



Autor: Luis Mario Marín Cadavid

Título: Pastando

Técnica: Acuarela

Dimensiones: 76 x 56

***CONSTITUCIÓN COMO PROVISIÓN E
IRRADIACIÓN CONSTITUCIONAL.
Sobre el concepto de “neoconstitucionalismo”
Segunda parte***

Fecha de recepción: Octubre 4 de 2008

Fecha de aprobación: Noviembre 10 de 2008

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

SEGUNDA PARTE

*Leonardo García Jaramillo***

RESUMEN

Este ensayo procura contribuir al debate sobre el neo-constitucionalismo en Colombia al adoptar 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. Se enfatiza en el papel del juez y se desestiman algunas críticas recurrentes hacia el nuevo derecho.

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

CONSTITUTION AS PROVISION AND THE SPREAD OF THE CONSTITUTION

PART TWO

The main attempt of this essay is to contribute with the national discussion concerning the reception of neo-constitutionalism movement. In order to achieve this task, it will adopt 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-constitutionalism postulates, allow to describe and –more importantly– to demonstrate the usefulness of the constitutionalization of legal order. In this context, the judge role it's emphasizes and some critiques in relation to neo-constitutionalism are rejected.

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 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. Editor y profesor, Escuela de Ciencias y Humanidades, Universidad EAFIT-Medellín. Ha publicado artículos y traducciones en libros y revistas especializadas sobre derecho constitucional y teoría jurídica.

CONSTITUCIÓN COMO PROVISIÓN E IRRADIACIÓN CONSTITUCIONAL.

Sobre el concepto de “neo-constitucionalismo”*

SEGUNDA 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

IV. EL NUEVO ROL JUDICIAL COMO INSIGNIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

La clave de la práctica jurídica sigue estando en la conciencia del juez, pero ésta ya no es conciencia cognoscente, sino libérrima conciencia decisoria; el juez ya no es contemplado como servidor de la ley sino como señor absoluto del derecho.

García Amado

Desde el inicio mismo del cambio constitucional en 1991 se ha abogado al interior de la academia, así como de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, especialmente la constitucional con base en el influjo iusteórico trasnacional, por la demanda a un tipo distinto de juez respecto del administrador de justicia que ejercía su cargo siguiendo los lineamientos de la Constitución del 86. Como afirma Carlos Gaviria: “Cuando se dio la Constitución del 91, una de las mayores virtudes que en ella advertí fue la exigencia implícita de un nuevo juez colombiano. Que no se nutra sólo de incisos y párrafos incitantes a la hermenéutica (¿o no hermenéutica?) exegética, sino de reflexiones que le permitan descifrar la clave de un universo axiológico tan apasionante y complejo como el que acoge nuestra Carta”¹.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 constitucional, decíamos, y sabemos, que los jueces en sus sentencias encuentran una exclusiva sujeción al imperio de la ley con miras a garantizar su independencia y por tanto su impar-

1 Carlos Gaviria, “Prólogo” a *Los jueces de mármol*, de Andrés Nanclares. Medellín: La Pisca Tabaca, 2001.

cialidad, pero entonces qué debe hacer el juez ante los casos de penumbra cuando hay lagunas o donde se presentan defectos lógicos en el sistema jurídico (contradicciones entre normas jurídicas, la redundancia o inoperancia de ciertas normas y las lagunas jurídicas). Los problemas que surgen al momento de interpretar las leyes, especialmente en los casos difíciles para los cuales el juez cuenta con criterios auxiliares explícitos: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (despojadas de cualquier posibilidad de servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales)², presuponen dudas acerca de las consecuencias lógicas que se pueden inferir de ciertos textos jurídicos, quedando sin determinar la calificación normativa que ellos estipulan para determinados casos. La respuesta comporta una reconceptualización de “criterio auxiliar” respecto de lo que se dice en la Constitución hacia lo que ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que la atribución de poder obligatorio –o fuerza vinculante (“*binding precedent*”) como se le dice en los países del *Common Law*– se va haciendo cada vez más imperativa.

Dejando de lado las cuestiones de fundamentación ius-filosófica y asuntos constitucionales relativos a problemas teóricos y prácticos que presenta la tesis de la atribución de fuerza vinculante de los precedentes, sí es necesario al menos por ahora llamar la atención sobre la dificultad que subyace a la defensa de dicha tesis en nuestro contexto. La vaguedad en la que muchas veces incurren los juristas al tratar de sustentar sus apologías a la misma, no se corresponde con la frecuencia y vehemencia con la que es referida su conveniencia en el ordenamiento jurídico. Basta ilustrar este aspecto al señalar una llamativa similitud del papel de la jurisprudencia en los países de tradición anglosajona y romano-germánica, como el nuestro:

el precedente juega ahora un papel significativo en el proceso de decisión judicial y en el desarrollo del derecho en todos los países y tradiciones jurídicas (...) Ello es así sin importar si el precedente ha sido reconocido de manera oficial como formalmente obligatorio o como vinculante en algún grado por su fuerza normativa. Por razones históricas en algunos sistemas jurídicos se ha des-estimulado formalmente o incluso descartado que los precedentes sean citados abiertamente en las sentencias proferidas por las altas cortes. Pero aun en estos casos el precedente juega en realidad un papel crucial. Por ejemplo, el derecho francés contemporáneo sería incomprensible si no se hiciera referencia a los precedentes sentados por las altas cortes para llenar vacíos o para complementar los códigos y las otras fuentes formales tradicionales del derecho³.

2 Ver, sobre la costumbre como fuente del derecho, la SC-486 de 1994.

3 Neil MacCormick - Robert Summers, *Interpreting Precedents*. London: Ashgate, 1997, p. 532.

En relación con el principio de integración normativa, al regular las diversas situaciones que le plantea la compleja realidad social, económica, política e institucional, el legislador no está en capacidad de prever en las leyes todas las situaciones que se le pueden presentar al juez para su composición, por lo que inexorablemente siempre quedarán vacíos en la legislación. Escribe Portalis en su Discurso preliminar al proyecto de Código Civil francés: “Es imposible que el legislador lo prevea todo (...) una masa de cosas queda necesariamente abandonada al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos y al arbitraje de los jueces (...) Cuando la ley es clara, hay que seguirla, cuando es oscura hay que profundizar en sus disposiciones”⁴. Circunstancia que, junto con la prohibición al juez de rehusarse a decidir argumentando falta de norma aplicable (laguna), o contradicción entre normas, nos permite decir que el juez tiene que encontrar la norma para la decisión, siendo el razonamiento analógico un recurrido medio para resolver el conflicto planteado en caso de vacío⁵.

La función del legislador, en consecuencia, no consiste en prever casuísticamente la totalidad de tales situaciones, sino en el establecimiento de preceptos de carácter general que permitan mediante interpretación alcanzar la regla, o sub-regla, que le permita resolver el caso, por esto es por lo que en toda controversia sometida a la decisión del juez, al tener que ser resuelta jurídicamente, lo obliga a llenar los vacíos dejados por la legislación, a “legislar intersticialmente”, en palabras de Benjamin Cardozo, lo que debe ser entendido como un bien, y no como un mal menor; por supuesto que no puede llevar a cabo esta tarea en forma arbitraria, sino mediante una decisión que deberá ajustarse a los hechos, las pruebas y el derecho, y en atención a los principios.

Respecto a los diversos tipos de casos que se le pueden presentar al juez para su composición, con la teoría jurídica contemporánea distinguimos entre ‘casos fáciles’ y ‘casos difíciles’. El ‘caso fácil’ es aquel que, aplicando una “racionalidad formal”⁶, se produce una decisión que no resulta controversial, por lo que no resulta problemático establecer las premisas del argumento y cuya conclusión no reviste de singular reflexión porque las normas jurídicas constituyen la única razón de la decisión. De otra parte, los casos en donde existe más de un alternativa razonable

4 Esto sucede en materia civil, porque en penal a falta de ley que justifique la condena, se debe absolver al acusado. Cfr.: Portalis, “Discours préliminaire du projet de Code civil”, en: Loaré. *Législation civile de la France*. T. I. Cit. en Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 30.

5 En materia penal, como lo señaló en su intervención el Ministro de Justicia en la sentencia C-083 de 1995, el problema de la analogía cambia totalmente porque de acuerdo con lo dispuesto en el art. 29 constitucional, el fundamento de la acción estatal es la propia ley, de ahí el principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.

6 Manuel Atienza, *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 1997, p. 177.

aplicable, o ‘caso difícil’, se presentan cuando el caso sometido a la composición del juez no se puede subsumir claramente en una norma porque las leyes no son siempre exactas y dejan unas “zonas grises” o “campos de juego incierto”⁷, o cuando no obstante existir varias normas aplicables resultan no sólo incompatibles, sino incluso contradictorias⁸. Más precisamente, cuando en la situación concreta (a) existe más de una norma pertinente aplicable (como cuando se da una colisión entre principios)⁹, (b) hay una laguna¹⁰, (c) los hechos y las normas relevantes permiten más de una solución (norma aplicable lingüísticamente ambigua, como dice Hart, de “textura abierta”)¹¹, (d) de haberse establecido un precedente, debe ser modificado (*overruling*, como se conoce en los países del *Common Law*), o cuando (e) no obstante existir una sola norma pertinente y su enunciado es claro, su aplicación puede ser perjudicial –circunstancia que le permite al juez el recurso excepcional al criterio auxiliar de decisión de la equidad– la cual “es el retorno a la ley natural ante el silencio, la oposición o la oscuridad de las leyes positivas”¹².

El juez, entonces, al ser competente funcional y no encontrar excusa para el fallo inhibitorio, tiene la obligación de decidir todo caso que se someta a su consideración, halle o no en el ordenamiento ley aplicable, so pena de incurrir en denegación de justicia tal como lo estipula el artículo 48 de la ley 153 de 1887: “Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”¹³. De esta norma se

7 Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho*. Op. cit., pp. 107-108.

8 Sobre los casos difíciles frente a los cuales no es claro si procede o no la acción de cumplimiento, y si de lo que se trata es de la aplicación directa de la Constitución para la protección de derechos de rango constitucional o del cumplimiento de la ley y de los actos administrativos para exigir la realización de un deber omitido, ver: SC-1194 de 2001.

9 Ver, como un ejemplo singular y local de este tipo de caso difícil, la SC-221 de 1994.

10 Los casos difíciles a y b, que se resuelven por medio de mecanismos de integración (analogía), los señala Dworkin en “Judicial Discretion”, en: *The Journal of Philosophy*. No. 60, 1963, pp. 627 y ss. Ver también: César Rodríguez, “Teoría del derecho y decisión judicial: en torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin”. Estudio Preliminar a, Herbert L.A. Hart - Ronald Dworkin, *La decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre - Uniandes, 1997.

11 Herbert L. A. Hart, “The open texture of Law”, en: *The Concept of Law*. Op. cit., pp. 124-136.

12 Portalis, “Discours préliminaire du project de Code civil”, en: Loqué. *Législation civile de la France*. T. I. Cit. en Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Op. cit., p. 30.

13 Tal artículo encuentra su origen en el artículo 4 del Código de Napoleón (*Code*, 1804), en el que se lee: “El Juez que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia”. Legislaciones locales adoptaron una provisión similar a esta. Así se lee en el Código Civil español, art. 1: “Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan”; en la ley chilena de oct. 16 de 1875 (*Ley Orgánica de Tribunales*), art. 9: “los tribunales no pueden ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia

desprende el ejercicio de la coerción sobre las conductas que se estiman judicialmente indeseables, pero se debe subrayar que, más allá de las disposiciones civiles que exigen al juez fallar en derecho, se encuentra la naturaleza ontológica propia de la función judicial, cual es garantizar que todo hecho sometido a su composición reciba la correspondiente valoración jurídica y solución.

El derecho mismo existe para resolver conflictos, por lo que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho pierde su razón de ser. La obligación de decidir del juez no sólo se deriva de la anterior disposición del derecho positivo, sino que ésta implica el significado de ser juez, por lo cual, lógicamente, en el derecho no hay lagunas porque habiendo jueces que decidan ninguna conducta puede quedar sin la valoración jurídica concreta. La respuesta de la jurisprudencia y la teoría jurídica con respecto a la existencia de lagunas en el derecho es unánime: “No, porque hay jueces”, y como se dice en la SC-083 de 1995¹⁴, “Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces”¹⁵. Afirma la Corte que dicha concepción pertenece a Carlos Cossio¹⁶, quien subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, ya que la vocación inherente a las normas jurídicas es la aplicación en todos los casos. López Medina trae a colación a Kelsen quien, en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana, sostuvo que “A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican (...). El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión”¹⁷.

no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”; y en el Código de Procedimiento Civil italiano, art. 113: “Al pronunciarse sobre alguna causa, el juez debe seguir las normas del derecho, salvo que la ley le atribuya el poder de decidir en equidad”. En el Discurso precitado de Portalis, defiende este artículo aun cuando reconoce que “en virtud de su interpretación el juez se ve llevado a contribuir a la elaboración de la ley y a violar en cierto modo el principio de la separación de los poderes” Portalis, “Discours préliminaire du projet de Code civil”. Cit., pp. 29 y ss.

14 Demanda de inconstitucionalidad contra los arts. 8 (“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”) y 13 de la ley 153 de 1887 por infringir el art. 230 constitucional. Como ya se había emitido pronunciamiento de exequibilidad sobre el art. 13 (SC-224 de 1994) se rechazó la demanda contra este artículo y la Corte decidió estarse en lo resuelto en aquella sentencia por haberse operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional. En esta sentencia, asimismo, la Corte adoptó la distinción hartiana sobre reglas y principios.

15 *Ibidem*.

16 Ver, fundamentalmente, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*. Buenos Aires: Losada, 1947.

17 Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*. Op. cit.

En el Estado Social de Derecho se acentúa de manera dramática el problema de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de las normas por medio de la intervención del juez, la cual, como se lee en la ST-406 de 1992 (M.P.: Ciro Angarita): “no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica”.

IV, I. Neoconstitucionalismo y renovación de la labor judicial

El Estado Social de Derecho¹⁸ adoptado en el artículo 1ro. constitucional, ampliado y respaldado a través de todo el texto fundamental y desarrollado por la prolija jurisprudencia de la Corte Constitucional, le ha impuesto a los jueces unas estrictas obligaciones en su actividad que trascienden las cognitivas, lo cual ha desembocado en que demandemos un perfil renovado del ‘juez del nuevo derecho’, donde se le exige que “escriban a mano alzada” en casos muy complejos en donde no tienen la excusa de que el caso se tipifica en tal norma específica de tal código, resolviéndose sin mayor labor interpretativa.

La implicación de la adopción del Estado Social de Derecho en la labor judicial, se encuentra resumida por Rodrigo Uprimny en el siguiente interrogante: ¿Cómo garantizar que unas personas que no son elegidas democráticamente, (los jueces) y que en muchos casos no deben serlo precisamente para que puedan ser independientes y garantizar los derechos de las personas, sin embargo, decidan los casos de manera objetiva y justa, garantizando lo liberal, lo democrático, lo social de este tipo de Estado?¹⁹. El juez en el Estado social de derecho, derivado de sus principios constitutivos, sostiene Uprimny, debe respetar tres exigencias fundamentales: (I) conforme a la filosofía liberal, debe garantizar los derechos de las personas por

18 La bibliografía sobre el Estado Social de Derecho es extensísima, pero dentro de los principales trabajos se encuentra, José Ramón Cossío, *Estado social y derechos de prestación*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989. Y en nuestro medio, Ramón Eduardo Madriñán, *El estado social de derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001. Fernando Álvarez Rojas, “El Estado social”, en: *Temas Jurídicos*. No. 3. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá (oct.) 1991. La Corte Constitucional colombiana ha expuesto la importancia y los alcances de esta fórmula política, entre otras, en ST-406 de 1992, SU-111 de 1997 y ST-505 de 1992.

19 Rodrigo Uprimny, “Estado social de derecho y decisión judicial correcta: Un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica”, en: VV.AA. *Hermenéutica jurídica*. Bogotá: Ediciones rosaristas, 1997. Ensayo que corresponde a un desarrollo de “La motivación de las sentencias y el papel de juez en el Estado social y democrático de derecho”, en: *Pensamiento Jurídico*. No. 4. Facultad de Derecho, ciencias políticas y sociales. Universidad Nacional, Bogotá, 1995.

medio de decisiones previsibles con base en el principio de seguridad jurídica, que es el principal instrumento para que su actividad no sea arbitraria y no vulnere derechos ni libertades. (II) En virtud de la soberanía popular, el juez debe respetar las decisiones mayoritarias de los órganos políticos, porque debido a su carencia de legitimación democrática, no tiene una fuente de poder autónomo, debiendo respetar los acuerdos sociales mayoritarios expresados en los órganos políticos de origen popular. Y (III) debe lograr decisiones materialmente justas, ya que en virtud del principio social, la actividad judicial debe contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa.

Este juez se ve enfrentado a casos sobre diversas cuestiones que, además de las pruebas, los hechos y el derecho, son objeto de una importante literatura filosófica. Por ejemplo, el que roba por estricta necesidad y el demente que comete un homicidio, pero que sin embargo resultan plenos responsables de sus actos; la madre que decide suspender el embarazo porque resulta perjudicial para su salud. En su ensayo *¿Pueden o deben nuestros jueces ser filósofos?*²⁰, Dworkin expone las siguientes preguntas como algunas de las más significativas que muchas veces tienen que resolverse en la decisión de un juez: “¿Es el feto una persona con derechos e intereses propios?, ¿hay una distinción moralmente relevante entre el acto negativo de conservar los soportes artificiales de la vida y el acto positivo de administrar píldoras letales?, ¿violan principios fundamentales los gobiernos decentes al negar el derecho a morir a ciudadanos agonizantes cuándo y cómo ellos desean?, ¿que los ciudadanos tengan derecho de independencia moral en las decisiones personales, significa que la manera como deben morir es asunto de ellos?, ¿en la controversia del suicidio asistido, cuál es el papel de la distinción frecuentemente citada entre matar y dejar morir?”²¹. Para Dworkin, en el derecho constitucional es en donde con mayor relevancia se presentan las discusiones filosóficas, particularmente dramáticas en nuestro contexto por las polémicas decisiones de la Corte Constitucional sobre la eutanasia, el consumo de la dosis personal de droga, el mínimo vital, el suicidio asistido; así como, por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad.

La jurisprudencia constitucional reivindica la concepción en virtud de la cual el nuevo papel del juez ya no es “*el orientador de unos ritualismos procesales vacíos de contenido, ni menos el inflexible fiscalizador del cumplimiento de los rigores*

20 Ronald Dworkin, *Must our Judges be Philosophers? Can they be Philosophers?* Conferencia, New York, Council for the Humanities, 2000. Vers. cast. de Leonardo García J., “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿pueden ser filósofos?”, en: *Estudios de Derecho*. No. 144. Año LXIV. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín (jul.-dic.) 2007.

21 *Ibidem*.

de la ley. Si así fuera, nada diferenciaría al Estado constitucional de otros modelos de organización política que se superaron precisamente para darle cabida a aquél. Lejos de ello, la jurisdicción, en una democracia constitucional, es el ámbito de concreción y protección, por excelencia, de los derechos fundamentales de las personas. De allí que en los estados modernos se configuren mecanismos para que el ciudadano pueda acudir ante sus jueces en aquellos eventos en que se le desconoce su dignidad, se le confisca o, en fin, se es indolente ante sus padecimientos”²².

IV, II. El juez del neoconstitucionalismo: ¿un juez filósofo del derecho?

Considero que la expresión “filósofo del derecho” o “filosofía del derecho” es utilizada recurrentemente respecto de los jueces como una forma sesgada o indebidamente genérica de hablar de un juez estudioso, responsable y con unas virtudes que tienen que ver más con sus propios hábitos intelectuales. No obstante el resurgimiento revitalizado de los temas y problemas de la filosofía del derecho en las decisiones de los jueces, la importancia de su papel en el ‘nuevo derecho’ no tiene que ver con su formación teórica o iusfilosófica como muchas veces se sostiene: no es tanto que tengan que ser filósofos del derecho en sentido estricto, ni formarse en una rama especializada de la filosofía del derecho, ni porque uno piense que tengan que estudiar el género propiamente dicho, ni adentrarse o tomar posición, por ejemplo, en el debate entre Hart y Dworkin sobre la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, o la discusión de este último contra el realismo jurídico sobre la creación judicial de derecho.

No es del todo diáfana la demanda a un “buen juez” como un juez “filósofo del derecho”, así como tampoco es clara la afirmación del profesor Oscar Mejía Quintana, –que un tanto extrañamente se hace en el marco de un análisis a la tesis dworkiniana del derecho como concepto interpretativo– de la que, puede decirse, se asume favorablemente una concepción del juez como filósofo del derecho propiamente dicho. Dice Mejía Quintana: “El juez introduce un principio de orden en la discusión iusfilosófica y determina, con su interpretación de las prácticas y normas legales, un “acuerdo inicial suficiente” que pueda ser tenido en cuenta por los abogados (...) Paralelo a las discusiones bizantinas de los filósofos del derecho, el juez, como un filósofo de hecho, al interpretar como principal protagonista del proceso jurídico, las normas legales y, determinar con ello sus reglas de juego,

22 ST-119 de 2005. Énfasis añadido.

establece con su práctica y su jurisprudencia justificatoria un parámetro que ordena el proceso jurídico y el cual es tenido en cuenta por los otros actores del mismo”²³.

En su ensayo *Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?*, Dworkin se pregunta sugestivamente, y en todo un tanto irónico, si “¿Realmente quisiéramos encontrar a nuestros jueces divididos en partidos filosóficos, con Kant, por ejemplo, dominando el Segundo Circuito, y Hobbes el Séptimo? ¿No sería una pesadilla si las decisiones judiciales dependieran de qué filósofo atrapó la imaginación del respectivo juez?”²⁴.

Se demanda socialmente este, digamos, perfil, pero porque bien sabemos que quienes estudian *concienzudamente*²⁵ filosofía del derecho poseen, entre otras, una especie peculiar de densidad intelectual, capacidad de estudio, detenimiento en el análisis conceptual, elaborado sentido crítico, así como un importante desarrollo de provisionales síntesis interpretativas. En últimas, es un juez concebido, no como un constructor de grandes modelos teóricos cuya cultura jurídica (teórica o iusfilosófica) va más allá, o está por encima, de otras virtudes no-cognitivas, defendidas por positivistas como Atienza (‘*soft positivism*’)²⁶ o Neil MacCormick, que sí vendrían a estar en la cúspide de la pirámide kelseniana.

El juez que responde a las exigencias del Estado social de derecho y no desentona con el nivel implícitamente impuesto por la jurisprudencia constitucional, es el que además de conocer la legislación y aplicarla sin prevaricar, cometer faltas disciplinarias o delitos (cohecho, concusión o tráfico de influencias, por ejemplo), ha desarrollado o vinculado a su labor ciertas virtudes —o ‘rasgos de carácter’ como dice Atienza— tales como valentía y discreción para ejercer debidamente su función, y coraje para enfrentar los riesgos que acaece; imparcialidad e independencia respecto a las partes, sus colegas, las otras ramas del poder público y los medios; un juez sin prejuicios ni pactos burocráticos. Un juez con la capacidad, tanto de conmiseración para aproximarse al problema, como de considerar más adecuadamente los pros y contras en los casos donde hay serios costos morales para una de las partes o para la sociedad; y consciente de la necesidad de capacitarse permanentemente, que rinda en lo cuantitativo sin ir en demérito de lo cualitativo.

23 Oscar Mejía Quintana, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Op. cit., p. 116.

24 Ronald Dworkin, *Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?* Op. cit.

25 Hago énfasis en *concienzudamente* porque harto hemos padecido al interior de nuestras academias la presencia de personajes que no hacen más que recordarnos aquella dicente advocación de Nietzsche: “La ciega ignorancia es menos fatal que el mediocre y confuso saber”.

26 Manuel Atienza, “Virtudes judiciales: selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho”, en: *Claves de Razón Práctica*. No. 86 (oct.) 1998.

Virtudes, bien entre otras, sin las que no se puede ser un buen juez, un juez como el que demanda la Constitución de 1991. Es particularmente en los casos difíciles, por el ejercicio de la discrecionalidad y la posibilidad de aplicar más de una alternativa razonable (respuesta correcta), donde los jueces tienen, digámoslo así, una “carga de la justificación”, pues se pone de relieve la cuestión de justificar la elección de la decisión el fallo mediante una argumentación correcta, donde incluso es necesario trascender la ley y atender las fuentes auxiliares, e igualmente debe llevar el derecho al diálogo con otras disciplinas. En la perspectiva hartiana estos casos se presentan, singularmente, por la variedad de interpretaciones que permiten las normas de “textura abierta”. Varias interpretaciones pero no cualquier interpretación, como dice Hart²⁷, por lo que sustenta que al ejercer la discreción en los casos difíciles, el juez no puede dictaminar el caso de cualquier forma. Siendo este el primer límite que le impone al poder creativo de los jueces²⁸. El segundo es precisamente porque en los casos difíciles los jueces tienen que dejar entrever una serie de virtudes, inexistentes en el proceso legislativo, y al respecto escribe en un breve párrafo de *The Concept of Law*: “Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas, consideración del interés de todos aquellos que serán afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada para la decisión”²⁹.

La inerte función de aplicación de la norma a través de una interpretación literal y restringida de su alcance y sin ver mucho los contextos sociales, los propósitos políticos y económicos de esas normas, es trascendida por este ‘juez virtuoso’ que propongo que mira a hacer efectivos los derechos, principios y valores plasmados en la Constitución, lo que se traduce en lograr en cada caso específico una equidad real y unas condiciones económicas y sociales justas. No se limita a plantear el problema técnico jurídico de mayor o menor complejidad que se somete a su jurisdicción, sino que es también un portador de la visión institucional del interés general, manteniendo un compromiso con su despacho, pero también con la institución que representa y con la sociedad.

No se trata, entonces, un juez ‘filósofo del derecho’ sino un juez ‘virtuoso en el derecho’: quien no sólo tiene una boca que pronuncia las meras palabras de la ley (parodiando aquella bien conocida función que le atribuyera Montesquieu), sino que crea derecho en la medida en que interpreta las leyes prestando atención cuidadosa al espíritu de la tradición jurídica y cultural. Cumple su tarea atendiendo

27 Herbert L.A. Hart, “The open texture of Law”, en: *The Concept of Law*. Op. cit., pp. 124-136.

28 Ver: César Rodríguez, “Teoría del derecho y decisión judicial”. Op. cit., pp. 70 y ss.

29 Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*. Op. cit. p. 205.

la validez de las normas, pero con miras a su legitimidad y a la eficacia social de sus decisiones, para que así puedan ser socialmente deseables y aceptadas, no sólo como válidas a la luz de un ordenamiento jurídico-positivo, sino también como legítimas según los principios constitucionales que sirven de marco normativo a la democracia, tendiendo así a garantizar que los principios consensualmente concertados en la Constitución filtren todo el ordenamiento para que en las decisiones judiciales coincida tanto la perspectiva de validez jurídica intrasistémica, como la perspectiva de legitimidad política extrasistémica³⁰.

Se atiende así, en últimas, la pretensión de corrección del derecho que nos enseña Alexy, en virtud de la cual la sentencia judicial debe ser racionalmente fundamentada en el contexto del ordenamiento jurídico vigente, porque al interior del discurso jurídico ninguna afirmación puede prescindir de la respectiva fundamentación y la respectiva indicación de las razones que se aducen para tomar tal o cual decisión. A este respecto, la jurisprudencia alemana determina que “Las decisiones de los jueces deben basarse en decisiones racionales”³¹. La decisión judicial, y todo discurso que verse sobre el derecho positivo, cae bajo la pretensión de corrección que implica una pretensión de justificabilidad. Esta pretensión permite al derecho corregir las deficiencias del procedimentalismo legal injusto sin necesidad de vulnerar la estructura del andamiaje jurídico.

Demandamos del *nuevo* juez ese perfil –implícito en la Constitución del 91 y en el alto estándar de la labor judicial signado por la jurisprudencia– porque el otro, el descuidado, superficial y hasta irresponsable, nos parece lejano a la evolución que el derecho ha venido teniendo en estos (al menos) 17 años de nuevo constitucionalismo que les exige a los jueces que “escriban a mano alzada”, que “respondan a mano alzada” en casos muy complejos en donde no tiene la excusa de que ese caso se tipifica en tal norma específica, que ese caso se resuelve, sin mayor inconveniente, con base en lo estipulado por el artículo tal de tal código.

Los jueces que no han asumido esta demanda implícita, deciden sus casos usando una técnica de argumentación que es la tipificación en normas, y por lo tanto pasando la responsabilidad de sus consideraciones y decisiones a otro agente jurídico, en este caso el legislador, concibiendo a la Constitución, aun, como un texto de referencia,

30 Consúltese al respecto, Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*. London: Routledge & Kegan, 1985. Alfred Büllsbach, “Enfoques de Teoría de Sistemas”, en: Arthur Kaufmann - Winfried Hassemer (eds.) *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992. Oscar Mejía Quintana, *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis, 2005, cap. III.

31 BVerGE 34, 269 (289). Cit. en Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Barcelona: Gedisa, 2da ed., 1997.

como una especie de principio de trasfondo (*background-principle*). Mientras que la Constitución del 91, y gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se concibe como norma directamente aplicable, especialmente por la acción de tutela.

Si los partidos políticos son (o *deberían ser*) los brazos de la democracia, guardando esta relación analógica, la Corte Constitucional, gracias a la Constitución de 1991, se convirtió en los brazos de la Constitución, para que así el *nuevo* juez pueda convertirse, en últimas, en el brazo de la justicia.

V. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Los tres cambios señalados a partir de los cuales puede decirse que Colombia se encuentra regida por el paradigma neoconstitucional, guardan estrecha relación con el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico cuyo proceso se caracteriza en un primer momento, y fundamentalmente, por una profunda imbricación de la Constitución en el ordenamiento jurídico, ya que sencillamente no se entiende si no es a partir de la omnipresencia de la Constitución.

Para Guastini por este fenómeno puede entenderse “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”³².

El profesor italiano señala puntualmente unas condiciones necesarias para determinar el grado de constitucionalización en el que se encuentra un determinado ordenamiento jurídico, a saber, la rigidez de la Constitución que impida que principios esenciales puedan modificarse (ni siquiera mediante el procedimiento de revisión judicial)³³, la garantía jurisdiccional de la Constitución que permite imponer sus postulados a todo el ordenamiento³⁴, la fuerza vinculante de la Constitución en virtud de la cual todas sus normas son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios ya que las mismas están dotadas de contenido normativo³⁵, la

32 Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*. Ed. y pres. de Miguel Carbonell. México D.F.: IJ-UNAM - Fontamara, 3ra ed., 2007, p. 153.

33 *Ibidem*, p. 155.

34 *Ibidem*, pp. 155-157.

35 *Ibidem*, pp. 157-158.

“sobre-interpretación” constitucional a partir de la cual los jueces no se limitan al literalismo sino que adoptan una interpretación extensiva que permita extraer normas implícitas (“adscriptas”) para regular nuevos casos, y la aplicación directa de las normas constitucionales, la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos, todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio, la interpretación de las leyes conforme a los mandatos constitucionales y, finalmente, la determinante influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

V, I. La lectura local de las “normas adscriptas de derecho fundamental”: las sub-reglas constitucionales

Respecto a estas condiciones, es relevante para sustentar el propósito demarcado con este ensayo analizar la forma en la cual, mediante la denominación de “subregla”, la Corte Constitucional³⁶ y la doctrina jurídica colombianas³⁷ receptaron la noción (autoría de Alexy³⁸) de las “normas adscriptas” como fundamento y respaldo a la tesis optimista del carácter vinculante de la jurisprudencia³⁹.

Cuando la Corte Constitucional se encuentra en un caso concreto ante vaguedades o inconsistencias en el lenguaje jurídico que surgen cuando la Constitución habla “con voz incierta” o “con muchas voces”⁴⁰, tiene la imperativa necesidad de desplegar el significado normativo explícito de las normas constitucionales para determinar su contenido prescriptivo y resolver así la nueva situación que se somete ante la

36 Consúltense, entre muchas otras, las sentencias T-438 de 1996, T-606 de 1997, T-450 de 2001, T-137 de 2003.

37 Cfr.: Rodolfo Arango, *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

38 El concepto y contenido de las normas adscritas se encuentra en la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Alexy. Ver también, Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Op. cit. En el contexto constitucional mexicano a la norma adscrita se le denomina “sub-norma constitucional”. También se denomina como “norma subconstitucional” o “subregla jurisprudencial”. Ver, por ejemplo, Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

39 Sobre los problemas teóricos y prácticos de esta tesis, así como sobre los aspectos que debe comprender su fundamentación, ver, Carlos Bernal, *El derecho de los derechos*. Op. cit., cap. 6, II. Sobre la obligatoriedad de las sentencias y el sistema de precedentes de nuestro derecho, ver: C-131 de 1993, C-083 de 1995, T-260 de 1995, SU-047 de 1999. Sobre la vía de hecho en la que se incurre por contradecir un precedente, SU-640 de 1995.

40 José Juan Moreso se refiere así, respectivamente, a la vaguedad y a la inconsistencia del lenguaje normativo *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 87 y 108.

composición jurisdiccional. Lo que se hace en estas situaciones tan comunes es concretar normas adscritas de derecho fundamental.

El estado de cosas sometido a un examen constitucional puede ser determinado, entonces, por medio de una norma adscrita, la cual es más específica que la norma iusfundamental directamente estatuida, tal como si fuera una norma propiamente que se ha originado en el derecho legislado. Dos características esenciales distinguen a tal tipo especial de normas, a saber, (i) están vinculadas interpretativamente a una disposición iusfundamental o bien a la norma directamente estatuida que constituye su expresión deóntica, y (ii) guardan una relación directa con el objeto del caso concreto explicitando un contenido normativo relevante para resolver el problema jurídico en debate⁴¹.

La norma adscrita califica deónticamente un supuesto de hecho conformado por las características relevantes del nuevo caso. De otra parte, la validez de la norma que adscribe el intérprete dependerá enteramente de la fundamentación que se aduzca para establecer un vínculo sólido y riguroso entre ésta y la norma positiva. En síntesis: la argumentación justifica la adscripción. Extendiendo aquí la conocida pretensión de corrección del derecho en la teoría de Alexy⁴², podría hablarse, como lo hace Carlos Bernal, de una “corrección interpretativa” en virtud de la cual una norma adscrita sólo puede considerarse válida si su vinculación interpretativa puede fundamentarse correctamente en una disposición jurídica⁴³. Conforme a este autor el deber que tiene la Corte de fundamentar la validez de las normas adscritas se sustenta en tres argumentos esenciales: el deber general de motivación de las sentencias judiciales, la pretensión de corrección y la presunción de constitucio-

41 Ver, Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Op. cit., pp. 12 y ss.

42 La pretensión de corrección del derecho consiste en que el enunciado jurídico normativo, en forma de sentencia judicial, debe ser racionalmente fundamentado en el contexto del ordenamiento jurídico vigente. Al interior del discurso jurídico ninguna afirmación puede prescindir de la respectiva fundamentación y las razones que se aducen para tomar tal o cual decisión deben ser indicadas. A este respecto, la jurisprudencia alemana determina que “Las decisiones de los jueces deben basarse en decisiones racionales” (BverfGE 34, 269 (289)). Por esto es por lo que la decisión judicial, y todo discurso que verse sobre el derecho positivo, cae bajo esta pretensión, la cual implica una pretensión de justificabilidad. En el Postfácio a la versión castellana de *Teoría de la argumentación jurídica*, “Respuesta a algunos críticos”, Alexy pone de presente que la pretensión de corrección se plantea necesariamente en el discurso jurídico y ejemplifica la falta de tal pretensión con un ejemplo: “En nombre del pueblo, se condena al señor N a diez años de privación de la libertad, aunque no hay para ello buenas razones”. La cuestión de la pretensión hace parte de la dimensión de validez, no de legitimidad, de las decisiones judiciales; así estas decisiones por la falta de pretensión de corrección no dejan de ser decisiones judiciales válidas, pero sí las hacen defectuosas. La pretensión se satisface, no con cualquier tipo de argumentación sino con una que sea correcta.

43 Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Op. cit., p. 127, n. 83.

nalidad de las leyes y la exigencia de sustentar la inconstitucionalidad de una ley en una argumentación correcta⁴⁴.

La norma adscrita, una vez determinada para el caso concreto, constituye la proposición normativa del razonamiento que fundamenta la decisión (conclusión) producto de la deducción, es decir que opera como premisa mayor (PM), o como *ratio decidendi*, en la estructura argumentativa que edifica el juez para resolver el caso. El principio justificativo de una sentencia –o varias– a partir de su *ratio* se extrae para constituir una subregla que, como norma de derecho constitucional jurisprudencialmente derivada, asiste al juez de pleno fundamento para resolver casos concretos que tengan hechos materiales sustancialmente análogos respecto del que origina, y los que desarrollan, la subregla. Es decir que para que una norma adscrita se constituya en proposición de derecho fundamental válida en un razonamiento judicial, debe ser posible dar una argumentación iusfundamentalmente correcta; no puede perderse de vista entonces el condicionante lógico respecto a la fundamentación de la adscripción entre la subregla y la norma de derecho positivo. Las razones normativas *prima facie* que juegan a favor y en contra de la adscripción se ponderan para determinar la formulación de una subregla.

La constitucionalización propende, entonces, por sustentar el que las normas que hacen parte de un sistema jurídico pueden ser las estipuladas explícitamente en la Constitución o las que, como las adscritas, resultan de una ponderación iusfundamentalmente correcta realizada por la institución que ejerce el control constitucional.

La denominación local de la norma adscrita como “subregla” no ha estado exenta de críticas. Para Carlos Bernal⁴⁵ no parece apropiada debido a que tal denominación puede dar la errada impresión de que este tipo de normas son reglas implícitas en otras reglas o una clase de normas de inferior jerarquía respecto de la fuente del derecho en la que se encuentra la disposición a la que se adscribe. La norma adscrita, o subregla, no es inferior –se sustenta– porque al ser concreción de las disposiciones constitucionales o legales posee el carácter propiamente de regla o de principio⁴⁶, pero en cualquier caso tiene rango constitucional o legal, según el caso, para resolver casos futuros.

Esta crítica ha sido desestimada por Rodrigo Uprimny, para quien el concepto “subregla” es respetuoso del sistema de fuentes adoptado en Colombia y de la distinción entre los textos constitucionales en sí mismos y sus interpretaciones jurisprudencia-

44 Ibidem, pp. 126 y ss.

45 Carlos Bernal, *El derecho de los derechos*. Op. cit., pp. 213-214 y 260.

46 Sobre este punto en particular, consúltese, Ibidem, cap. VI, II, 3.2.3.

les derivadas. A criterio de este profesor sólo a partir de un “exceso de racionalismo” puede situarse al mismo nivel una regla construida jurisprudencialmente de la que, aunque respetable porque constituye precedente, el propio tribunal puede apartarse a partir de un proceso de argumentación y justificación menor al que se tendría que realizar si fuese a alejarse de alguna disposición del texto constitucional, el cual obviamente tiene que ser respetado por los jueces constitucionales, aunque pueda haber divergencias e incluso oposiciones respecto a su alcance⁴⁷.

A mi juicio, por la interpretación que se le atribuyó a la noción de norma adscrita y su función, como subregla, respecto al caso concreto –independientemente opere como regla o tenga estructura de principio⁴⁸ (por lo que admitiría ponderación)– adquiere plena autonomía respecto a la disposición constitucional original y posee toda su fuerza normativa. De otra parte, la relación con el prefijo ‘sub’ podría justificarse desde el punto de vista de su constitución genealógica, dando así a entender sin imprecisión que es una norma plena pero que deriva de otra, es decir que no fue constituida originalmente como tal por el poder que tiene la competencia original para tal actividad. Es independiente entonces que una subregla opere como único respaldo normativo y fuente de derecho para el juez en un caso concreto, pues su origen dependió de una disposición constitucional, o grupo de disposiciones, que a juicio del intérprete, no del legislador, se debió encaminar en una u otra dirección. Podría ilustrar al respecto el advertir que la denominada (propriadamente) por el traductor de *Teoría de los derechos fundamentales* (Ernesto Garzón Valdés) “norma adscripta”, corresponde a la expresión germana “*Zugeordnet Normen*” que significa también “norma implícita”.

Al indicar las condiciones jurisprudencialmente establecidas de aplicación de los preceptos constitucionales, las subreglas que ha construido argumentativamente la Corte determinan lo que un derecho fundamental prohíbe, ordena o permite –o sea cuando se trata de determinar su contenido definitivo–⁴⁹, por lo que entonces, así tengan propiadamente estructura de regla al aplicarse a un caso concreto, frente a la

47 Esta idea se planteó originalmente en Rodrigo Uprimny et al. *La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Manuscrito. Se reiteró en la “Introducción metodológica” de Rodrigo Uprimny – Catalina Botero et al. *Libertad de prensa y derechos fundamentales*. 2006, pp. xviii-xix.

48 Desde el punto de vista de Alexy, que transversaliza todo el análisis al respecto, debe clarificarse que tanto los principios como las reglas son dos tipos de normas que se distinguen por su criterio de generalidad (relativamente alto y relativamente bajo) es decir, son especies del género de norma. Consúltese la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Alexy (Op. cit., pp. 82 y ss.). Desde un punto de vista amplio, que vincula tal distinción en la teoría de Dworkin y su enfrentamiento con el positivismo suave de Hart, ver Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Op. cit., pp. 570 y ss.

49 Para una explicación del contenido definitivo de los derechos fundamentales, en el contexto de un cuidadoso examen a la teoría de los derechos fundamentales que sustenta la aplicación del principio de proporcionalidad,

norma constitucional de que la deriva –más no está implícita en ella– sí resultaría de inferior jerarquía al contrastar las exigencias para la modificación de alguno de los artículos constitucionales, frente a los requisitos, más de carácter doctrinario, para apartarse en un caso determinado (*distinguish*) o para cambiar del todo (*overruling*) un precedente jurisprudencial establecido con el fin de precisar o corregir uno nuevo, ya que si bien es del todo cierto que la Corte debe ser consistente con sus fallos anteriores bajo circunstancias especiales se puede apartar de los mismos, y a partir de una carga argumentativa menor que la requerida al modificar el articulado constitucional⁵⁰.

En la medida en que una cultura jurídica particular incorpora una noción que da efectiva cuenta de una arraigada realidad constitucional, así el término adecuado pudiera en un momento determinado ser otro, podría contra-objetarse que sólo en la esfera del purismo doctrinario recaería la crítica hacia un concepto que, como el de subregla, hace alusión, más que a una degradación normativa, a una realidad constitucional en virtud de la cual con esta nomenclatura se dio a entender que tal tipo especial de reglas proviene de otras que fueron instituidas por el legislador o el constituyente, mas no por el intérprete.

Cuando, en su célebre discusión con Waismann sobre la concepción de la filosofía y el carácter distintivo del filósofo, Popper respaldaba la existencia de genuinos problemas filosóficos (en contra de Wittgenstein y el Círculo de Viena), advertía no obstante una preocupación por la influencia que ejercían en la filosofía académica en general los “filósofos minuciosos” (el nombre se debe a Berkeley) que reemplazan las preguntas importantes por interrogantes de mínima envergadura. Sostiene que, si bien es cierto que la crítica es la savia de la filosofía, hay que evitar el empeño en

ver, Gloria Patricia Lopera, *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, cap. 2, II, 2.1.

50 La mayor posibilidad de apartarse de un precedente en nuestro sistema jurídico resulta más ilustrativa si se contraponen a lo excepcional de tal posibilidad en la jurisprudencia constitucional norteamericana. Como uno de los principales ejemplos históricos, véase el *overruling* que constituyó *Brown vs. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483. 1954) sobre *Plessy vs. Ferguson* (163 U.S. 537. 1896) en la cual la Suprema Corte aprobó, con base en la doctrina de los “separados pero iguales”, que los afro-americanos se educaran en escuelas diferentes a las de los angloamericanos blancos. La Corte se apartó de este precedente en *Brown* y sostuvo que “[Separar a los niños afroamericanos] de otros de edad y capacidades similares únicamente debido a su raza, genera un sentimiento de inferioridad respecto a su estatus en la comunidad, que puede afectar sus corazones y sus mentes de un modo que probablemente jamás será superado (...) Una sensación de inferioridad afecta la motivación de un niño para aprender. La segregación, con la aprobación de la ley, por tanto, tiende a [retardar] el desarrollo educativo y mental de los niños negros y a privarlos de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado”. Traducción propia. Sobre esta decisión, consúltense, Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, en: *Harvard Law Review*. No. 73, 1959. Cass Sunstein, “Why Markets Don’t Stop Discrimination?”, en: *Free Markets and Social Justice*. Oxford University Press, 1997.

partir un pelo. Me parece fatal la crítica minuciosa de aspectos minúsculos, decía, y agregaba que “Frente a los filósofos minuciosos y sus minúsculos problemas, creo que la principal tarea de la filosofía es especular críticamente sobre el universo y sobre nuestro lugar en él, incluidas nuestras facultades de conocer y nuestra capacidad de hacer el bien y el mal”⁵¹.

El asunto podría radicar también en la perspectiva desde la que se observe la situación: en sentido objetivo como normas integrantes de un sistema jurídico, las subreglas estarían un paralelo de bloques debajo en la pirámide normativa respecto de las disposiciones constitucionales, o subjetivo, como regla para la solución de un caso concreto, al ser la única norma que regula el caso, pues opera como norma en sentido pleno, pero igual apoyándose en la reiteración mediante la coherencia y corrección que el propio tribunal, o en algunos casos concretos el intérprete, le otorga a sus sentencias con el fin de constituir sólidos precedentes.

VI. DOS ERRORES RECURRENTES QUE CONDUCEN A MALENTENDIDOS

Aludíamos en el primer artículo que la profusión de investigaciones y estudios, a nivel transnacional y local, sobre y en torno al neoconstitucionalismo como modelo ideológico y fórmula teórico-jurídica, no ha conducido a una clarificación particularmente 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”.

Se ha sostenido que la carencia de unanimidad en su uso despierta una cierta sospecha o, como advirtió Carlos Bernal Pulido, la heterogeneidad en el recurso al concepto es un argumento que desaconseja su uso⁵². Como sucede con otros conceptos de reciente acuño (multiculturalismo, democracia deliberativa, posmodernidad) el neoconstitucionalismo ha abrazado amplios rasgos que inevitablemente lo han conducido a una amplitud semántica que debe reconocerse como riesgosa. Algunas de las tendencias adeptas al modelo procuran enmarcar ideas diversas e

51 Karl Popper, “Mi concepción de la filosofía”, en: *En busca de un mundo mejor*. Barcelona: Paidós, 1994, p. 239.

52 Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, cap. 3, segunda parte. Sobre este punto, cfr. con mi reseña al libro que aparecerá en el próximo No. de la Revista *Estudios Sociojurídicos*, Universidad del Rosario.

incluso divergentes de autores provenientes de variadas tendencias surgidas en distintos países y durante muchos años. Juan Antonio García Amado ha criticado 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 lugares dispersos, contruidos más como descripción del común denominador de una tendencia genérica actualmente dominante en la teoría constitucional y iusfilosófica (y particularmente en la jurisprudencia de numerosos tribunales constitucionales), que como balance a partir de una obra canónica con contornos diáfanos y teóricamente bien delimitados⁵³.

El concepto “neoconstitucionalismo” no sólo se ha acuñado con rapidez sino que se ha arraigado en la literatura jurídica del occidente hispano-hablante con solidez, desde cuando la profesora italiana Susanna Pozzolo lo utilizara por primera vez en 1997, en una conferencia presentada en el *XVIII Congreso de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (IVR por sus siglas: *Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*) celebrado en Buenos Aires. En esa oportunidad se hizo referencia a un movimiento teórico⁵⁴ que comparte algunas tesis y perspectivas especiales en torno a la concepción, interpretación y aplicación del derecho, así como a los problemas que traen aparejadas dichas actividades. Defendió allí Pozzolo que la interpretación constitucional contiene una serie de especificidades que la distinguen de la interpretación de otros textos normativos, tales como las leyes, y la cual asimismo está relacionada con una forma particular de configurar la Constitución.

En Colombia no todas las aproximaciones teóricas al neoconstitucionalismo se distinguen por el mismo nivel de profundidad y de rigurosidad académica, por ejemplo, respecto a la revisión del estado del arte extranjero o nacional. O se pretende mostrar como un modelo de constitucionalismo neoliberal prácticamente al servicio exclusivo del sistema capitalista en Latinoamérica⁵⁵, restringiendo de forma apresurada el marco del neoconstitucionalismo al neoliberalismo económico (Hayek, Buchanan)

53 J. A. García Amado, “Sobre el neo-constitucionalismo y sus precursores”. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.

54 Los principales representantes de la doctrina serían, a su juicio, Dworkin (*Freedom's Law*), Alexy (*El concepto y la validez del derecho*), Zagrebelsky (*El derecho dúctil*) y “sólo en parte” Nino (*La constitución de la democracia deliberativa*). Cfr.: S. Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en: *Doxa* No. 21-II, 1998. Coincidente con Atienza en algunos referentes que reúne dentro del “paradigma constitucionalista”: MacCormick, Raz, Alexy, Ferrajoli, Nino y Dworkin. Ver: *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, pp. 309 y ss.

55 Pedro A. Díaz, *El Estado y el Tercer Mundo: el constitucionalismo*. Bogotá: Temis, 3ra ed., 1997. El fundamentalismo islámico, que trata en el capítulo 6, le parece al autor “que roza” con el fundamentalismo occidental o “postmodernismo neoliberal en su dimensión constitucional” (cap. 7, p. 489).

y reduciendo indebidamente la comprensión del fenómeno neoconstitucionalista a la promulgación de nuevas constituciones políticas (que denomina “constituciones instrumentalizadas”) que sirven de andamiaje para la instauración del neoliberalismo. O, de otra parte, se pretende desestimar el neoconstitucionalismo como un modelo perverso que les permite a los jueces tiranos plasmar impunemente en sus sentencias sus valores y cosmovisiones del mundo.

En gran medida estas opiniones han desembocado en el enderezamiento de críticas superfluas basadas también muchas veces en el prejuicio con el que los abogados, dignos representantes del clasicismo, se aproximan a los cambios que va presentando el derecho por vía del comparativismo y del papel de las altas cortes, entre otros. Asumo que precisamente por la precariedad del arsenal crítico de los objetores neoconstitucionalistas, es que no han recibido la atención cuidadosa de los profesores que, no sin diferencias pero sí conscientes de los cambios y, fundamentalmente, de su beneficio para nuestro sistema, pueden adscribirse a la fenomenología neoconstitucionalista.

Respecto a la primera parte de la primera objeción hacia el neoconstitucionalismo que hemos destacado, vale la pena decir que, si bien en Colombia la instauración de una nueva forma de organización política en 1991 trajo consigo la implementación de políticas como la apertura de mercados y la liberalización de precios, resulta bastante reduccionista asignar a estos aspectos propios de la filosofía capitalista el eje del cambio que tuvo nuestro sistema jurídico gracias a la nueva Constitución, la subsiguiente renovación en las prácticas jurisprudenciales y la evolución en la literatura jurídica.

Podría refutárseles a los críticos (o deberíamos decir más bien, escépticos, ya que las críticas, aunque frecuentes y numerosas, no se dan a conocer con rigor académico con la misma asiduidad⁵⁶) del neoconstitucionalismo para quienes no hacía falta inventar una nueva etiqueta o un rótulo distinto para identificar tales elementos, diciéndoles que la pertinencia de la novedad del neoconstitucionalismo no radica en la constatación de la existencia de uno u otro elemento respecto de los tres que

56 A manera de reporte, ilustra en este punto el debate entre los profesores Javier Tamayo Jaramillo y Diego López Medina desarrollado en varios números del periódico *Ámbito Jurídico*, a saber, 23 de mayo a 5 de junio, 2005; 18 al 31 de julio de 2005; 21 de mayo al 3 de junio de 2007; a esta última López Medina respondió en el No. correspondiente a 13 a 26 de agosto de 2007. En el *IV Seminario Internacional de Teoría General del Derecho*, sobre vivencia y permanencia del Derecho Natural (mayo 18 y 19 de 2007) Sergio Estrada Vélez, profesor de la Universidad de Medellín, presentó una conferencia en la cual se pregunta si el neoconstitucionalismo puede llegar a entenderse como una expresión de un iusnaturalismo renovado o de un positivismo moderado. En el mismo evento uno de los paneles de discusión fue sobre la cuestión: ¿Es el neoconstitucionalismo un tipo de iusnaturalismo? Sin entrar a discutir esta cuestión, quiero sólo dejar sentada parte de la importancia de esta temática en el escenario académico nacional.

se acaban de señalar (verbigracia, la expedición de una nueva Constitución, la renovación jurisprudencial en algunas áreas o la literatura jurídica fértil), sino en la conjunción de los tres, es decir, en la expedición de una Constitución que sumado a su desarrollo mediante las prácticas jurisprudenciales que, vinculadas en todos los rincones de nuestra realidad socio-jurídica, reifican junto a la tutela –y a partir de ella– el entramado garantista de la Constitución, así como debido a la respuesta académica a los retos impuestos por tal desarrollo y creación del derecho.

Si se toma cada uno de los eslabones por separado no se visualizaría la relevancia del neoconstitucionalismo en Colombia con su real dimensión, ya que si bien la génesis se dio con la promulgación de una nueva Constitución, a partir de ahí la jurisprudencia y los desarrollos teóricos se han enriquecido mutuamente pues, de un lado, el hecho de que la jurisprudencia haya empezado a incorporar en sus *Ratios* autores o tradiciones teóricas transnacionales, ha puesto de presente la necesidad por parte de las facultades de acometer el estudio de los paradigmas jurídicos a los cuales la Corte recurre en sustento de su jurisprudencia, la cual, entonces, se ha establecido en una especie de filtro respecto a cuáles de los materiales jurídicos académicos que hacen aparición en el escenario intelectual transnacional sirven, digamos, para reconocer tal tipo de derechos o para clarificar la interpretación de determinadas disposiciones constitucionales, es decir, sirven en la práctica del derecho más que en la elucubración abstracta.

De otro lado, la academia se ha encargado de insertar en “el espíritu de nuestros tiempos”, en nuestro *Zeitgeist*, diversas teorías y paradigmas jurídicos, así como las tesis de otras latitudes constitucionales, de los cuales la jurisprudencia se ha nutrido y gracias a las cuales igualmente ha evolucionado. Por esta retroalimentación, en lugar que por cada elemento considerado aisladamente, es por la que puede afirmarse que nuestro contexto jurídico en particular se encuentra regido por los postulados neoconstitucionalistas.

Quizás al observar las evoluciones académica y jurisprudencial, palmarias en el aumento de títulos que sobre literatura jurídica se publican actualmente y en el reconocimiento que la jurisprudencia constitucional recibe por parte de expertos constitucionalistas (mencionábamos dicho reconocimiento siguiendo a Roberto Gargarella y Miguel Carbonell), Oscar Mejía Quintana estaría abocado a moderar su crítica enderezada al “nuevo derecho” una década atrás. Para este profesor el “nuevo derecho” en Colombia no es más que “viejo derecho” con una nueva Constitución: “siguen siendo los mismos paradigmas convencionales de concepción e interpretación jurídico-constitucional, con ropajes híbridos de diferentes escuelas difícilmente combinables, que no logran una asimilación crítica y creativa de las teorías jurídicas universales que permitirían renovarlos (...) El “nuevo derecho”

se disfraza, en una combinación malsonante, de ropajes de todas las especies para presentarse como innovador y radical, cuando no es otra cosa —una vez más— que un pastiche teórico contradictorio e inconsistente cuya desmedida pretensión es darle “nuevos contenidos” a los nacientes ordenamientos institucionales de la democracia participativa en el área andina⁵⁷. De forma discutible, para Mejía Quintana son precisamente Dworkin y Alexy, dos de nuestros autores de cabecera en la apología al neoconstitucionalismo colombiano, quienes resultaron supuestamente siendo víctimas del “sincretismo neotradicionalista”⁵⁸.

¿Alguien acaso pone en duda ahora el impacto ejercido por teorías como las de Alexy y Dworkin en los contenidos curriculares, en la literatura jurídica nacional y en alguna medida también en la jurisprudencia constitucional?

En general, encuentro en dos críticas recurrentes al nuevo derecho omisiones que podríamos examinar para determinar en qué grado son ellas fundadas o infundadas, o en qué medida lo son nuestras objeciones a las mismas.

Entender el carácter de “nuevo” en sentido absoluto

Cuando se hace referencia al nuevo derecho en Colombia una de las principales y más recurrentes críticas que se le endereza al mismo, y a quienes sustentan dicha novedad, tiene que ver con lo dudosamente “novedoso” que vendría a ser la lectura e interpretación judicial (más allá de la influencia exclusivamente académica) de las teorías y obras cardinales del neoconstitucionalismo transnacional (léase, por ejemplo, *Tomando los derechos en serio* (1977) de Dworkin o la *Teoría de los derechos fundamentales* (1985) de Alexy). Se suele increpar la alusión al nuevo derecho con la aseveración de que son obras escritas, como se ve, desde hace varias décadas, por lo cual su carácter de novedoso se pone manifiestamente en entredicho.

Además de que lo novedoso de nuestro derecho a partir de 1991 no radica exclusivamente en un aspecto puntual sino en la intersección de los tres eslabones examinados atrás, considero que el “nuevo derecho” no puede entenderse como “nuevo” en sentido absoluto, pues posee una larga y conocida tradición teórica en el mundo occidental. Luis Recasens Siches en su libro de 1956, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, determinó algunos de los perfiles que lo sustentan.

57 Oscar Mejía Quintana, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Op. cit., pp. 66 y 114. Para una perspectiva opuesta, o matizada, ver, Rodrigo Uprimny, “Constitución de 1991, estado social y derechos humanos”, en: VV.AA., *El debate a la Constitución*. Op. cit.; Carlos Gaviria, “Un enfoque positivo de la Constitución”, en: *Ibidem*.

58 Oscar Mejía Quintana, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Op. cit., p. 127.

Bien podríamos referirnos a un nuevo derecho en un medio como el nuestro, donde la hegemonía del dogmatismo formalista del siglo XVIII propio de la Constitución de 1886 pervivía anquilosado en numerosas “academias” jurídicas, por la aspiración, no únicamente nacional, sino global (Tribunales constitucionales como los de Alemania, España, Bolivia, India y Sur África⁵⁹), que se venía gestando desde la Escuela Histórica de K. F. von Savigny⁶⁰, la Jurisprudencia de Valores alemana y desde autores como el segundo Ihering y su Jurisprudencia Teleológica⁶¹, de romper con la exégesis en la interpretación del derecho. Recasens argumenta que la corriente anti-formalista del derecho consolida una nueva teoría de la interpretación jurídica⁶².

Es decir, no resulta un disparate aludir a lo novedoso del derecho en Colombia posterior a la Constitución de 1991, y gracias también a la renovación en las prácticas jurisprudenciales y a los desarrollos teóricos originales, si se entiende en sentido subjetivo, es decir, no respecto al neoconstitucionalismo trasnacional ni a la ciencia o a la dogmática jurídicas, sino a las lecturas locales cuya inédita interpretación académica y aplicación práctica, constituye evidentemente una novedad respecto a la forma en la cual se concebían todas las instituciones jurídicas.

Si bien, entonces, el nuevo derecho en Colombia dista mucho de ser “nuevo” (en el referido sentido objetivo, e independientemente se haya constituido y generalizado mediante la recepción tardía de diversas tendencias teóricas trasnacionales), es a todas luces novedoso que las principales instituciones judiciales del país recurran en sustento de sus decisiones más controversiales a la doctrina y a la jurisprudencia extranjeras, así como a diversas obras y tradiciones teóricas que ya han mostrado réditos significativos en otras jurisdicciones constitucionales. Aunque distintas jurisdicciones políticas y jurídicas de occidente pudieron haber concurrido alguno de los elementos estudiados, la novedad, como dijimos, radica en el conjunto de la nueva Constitución que posibilitó renovadas prácticas jurisprudenciales que hicieron consecutivamente imperativa la necesidad de renovar la literatura jurídica.

59 Un análisis sobre este punto, respecto a los derechos sociales, se encuentra en Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books, 2004.

60 Antonio Hernández, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*. Madrid: Civitas, 1981.

61 A la cual la releva la Jurisprudencia de Intereses. Ver, Philipp Heck, *El problema de la creación del derecho*. Barcelona: Ariel, 1961.

62 Representada por Bentham, Holmes, Ehrlich, Pound, Dewey, Cossio, Levi, el realismo jurídico, Viehweg y Carnelutti.

Si se requiriera un ejemplo para ilustrar lo anterior, digamos que un país africano decide incorporar en una reforma constitucional la religión católica, apostólica y romana como la prioritaria y favorecida del Estado, por lo cual para los ciudadanos que decidan cambiar su credo, la Biblia vendría a ser un texto completamente nuevo para cuyo estudio se requerirán expertos y estudiosos orientadores, así como una nueva exégesis interpretativa que en otros contextos como el americano llevan adelante mucho tiempo.

Entender el “nuevo derecho” como un modelo teórico uniforme

El otro error que a mi juicio se presenta al atacar el neoconstitucionalismo en Colombia (o “nuevo derecho” como hemos dicho) proviene del hecho de concebirlo como un modelo uniforme, es decir, como una teoría o como una escuela de pensamiento determinada y con sus contornos perfectamente delineados, y cuyos autores representativos revelan una unidad temática o metodológica que permite, en tal sentido, atribuirle al fenómeno neoconstitucionalista en nuestro país unas características y propiedades fruto de la homogeneidad epistemológica y la diafinidad investigativa.

Atrás mencionamos la crítica del profesor García Amado, en un ensayo próximo a publicarse en Colombia, relativa a la falta de plasmación completa y coherente en una obra central y de referencia. En contra, podríamos asistimos de una tesis wittgensteiniana con poder explicativo para nuestro propósito en este punto. El neoconstitucionalismo posee lo que puede denominarse un “aire o parecido de familia”⁶³, es decir, una red de similitudes y diferencias unidas entre sí y que se entrecruzan a la manera en que se parecen unas a otras como los miembros de una familia. Puede entenderse más adecuadamente como una especie de mosaico de concepciones teóricas del orden constitucional, político y judicial, cuyos apologistas pertenecen a lo que Thomas Kuhn denominó “una comunidad de investigación”. En otras palabras, el nuevo derecho no es como un queso Gouda que se ve igual y sabe igual por donde se le corte.

En lugar de hacer referencia, entonces, *al* neoconstitucionalismo en Colombia, o al nuevo derecho, como una teoría monolítica, sistemática y perfectamente delimitada, podría sustentarse la existencia de variopintas escuelas y doctrinas que desde

63 Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1969, pp. 324-325. Referencia adecuada a Vicente Durán Casas. Tal concepto (*Familienähnlichkeit*), a criterio de Alexy, es el ejemplo más famoso del modelo no clásico del debate sobre el concepto de derecho. Cfr.: Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005, cap. IV, 1.

diversas perspectivas y provenientes de distintas tradiciones y países, dan cuenta de agendas propias de estudio e investigación. Las similitudes y coincidencias nos permiten utilizar el mismo concepto para referirnos a los modelos existentes como un ‘neoconstitucionalismo’.

Esta idea se expresa ya en el título del libro pionero *Neoconstitucionalismo(s)*⁶⁴, pues se observa con claridad como de entrada se reconoce la existencia de varios tipos, clases y gradaciones del fenómeno neoconstitucionalista. Pero curiosamente por lo que estamos procurando sustentar en este punto, podría no seguirse con tanto entusiasmo el título otorgando a un segundo –e igualmente interesante– libro: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Pareciera desde sus respectivas nomenclaturas que se da a entender la idea de que dentro del tiempo transcurrido entre la publicación de uno y otro libro, es decir de 2003 a 2008, el estado del arte actual ya permitiera plantear la referencia al mismo como una teoría, es decir y siguiendo una definición estándar, como un conjunto de teoremas organizados sistemáticamente que han sido exitosamente sometidos a verificación experimental. Independientemente sea o no la intención del libro sustentar la existencia de una teoría del neoconstitucionalismo, aun se corre el riesgo –al menos por lo que respecta a Colombia– de no atinar en una descripción de dicha doctrina con un parecido de familia, como una teoría que puede no corresponderse en realidad con alguna teoría efectivamente operante en la actualidad⁶⁵.

No es tarde para afirmar que en este ensayo hemos seguido una versión, digamos, estándar del neoconstitucionalismo siguiendo las tesis afines entre sus autores más conspicuos, varios de los cuales contribuyen en tales libros, pero desde las cuales difícilmente puede sustentarse tal grado de precisa identidad conceptual y tal nivel de indefinición teórica. No obstante, la referida falta de, digamos, unidad científica no justifica la crítica hacia los cometidos neoconstitucionalistas de las facultades de derecho o de la Corte Constitucional, sino que más bien constituye una exhortación para no demorar el deber de avanzar hacia una cada vez mayor sofisticación de nuestro derecho constitucional a partir de su progresiva clarificación conceptual y fundamentación teórica, así como de la delimitación de su contenido; tarea esta en la cual la fortaleza de las sub-reglas está llamada a desempeñar un papel de singular importancia. Las teorías que hacen parte del nuevo derecho –sometidas a un tamiz riguroso respecto a su recepción– están en capacidad de contribuir a las imperativas obligaciones (del orden judicial y académico, por ejemplo) que se imponen en el

64 Editado igualmente por el profesor mejicano Miguel Carbonell y publicado por la editorial Trotta en 2003, con reimpressiones en 2005 y 2006.

65 Juan Antonio García Amado, “Sobre el neo-constitucionalismo y sus precursores”. Op. cit.

proceso de constitucionalización del derecho en procura de desarrollar el proyecto social que encarnan los postulados constitucionales.

Las necesidades contextuales de recepción y aplicación tendrán que ser producto de estudio posterior. Baste por lo pronto concluir este aparte señalando que desde que se estableció una nueva Constitución, su protección y –fundamentalmente– su aplicación judicial fue haciendo cada vez más imperativa la necesidad de contar con andamiajes teóricos y estructuras conceptuales de las que hasta ese momento se carecía. Autores, bien se sabe, como Alexy y Dworkin habían proveído teorías sugestivas y ampliamente influyentes en los ámbitos continental y (aunque éste más que aquél) anglosajón a partir de la década del 80, a las cuales tempranamente los juristas colombianos acudieron en sustento de la nueva estructura constitucional que, aun hoy, se continúa edificando. Fueron, pues, las necesidades contextuales propias de una jurisprudencia que, seguidora del principio de legalidad pero consciente de la necesidad de proveer justicia material mediante la garantía a los derechos mínimos, ha procurado cada vez más estructurada y sólidamente propender hacia la realización del ambicioso proyecto social que contiene la provisión constitucional.

Así pues, además de las diferencias propias de las teorías que en algunas ocasiones corresponden en gran medida a las particulares circunstancias de su propio contexto (Estados Unidos, Alemania, Francia...), la relatividad de la novedad se acrecienta al constatar las diversas formas en virtud de las cuales se hacen localmente las lecturas de las teorías, tergiversándolas de alguna forma para que respondan a nuevos retos y puedan dar respuesta así a cuestiones distintas a las originalmente planteadas por los autores. Podríamos decir aquí preliminarmente que el grado de abstracción de una teoría es inversamente proporcional a la necesidad de adecuación que requiere para su implementación en un contexto diferente. Pero esto no excusa a los teóricos que muestran un bajo compromiso con los problemas del medio para no considerar la necesidad de abandonar el ausentismo de los grandes problemas socio-políticos de nuestro país, o para dejar de evadir su realidad al remitirla a tradiciones ajenas a la propia.

Uno de los aspectos que rescatábamos de la constitucionalización del derecho, en la versión de Guastini, puede trasladarse cómodamente al neoconstitucionalismo en general, me refiero a aquello de que el neoconstitucionalismo es un proceso mas no una cualidad que se tiene o no se tiene de forma categórica y definitiva, razón por la cual es posible hablar de distintos grados e intensidades respecto a su influencia e importancia en un contexto determinado. A medida que el carácter normativo de la Constitución se reifica debido a la labor de un tipo de juez consciente de la necesidad y urgencia de concebir la Constitución como una provisión, se avanza hacia un neoconstitucionalismo más sólido y estructurado. En ese sentido, y a medida

que las nuevas necesidades interpretativas y teóricas van requiriendo una literatura jurídica de mayor nivel y que se ocupe de cada vez mayor tipo de cuestiones, esta evoluciona y a la par retribuye las nuevas prácticas jurídicas.

Para finalizar este ensayo quisiera desestimar brevemente las críticas al neoconstitucionalismo que se enderezan con base en los supuestos que hemos mencionado, sosteniendo que los opositores no acérrimos del nuevo derecho en Colombia deberían reconocer, como lo hizo William James en el Prefacio de su clásico *Pragmatism* (1943), que a pesar de no gustarles el nombre que se le ha dado al movimiento, es ya aparentemente demasiado tarde para intentar cambiarlo. El “nuevo derecho” en Colombia ha demostrado ser una categoría descriptiva, crítica y, digamos, prospectiva, importante, fundamentalmente por la creativa literatura jurídica cuya producción se acrecienta y sofisticada paulatinamente, así como por la jurisprudencia constitucional que requirió desde sus sentencias tempranas de nuevas categorías de análisis y de estructuras metodológicas foráneas para la aplicación de los principios y la solución de los conflictos que se presentaban entre ellos, particularmente en casos difíciles.