Corte Constitucional colombiana ha tenido en la defensa de los principios que revisten al modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, para finalizar con algunas reflexiones sobre los avances y retos que afronta el denominado canon neoconstitucional.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo, iuspositivismo, activismo judicial, derechos fundamentales, Corte Constitucional.

Reflections on the neoconstitutionalism

Summary

The August 23, 2013 the Research Vice-principal office of the University of Sabaneta conducted a so-called academic event: “First Symposium on neoconstitucionalismo: progress and challenges.” Many connoted figures of Colombian constitutionalism participated as exhibitors, such as Professor BERNADETTE PEREZ and Teachers Diego Restrepo Lopez Eduardo Medina, Alvaro Garcia Echeverry Uruburu And Leonardo Jaramillo.

This writing is the result of interventions and theoretical arguments in favor and against neoconstitucionalismo wielded by the speakers, the audience arousing great interest in the audience to study the subject. This article aims to recognize a legal phenomenon of undeniable importance in the study of the science of current law, while contributing to a valuable theoretical debate, around the theme has emerged among critics and apologists. Initially, some of the features that allow the neoconstitucionalismo clarify the basic differences between these and the ones peaked by positivism; then a brief outline of the role the Colombian Constitutional Court has had to defend the principles that are of the model of social and democratic state of law, ending with some reflections on the progress and challenges facing the so-called canon neoconstitucional .

Keywords: Neoconstitucionalism, legal positivism, judicial activism, fundamental rights, Constitutional Court.

Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo

“La norma y la coacción son elementos de pura forma que no nos enseñan nada del contenido del derecho. Todo lo que nos dicen es que la sociedad exige ciertas cosas de sus miembros. Pero, ¿por qué causa?, ¿con qué fin? No lo advertimos. Permanecemos en presencia de la forma exterior e inmutable del derecho. Sólo el contenido del derecho nos enseña su verdadera utilidad histórica”.

R. V. IHERING.

1. Una introducción necesaria

Quisiéramos dar inicio a este breve escrito, parodiando un poco aquella primera frase proverbial –y amenazadora– con la que se encuentra el lector del *Manifiesto Comunista*: “*Un fantasma recorre Europa. Es el fantasma del comunismo*”. Para el caso, nos atrevemos a decir: “*Un fantasma recorre América Latina. Es el fantasma del neoconstitucionalismo*”. En efecto, *neoconstitucionalismo* es un término que ha venido conquistando gran parte del discurso jurídico en nuestro continente aunque, de manera paradójica, no se sepa con certeza de qué se trata. Y es por eso que, precisamente, el concepto adquiere visos invasivos, a la vez que fantasmagóricos. Esta es la razón por la cual más que del concepto en sí, habremos de discurrir en torno a lo que han significado las prácticas judiciales consideradas neoconstitucionalistas.

A riesgo de incurrir en obviedades, consideramos que resulta necesario evidenciar que el neoconstitucionalismo es una forma de constitucionalismo. Sabemos que muchos de sus postulados surgieron de los evidentes cambios que generó, en la concepción del derecho y del poder político, el modelo constitucional europeo de la posguerra y fundamentalmente lo que atañe al contenido de las Cartas Políticas de países que, después de haber padecido regímenes autoritarios, querían hacer tránsito a la democracia. Este fue el caso de Italia (1947), Alemania (1949); y pocas décadas después, de Portugal (1976) y de España (1978).

Es sabido también, que a partir de la década de los 80 del siglo pasado, las constituciones latinoamericanas se crearon, o recrearon, a la luz del cambio de paradigma jurídico que se surtió en el viejo continente y como respuesta a las demandas populares por un mayor reconocimiento, tanto de los derechos, como de la diversidad étnica, cultural y política, tan propia de una sociedad mestiza. Precisamente, es gracias a la influencia europea, y también norteamericana, que el neoconstitucionalismo se incorpora al proceso de internacionalización del derecho constitucional (GARCÍA JARAMILLO, 2012).

Los años 80 del siglo XX fueron para las naciones de América Latina una época de reacomodamiento; de refundación de sus instituciones políticas y de exigencias, cada vez más fuertes, por el cambio en el contenido de sus ordenamientos jurídicos y constitucionales. No podemos soslayar, a fin de lograr una mayor claridad sobre el asunto, las tensiones que se produjeron en la región debido al declive de las dictaduras y al auge de las reivindicaciones democráticas. A pesar de la variopinta situación política de los países latinoamericanos, se presentaban situaciones de opresión muy semejantes, así como aspiraciones transformadoras bastante parecidas.

Estas circunstancias se explican al relacionar las contradicciones de toda laya que acaecían en la región. Por un lado, fenómenos como (i) el Golpe de Estado militar, (ii) la suspensión permanente del ejercicio de las libertades y derechos fundamentales, (iii) la intromisión neocolonialista de potencias extranjeras, (iv) la criminalización al pensamiento de izquierda, (v) la cooptación de la política por parte de la élite local, y (vi) el desmonte del denominado Estado Benefactor, como presupuesto necesario para la imposición de un modelo económico capitalista.

Por otra parte, y como reacción a lo anterior, se perfilaban poco a poco en nuestro continente demandas por (i) un modelo de Estado republicano que reco-

nociera en la división de poderes uno de sus más preciados soportes, (ii) el respeto incondicional a las libertades y derechos fundamentales, así como el reconocimiento a los intereses de las minorías, (iii) la revitalización del concepto de soberanía nacional, (iv) garantías efectivas para la manifestación de posturas divergentes o de oposición (v) materialización de los valores democráticos a través de mecanismos propiciadores de una mayor participación política y (vi) la intervención estatal como agente regulador de la economía y el fortalecimiento su función redistributiva en materia de derechos sociales. En el caso colombiano, se sumó a todas estas reivindicaciones la posibilidad de encontrar una salida política al conflicto armado que desde los años 50 libraba el Estado con las guerrillas. Así, la desmovilización de algunos grupos subversivos como el M-19, el Ejército Popular de Liberación (EPL) o el Quintín Lame ocurrida en 1989, marcó el preludio que habría de desembocar en un pacto político, expresado a través de una Nueva Constitución.

En torno a estas banderas se promulgaron nuevas constituciones en Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Venezuela (1999), Bolivia (2008) y Ecuador (2009), mientras que se efectuaron importantes reformas constitucionales en Argentina, Costa Rica y México¹. Pero no basta con cambiar una Constitución Política para transformar la sociedad. La injusticia no desaparece por arte de birlibirloque jurídico. La realidad latinoamericana nos demuestra que tener un marco constitucional progresista no sirve de mucho si no se cuenta también con el compromiso político de los gobernantes y con el ánimo reivindicativo del pueblo. Si a los poderes hegemónicos enquistados en una sociedad no se anteponen luchas contra-hegemónicas que acompañen y superen la lucha jurídica, cualquier intento de cambio será infructuoso.

“El constitucionalismo transformador es una de las instancias (quizás la más decisiva) del uso contra-hegemónico de instrumentos hegemónicos de que hablé arriba. De las Constituciones modernas se dice frecuentemente que son hojas de papel para simbolizar la fragilidad práctica de las garantías que se consagran y, en realidad, el continente latinoamericano ha vivido dramáticamente la distancia que separa lo que los anglosajones llaman la law-in-books y la law-in-action. Esto puede pasar también con el constitucionalismo transformador y su carácter contra-hegemónico, pues el hecho de asentarse en la fuerza de las movilizaciones sociales que combaten las visiones hegemónicas y logran imponer democráticamente visiones contra-hegemónicas, no necesariamente lo defiende de esa posibilidad. Las instituciones hegemónicas son la expresión de la inercia de las clases e ideas hegemónicas. Son relaciones sociales y por eso también campos de disputa, pero son asimétricas y desiguales en las posibilidades de lucha que ofrecen a los diferentes grupos o clases en disputa. Por eso la movilización contra-hegemónica de las instituciones estatales presupone la existencia de un espacio-tiempo externo, “fuera” de las instituciones, donde sea posible alimentar la presión en contra de la hegemonía. Así,

1 Los mencionados cambios constitucionales que acaecieron en Europa y América Latina, aunque se presentaron en momentos bastante complejos, no fueron el resultado de triunfos revolucionarios. En nuestro país, la Constitución de 1991 nace bajo el prurito de detener la violencia y el pábulo a la corrupción política. Atendiendo a estos objetivos, la Asamblea Nacional Constituyente permitió la participación de partidos, grupos y minorías históricamente excluidas de la contienda electoral. De esta manera organizaciones políticas de la izquierda democrática, desmovilizados de la guerrilla y líderes indígenas, contaron con la posibilidad de darle contenido a la nueva Carta.

cualquier quiebra en la movilización puede revertir el contenido oposicional de las normas constitucionales o vaciar su eficacia práctica. A esto llamamos la des-constitucionalización de la Constitución, de la cual hay muchos en la región y en el mundo". (DE SOUSA, 2010).

Para retomar, es menester aclarar que, si atendemos el proceso evolutivo del constitucionalismo del siglo XX, más allá de su denominación misma, hay muy poco de nuevo en los contenidos de la propuesta neoconstitucionalista. Más bien se trata de un conjunto de teorías que se han venido construyendo, deconstruyendo y reconstruyendo desde hace 50 años en diferentes contextos y espacio-temporales, pero que confluyen en la defensa de la supremacía constitucional. Esto implica, *grasso modo*, una ruptura con el constitucionalismo clásico por dos razones básicas: se fortalecen los contenidos ideológico-valorativos como el respeto por un amplio catálogo de derechos fundamentales², y se adquiere compromiso con una real división de poderes, lo que se traduce, de manera especial, en la implementación de mecanismos que sirvan para garantizar la independencia y el reconocimiento a la libertad interpretativa de los jueces. La convergencia de ambas razones patentiza una búsqueda por la materialización efectiva de la Constitución; es decir, por incidir sobre la sociedad en la que se aplica.

2. Antecedentes históricos del neoconstitucionalismo

Como podemos ver, y si habremos de ser precisos, el *neoconstitucionalismo* no es tan nuevo. Se trata más bien de una forma de concebir el derecho y las prácticas constitucionales que obedece a la consolidación de procesos históricos que, desde Estados Unidos y Europa llevaron a la consolidación de la idea de que la Constitución Política es la norma fundamental o suprema en el ordenamiento jurídico del Estado y que es el juez quien ostenta la autoridad para interpretarla.

Para comprender mejor los contenidos de este cambio de paradigma, partamos de reconocer que la Constitución Política de Colombia, así como gran parte de nuestro ordenamiento jurídico, sufrió la influencia de una cultura jurídica europea que los representantes del poder constituyente, en 1991, recopilaron, asimilaron e implantaron como modelo a seguir. Así, es oportuno resaltar la relación existente entre el modelo constitucional y las significaciones culturales de una sociedad:

La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a los juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía para los no juristas, para los ciudadanos. (HABERLE, 2003).

Sin embargo, el control de constitucionalidad, considerado actualmente una de las atribuciones principales de los Tribunales Constitucionales, y del cual ha hecho gala la Corte Constitucional colombiana desde 1991, tiene sus orígenes en el bicentenario caso *Marbury vs. Madison*, sobre el cual se pronunció la

2 Destacamos que es precisamente ese carácter axiológico de las constituciones el punto central de discusión entre neoconstitucionalistas y positivistas, dado que la consagración de un conjunto de valores y principios hasta ese entonces no reconocidos, amplió el contenido dogmático de las constituciones y por ende su capacidad de incidir en los diferentes escenarios de la vida personal y colectiva.

Corte Suprema de los Estados Unidos el 24 de febrero de 1803. El afamado fallo, que hoy todavía es objeto de estudio en muchas universidades del mundo, declara la inconstitucionalidad y posterior nulidad de una ley expedida por el Congreso de los Estados Unidos. A diferencia de las tradiciones europeas, que consideraban las leyes como elemento supremo del poder democrático, incluso puestas por encima de la Constitución misma, en el modelo de gobierno Norteamericano la Constitución Federal y las Leyes Federales emanadas en concordancia a la Constitución, así como los tratados celebrados a través del poder otorgado por ella, estaban por encima de todos los instrumentos normativos emanados del Congreso de los Estados Unidos³. De esta manera la Corte Suprema de Justicia norteamericana se otorgó a sí misma la potestad de árbitro de la ley.

3. El neoconstitucionalismo como reacción al positivismo clásico

Es evidente que esta nueva concepción del derecho rompe con una tradición jurídica que extendía su dominio en occidente desde el fenómeno codificador de principios siglo XIX y que encontraba en la ley su sagrario, su objeto de veneración. El neoconstitucionalismo también toma distancia de aquella desconfianza cerval que la burguesía emergente de los siglos XVIII y XIX tenía a las instituciones judiciales remanentes del Antiguo Régimen, puesto que en ellas preponderaba un decisionismo desbordado debido a que la mayoría de quienes ostentaban la calidad de jueces antes de la Revolución Francesa eran miembros de una aristocracia rancia y reaccionaria, poco dispuesta a endosar sus intereses de clase a las reivindicaciones de los burgueses.

Es esta la razón por la cual la organización política propia del Estado Liberal buscó maniatar a la judicatura obligándola a actuar bajo estricto ceñimiento al texto legal, o para decirlo de manera más clara, las decisiones judiciales no podían apoyarse en otra cosa que no fuera el derecho burgués. He aquí la exposición de las bases políticas del positivismo decimonónico.

3 El artículo 6 § 2 consagra: *“This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding.”* En consecuencia y por mandato constitucional, los jueces se encuentran avocados al mandato de la ley y la Constitución como fuente suprema y no los conmina a declarar o hacer control de Constitucionalidad de las Leyes Federales o de los Estados Federados de la Unión Americana. Pues bien, en el famoso fallo se declaró la inconstitucionalidad de la norma involucrada en el fallo antes mencionado, originando un desequilibrio entre lo que el legislador primario consagró como forma y distribución de gobierno y de poderes y lo que la realidad presentaba. En el caso colombiano, así como en las demás constituciones occidentales que obedecen a una tendencia neoconstitucionalista, donde el ejercicio del poder legislativo se somete a su control, el ejercicio del control constitucional ha otorgado a la Corte Constitucional, incluso la facultad de legislar de manera negativa como lo anotaba Kelsen. De esta manera, y para resumir, (i) se legitima el Control Constitucional, (ii) se validan fallos en donde la Corte Constitucional legisla, y (iii) se producen tensiones con los otros poderes públicos debido al ejercicio del poder legislativo de la Corte.

Pero nada más ajeno a las premisas neoconstitucionalistas que la defensa hecha por la escuela de la exégesis a través de frases clásicas de Voltaire como “la libertad consiste en depender tan sólo de las leyes”, “que los jueces sean los primeros esclavos de la ley y no sus árbitros”, “interpretar la ley es corromperla”, o la más conocida de Montesquieu:

“los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el vigor de la ley”.

Pese a la reflexión anterior, existen exacerbadas diatribas contra el neoconstitucionalismo, al que se vincula incluso –forzadamente, desde nuestra perspectiva– con el positivismo propio del siglo XIX. Para la muestra, este escrito del Profesor JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO:

Por razón de ese grado de indefinición teórica del neoconstitucionalismo y del designio preferentemente político de sus cultivadores, admítanlo o no, acecha siempre el riesgo de errar en la descripción de dicha doctrina o tendencia y de proyectar las críticas sobre molinos de viento, sobre un espantajo teórico que no se corresponda en verdad con ninguna teoría efectivamente operante en la actualidad. Si así lo hiciéramos, incurriríamos en parecida caricatura a la que muchos de los que se dicen neoconstitucionalistas hacen del positivismo jurídico, al imputar a éste unos atributos teóricos y una percepción del Derecho que es propia únicamente, si acaso, del ingenuo y muy metafísico positivismo decimonónico, el de la Escuela de la Exégesis o la Jurisprudencia de Conceptos. Y no es casual que la disputa se desarrolle en esos términos, ya que es en realidad ese positivismo decimonónico el que en el neoconstitucionalismo se ve reflejado como en un espejo, esto es, invertido. Pues al positivismo del siglo XIX y

al neoconstitucionalismo les son comunes una serie de notas: la confianza en el carácter en el fondo perfecto y completo de los sistemas jurídicos; el desdoblamiento del ordenamiento jurídico en una parte superficial, que es defectuosa por indeterminada y por estar llena de lagunas y antinomias, y una parte profunda o esencial, que contiene solución predeterminada para cualquier caso difícil; la afirmación de un método que permite hacer de la actividad judicial una tarea más de conocimiento que propiamente decisoria (el método meramente subsuntivo en el positivismo decimonónico, el método de la ponderación en el neoconstitucionalismo), y la consiguiente negación de la discrecionalidad judicial.

Y en su disertación se atreve a afirmar enfáticamente el autor que:

Positivismo jurídico decimonónico y neoconstitucionalismo actual son extremos que se tocan y que se combaten por razón de su semejanza estructural y de sus similares pretensiones políticas. Donde aquél tomaba como axioma la idea del legislador racional, éste adopta con similar convicción el del juez racional; donde aquél quería ver en el legislador un mero portavoz de los intereses objetivos de la nación o de las esencias inmutables y necesarias del Derecho, y en la ley la plasmación perfecta de la justicia ideal, éste hace de la Constitución la quintaesencia de la verdad moral y de la justicia objetiva, y de los jueces los traductores seguros de esas verdades axiológico-jurídicas a decisiones materialmente justas y objetivamente correctas, sin asomo de subjetivismo ni desfiguración por intereses políticos o gremiales. Así como ese Derecho, que así se afirmaba en el siglo XIX como perfecto y objetivamente verdadero, se consideraba que debía pulirlo, encauzarlo y en buena medida sentarlo la ciencia jurídica, asimilada a razón cuasicientífico-natural, así este Derecho

de hoy, que el neoconstitucionalismo ve como derecho básicamente constitucional o sólo constitucional, se pretende que debe ser alumbrado también por la ciencia jurídica que interpreta la Constitución a base de bucear en el orden axiológico que es su esencia, si bien los profesores serían ahora depositarios de los supremos saberes de una muy real y objetiva razón práctica, más que de una razón científico-natural. (GARCÍA AMADO, 2009).

A pesar de los argumentos esgrimidos en esta extensa cita, consideramos que el neoconstitucionalismo – o el Nuevo Derecho-, sí logra desmarcarse; esto es, sí se diferencia del positivismo decimonónico al establecer, entre otras cosas, la idea de un control constitucional encaminado a evitar el desbordamiento de poder y la adecuación del derecho a la realidad social. Se apela entonces, primero, porque la jurisdicción se convierta en un efectivo contrapoder que limite los excesos de las demás ramas del poder público y, segundo, por un derecho progresista, dinámico y comprometido con el contexto social en el que se desenvuelve. Al respecto, GUSTAVO ZAGREBELSKY, reconocida figura del neoconstitucionalismo italiano, expone las diferencias con el positivismo de la siguiente manera:

El <<constitucionalismo>> envuelve completamente la legislación en una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, ante todo por los jueces constitucionales. El <<legalismo>>, por el contrario, se preocupa por la autonomía del legislador y por eso exige que el control del legislador sobre la jurisdicción discurra dentro de límites compatibles con tal autonomía. Desde la óptica de la doctrina de las fuentes para el <<constitucionalismo>> la Constitución es un programa positivo de valores que ha de ser <<actuado>> por el legislador; para el <<legalismo>> la Constitución es un bosquejo orientativo que ha de ser simplemente <<respetado>> por el legislador. Los jueces, en este caso, se verán inducidos a reconocer al legislador amplios ámbitos de libertad no prejuzgados por normas constitucionales, mientras que en el primero se sentirán autorizados a realizar un control de fondo e ilimitado sobre todas sus decisiones y en todos sus aspectos. (ZAGREBELSKY, 2011).

De otro lado, y tal como lo señala MAURICIO PLAZAS VEGA, podemos tomar por ejemplo el caso colombiano, pues las atribuciones que la Corte Constitucional ha tenido desde su conformación le permiten determinar si las leyes se compadecen con la Constitución Política; es decir, le otorgan verdadero poder político dado que “*el juez constitucional no sólo tiene el poder de decidir sobre la exequibilidad de las leyes, sino la facultad de interpretar la Constitución Política y hacer posible que la voluntad del constituyente tenga realidad plena y actual*” (PLAZAS VEGA, 2009)

De otro lado, el neoconstitucionalismo comparte, aunque no en forma deliberada -y guardando las proporciones-, dos de los grandes postulados anti-formalistas de las Teorías Jurídicas Críticas: la desacralización de la ley como fuente única del derecho y el reconocimiento a la libertad en la interpretación y acción judicial, apartándose así de la interpretación literal como regla general. En este sentido, el neoconstitucionalismo no cree que la experiencia jurídica se limite a ser una experiencia estrictamente normativa (BOBBIO, 2003) y no niega el papel político que cumplen los jueces en el actual modelo constitucional. Ambas premisas se vinculan con los

planteamientos anti-positivistas de escuelas tan heterogéneas como el Realismo Jurídico, el Movimiento de Derecho Libre, el Critical Legal Studies, el Critique du Droit y el Uso Alternativo del Derecho.

Sin embargo, el neoconstitucionalismo, contrario a lo que proponen las escuelas jurídicas mencionadas, no realiza ningún análisis crítico sobre la falta de coherencia interna del derecho, ni de los intereses de clase que se solapan tras la supuesta generalidad y abstracción de las normas creadas en el órgano legislativo; tampoco promueve de manera expresa una vinculación de los operadores jurídicos con los sectores más excluidos de la sociedad, ni alienta una práctica jurídica comprometida que vaya más allá del activismo judicial; mucho menos se enfrenta directamente al modelo económico capitalista, que es, desde el punto de vista crítico, el principal causante de la poca materialización, o ineficacia, de los derechos sociales fundamentales. Quiere ello decir, que el neoconstitucionalismo no se deslinda de las premisas centrales del liberalismo económico.

Obviamente, son amplias las discusiones que se pueden generar a partir de lo afirmado en los dos párrafos anteriores, pero no por ello habremos de considerar que tal vinculación constituye un tema indigno para el análisis del discurso jurídico. Pero este no es el momento. Tal vez, en un trabajo posterior podría hacerse un estudio más profundo sobre los puntos de encuentro y desencuentro del neoconstitucionalismo con las Teorías Críticas del Derecho.

A pesar de lo antedicho, y para efectos de este escrito, resulta importante retomar la oposición explícita que la corriente neoconstitucionalista hace al iuspositivismo; oposición que podemos observar en sus postulantes más representativos: RONALD DWORKIN (*Los derechos en serio*), ROBERT ALEXY (*El concepto y la validez del derecho*), CARLOS SANTIAGO NINO (*La constitución de la democracia deliberativa*) MIGUEL CARBONELL (*Teoría del neoconstitucionalismo*), RICARDO GUASTINI (*Teoría e ideología de la interpretación constitucional*) y el ya mencionado GUSTAVO ZAGREBELSKY (*El derecho dúctil*). En este sentido, no se asume que el derecho esté formado exclusivamente por normas positivas y que su ontología radique en un análisis remitido al problema de su validez. Por el contrario, el derecho recupera un punto de partida valorativo que encuentra en los principios un motor dinamizador de sus contenidos y alcances. Y en ello, como resulta elemental, las posibilidades hermenéuticas con las que cuente el juez son determinantes.

No quiere esto decir, por supuesto, que el canon neoconstitucional desconozca la relevancia de la consolidación normativa inherente a un Estado de Derecho. Por el contrario, también es característico de la “causa” neoconstitucionalista propender porque en las Constituciones Políticas se establezcan normas de un marcado cariz dogmático, dirigidas a que los ciudadanos puedan hacer exigibles sus derechos y libertades, ya sea frente al poder del Estado, o bien, frente al poder de los particulares. Esto se refiere a aquella característica que RICARDO GUASTINI denomina “la fuerza normativa de la Constitución”, o lo que LUIGI FERRAJOLI postula como la necesidad de establecer una serie de normas que sirvan de límite a la actuación de “poderes salvajes” tanto públicos como privados, que amenazan con arrasarse con

la integridad del ser humano, poniendo por encima de éste los intereses particulares de aquellos⁴. Ítem más, se consideran muy importantes aquellas normas de carácter orgánico en las que se fijan los parámetros de la organización de los poderes públicos y de la función estatal.

Existe pues, en este orden de ideas, una veneración a la naturaleza normativa de la Constitución, en tanto se simpatiza con la ampliación de los atributos del poder judicial. Los jueces dejan de cumplir un papel estrictamente interpretativo para convertirse, a más que en protectores de la Carta Política, en actores que —muy a pesar de sus detractores— crean derecho y extienden en sus providencias el alcance de los derechos fundamentales. A propósito de esto último dice ROBERT ALEXY refiriéndose al papel que ha cumplido el juez constitucional alemán:

Si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno movido de su génesis, sería preciso resignarse a un debate de opiniones casi interminable, ilimitado e inestable. El hecho de que, en gran medida, ello no sea así, se debe esencialmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A lo largo de su praxis jurisprudencial de más de treinta años, ha ido introduciendo cada vez más precisiones dentro del amplio campo de lo que es posible según el texto constitucional.

4 De ahí que el derecho, en especial el derecho constitucional, haya que considerarlo, según la teoría garantista de LUIGI FERRAJOLI (2001), como la ley del más débil; entendiendo por tal derecho como la ley del más débil frente a la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza. Y podemos decirlo no sólo de los derechos fundamentales, que por su naturaleza son las leyes del más débil, sino de todo el derecho, tal como ha venido caracterizándose a partir de su modelo garantista.

Los derechos fundamentales son lo que son hoy día, sobre todo a causa de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. La ciencia de los derechos fundamentales —a pesar de la controversia acerca de la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal— ha devenido, en una apreciable medida, en una ciencia de la jurisprudencia constitucional. (ALEXY, 2008)

4. El neoconstitucionalismo en Colombia: las decisiones de la corte constitucional

Bien sabemos que el proceso constituyente no se agota en la promulgación de una nueva Constitución y que es menester desarrollar sus principios a través de la ley. El Congreso se erige entonces en protagonista de este proceso. Precisamente, por eso es necesario considerar que la Carta Política no es “el techo” sino “el piso” sobre el cual se construye el ordenamiento jurídico. Así las cosas, todas las actuaciones de los órganos del poder público deben comprometerse con la consecución del proyecto constitucional que se concreta en las premisas del Estado Social y Democrático de Derecho. Pero en nuestro país no ha habido un compromiso real por parte de los órganos del poder público con la consecución de estas promesas. Todo lo contrario: en Colombia “*al ultrapresidencialismo se suman la tergiversación de los mecanismos de control—en manos del Congreso, de la Procuraduría y de la Contraloría— y la paulatina privatización de funciones y bienes públicos a manos de agentes nacionales e internacionales que buscan maximizar utilidades en desmedro del bienestar general de la población*”. (ARANGO, 2013)

De este modo, considerando la elephantiasis del presidencialismo (conse-

cuentemente pesado y lento) y la apatía del Congreso por materializar los principios que rigen nuestra Constitución, es que la Corte Constitucional se ha visto obligada a actuar en múltiples escenarios intentando satisfacer las exigencias de un modelo en el que el Estado se concibe como un agente de justicia social y en el cual prima, de manera supuesta, el bienestar general sobre los intereses económicos particulares⁵. ¿Habrá que mencionar los ataques dirigidos a quebrarle el espinazo a la Constitución Política por medio de más de una treintena de reformas, esto sin detenernos en lo que podría significar —como algunos poderes han pretendido— limitar los alcances de la Acción de Tutela, restringiéndola únicamente a la protección de derechos y libertades individuales? Es en este contexto donde los jueces constitucionales han debido “bucear” buscando el fundamento axiológico y confeccionar, a partir de sus sentencias, el “espantajo teórico” al que se refiere, en forma despectiva el Profesor García Amado⁵.

Tal vez, desconoce el profesor español que lo poco que desde el orden estatal ha podido realizarse en nuestro país en temas como (i) el reconocimiento de los intereses propios de las minorías, (ii) la vinculación de los particulares al respeto por los derechos fundamentales, (iii) la preferencia de la validez material sobre la validez formal, (iv) el compromiso con la igualdad real, y (v) el verdadero posicionamiento de la Dignidad Humana como eje del ordenamiento jurídico (UPEGUI MEJÍA, 2009), se lo debemos a una Corte Constitucional que, en medio de sus ambigüedades y limitaciones, a pesar de su dispersión ideológica y fallos inhibitorios, ha asumido muchas veces un innegable compromiso con los sectores más excluidos de Colombia, lo cual se compadece con el espíritu del Estado Social y Democrático de Derecho.

(...) el tribunal —constitucional colombiano— ha sido vigoroso en su protección de los derechos de las personas y de las minorías, así como en su intención de controlar los abusos de las autoridades y de los poderosos. La labor de la Corte ha sido entonces no sólo enorme, por el número de sentencias y la variedad de temas que ha abordado, sino que en cierta forma ha sorprendido a la sociedad colombiana por su orientación progresista. Esto explica que el tribunal haya ganado un cierto aprecio y prestigio en sectores y grupos sociales que son muy críticos frente a los otros aparatos del Estado, pero que ven en las decisiones de la Corte una de las pocas posibilidades reales de encontrar protección a sus derechos. (UPRIMNY & GARCÍA VILLEGAS, 2004)

5 Desde la perspectiva garantista “La expresión <<poderes salvajes>> alude claramente a aquella <<libertad salvaje y desenfrenada>> de la que Kant habla en la Metafísica de las costumbres como condición desregulada propia del estado de naturaleza, esto es, en ausencia del derecho, y opuesta a aquella propia del <<estado jurídico>> o de derecho. Es evidente que tal poder o libertad salvaje es inevitablemente el poder del más fuerte; mientras que el derecho representa su negación, volcado, siempre según el modelo kantiano, a asegurar la convivencia y, por consiguiente, la garantía de la libertad de todos (FERRAJOLI, 2001).

En el año 2003, el entonces Ministro del Interior y de Justicia, Fernando Londoño presentó al Congreso de la República un Proyecto de acto legislativo, con el fin de limitar el alcance de la acción de tutela únicamente a los derechos enunciados en el capítulo I del Título II de la Constitución. Lo que demuestra la intención no solo de desmontar una de las instituciones que más ha acercado la Carta del 91 al ciudadano de a pie, sino que además evidencia la poca identidad que hay entre los órganos del poder público y los mandatos superiores contenidos en la Constitución. De igual manera, se ha pretendido limitar el poder de la Corte Constitucional, al proponerse que no se puede pronunciar sobre temas económicos, o la improcedencia de la tutela contra sentencias judiciales, etc.

En suma, el reto del Nuevo Derecho —como el de cualquier otra utopía jurídica— radica en producir lo que PETER HABERLE (2003) denomina *teoría del sentimiento constitucional*, o el compromiso de una sociedad al acatamiento de los postulados de la Constitución Política. Afirma este autor que la constitucionalización del derecho no es un proceso en el que participan únicamente los jueces y magistrados. Se trata de una sucesión de fenómenos políticos y sociales en los que los valores democráticos se ven fortalecidos por la apropiación cultural de la Constitución.

La Corte Constitucional de Colombia, al prohiar una teoría social encaminada a resolver problemas reales y al postular que la validez de la ley depende de su acatamiento a los derechos fundamentales, inscribe sus sentencias dentro del canon neoconstitucional. Demuestra con ello, además, que mucha razón le asistía a ROBERT ALEXY cuando sostuvo que los derechos fundamentales no están en la constitución sino en la jurisprudencia. Hasta el momento en nuestro país hemos tenido que conformarnos con esto, aunque sería mucho mejor si tales derechos fundamentales se realizaran en la cotidianidad de la función estatal y de la vida social.

Conclusiones

Para el lector puede resultar paradójico nuestro intento por lucubrar conclusiones sobre un tema de suyo inconcluso, inacabado; que se plantea y se replantea permanentemente incorporando nuevas perspectivas y prácticas. Sin embargo, y más allá de los desencuentros que se presentan en el campo de la teoría acerca de si es correcto o no incorporar

el prefijo *neo* al constitucionalismo que desde finales de la década de los 80 del siglo XX viene expresando la voluntad soberana de los pueblos latinoamericanos, es innegable que se trata de una propuesta que supera el formalismo jurídico que imperaba en occidente antes de la Segunda Guerra Mundial. A nuestro modo de ver el neoconstitucionalismo y el positivismo son lecturas antagónicas y contrapuestas acerca de los contenidos y alcances del derecho.

No sobra recordar que, aun cuando podemos encontrar algunos vestigios neoconstitucionales en decisiones judiciales promovidas en el siglo XIX, como lo mencionado respecto al célebre caso *Marbury Vs Madison*, es en las constituciones políticas de países europeos como Alemania, Italia y España donde podemos encontrar de manera patente los elementos característicos del canon neoconstitucional. En este sentido, es importante considerar los aportes que el constitucionalismo latinoamericano ha realizado a la doctrina jurídica estudiada, no sólo por el contenido normativo de las Constituciones (destacamos su sentido pluralista), sino, primordialmente, por el papel que han desempeñado los jueces en la materialización de éstas.

Suele considerarse que el neoconstitucionalismo apela por un modelo axiológico amplio, razón por la cual el contenido de las Cartas Políticas se vincula con los principios que soportan al Estado Social y Democrático de Derecho, incorporando, de esta manera, un anchuroso abanico de derechos, todos ellos justiciables. Con el fin de dotar de efectividad a tan extensa gama de garantías, las Constituciones actuales brindan mecanismos judiciales generosos y fáciles de esgrimir. La acción de tutela es tal vez el ejemplo más palpable de los

instrumentos diseñados para proteger los derechos de la gente, especialmente de aquella que hace parte del sector más vulnerable y excluido de la población. A propósito, el iusfilósofo español ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO (1991) señala que *“la norma constitucional carece de existencia independiente de la realidad. Su eficacia no puede extrapolarse de las condiciones naturales, históricas y socioeconómicas de cada situación. Pero, al propio tiempo, la Constitución es algo más que esas condiciones fácticas, ya que entraña una fuente de <<deber ser>>, es decir, posee una peculiar fuerza normativa dirigida a ordenar y conformar la realidad política y social”*.

Tal vez, uno de los rasgos más diferenciadores de la propuesta neoconstitucional es el empoderamiento concedido a los jueces. Ciertamente, el juez contemporáneo se libera de las ataduras que otrora le impusiera el positivismo de tana exegética, y asume su papel de intérprete y creador del derecho, a la par que de guardián de la Constitución. La labor que los jueces, a través de sus fallos, han desempeñado en la defensa de los postulados de rango constitucional, ha llevado a que los simpatizantes del neoconstitucionalismo consideren que *“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. La jurisprudencia se ha convertido en fuente primaria de la conciencia jurídica, es decir, en la principal fuente de la forma en la cual se comprende y practica el derecho en el ámbito académico y profesional”*. (GARCÍA JARAMILLO, 2012).

Para finalizar, hemos de resaltar el protagonismo que en el contexto del neoconstitucionalismo latinoamericano tiene la Corte Constitucional colombiana desde su instalación en 1992. A pesar de las duras críticas que ha recibido por

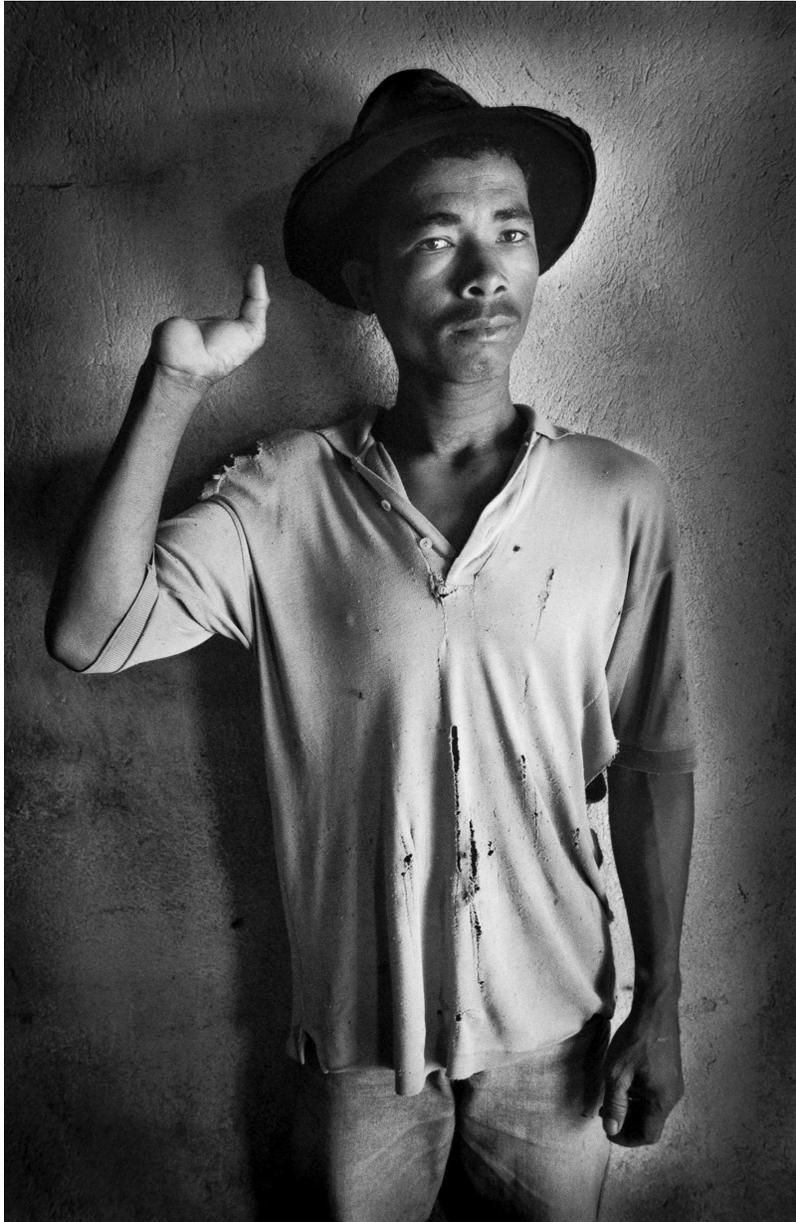
motivo de muchas de sus decisiones, sobre todo aquellas en las que se concede protección a espacios personales que están vedados a cualquier mayoría o discurso dominante, como en el caso de la despenalización del consumo de dosis mínima, la eutanasia y el aborto; nuestra Corte Constitucional es una de las instituciones que goza de más aceptación y respaldo.

Como consecuencia de la falta de compromiso que los poderes públicos, representados en el ejecutivo y legislativo, han demostrado con la materialización de las promesas del modelo estatal que consagra la Constitución Política, los Magistrados, que por más de dos décadas se han sucedido en la Corte Constitucional, se han visto abocados a enfrentarse, no sólo con visiones limitadas y arcaicas de lo jurídico, sino con los intereses económicos de los sectores más pudientes de la sociedad colombiana. De esta manera, los jueces constitucionales se han convertido un baluarte insustituible en la defensa de los derechos fundamentales y han asumido la normatividad constitucional como un programa político tendiente a mejorar las condiciones de vida de todos los colombianos.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: 2008.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción: Jorge M. Seña. Editorial Gedisa S.A. Barcelona: 2004.

- ARANGO, Rodolfo. *Más poder ejecutivo, menos República*. Artículo de opinión publicado en el periódico El Espectador el 21 de agosto de 2013. <http://www.elespectador.com/opinion/mas-poder-ejecutivo-menos-republica-columna-441636>
- CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. España: 2007.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Re-fundación del estado en américa latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Ediciones Abya-Yala. Quito-Ecuador, 2010.
- DOWRKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. España: 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y filosofía del derecho. Bogotá: 2001.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*. http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPolíticas/BibliotecaDiseno/Archivos/02_Documentos/GarciaAmado-Neoconstitucionalismo.pdf. Consultado el 16 de noviembre de 2013.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano*. Tomado de *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 133, enero-abril de 2012, pp. 93- 118*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2012.
- GUASTINI, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Editorial Trotta. España: 2010.
- HABERLE, Peter. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*. Fundación Konrad Adenauer. Bogotá: 2003.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Editorial Gedisa. Barcelona: 1997.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos S.A. Madrid: 1991.
- PLAZAS VEGA, Mauricio Alfredo. *Del realismo al trialismo jurídico. Reflexiones sobre el contenido del Derecho y la formación de los juristas*. Editorial Temis. Bogotá: 2009.
- UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos. *Doce tesis en torno al concepto de Estado Social de Derecho*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2009.
- UPRIMNY, Rodrigo & GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*. En *Emancipación social y violencia en Colombia*. Editores: DE SOUSA SANTOS, Boaventura & GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Editorial Norma S.A. Colombia: 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Editorial Trotta. Madrid: 2008.



“Cortesía del Concurso Latinoamericano de Fotografía Documental
Los Trabajos y los Días-Escuela Nacional Sindical”

Título: Os mutilados do sisal 1

Autor: Marcelo Buainain

País: BRASIL